

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI NO.

: 129

HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI NO.

: 14



HUKUK FAKÜLTESİ

Prof. Dr. Halil CİN'e

Selçuk Üniversitesinde

10. Hizmet Yılı

Armağanı

(17.11.1984 - 17.11.1994)

1995

KONYA

© Selçuk Üniversitesi Rektörlüğü, 1995

ISBN 975-448-096-6

Selçuk Üniversitesi Yönetim Kurulunun 18/4/1995 Tarih ve 95/43 Sayılı Onayı ile 1000 Adet Basılmıştır.

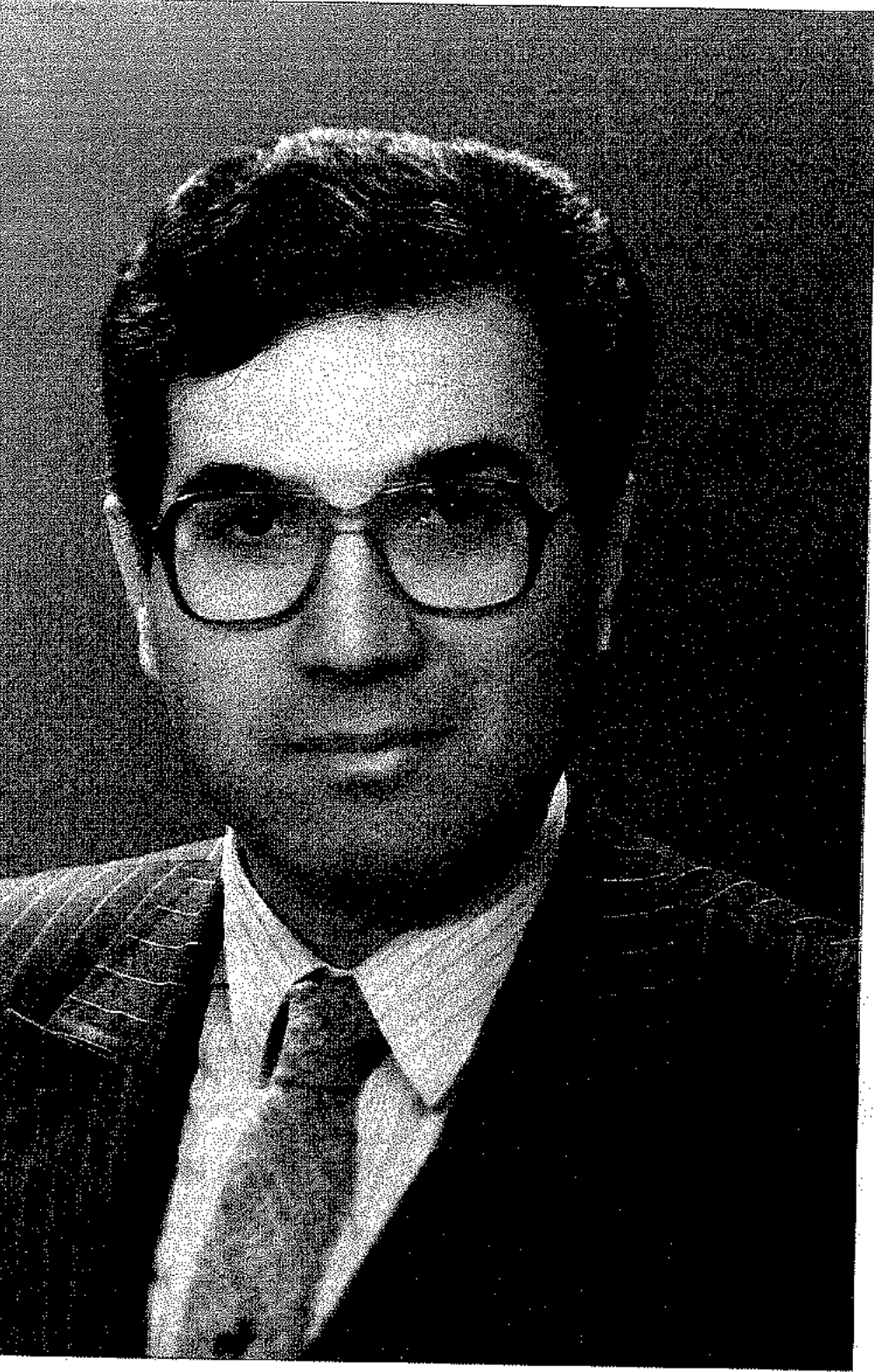
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ 1995 — KONYA

İÇİNDEKİLER

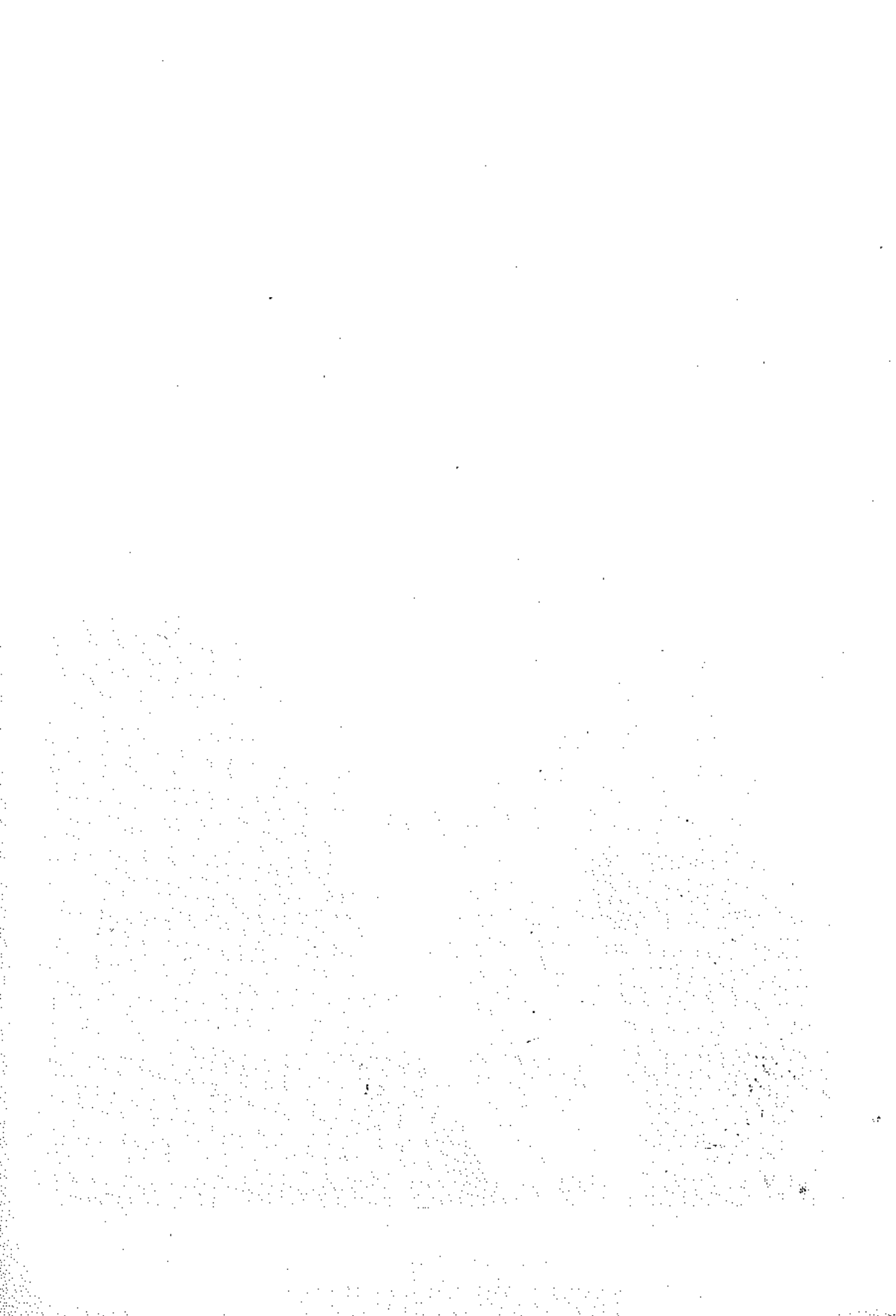
US	1
Dr. Halil CİN'in Biyografisi ve Eserleri	3
K A M U H U K U K U	
Doç. Dr. Hayati HAZİR	
Avrupa Topluluğu Hukuku ile Türk Hukuk Sisteminin Bütünleşmesinde Egemenliğin Devri Sorunu	9
Yrd. Doç. Dr. Gül AKYILMAZ	
Selçuklu Adliye Teşkilatı ve Osmanlı Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkileri	23
Yrd. Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	
Tarihi Gelişimi İçinde ve Özellikle Montesquieu'de Kuvvetler Ayrılığı	43
Yrd. Doç. Dr. Hasan TUNÇ	
Kuruluş ve Yetkileri Açısından Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi	61
Dr. Cumhur ŞAHİN	
Sorgu Müessesesine İlişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirmesi	79
Yrd. Doç. Dr. Murat SEZGİNER	
İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler	98
Yrd. Doç. Dr. Yavuz ATAR	
Karma Türk Seçim Sistemi ve Bazı Öneriler	129
Yrd. Doç. Dr. Tayfun AKSOYAK	
Mukayeseli Hukukta Basın Hürriyetinin Düzenlenişi	161
Yrd. Doç. Dr. Enver BOZKURT	
Ulaşım Elverişli Olmayan Akarsuların Hukuki Rejimi ile İlgili Görüşler ve Uluslararası Hukuk Komisyonu 1994 Taslağı	201
Dr. M. Emin EMİNİ	
Pozitif Hukuk Uygulamasında Adalet İdesi	223
Arş. Gör. Osman KAŞIKÇI	
Çevre Hukukunun Türk Hukuk Tarihindeki Görünümü	235
Arş. Gör. Reyhan SUNAY	
Siyasal Demokrasi ve Anayasamız	263

Ö Z E L H U K U K

Yrd. Doç. Dr. Ömer ULUKAPI İcra ve İflas Hukukunda Gecikmiş İtiraz	298
Dr. Mehmet AYAN Kanuni Şu'a Hakkı	335
Yrd. Doç. Dr. Sami KARAHAN Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mes'uliyet Sigortasında Sigorta Himaye- sinin Kapsamı	
Yrd. Doç. Dr. Halûk Hâdi SÜMER Türk Hukukunda Kanuni Grev Esnasında Grev Uygulanan İşyerinde Sebebiyet Verilen Zararlardan Grevi Uygulayan Sendikanın Sorum- luluğu	381
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ARSLAN Özelleştirmenin Hukuki Boyutu ve Türkiye'de Özelleştirme Uygula- maları	409
Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI Türk Özel Hukuku'nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Ko- nuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler	427
Dr. Kürşad Nuri TURANBOY Limited Şirket Ortak ve Yöneticilerinin Culpa in Contrahendo So- rumlulukları	449
Arş. Gör. Vahit DOĞAN Avrupa Birliği Bünyesinde Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Huku- ka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku	463
Arş. Gör. Süleyman YALMAN Edime Uygun İfa Kurahının İstisnaları	495
Arş. Gör. İbrahim ERCAN Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Kararına Karşı İtiraz ve Şikayet	513
Arş. Gör. Murat ATALI Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Gö- revsizlik Kararı	525
Arş. Gör. M. Fatih UŞAN İş Hukuku Uygulamasında Sözleşmeli Personel ve Özelleştirmenin Bun- lara Etkisi	553
Arş. Gör. Binnur SÜMER Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek Hakkı	601
Arş. Gör. Nurşen AYAN Evlât Edinmenin Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi	617



Prof. Dr. Halil CİN
Selçuk Üniversitesi Rektörü



"İnsana teşekkür etmeyenin
Allah'a şükürü kabul olmaz."

Hocamıza şükran duygularımızla...

Akademik hayatımızın her aşamasında üzerimizde büyük emeği bulunan, bizlere her zaman destek olan, hakkını hiçbir şekilde ödeyemeyeceğimiz saygıdeğer hocamız, büyük insan Prof. Dr. Halil CİN'e Üniversitemizdeki aşilamaz hizmetlerinin 10. yılı münasebetiyle bu armağanı ithaf etmekten mutluluk duyuyoruz.

Üniversitemiz Rektörü ve Fakültemiz Dekanı olması yanında, çoğumuzun da hocası olan Prof. Dr. Halil CİN, Üniversitemize, Fakültemize ve Konya'ya yaptığı hizmetlerle bu 10 yıla damgasını vurma-
kla kalmamış, aynı zamanda bitmez tükenmez enerjisi, çalışkanlığı, disiplini ve azmi ile hepimize örnek olmuştur. "Halka hizmet Hakka hizmettir" düsturuyla her zaman Mevlânâ'nın engin hoşgörüsü Yunus'un insan sevgisi ile hareket eden, doğruluk ve dürüstlükten asla taviz vermeyen kıymetli Hocamız'a bu armağan, hizmetlerine bir ithaf olmaktan öte, minnet ve şükran duygularımızın bir ifadesidir.

Fakültemiz 1983 yılında S. Ü. Eğitim Fakültesine ait barakalarda, elverişsiz koşullarda, kadrolu bir profesör ve altı araştırma görevlisi ile öğretime başlamıştır. Prof. Dr. Halil CİN'in 1984 Kasımında Rektör olarak atanmasıyla 1975 de kurulan Selçuk Üniversitesi'nin girdiği büyük değişimle birlikte Hukuk Fakültesi de büyük bir atılım yapmıştır. Çöl içinde bir vaha gibi inanılmaz bir şekilde inşa edilen Alaaddin Keykubat Kampüs'ündeki hizmet binasına taşınmış, akademik personel sayısı on yıl içinde yediden kırkyediye ulaşmıştır. Öğretim faaliyetinin kesintisiz devam edebilmesi için bu on yıl içinde sayın Rektörümüzün şahsi gayretleriyle Ankara ve İstanbul Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinden otuzyedi öğretim üyesi öğretim faaliyetine katılmıştır. Bugün kendi kadrolu öğretim üyeleri ile öğretimini sürdüren Fakültemizin başarısında en büyük pay Prof. Dr. Halil CİN'indir.

Adil, objektif, çağdaş, laik ve demokrat bir yöneticilik anlayışıyla Üniversitede huzurlu bir ortam sağlayan, Selçuk Üniversitesi'ni Atatürkçü düşüncenin bayraktarı ve Cumhuriyete yönelen saldırılara karşı onun en güçlü bekçisi yapan Prof. Dr. Halil CİN, aynı zamanda çok başarılı bir bilim adamıdır. Son 10 yılda düzenlenen kongre, sempozyum, panel ve konferanslarla Üniversitemizi Konya'nın yurda ve Dünya'ya açılan penceresi haline getiren Rektörümüz bu yoğun temposu yanında önemli bir çok bilimsel esere de imzasını atmıştır.

Prof. Dr. Halil CİN'in Devlete saygı ve sadakat düşüncesinden yoksun çifte standartlı, iki yüzlü, art niyetli aydın tipini her zaman reddeden; Türk insanın, Türk Milletinin, milli, ahlaki, insani ve kültürel değerlerini benimseyen akılcı, bilimci, çağdaş medeniyetçi bir insan olması gerektiğini her fırsatta dile getiren; biz hukukçuların daima objektif, adil, kendi subjektif ve şahsi kanaatlerini bir kenara bırakarak hareket etmelerini hukuka bağlılığı şiar edinemelerini özellikle vurgulayan fikirleri temel düsturumuzdur.

Bu armağan Hocamıza nice on yıllar temennisiyle vefa borcumuzdur.

S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanları

PROF. DR. HALİL CİN'İN ÖZGEÇMİŞİ

Prof. Dr. Halil CİN, 1942 yılında Gülnar'da doğdu. İlk ve orta tahsilini Gülnar'da, lise tahsilini Mersin'de tamamladı. 1960 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ne girdi. 1964 yılında bu fakülteden "PE-KİYİ" derece ile mezun olduktan sonra Ankara hâkim adaylığına atandı. 6 ay bu görevde kaldıktan sonra Ankara Hukuk Fakültesi'nde asistanlık görevine başladı. 1969 yılında aynı fakültede hukuk doktoru ünvanını aldı. Aynı yıl İsviçre hükümetinin tahsis ettiği bir bursla Fribourg ve Lausanne Üniversitelerinde ilmi çalışmalarda bulundu.

1971 yılında yurda döndü. 1973 yılında aynı fakültede üniversite doçenti ve 1979 yılında da profesör oldu.

Fakültesindeki öğretim görevine paralel olarak 1971-1978 yılları arasında Polis Enstitüsünde öğretim üyeliği, 1975-1982 yılları arasında Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığı "Hukuk Danışmanlığı" görevlerini yürüttü.

Temmuz 1982 tarihinde Dicle Üniversitesi Rektörlüğüne, Kasım 1984 tarihinde Selçuk Üniversitesi Rektörlüğüne atandı. 18 Ekim 1989 tarihinde Selçuk Üniversitesi Rektörlüğüne yeniden atandı ve 5 yıllık görev süresi dolmadan, kanunda yapılan değişiklikle 1992 yılında yapılan rektörlük seçiminde açık farkla en yüksek oyu alarak yeniden bu göreve atandı.

Eğitim ve kültürel katkılarından dolayı Fransız Kültür Bakanlığı'na "Sanat ve Edebiyat Şövalyeliği" ünvanına lâyık görüldü. Ayrıca İtalyan Cumhurbaşkanlığı "İiyakat nişanı" tevcih edildi.

Bilime ve Türkiye-Azerbaycan arasındaki ilişkilerin gelişmesine katkılarında dolayı Bakü M. Emin Razulzâde Devlet Üniversitesi tarafından "Fahri Hukuk Doktorluğu" payesi tevcih edildi.

Prof. Dr. Halil CİN, merkezi Paris'te bulunan l'İslam et Occident Derneği, TRT Yönetim Kurulu Üyesi ve Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Yönetim Kurulu Başkanıdır.

Evli ve iki çocuk babası olan Prof. Dr. Halil CİN, Fransızca ve İngilizce bilmektedir.

PROF. DR. HALİL CİN'İN ESERLERİ

1. Osmanlı Devleti'nde Gayrimenkul Mülkiyeti Bakımından Yabancıların Hukukî Durumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, Ankara 1967. (Çeviri).
2. Miri Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara 1969. (Doktora Tezi).
3. İslâm Hukukunda Mehir, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sy. 1-2, C. 29, Ankara 1972. (Makale).
4. İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara 1973. (Doçentlik Tezi).
5. Eski Hukukumuzda Boşanma, Ankara 1974. (Kitap).
6. Eski ve Yeni Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak ve Kışlaklar, Ankara 1975. (Kitap).
7. I. Meşrutiyet Döneminde Toprak Mülkiyeti Sorunu, Türk Parlamentoculuğunun 100. Yılı, Ankara 1976. (Makale).
8. Tanzimattan Sonra Türkiye'de Ormanların Hukukî Rejimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, Ankara 1978.
9. Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Ankara 1978. (Kitap).
10. Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979. (Profesörlük Tezi).
11. Osmanlı Devletinde Kıyıların Hukukî Rejimi, Seha L. Meray Armağanı, Ankara 1979. (Makale).
12. Eski ve Yeni Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak ve Kışlaklar, II. Basım, Ankara 1980. (Kitap).
13. Atatürk'ün Toprak ve Tarım Politikası, Akif Erginay Armağanı, Ankara 1981. (Makale).
14. Atatürk ve Milli Hâkimiyet, Atatürk ve Hukuk, Ankara 1982. (Makale).
15. Un Aperçu sur la structure agraire en Turquie de 1919 a 1933, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki Armağanı. (1976 yılında Bükreş'te yapılan uluslararası toplantıda sunulan tebliğ).

16. Atatürk'ün Milliyetçilik Anlayışı, Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Dergisi, Sy. 247, Ankara 1983. (Makale).
17. Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak ve Kışlaklar, III. Basım, Diyarbakır 1983. (Kitap).
18. Atatürk ve Gençlik, Konya 1985. (Makale).
19. Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, II. Basım, İstanbul 1985. (Kitap).
20. Gençliğe Sesleniş, Konya 1987, (Makale, Açış Konuşması).
21. İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, II. Basım, Konya 1988. (Kitap).
22. Eski Hukukumuzda Boşanma, II. Basım, Konya 1988. (Kitap).
23. Selçuk Üniversitesinde Üç Yıl, Konya 1988. (Derleme).
24. Dinamik Bir Doktrin veya İdeoloji Olarak Atatürkçülük, Konya 1988. (Broşür).
25. Türk Hukuk Tarihi, Kamu Hukuku, (Doç. Dr. Ahmet Akgündüz ile müşterek), Konya 1989. (Kitap).
26. Türk Hukuk Tarihi, Özel Hukuk, (Doç. Dr. Ahmet Akgündüz ile müşterek), Konya 1989. (Kitap).
27. Filistin Topraklarının Osmanlı Dönemindeki Hukuki Statüsü ve Yahudilere Karşı Alınan Tedbirler, Prof. Dr. Coşkun Üçok'a Aramağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 1989. (Ürdün Veliâhdı Sayın Hasan Bin Tellâl'in isteği üzerine hazırlanan ve kendisine sunulan inceleme).
28. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Arazi Maddesi, İstanbul 1990, (Makale).
29. Selçuk Üniversitesinde İki Yıl, Konya 1990. (Derleme).
30. Influences Administratives Et Juridiques De L'Islam Et Des Turcs Sur Les Pays Du Maghreb, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 1990. (1987 yılında Bari'de yapılan uluslararası toplantıda sunulan tebliğ).
31. Mevlânâ'dan Mesajlar, Konya 1990. (Açış Konuşması).
32. Tarih ve Hukuk, Fırat Üniversitesi, Tarih Metodolojisi ve Türk Tarihinin Meseleleri Kollokyumu, Bildiriler, Elazığ 1990. (Makale).

33. Mevlâna'yı Anlamak, Konya 1991. (Açış Konuşması).
34. Mağrib Ülkeleri Üzerinde İslâmın ve Türklerin İdari ve Hukuki Tesirleri, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Ankara 1991. (Makale).
35. Şiir Üzerine Sözler, Türkiye İş Bankası Kültür ve Sanat Dergisi, Ankara 1991. (Açış Konuşması).
36. İslâm Hukukunun Dinamizmi, Diyanet Dergisi, Hicretin 1400. Yılı. (Makale).
37. Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri, 150. Yılında Tanzimat, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1992. (Makale).
38. Tarihi Bir Yönetim ve Toplum Biçimi Olarak Feodalite ve Osmanlı Devleti, (Yrd. Doç. Dr. Gül Akyılmaz ile müşterek), Konya 1995. (Kitap).

KAMU HUKUKU

AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKU İLE TÜRK HUKUK SİSTEMİNİN BÜTÜNLEŞMESİNDE EGEMENLİĞİN DEVİRİ SORUNU

Hayati HAZİR

GİRİŞ

Türkiye'nin Avrupa Toplulukları üyeliğine müracaatını takip eden günlerden beri, bir kısım kimseler Anayasa'nın egemenliği düzenleyen 6. maddesini tartışma alanına çekmişlerdir (1). Bunlara göre tam üyelik bir egemenlik devri meselesidir. Anayasa ise, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu kuralını koymuştur. Bu hüküm değişmeden Avrupa Topluluğu Hukuku ile uyum sağlamak ve bütünleşmek imkansızdır. Öyleyse öncelikle yapılması gerekli olan iş, Anayasanın bu maddesinde ve bununla ilgili diğer maddelerinde bir değişiklik yapılarak milletlerarası yetkileri bulunan kuruluşlara egemenlik devrine izin verilmesidir.

Devlet Planlama Teşkilatı da aynı görüşe VII. 5 Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporunda yer vermiştir. Fakat Türk Toplumunu için egemenliğin çok hassas bir konu olduğunu, bu yüzden hatalı bir zamanlama ile Anayasa değişikliğine gidilmesinin toplumda gereksiz tartışmalara ve huzursuzluklara yol açacağını, Avrupa Birliğinden tam üyelik için yeşil ışık almadıkça bu değişikliklerin yapılmasının zamansız olacağı sonucuna varmıştır (2).

Türkiye Gümrük Birliği kararını imzalamakla ve yakın bir gelecekte Avrupa Birliği üyeliğini hedef almış olmakla başta Anaya-

(1) Bu konuda oldukça fazla yayın vardır. Burada bir kaçına yer verelim. ARSAVA, Füsün, *Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar* AUSBF Yayını (Ankara, 1985) 439; KARAKAŞ, A. Işıl), *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus-Devlet Egemenliği*, Der. Yayınları (İSTANBUL, 1993) PAÇACI, İrfan, *Teori ve Pratikte Supranational Avrupa Topluluk Hukuku* (basılmamış doktora tezi) (İSTANBUL - 1991).

(2) Bk. D.P.T., *Türkiye ve Avrupa Entegrasyonu, VII. 5 Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, (ANKARA - 1995), s. 16-71. Komisyon üyesi Şeref ÜNAL, bu görüşe karşı çıkarak, böyle bir değişiklik yapılmadan da bütünleşmenin sağlanabileceğini savunmuştur. *İbid*, s. 67.

sası olmak üzere, hukuk mevzuatında gerekli, hatta zorunlu olan bütün değişiklikleri yapmak sorumluluğunu zaten yüklenmiştir. Esasen Avrupa Birliği ile bütünleşme uyumunu sağlayacak, Anayasa değişikliği dahil, hukuk düzenimizde gerekli değişikliklerin yapılmasına ciddi bir itiraz ileri sürülemez. Biz bu incelememizde konuyu her yönü ile değil, fakat Avrupa Birliği üyeliğine engel olduğu söylenen, anayasanın egemenliği düzenleyen maddesinin değiştirilmesinin gerekli olup olmadığı noktasından tartışmak istiyoruz. Konuyu bu yönü ile aydınlatabilmek için işin başında egemenlik hakkında bir kaç söz söylemek yararlı olacaktır. Hemen arkasından da Topluluk Hukukunun niteliği üzerinde durduktan sonra asıl konuya geçmek mümkün olacaktır.

I — GÜNÜMÜZDE EGEMENLİK NE ANLAM TAŞIR?

Birçok haklı kabul edilebilecek tenkitlere rağmen, egemenliğin modern devletin oluşumunda itici bir güç olduğunu ve hatta sadece bu amaçla ortaya çıktığını inkar etmek mümkün değildir. Günümüz anayasalarında egemenliğe açıkça yer vermeyen devletlerin bile, özellikle dış ilişkilerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde egemenlik haklarından taviz vermemek için yoğun gayret göstermelerine sıkça şahit oluyoruz. Bunun gerçek sebebi, anlamı değişmiş ve gerilemeye yüz tutmuş olmasına rağmen, halen egemenliğin klasik anlamına yaklaşılarak devletin temel niteliğini ve ayırt edici kriterini oluşturduğu inancının devam etmesidir. Başka bir ifade ile, uluslararası ilişkilerde zaman zaman egemenlik iç ilişkilerden farklı bir anlamda, devletin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı kullanılmaktadır.

Günümüzde bir hayli zayıflamış olmakla birlikte devletlere, dayandıkları güçlü bir savunma ve korunma siperi yaratan bu egemenlik anlayışının köklerini ortaçağın sonları, yeni çağın başlarında Fransız krallarının içte feodal iktidar odaklarına, dışta ise Papalık ve Roma - Cermen İmparatorluğuna karşı yürüttükleri savaşlar sonucunda elde ettikleri başarılarda aramak gerekir. Bodin'in formüleştirdiği, bölünmez, tek, mutlak, sınırsız ve devredilmez bir iktidar olan egemenlik, kralların ülke içinde iktidarlarına rakip olabilecek bir iktidar, ülke dışında da kendilerinden üstün bir iktidar tanımadıklarını ifade eden hukuki kavram olmuştur (3).

Uzun müddet bu niteliği ile modern milli devletin doğumuna hizmet eden egemenlik, Rousseau ile birlikte muhtevası hiç değiş-

(3) KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 3. Bası, AÜHF, Yayını (ANKARA - 1983), s. 37.

meden sadece sahip değiştirmiştir (4). Egemenlik artık bundan by-
le krala değil, millete aittir. Rousseau'un formlleştirdiği egemen-
liği mutlak, sınırsız meşru bir iktidar olarak kullanma hakkı Fran-
sız İhtilali ile birlikte millete geçmiştir. Kişisel iradelerin üstünde,
onlardan ayrı kendine özgü bir varlığı olan genel irade egemenliğin
tek belirleyicisidir (5). Genel irade toplumun ortak iyiliğini yansıtan
mutlak, üstün, karşı gelinmez bir iradedir.

Bu kısa açıklama bile, milli egemenlik teorisinin, egemenliğin
kaynağında ve onun millet adına kullanılmasını millet - devletin or-
ganlarına devrinden başka özünde hiç bir yenilik yapmadığını gs-
termektedir. Hatta bir teze göre bu egemenlik anlayışı, egemenlik
kavramını eskisinden olduğundan çok daha yüceltmış, halkı modern
prens haline getirmiştir (6). Özünde doğru sayılabilecek bu tez, ulaş-
mak istediği sonuç bakımından doğru sayılmaz.

Gerçekten, millet adına kullanılması yeniden düzenlenen ege-
menlik, devlet iktidarının daha gcl temeller üzerinde oturmasını
sağlamış olmakla, bir bakıma daha metafizik bir anlam kazandığı
söylenebilir (7). Öte yandan, aynı egemenlik anlayışının demokra-
sinin gelişmesine yaptığı olumlu katkı inkar edilemez. Siyasal ikti-
darın kaynağını millette veya halkta olduğu noktadan hareket
edersek, bu yakın ilişki görmemezlikten gelinemez. Bununla milli
egemenliğin demokrasiyi de hemen beraberinde getirdiğini söylemek
istemiyoruz. Elbette ki, bu iki olgunun yakınlaşması için uzun bir
sürenin geçmesi gerekmiştir (8). Ama milli egemenliğin ağdaş de-
mokrasiye giden yolu açtığı da bir gerçektir (9).

- (4) Egemenliğin modern devletin doğuşunda oynadığı önemli rol için bkz.
HUNTINGTON, Samuel, P., *Political Modernization: America vs. Europe,*
World Politics, 1986, s. 18, s. 373-424.
- (5) Halk egemenliği teorisinin de fikir babası Rousseau'dur. ıkış noktaları
farklı olsa bile, bugün pratikte milli egemenlik ile halk egemenliği arasın-
daki geçmişte olan temel farklılıklardan hemen hemen söz edilemez. Bu
yüzden halk egemenliğinden ele alınan konu itibariyle de ayrıca söz et-
mek gereksizdir.
- (6) AğAOğULLARI, M. Ali, "Demokratik Mitoslar: Halk - Ulus Egemenliği ve
Siyasal Temsil" *Muammer Aksoy'a Armağan (ANKARA - 1991),* s. 24.
- (7) Atatürk'tin "Milli egemenlik öyle bir nurdur ki, onun karşısında zincirler
erir, ta ve tahtlar yanar, yok olur" sözü bu anlayışın bir ifadesi olarak
görülebilir.
- (8) Daha ayrıntılı bilgi için bk. ZEBUDUN, Ergün, "Kavram Olarak Milli Ege-
menlik ve Demokrasi" (tebliğ), 3. Milli Egemenlik Sempozyumu ve Demok-
rasi, Ankara 24 Nisan 1987, TBMM Basımevi, (ANKARA - 1987 s. 19-23.
- (9) AğAOğULLARI, Milli egemenliğin çoğulcu demokrasi anlayışını tümüyle
dişladığı kanısındadır. *Op. cit.,* s. 24.

Gerek klasik egemenliğin, gerekse milli egemenliğin modernleşme ve demokrasinin gelişmesi sürecine yaptıkları olumlu katkılara rağmen ve günümüzde muhtevası da bir hayli değişmiş, sınırlanmış bir kavram olduğu halde, halen çağ dışı sayılması bize yadırganacak bir tutum gibi gelmektedir (10). Çünkü, günümüzde egemenlik kavramı ne Bodin'in ne de Rausseau'nun kendisine yükledikleri anlamı taşımamaktadır. Devletin kurucu unsurunu belirlemek üzere "devlet kudreti" veya "devlet iktidarı" kavramlarının kullanılmasından nasıl ki mutlak bir kudret veya iktidar kastedilmiyorsa, aynı şeyi egemenlik kavramı ile karşıladığımız zaman da buna mutlak bir anlam yükleyemeyiz. Kaldı ki, "devlet kudreti", "devlet iktidarı" terimleri de özünde sınırlılığı ifade etmezler. Hukuk nasıl ki bu kavramları sınırlar, egemenlik kavramını da aynı şekilde sınırlar. Bu sebeple biz, egemenliğin devletin kurucu unsurunu belirleyen bir kavram olarak kullanılmasında hiçbir sakınca görmüyoruz.

II — TOPLULUK HUKUKUNUN NİTELİĞİ

Avrupa Birliğini kuran temel anlaşmaların ortaya koyduğu hukuk sistemi, klasik Milletlerarası Hukukunun anlaşmalarından nitelik farklılığı gösterir. Milletlerarası hukuk esas olarak egemen devletlerin birbirine karşı saygı ve karşılıklı işbirliği esasına dayandığı halde, Avrupa Topluluğu Hukuku üye devletlerin yasama egemenliklerini belli alanlarda sınırlandırmalarını öngören ve bu niteliğiyle, sadece devletleri değil, aynı zamanda bu devletlerin vatandaşlarını da bağlayan bir hukuk sistemidir (11). Daha özlü bir deyişle, iki hukuk sistemi arasındaki temel farklılıklar, birincinin eşitler arasında işbirliğine ve karşılıklı esasına dayanmasına mukabil, ötekinin doğrudan doğruya bütünleşmeyi esas almış olmasında ortaya çıkmaktadır (12).

Şu halde Avrupa Topluluğunu kuran anlaşmalardan doğan hukuk, üye devletlerin milli hukuklarının bütünleyici bir parçası olmakla birlikte, kendine özgü bir hukuk sistemidir. Bu hukuk sisteminin iki temel özelliği bulunduğu Adalet Divanının içtihatlarından

(10) KAPANİ, Çağdışı bulduğu kavramın tamamen terk edilmesinin doğru olacağını söylemektedir. *Op. cit.*, s. 40.

(11) DOĞAN, İzzettin, *Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Topluluklarıyla Bütünleşmesi Sorunu* (İSTANBUL - 1979), s. 104; KANETİ, Selim, "Avrupa Topluluğu Hukukunun Üstünlüğü Karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Anayasa Yargısı, c. 7, 1990, s. 131.

(12) KANETİ, *İbid.*, s. 132. KARAKAŞ, *Op. cit.*, s. 33.

çıkarılabilir. Bunlardan birincisi bu hukukun doğrudan uygulanabilir olması, ikincisi de milli hukuka olan üstünlüğü ikeleridir.

1 — Topluluk Hukukunun Doğrudan Uygulanabilir Olması

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) verdiği kararlarda Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanabilir (self-executing) olduğu içtihadında bulunmuştur (13). Bu içtihatların temel gerekçesi, Topluluğa katılan üye devletlerin belli konularda egemenlik yetkilerini sınırladıkları, böylece Topluluk Hukukunun bu devletler vatandaşlarının kendi milli yargı organları önünde ileri sürülebilir bir nitelik taşınmış olmasına dayanmaktadır. Şu halde, Topluluk Hukukunun milli hukuka belli konularda bütünleşmiş olması, bu hukukun üye devletlerin yargı organlarını doğrudan doğruya bağlayıcı hale gelmesi sonucunu doğurmuştur (14).

Doktrinde hakim olan görüşe göre, Topluluk Hukukunun bütün kuralları doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir (15). Hangi kuralların doğrudan uygulanabilir olduğunu ise, Topluluğu kuran anlaşmaların hükümleri açıkça tasnif etmediğinden bu konuda ortaya ciddi karışıklıklar çıkabilmektedir (16). Genel bir kural olarak söylemek gerekirse, Avrupa Topluluğunun oluşmasını sağlayan kuralların büyük çoğunluğu ile, Adalet Divanı kararları doğrudan uygulanabilir niteliktedirler (17).

2 — Topluluk Hukukunun Üstünlüğü

Avrupa Topluluğunun temelini oluşturan anlaşmaların hiç birinde Topluluk Hukukunun üye devletlerinin iç hukuklarına üstünlüğünü öngören bir hüküm bulunmamasına rağmen, gerek doktrinde ileri sürülen gerekçelere (18), gerekse Adalet Divanının vermiş olduğu çeşitli kararlarında Topluluk Hukukunun milli hukuka üstünlüğü kesinlik kazanmıştır. Adalet Divanı verdiği ünlü *Costa C. Enel* kararında (19). "Devletlerin iç hukuk düzenlerinden Topluluk

(13) Bu kararlar için bk. KANETİ, *Op. cit.*, 133, KARAKAŞ, *Op. cit.*, s. 27.

(14) KANETİ, *Op. cit.*, s. 132.

(15) DOĞAN, *Op. cit.*, s. 106-107. PAZARCI, Divan kararlarına dayanarak doğrudan uygulanabilen ve uygulanamayan kuralları sistemleştirmeye çalışmıştır. Bk. PAZARCI, Hüseyin, "Topluluk Hukukunun Üye Devletler Hukuku ile İlişkisi, Avrupa Topluluğu Hukuk Sempozyumu, Danıştay Yayını (ANKARA - 1989), s. 90 vd.

(16) DOĞAN, *Op. cit.*, s. 105.

(17) PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, (ANKARA - 1985), s. 246-247.

(18) Bu gerekçeler için bk. ARSAVA, *Op. cit.*, s. 21-50.

(19) KANETİ, *Op. cit.*, s. 134. Karar metninden geniş alıntılar için bk. KARAKAŞ, *Op. cit.*, s. 93 vd.

Hukuku düzeni lehine andlaşma hükümlerine ilişkin hak ve yükümlülüklerini devretmeleri zorunlu olarak egemenlik haklarının kesin sınırlanmasına yol açar ve bu sınırlama karşısında Topluluk kavramı ile bağdaşmayan tek taraflı, sonraki tasarrufun üstün gelmesi mümkün değildir" ifdeleri yer almaktadır. Adalet Divanının bu ve daha başka kararlarından çıkan sonuca göre, Topluluk Hukukunun kurallarına karşı herhangi başka bir iç hukuk kuralı ileri sürülemez (20). Bu da üye devletlerin kurucu sözleşmelerde bulunan konularda yasama yetkilerini Topluluğun lehine sınırlamaları anlamına gelir.

Fakat Adalet Divanının son zamanlarda verdiği kararlar incelendiğinde, sözleşmelerde bulunmayan konularda da Topluluk Hukukunun üstünlüğüne ve önceliğine işaret ettiği görülmektedir. Buna karşılık Adalet Divanı verdiği ilk kararlarda üye devletlerin iç hukuklarına, hatta anayasal kurallarına riayeti sağlamamanın kendi yetkisinde olmadığını kabul etmiş ve bu içtihadını sürdürmektedir. Ancak Divan, Topluluğun dağılması endişesiyle, daha sonra verdiği kararlarında Topluluk Kurumlarının aldığı kararların geçerliliğinin, her üye devletin kendi anayasasına uygun olarak ayrı ayrı ve değişik şekilde kontrol etmelerinin yaratacağı tehlikeye dikkat çekmektedir (21).

Bu maksatla Divan ilk defa Stauder kararı ile sessizliğini bozarak temel hakların varlığının Topluluk Hukukunun genel ilkelerine dahil olduğunu kabul ediyordu (22). Hauer kararı ile (23) içtihadını daha da geliştiren Divan, temel hakların Topluluk Hukukunun genel ilkelerinin bir parçası olduğuna işaretle, Avrupa Sözleşmesinin Ek Birinci Protokolünün 1. maddesini sanki Topluluk Hukukunun bir hükmü gibi yorumlamıştır. Ayrıca, bu kararda üye ülkelerin anayasalarının tanıdığı temel haklarla bağdaşmayan tedbirlerin, Toplulukça kabul edilmeyeceği çok net olarak ifade etmiştir (24).

(20) Bununla birlikte Divan bir davada taraf devletin milli kanunun Birlik Andlaşması hükümleriyle çatışmıyorsa nadiren de olsa uygulayabilmektedir. Bk. CANSER, Erol, "Anayasal Normlar Hiyerarşisinde Türk Anayasa Mahkemesi Raporu". *Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunma İşlevi VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı*, c. 2, (ANKARA, 7-10 Mayıs 1990), s. 40 dn. 108.

(21) KAKGURIS, C. N., "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Raporu", *VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı*, c. 4, s. 42.

(22) 12.11.1969 atarih ve 29/69 sayılı karar, "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Raporu", *İbid*, s. 39-40.

(23) 13.12.1979 tarih ve 44/7 sayılı karar, *Op. cit.*, s. 41-42.

(24) Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Raporu, *İbid*, s. 42.

Divan, başka kararlarında da, Topluluk Hukukunun iç hukuka olan üstünlüğünü vurgulamaktadır. Mesela *Simmenthal* kararında, "Topluluk Hukukunun üstünlüğü ilkesi uyarınca, kurucu sözleşmenin hükümleri ve topluluk organlarının doğrudan uygulanabilir işlemleri, üye devletlerin ulusal hukuklarının bu düzenlemelere aykırı hükümlerinin uygulama gücünü kendiliğinden ortadan kaldırır ve her bir üye devletin ülkesinde uygulanacak hukuk düzeninin üstün sırada kurallar kimliğini kazanır. Bu nitelikleriyle Topluluk Hukuku, kurallarına aykırı olabilecek yasama işlemlerinin geçerliliğini önler" (25). Aynı kararda milli hakimlere de bir hatırlatma yaparak, Topluluk Hukukuna aykırı milli kanunu uygulamama sorumluluğu altında buldukları hükmünü eklemektedir.

Buraya kadar Topluluk Hukukunun mahiyeti hakkında verdiğimiz kısa bilgileri tekrar toparlayacak olursak şunları söylememiz mümkündür: Bu hukuk sistemi kendine özgü bir hukuk sistemidir ve bu niteliğiyle özde devletler hukukundan farklıdır. Bugünkü Avrupa Topluluğunun temelini oluşturan sözleşmelerin, diğer milletlerarası anlaşmalardan üye devletlerin bütünleşmesi gibi çok daha ileri bir amaç gütmesi, yarattığı hukukun da farklı olması sonucunu yaratmıştır. Nitekim Kurucu sözleşmelerde açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, Adalet Divanının içtihatlarından çıkan sonuca göre, bu hukuk sisteminin iki ayırıcı temel özelliği, yani biri doğrudan uygulanabilir, diğeri de milli hukuka göre üstünlüğü kural olarak üye devletlerce kabul edilmektedir. Gerçekten, Avrupa Topluluğuna milletlerüstü kimliğini kazandıran da Adalet Divanının içtihatlarıyla gelişen hukukun bu temel özellikleri olmuştur (26).

Acaba Avrupa Birliğine üye ülkeler bu özellikleri haiz hukuku uygularken egemenliklerini Birliğe devir etmiş olmaktadır? Değilseler bu hukukun doğrudan uygulanabilirliği ile iç hukuklarına üstünlüğüne nasıl yaklaşmaktadırlar? Avrupa Birliği üyeliğine aday Türkiye'nin anayasal konumu nedir? Başka bir deyişle, Anayasamız Avrupa Birliğine girmemize iddia edildiği gibi engel midir?

III — AVRUPA BİRLİĞİ ÜYELERİNİN YAKLAŞIMI

Adalet Divanının içtihatlarına karşı başta Federal Almanya ve İtalya Anayasa Mahkemeleri ile Fransa Anayasa Konseyi olmak üzere bazı üye devletlerin yargı organları ciddi bir direnme göstermişlerdir.

(25) 9.3.1978 tarihli karar. Bu karardan geniş alıntılar için bk. KARAKAŞ, *Op. cit.*, s. 98 vd.

(26) Aynı mahiyette, KANETİ, *Op. cit.*, s. 137.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi 29 Mayıs 1974 tarihli Solange kararı ile, Topluluğun serbest seçimlerle oluşacak bir meclis tarafından onaylanmış bir ferdi haklar listesine sahip olmadığını, bu yüzden Anayasa Mahkemesinin Topluluk Hukukunun bir hükmünün ferdi haklar bakımından Alman Temel Kanununa aykırı olup olmadığına hükmetmek için yetkili olduğunu açıklamıştır (27). Bu gerekçe ile bir Topluluk düzenlemesinin denetimini yapan Yüksek Mahkeme, bu düzenlemenin ülkede uygulanamaz olduğuna karar verirken egemenliğin bölünmezliği noktasından hareket etmiştir.

Daha sonra vermiş olduğu bir kararında bu içtihadını yumuşatan Federal Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Topluluk organlarınca bağlayıcı kabul edilmesi üzerine, Topluluk Hukukuna Alman anayasasının tanıdığı temel haklar karşısında ilke olarak öncelik vermiştir (28). Topluluğun, temel hakların korunmasında ortaya koyduğu başarı, bu kararın alınmasında etkili olmuştur. Ama Anayasa Mahkemesi temel hakların korunmasında, Topluluğun tutumunda bir değişiklik olması halinde denetim yetkisini kullanacağını kararında belirtmekten geri durmamıştır. Mahkemeye göre, egemenlik haklarının kanunla milletlerarası kuruluşlara devri (Ana. Md. 24/1), insan haklarının özünü de kapsamamaktadır (29).

Aynı yaklaşımı İtalyan Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında da görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesine göre, İtalyan Anayasal düzeni ile ve temel haklarla Topluluk Hukukunun uygunluğunu sağlamak yetkisi saklıdır. Mahkeme Sözleşmenin etkisinin sınırlı olduğuna dikkat çekerek "en azından genel teorik çizgide, anayasal hukuk düzenimizin tüm temel ilkelerinin, üye ülkelerin anayasal ortak ilkeleri arasında bulduklarının ve öyleyse ortaklık hukuk düzenini de muhtevi olduklarının kesinlikle ifade edilemeyeceğini" kararlaştırmıştır (30). Buna ek olarak Anayasa Mahkemesi "anayasal düzenin temel ilkeleri ve insan hakları" yönünden toplu-

(27) Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Raporu, Op. cit., s. 35.

(28) HERZOG, Roman, "Federal Alman Anayasa Mahkemesi Raporu", Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakları Koruma İşlevi, VIII, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, c. 3, (ANKARA 7-10 Mayıs 1990), s. 20-21.

(29) Federal Alman Anayasa Raporu, İbid, s. 21.

(30) LUCIANI, Massimo, "İtalyan Anayasa Mahkemesi Raporu", Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakları Koruma İşlevi, VIII, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, c. 3, (ANKARA 7-10 Mayıs 1990), s. 313.

luk andlaşmasını uygun bulma kanununu da denetleyebileceğine karar vermiştir (31).

Fransız Danıştayının Adalet Divanının kararlarını tanımmamaya kadar varan direnişi yanında, Anayasa Konseyi de "Topluluğu kuran andlaşmaların hükümleri uygulama ölçütü niteliğindedir. Bu doğrultuda söz konusu karar, ne doğası ne önemiyle ulusal egemenliğin kullanılmasına ilişkin esas şartları ihlal edemez" (32) yolundaki içtihadıyla Danıştayın kararlığını sürdürmüştür. Anayasa Konseyi başka kararlarında da milli egemenliği ihlal etmeyen egemenlik sınırlamalarını kabul ederken, egemenlik devrine şiddetle karşı çıkmayı sürdürmektedir. Anayasa Konseyi hassasiyetle bağlı olduğu milli egemenlik ilkesi çerçevesinde Topluluk düzenlemelerini denetlemeye devam edeceğe benziyor. Nitekim, Anayasa Konseyinin kararı üzerine gerçekleştirilen anayasa değişikliğinden sonra, Maastricht Andlaşması 20 Eylül 1992 tarihinde halk oyuna sunulup kabul edilebilmiştir (33).

İngiltere'nin de, "Parlamentonun egemenliği" ilkesine sıkı sıkıya bağlı kaldığı görülmektedir. İngiltere Anayasal geleneğinde Parlamentonun sınırsız kanun yapma yetkisi Topluluk Hukukunun bağlayıcılığı ve üstünlüğü ile bağdaşmaz niteliktedir. İngiltere bu bağdaşmazlığı önlemek için "European Communities Act"i kabul ederek Topluluk Hukukunu kendi iç hukukuna katma yoluna gitmiştir. Ancak bu kanun ile, Parlamentonun egemenliği ve bu ilkenin sonucu olarak parlamentonun geleceğe yönelik kendi iktidarını sınırlayamaması geleneğini, Topluluk Hukukunun üstünlüğü ile bağdaştırabilmiştir.

Avrupa Birliği üyesi bu ülkelerin yargı içtihatlarından anlaşılacağı gibi, Topluluk Hukuku ile bütünleşmeye karşı gösterdikleri direnç zaman içinde gözle görülür belli bir yumuşama göstermiştir. Bunda, bugünkü Avrupa Birliğinin üye devletlerin egemenliğini ortadan kaldıran bir bütünleşme olmadığının anlaşılmasının büyük rolü vardır. Esasen Avrupa Birliği, üye devletlerin anayasalarında mevcut, egemenliğin halka veya millete ait olduğuna dair temel kural ile çatışır nitelikte değildir. Topluluk Hukukunun üye devletlerin iç hukuklarına dahil edilmesi ve bu hukuka uygulamada öncelik ve üstünlük tanınması egemenliklerinin devri anlamında değil, fa-

(31) KARAKAŞ, Op. cit., s. 151.

(32) KARAKAŞ, İbid, s. 176.

(33) KARAKAŞ, İbid, s. 187.

kat egemenlikten doğan yetkilerin belli alanlarda sınırlanması anlamında kabul etmişlerdir (34).

IV — TÜRKİYE'NİN ANAYASAL DURUMU

Girişte de belirttiğimiz gibi Türkiye Avrupa Toplulukları ilişkileri başladığından, özellikle de tam üyelik başvurusundan beri egemenlik devri konusu doktrinde tartışılmaya devam etmektedir. Egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu kuralını benimseyen Türk anayasasının bugünkü şekliyle Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna (Avrupa Birliğine) girmesi halinde, bu hukuku uygulamakta büyük güçlüklerle karşılaşacağı görüşü hakimdir (35). Bu tezin taraftarları özellikle Anayasanın 6. maddesinin yanında, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını düzenleyen 7., 8. ve 9. maddelerin de değişmesinin şart olduğunu savunmaktadırlar (36).

Bir noktaya kısaca temas ettikten sonra, tekrar esas konuya dönmemiz gerekmektedir. Demokratik siyasal sistemi yerleştirmeyi amaçlayan ve bu yolda bir hayli mesafe alan Türkiye'nin, aynı yolda halen aşması gereken önemli problemleri olduğuna şüphe yoktur. Demokratik siyasal bir toplumda bulunması zorunlu siyasal ve hukuki kurumların gerçek nitelikleriyle fonksiyon icra edebilmeleri rejimin istikrarı için temel şarttır. Türkiye'de rejimin istikrarını bozucu başka faktörlerin yanında, şüphesiz ağırlıklı olarak hukuki faktörler de vardır. Türkiye, ülke içinde demokratik rejimi istikrarlı hale getirmek ve Avrupa Birliği gibi demokrasi normlarının ve kurumlarının hakim olduğu bir milletlerüstü kuruluşa girebilmek için, başta anayasası olmak üzere hukuk sisteminde gerekli düzeltmeleri yapmak zorundadır. Sadece Avrupa Birliği üyeliği amacıyla değil, ama gerçekten istikrarlı bir demokratik rejimin kurulması için anayasanın hemen hemen herkesce bilinen, rejimin işleyişine engel hükümlerinin ayıklanması zaten bir zorunluluktur. Avrupa Birliği üyeliği beklentisinin olsa olsa bu gelişmeyi hızlandırıcı etkisi olabilir.

Şimdi asıl meseleye geri dönebiliriz. Adalet Divanı'nın ifadesiyle "belli alanlarda üye devletlerin egemenlik yetkilerini sınırlayan"

- (34) Zaten Adalet Divanı da üye ülkelerin anayasalarını yorumlama ve uygulama, daha doğru ifade ile üye ülkelerin anayasalarına saygıyı sağlama görevinin kendisinde olmadığını açıklamaktadır. "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Raporu", *Op. cit.*, s. 38.
- (35) KARAKAŞ, *Op. cit.*, s. 222 vd. DOĞAN, *Op. cit.*, s. 191 vd., PAÇACI, *Op. cit.*, s. 273 vd. Ayrıca bk. PAZARCI, Hüseyin, "Avrupa Topluluğu Hukukuna Uyum Açısından Türk Anayasal Düzeni", *Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyum Semineri*, (İSTANBUL - 1989).
- (36) Mesela, ARSAVA, *Op. cit.*, s. 438 vd. KARAKAŞ, *İbid.*, s. 230.

Birliğe girebilmek için egemenlik devrini öngören bir dizi anayasa değişikliği yapmak şart mıdır?

Bu ihtiyacı Danışma Meclisi, Anayasa Komisyonu da duymuş olacak ki, Tasarının egemenliği düzenliyen 5. maddesine "Milletlerarası yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği öngören andlaşmalar hükümleri saklıdır" şeklinde bir son fıkra eklenmişti (37). "(Uluslararası) örgütlerin yetkili organlarının aldıkları kararlar(ın)... Türk hukukunun müsaade ettiği ölçüde Türkiye'de uygulana (bilmesini)" sağlayabilme gerekçesine dayanan bu hüküm, görüşmeler sırasında yoğun tenkitler sonucunda tasarıdan çıkarılmıştır (38). Dolayısıyla, egemenlik Anayasanın 6. maddesinde bugünkü şekliyle kalmıştır.

Anayasanın 6. maddesi Millete ait olan egemenliğin Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlarca kullanılacağını belirtmiş, bunlar arasında milletlerarası kuruluşlara yer vermemiştir. Bunun açık anlamı şudur: Anayasada ön görülen organlar dışında kalan başka organlar egemenlikten doğan yetkileri kullanamayacaklardır (39). Bizce bu hüküm Avrupa Birliğine girmek için bir engel teşkil etmemektedir(40). Şurası iyi anlaşılmalı ki, Avrupa Birliğine girilmesi halinde Türkiye'nin karşılaşacağı muhtemel güçlükler, egemenliğin millete ait oluşundan doğmaz. Çünkü çağdaş anlayışta egemenliğin millete ait olması, iktidarın kaynağının millette olduğunu ve milleti meydana getiren fertler arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın bir bütün olduğunu ifade eder. Aynı şekilde egemenliğin bölünmezliği de, devletin, bir sınıf devleti olmadığını, yani ideolojik, etnik, dinî, siyasi görüşü ve inançlarından dolayı hiçbir vatandaşın dışlanamayacağını ifade etmekten başka bir anlam taşımaz (41).

Bu şekilde anlaşılması gereken egemenliğin devri ile, bu egemenlikten doğan yetkilerin devrini birbirine karıştırmamak lazımdır. Devri mümkün olmayan bizzat egemenliğin kendisidir. Bununla egemenlikten doğan yetkilerin uluslararası organlarca kullanılmasına izin verilmesi aynı şey değildir. Egemenliğin devri ile bundan doğan yetkilerin sınırlanmasının aynı kabul edilmesi halinde,

(37) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, S. Savaş 166'ya 1 inci Ek, s. 101.

(38) *Ibid.*, s. 6.

(39) PAZARCI, *Op. cit.*, s. 133.

(40) Aksi düşünce, KARAKAŞ, *Op. cit.*, s. 23. ARSAVA, *Op. cit.*, 439 vd., DOĞAN, *Op.cit.*, s. 193.

(41) Aynı mahiyette TEZİÇ, Erdoğan, "Türkiye'de Siyasi Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", Anayasa Yargısı, c. 7, (ANKARA - 1990), s. 43.

İktidarın kaynağının millet veya halk olmaktan çıkarılarak bir bölümünün milletlerüstü bir kuruluşa devri söz konusudur. Nitekim, Fransa Anayasa Konseyi, "Anayasal nitelikte hiçbir hüküm, egemenliğin bir kısmının veya tamamının herhangi bir uluslararası örgüte devrine izin vermez" (42) ifadesiyle kasdetmek istediği budur.

Anayasanın 6. maddesinde gerçekleştirilecek bir değişiklikle millete ait olan egemenliği uluslararası örgüte devrine izin verilmesi, devlet iktidarının kaynağının bu örgütlere terk edilmesi demek olduğundan buna değiştirici iktidarın değil, kurucu iktidarın bile gücü yetmez.

Öte yandan, egemenlikten doğan yetkilerin devri anayasayı yapan iktidarın bir anayasal tercihidir. Anayasa koyucunun bu yönde tercihini kullanması egemenliğin bölündüğü anlamına gelmez. Çünkü, anayasa koyucu, egemenliğin bizzat kendisini devir edemezse de kendi iradesiyle devlet yetkilerinin bir bölümünü karşılık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak milletlerarası organlara devrederek bu yönde iktidarını sınırlaması mümkündür. Bu cümleden olarak, bugün için böyle bir yetki sınırlamasına imkan vermeyen anayasada, bu yönde bir değişiklik yapılması, egemenliğin millete ait olması esas ilkesiyle kesinlikle ters düşmez.

Öyleyse Avrupa Birliğine katılmamız halinde, Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanabilirliğini ve üstünlüğünü sağlamak için anayasanın egemenliğe dair hükmünün değil, ama, sadece bu maksatla milletlerarası anlaşmaların uygun bulmasını düzenleyen 90. maddesinde bir değişiklik şarttır. Her ne kadar bu madde, milletlerarası anlaşmaların anayasaya aykırı olduklarının iddai edilemeyeceğini hükme bağlıyorsa da, bu anlaşmaların kanunlardan üstün ve doğrudan uygulanabilir olduklarını kabul etmeye yetmez. Anayasanın böyle açık bir yoruma elverişli olmadığı bir yana, aksine iç hukuka eş tutulan milletlerarası anlaşmaların, bu anlaşmalara aykırı kanunlarla iç hukuktaki etkilerini azaltmaya veya tamamen ortadan kaldırmaya engel bir durumun olmadığı söylenmektedir (43). Bu yönde muhtemel bir gelişme, şüphesiz Devletin milletlerarası yükümlülüklerine uymaması anlamına gelir. Böyle bir ihtimalin ortaya çıkması, zayıf olsa bile, devletin bir olumsuzlukla karşılaşmaması ve katılmayı amaçladığımız Topluluğun gereği

(42) KARAKAŞ, Op. cit., s. 172 den naklen.

(43) ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden geçirilmiş 3. bası (ANKARA - 1993), s. 186.

olarak, Anayasanın 90. maddesinde Milletlerarası hukuka üstünlük tanıyacak bir değişikliğin yapılması en doğru yol olacaktır (44)

Anayasada bu yönde bir değişiklik yapılarak uluslararası hukukun üstünlüğünün kabul edilmesi, arkasından andlaşmanın ancak onay kanunu ile uygun bulunmasından sonra iç hukuka dahil edilmiş olacaktır. Yasama organının uygun bulduğu andlaşmaların üstünlüğü kabul edildikten sonra, bir kanunla iç hukuktaki etkisinin kaldırılmaması yasama yetkisinin devri olarak değil, fakat Devletin taahhüdü ve sorumluluğu gereğidir. Devlet imzaladığı ve kanunla kabul ettiği bir uluslararası andlaşma ile belli konularda kanun çıkarmayacağını ve bu alanlarda uluslararası kuruluşun düzenlemelerine uyacağını taahhüt etmesi egemenliğin devri değil, o alanda kanun yapma yetkisini sınırlamasıdır (45).

Toparlayacak olursak, modern devletin doğuşunda önemli rol oynayan egemenlik, şüphesiz günümüzde kendisine yüklenen klasik anlamından bir hayli uzaklaşmıştır. Artık, hukukun üstünlüğü karşısında egemenliğin mutlak, sınırsız bir iktidar karşılığı olarak kullanılmasından söz edilemez. Bu konuda herhangi bir tereddüte yer olmamak lazım gelir.

Öyleyse hukukla sınırlanmış egemenlik, devletin kurucu unsurunu belirleyici bir kavram olarak kullanılabilir niteliktedir. Egemenliğin millete ait olması demek iktidarın kaynağını millettten veya halktan aldığı ifade etmekten başka bir anlam taşımadığı için, milli egemenlik çağdaş demokrasi ile de özde ters düşmez. Aynı şekilde, Türkiye'nin Topluluk Hukuku ile bütünleşmesini anayasanın bu temel ilkesinin engellediğini savunmak da güçtür.

Türkiye, Avrupa Birliği üyeliğini, Federal Almanya Anayasası (m. 24/1), İtalyan Anayasası (m. 11)'deki gibi egemenlik haklarını uluslararası kuruluşlara devrini öngören yersiz bir anayasa değişikliğine bağlarsa, bu işi başarması güçtür. Aslında uluslararası hukuka belli bir ölçüde üstünlük tanıyan (46) anayasa, sadece bu yönde daha açık bir değişikliğe ihtiyaç göstermektedir. Fransız Anaya-

(44) ARSAVA, Op. cit., s. 446.

(45) Yetki devri ile yetki sınırlaması arasında bir fark bulunmadığını Luchaire dayanarak savunan KARAKAŞ egemenliği klasik anlamda devlet yetkilerinin toplamı olarak düşünülmektedir. Op. cit., s. 180. Böyle olunca da devlet yetkilerinin sınırlanması egemenliğin devri ile eş anlamlı kabul edilmektedir. Oysa gerçek anlamda egemenliğin devri, yetki devri olmayıp siyasi iktidarın kaynağının devri demektir.

(46) SOYSAL, Mümtaz, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, c. 2, (1986), s. 16-17.

şasının 55. maddesindeki düzenlemeye benzer bir düzenlemenin 90. maddede yer alması, Topluluk Hukuku ile Türkiye'nin bütünleşmesi için yeterlidir. Bütünleşmenin gereği olarak egemenlikten doğan yetkilerin sınırlanması ise egemenliğin özüne ilişkin değildir. Avrupa Birliği üyeliği gerçekleşirse, üyelik andlaşmasının referandumu sunulması zarureti de egemenliğin tabii bir sonucudur.

SELÇUKLU ADLİYE TEŞKİLATI VE OSMANLI HUKUK SİSTEMİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Yrd. Doç. Dr. Gül AKYILMAZ

I. GİRİŞ

Bütün Müslüman - Türk Devletlerinde olduğu gibi Selçuklularda da hukuk iki koldan ilerlemiş ve böylelikle şer'i hukuk (1) - Örfi hukuk (2) ayırımı ortaya çıkmıştır. Bu ayırım Selçuklu adli müesseselerinin biçimlenmesinde son derece etkili olmuş, adli teşkilat bu temel üzerinde yükselmiştir.

920 yılında Karahanlılar'ın güçlü hâkanı Saltık Buğra Han'ın İslâmiyeti kabul etmesi Türk tarihinin önemli dönüm noktalarından

- (1) Şeriat Allah'ın emirlerinin bütünü manasına gelmektedir ve bütün şeriat hükümlerinin kat'i emir veya nahiye olarak kabul edilmesi gerekir. Şari'a bilgisi doğrudan doğruya Kur'an ve hadisten elde edilmektedir. Şer'i ahkâm başlıca iki büyük kısma ayrılmaktadır: 1. İbâdât ve dinî vecibelerle ilgili hükümler, 2. Hukukî ve siyasi nitelikteki hükümler. Fıkıh yani İslâm hukuku ise üç ana guruba bölünmüştür: İbâdât (ibadetle ilgili yükümlülükler), muamelât (medeni hukuk ilişkileri) ve ukubat (cezalarla ilgili hükümler). SCHACHT Joseph, "Şeri'at" İslâm Ansiklopedisi, c. 11, İstanbul 1979, s. 429-431; KARAMAN Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, c. 1, İstanbul 1986, s. 25 vd.
- (2) "Örf" hukukî terim olarak sultanın hüküm ve icrâ otoritesidir. XV. yüzyılın ikinci yarısında yaşamış Tursun Bey'e göre "nizam-ı âlem için" akla dayanarak hükümdarın koyduğu nizama "siyaset-i sultanî ve yasag-i pâ-dişâhî" ya da "örf" denir. İNALCIK Halil, "Örf", İslâm Ansiklopedisi, c. 9, İstanbul 1988, s. 480. Örfî kanunlar ululemrin müslüman cemaatinin hayrı düşüncesi ile şer'i kaynak ve prensipler dışında, kendi iradesine dayanarak çıkardığı kanunlar anlamındadır. Bkz. ANHEGGER R. - İNALCIK Halil, Kanunnâme-i Sultan-i ber müceb-i örf-i Osmanî, Ankara 1956. Ancak örfî kanunlar hiçbir zaman şer'i hükümlere aykırı olamaz. Zaten Müslüman - Türk Devletlerinde, özellikle Osmanlı uygulamasında örfî hukuk denince şer'i hükümlerin kanun tarzında tedvini de dahil olmak üzere ululemre tanınan sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde İslâm hukukçularının içtihat ve fetvalarına da başvurularak ortaya konan hukukî hükümler akla gelmektedir. AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, 1. Kitap, İstanbul 1990, s. 51.

birisidir. 940 yıllarına gelindiğinde çok sayıda Türk İslâmiyeti seçmiştir ve 940-1926 yılları arasındaki 986 yıllık dönemde İslâm huku-ku tüm Müslüman-Türk devletlerinin hukuk sistemi hâline gelmiş-tir. Özellikle Kur'an ve sünnette en ince ayrıntısına kadar düzenle-me yapılan aile hukuku, miras hukuku, had cezaları, şahsa karşı iş-lenen cürümler, vakıflar gibi konularda diğer İslâm devletlerinde olduğu gibi Türk devletlerinde de şer'i hükümlerin dışına çıkılma-mış, bir kaç küçük istisna dışında şer'i hükümlere aynen uyulmuş-tur. Ancak sadece çerçeve hükümlerin vaz'edildiği ayrıntılı düzen-lemeler yapma yetkisinin zamanın ululemrine bırakıldığı idare hu-kuku, anayasa hukuku, tazir cezalarının tesbiti ve benzeri konular-da örfi hukuk gelişme imkânı bulmuştur (3).

Vurgulanması gereken bir başka konu ise şer'i otorite yanında tamamiyle bağımsız siyasi-icrai bir otoritenin yerleşmesinin Selçuk-lu Türklerinin, İslâm dünyasını hükümleri altına almasıyla gerçek-leşmiş olduğudur (4). Bu akım XIII. yüzyılda Moğol hukukunun yay-gınlık kazanmasıyla daha da kuvvetlenmiştir.

Yukarıda verdiğimiz kısa bilgilerin de açıkça ortaya koyduğu gibi Selçuklu adli teşkilatının örgütlenmesinde belirleyici faktörler-den belki de en önemlisi şer'i hukuk-örfi hukuk ayırımıdır. Bu çer-çevede şer'i davalara bakan mahkemelerle, örfi-idari davalara ba-kan mahkemeler farklılaşmıştır.

(3) İslâm hukukuna göre devletin en yüksek otoritesini temsil eden ululem-rin -ki bu otorite halife ya da sultan olabilir- içi boş bir yasama yetkisi vardır. Bu içi boş yasama yetkisinin kapsamı bir başka deyişle örfi huku-kun sınırları ise şunlardır : 1. Ululemr, yasama yetkisine dayanarak mev-cut şer'i hükümleri derleyerek kanun hâline getirebilir. 2. İctihadi konu-larda mevcut içtihatlardan birini tercih edip, uygulamaya esas alabilir. 3. Kendisine tanınan sınırlı yasama yetkisini kullanarak emir ve yasakla-ma şeklinde kanunlar koyabilir; idari düzenlemeler yapabilir; tazir ceza-larını belirleyebilir; bazı şer'i hükümleri uygulama açısından kayıtlayıp, içtihadî konularda emir ve yasaklamalarda bulunabilir. CİN HAIL - AK-GÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. 1, İstanbul 1990, s. 193-195. Ulu-lemrin örfi hukuk alanında sahip olduğu yetkilere verilebilecek en güzel örneklerden birisi de şüphesiz Selçuklu sultanı Melikşah'ın İslâm hukuk-çularına hazırlattığı ve daha çok özel hukuka yönelik olan "El Mesâil'ül-Melikşahiye Fil-kavâid'ış Şer'iyye" adını taşıyan hukuk kodudur.

(4) KÖPRÜLÜ Fuad, "Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri İslâm Amme Hu-kukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok mudur?", Belleten, c. II, An-kara 1935, s. 61-66. Selçuklu müesseselerinde ve örfi nitelikli hukukunda Türk kamu hukukunun büyük etkileri görülmektedir. Tuğrul Bey'den baş-layarak kamu hukuku sahasında Selçuklu hükümdarları serbest legislatif faaliyet göstermişlerdir.

II. SELÇUKLU ADLİYE TEŞKİLATI

A. Şer'i Yargı

Selçuklu şer'i yargı teşkilâtında kadılar, kadil kudât ve kadileşker yer almaktadır.

1. Kadılar

Selçuklularda şer'i ve hukuki işlerle diğer Müslüman - Türk devletlerinde olduğu gibi kadılar ilgilenmişlerdir. Gerek merkezde gerekse taşra teşkilâtı bünyesinde her eyâlet, vilâyet ve kazada kadılar şer'i yargılama görevini üstlenmişlerdir.

Büyük Selçuklu Devleti'nde yönetici sınıfın ve halkın şer'i davalarına bakan kadılar arasında her hangi bir ayırım söz konusu değilken, Anadolu Selçuklu Devleti'nde askeri sınıfın, şer'i ve hukuki işlerine bakan kadılar birbirlerinden ayrılmışlardır (5).

Selçuklu kadılarının görev ve yetkilerini ortaya koyan en önemli kaynaklar şüphesiz tayin menşurlarıdır. Bu menşurlarda kadılardan davaların hal ve faslında Kur'an, sünnet, hadis ve sahabenin eserlerine dayanarak hüküm vermeleri, şer'i şerifin dışına çıkmamaları ve adaletten ayrılmamaları istenmektedir (6). İslâm adaleatine güvenleri sebebiyle hristiyan ve putpereslerin mal ve mülklerini kadıların sicil, şâk ve vesikalarıyla teminata aldıkları, kadıların hüküm verirken bu hususu gözden uzak tutmamaları gerektiği kuvvetle vurgulanmaktadır.

Çeşitli kadılık menşurlarından anlaşıldığı üzere Selçuklu kadı-ları, ölümlerin terekelerinin muhafazası ve mirasın taksimi, nikâh akidelerinin yapılması, yetim ve çocukların mallarının korunması ve temiz ve emin ellere bırakılması (vasi tayini), mescit, medrese, zaviye, hankâh ve diğer vakıf müesseselerine nezaret ederek vakfın şartlarının yerine getirilmesine çalışılması ve adaletin gerçekleşmesini sağlamak üzere dava dinlemek gibi görevleri yerine getirmek zordur (7).

(5) UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal, Ankara 1984, s. 122; ÇİN - AKGÜNDÜZ, s. 267.

(6) TURAN Osman, Türkiye Selçukluları Hakkında Resmî Vesikalar Metin, Tercüme ve Araştırmalar, Ankara 1988, s. 42.

(7) KAFESOĞLU İbrahim, Selçuklu Tarihi, İstanbul 1972, s. 149; Nizamettin Mehmet bin el-Nakib'in Samsun şehir ve vilâyeti kadılığına, Muzafferettin Mehmet el-Bağdadi'nin Konya kadılığına, Nasreddin Osman'ın Lârende kadılığına ve Kudbeddin Şirazi'nin Sivas kadılığına tayin menşurlarında görev alanları açıkça belirtilmiştir. TURAN, Türkiye Selçukluları, s. 42-43.

Görüleceği üzere kadıların görev ve yetki alanları genellikle özel hukuka yöneliktir ve fonksiyonları sadece dava dinleyip, hüküm vermekten ibaret değildir. Miras taksimi, vasi tayini, nikâh akidlerinin yazılması, vakıf ve hayrat işlerinin idaresi gibi bir çok önemli konuda yetkili olan kadılardır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda düzenli olarak tutulan şer'îye sicillerinin benzerlerine Selçuklu Devletinde de rastlanmaktadır. Hatta bu konuda Selçukluların Osmanlılara örnek olması kuvvetle muhtemeldir. Selçuklu mahkemelerinde görülen davalar, mahkeme huzurunda yapılan akidler, merkezi hükümetin gönderdiği emirler tipik Osmanlılarda olduğu gibi kadı sicillerine kaydedilmiştir (8). Ancak büyük öneme sahip olan bu kaynakların bir kısmı kadılar görevlerinden ayrılırken sicilleri de beraberlerinde götürdükleri için zamanımıza ulaşmamıştır.

Kadıların görevlerini icra ederken ve yetkilerini kullanırken uymaları gereken esaslar gerek tayin menşurlarında gerekse Siyaset-nâme'de açıkça belirtilmiştir. Selçuklularda kadılık en önemli devlet görevlerindedir. Çünkü müstümanların "kanı ve malı" kadılarına emanet edilmiştir (9). Bu sebeple kadılar alim, dindar, kanâat-kâr kişiler arasından seçilmesi, gönüllerinin hıyanete kaymaması için liyâkatleri ölçüsünde aylık verilmelidir (10).

Selçuklu devlet teşkilâtı konusundaki en önemli kaynaklardan olan Hasan bin Abdülmümin'in Rusum ur-risâil'inde kadıların hüküm verirken büyük-küçük, itibarlı-itibarsız kimseler arasında fark gözetmemeleri, mirasların taksiminde, sicillerin yazımında, nikahların akdinde Kur'an, hadis ve içtihatlarla uymaları, iltimas hediye kabulünden kaçınmaları, iki taraf hazır bulunmadıkça davalara bakmamaları tavsiye edilmektedir (11). Selçuklu kadıları görevlerini icra ederken yukarıda öğütlenen esaslara büyük ölçüde uymuşlardır (12).

- (8) KÖPRÜLÜ Fuad, "Anadolu Selçukluları Tarihinin Yerli Kaynakları", Belleten, c. 27, s. 407 vd.
- (9) Nizâmü'l-Mülk, Siyaset-nâme (Hazırlayan: KÖYMEN Mehmet Altay), Ankara 1982, s. 52.
- (10) Taneri'nin, Eflâki'nin metinlerine dayanarak verdiği bilgilerden Selçuklu adli teşkilâtı içinde de zaman zaman görevin kötüye kullanıldığı, yolsuzluklar yapıldığı anlaşılmaktadır. TANERİ Aydın, Türkiye Selçukluları Kültür Tarihi, Konya 1977, s. 40-41.
- (11) TURAN, Türkiye Selçukluları, s. 180-181.
- (12) Selçuklularda kadıların verdikleri hükümlere müdahale edilmezdi. Ancak eğer bir kadı cahillik, kasıt ya da kötü tabiatı sonucunda yanlış bir hüküm verirse, bu hüküm diğer kadılar tarafından altı imzalanarak sultana arz edilebilirdi. Sultana da bile bile yanlış hüküm veren kadıyı görevinden azledebilir, hatta cezalandırabilirdi. Nizâmü'l-Mülk, s. 52.

Tayin mensurlarındaki ifadelerden kadıların Selçuklu devlet ve adliye teşkilatı içindeki önemleri açıkça anlaşılmaktadır. Mensurlarda tayin edildikleri şehrin "emir, naib, muteber ve salih kimselerinin, ahalinin, fakih ve kethüdaların" onu hakim bilerek bütün şer'i davalarda ona ve naiblerine başvurmaları emredilmektedir (13). Memurlar (gumâştegân) kadıyı desteklemeli, kadının itibarını gözetmelidirler. Eğer bir kimse güçlük çıkarıp mahkemede hazır bulunmazsa, ne kadar önemli, itibarlı biri olursa olsun sertlik ve zor kullanarak da olsa kadının makamında hazır edilmelidir (14).

Kadıları tayin ve azil yetkisinin kimse olduğu konusunda çeşitli kaynaklarda farklı fikirler ileri sürülmektedir. Taneri, Eflâki'ye dayanarak kadıların tayin ve azil yetkisinin sultan veya vezirine ait olduğu görüşünü savunmaktadır (15). Bazı kaynaklar ise bu konuda yetkinin kadil-kudâtda toplandığı fikrindedir (16). Kanaati-mizce kadıların tayin ve azil yetkisi kadil-kudâtda olsa bile işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için sultan veya vezirinin onayından geçmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Ayrıca Siyasetnâme'de de belirtildiği gibi, zaten sultan, her zaman kasıtlı olarak yanlış hüküm veren kadıların görevlerinden azil yetkisine sahipti.

Kadılarla ilgili açıklamalarımızı bitirmeden önce son olarak üzerinde durmak istediğimiz konu kadıların maiyetinde çalışan ve onlara vazifelerinde yardımcı olan memurlardır. Bunlar mahkeme eminleri (Emini-i dâr ul-kazâ) mahkeme kâtipleri (muvarrihi-i hucac ve kabâlât) ve mübaşirlerdir (17). Mahkeme eminleri genellikle yetim ve gâiplerin mallarına emin nasbedilmişler, bu malların korunması, nemalandırılması, elde edilen kazançların pay sahiplerine verilmesi gibi işlerle ilgilenmişlerdir. Mahkeme kâtipleri hüccetleri, Mahkeme huzurunda yapılan borç, satım akidlerini, nikâhları şer'îye defterine kaydetme, vakıflarla ilgili kayıtları tutma gibi görevleri yürütmüşlerdir. Mübaşirler ise mahkeme evrakını götürüp-getirmek, davalı ve davacıların mahkemede hazır bulunmalarını ve düzenli bir şekilde kadının huzuruna girip, çıkmalarını sağlamak vazifelerini üstlenmiştir.

2. Kadil-Kudât

Kadil-Kudâtlık müessesesinin ortaya ilk çıkışı ve adliye ve il-

(13) TURAN, Türkiye Selçukluları, s. 181.

(14) Nizâmü'l-Mülk, s. 52.

(15) TANERİ, s. 40.

(16) CİN - AKGÜNDÜZ, s. 267; KAFESOĞLU, Selçuklu Tarihi, s. 149.

(17) TURAN, Türkiye Selçukluları, s. 43; TANERİ, s. 40.

miye sınıfının başı olarak kabul edilmesi Abbasiler dönemine rastlamaktadır. VIII. yüzyılın sonlarına doğru Bağdat şehrinin genişlemesi ve yargı merkezlerinin çoğalması üzerine Hanefi mezhebinin önde gelen imamlarından Ebu Yusuf, kadil-kudâtlik ünvanıyla adliye ve ilmiye sınıfının başına tayin edilmiştir (18).

Abbasi devlet teşkilatından büyük ölçüde etkilenmiş olan Selçuklularda da kadil kudâtlik makamı aynen korunmuş ve kadil-kudâtlar ilmiye sınıfının reisliğini yapmışlardır. Ancak kadil-kudâtların görev ve yetki alanlarının, Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu Devletlerinde birbirlerinden farklı olduğu görülmektedir.

Büyük Selçuklu Devletinde ilmiye sınıfının başı olarak kadil-kudâtlar, fark gözetmeksizin tüm halkın şer'i davalarına bakabildikleri gibi, ülkedeki bütün kadıları kontrol yetkisine de sahiptirler (19). Oysa Anadolu Selçuklu Devletinde kadil-kudâtlar sadece sivil halkın şer'i davalarına bakabilmişler ve yalnızca sivil halkın davalarına bakan kadıların başı olarak bu kadıları denetleyebilmektedirler (20). Askeri sınıfın davalarına bakan kadılar ise kadileşkere bağlı olmuşlardır. Bu çerçevede Anadolu Selçuklu Devletinde kadil-kudâtların görev ve yetkileri Büyük Selçuklu Devletine göre daha sınırlı olmuştur.

Büyük Selçuklu Devletinde kadil-kudâtlar Bağdat'ta otururlar ve orada şer'i yargının başkanlığını yapıp, dava dinler, ayrıca ülkedeki tüm kadıları da kontrol altında tutarlardı (21). Büyük ihtimalle vezir ve sultanın onayını almak suretiyle kadıları tayin ve azil yetkileri de vardı.

Anadolu Selçuklu Devletinde ise kadil-kudâtlar Konya'da otururlardı. Yani Konya kadısı aynı zamanda kadil-kudâtdı ve Konya bölgesindeki sivil halkın davalarını dinlediği gibi, tüm ülkede sivil halkın davalarına bakan kadıları da denetlerdi (22).

Tayin menşurlarında da belirtildiği üzere kadil-kudâtların görevleri şunlardır: "Bütün memleketin şer'i işlerine nezaret etmek, din-dar ve tamahkâr olmayan naipler tayin etmek, davaların hallinde husumetlerin kaldırılmasında, zengin-fakir, yabancı-yakın farkı gözetmemek, nikâhların akdi, mirasların taksimi, vesika, sicil ve şâkların yazılması, vasiyetlerin tenfizi, yetim ve gâiplerin mallarının

(18) UZUNÇARŞILI, Medhal, s. 10; CİN - AKGÜNDÜZ, s. 266.

(19) UZUNÇARŞILI, Medhal, s. 122; KAFESOĞLU, Selçuklu Tarihi, s. 149; CİN - AKGÜNDÜZ, s. 267.

(20) UZUNÇARŞILI, Medhal, s. 122; CİN - AKGÜNDÜZ, s. 267.

(21) KAFESOĞLU, Selçuklu Tarihi, s. 149.

(22) UZUNÇARŞILI, Medhal, s. 122.

muhafazasında din ve emanet şartlarını yerine getirmek, şahitlerin doğruluğuna dikkat etmek, vakıf, cami, medrese, zâviye, türbe yol gibi hayır işlerine nezaret etmek, kadınları denetlemek" (23).

Görüldüğü gibi kadil-kudâtlar buldukları merkezde kadılık görevini de icra ettikleri için bir kadının yapması gereken işleri ifa etmek zorundadırlar. Bunlara ek olarak kadınları denetlemek ve memleketin bütün şer'i işlerine nezaret etmek yetkisi ile donatılmıştır.

Kadil-kudât konusunda verdiğimiz bilgileri tamamlamadan önce son olarak önemli ve ilginç bir nokta üzerinde durmak istiyoruz. Anadolu Selçuklu Devletinin adli teşkilatına yer veren kaynaklar -ki bunların arasında Uzunçarşılı'nın Medhal'i de vardır- hep kadil-kudâtlık ve kadileşkerlik makamının ayrı ellerde toplandığından söz etmekte ve görev alanları konusunda kesin sınırlar çizmektedirler. Oysa Osman Turan'ın kadılık mensurlarına dayanarak verdiği bilgileri göre zaman zaman kadil-kudâtlık ile kadileşkerlik aynı kimseye tevdi edilebilmiştir (24). Kanaatimizce bu gelişme son derece ilginçtir ve bulunacak yeni kaynaklarla açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

3. Kadileşker

Askerlerin hukuki ve şer'i davalarına bakan ve sefer zamanlarında hükümdara refakat edip, ordu mensuplarının davalarını halleden görevliler olan kadileşkerler, Anadolu Selçuklu Devletinde ortaya çıkmışlardır. Büyük Selçuklu Devletinin adliye teşkilâtında kadileşkerlik müessesesi yer almamaktadır.

Hz. Peygamber devrinden itibaren, farklı şekillerde isimlendirilse de kadileşkerin fonksiyonlarını yerine getiren görevlilerin varlığından söz edebiliriz. Meselâ, Hz. Peygamberin askeri birliklere tayin ettiği kumandanlar aynı zamanda ordu mensupları arasındaki

(23) TURAN, Türkiye Selçukluları, s. 41.

(24) Meselâ, Ziyaeddin Mehmed, Selçuk ülkesi ve orduları baş kadısı (kadı al-kudât al-memâlik hâkim al-asâkir al-mansûre) olarak Konya kadılığına tayin edilmiştir: TURAN, Türkiye Selçukluları, s. 41. Yine Nizameddin Abdullah, Amasya ve Çorum kadılıklarına ilâve olarak bütün memleket baş kadılığı ile ordu kadılığına atanmıştır. TURAN, Türkiye Selçukluları, s. 42. Turan, genellikle kadil-kudât ve kadileşkerlik vazifelerinin Konya kadısında toplandığından ancak Selçuklu kaynaklarında müstakil kadileşkerlerden de bahsölündüğünden söz etmektedir. Türkiye Selçukluları, s. 46. Özellikle vakfiyelerde kadileşker olan kişilerin isimleri kaydedilmiştir. Aksaray II. Kılıçaslan zamanında askeri bir üs olduğu için ilk dönemlerde Aksaray kadısı aynı zamanda ordu kadısı (kadileşker) idi. Bkz. Selçuklu Vakfiyeleri, Belleten XLV, s. 149.

davalara da bakmışlardır (25). Hz. Ömer ise her askeri birliğe bir hâkim tayin etmiştir.

Müslüman - Türk devletlerinin bir çoğunda da askerlerin hukuki ve şer'i işlerine bakan kadıların bulunduğunu görmekteyiz. Ordu kadılarına Anadolu Selçuklularında "kadileşker", Karamanlılar'da "kazasker", Akkoyunlular'da "kadı maa asker", Mısır Memlukları'nda "kadıl-asker", Osmanlılar'da ise "kazasker" denilmiştir (26).

Fuad Köprülü Anadolu Selçuklu Devletindeki kadileşkerlik müessesesinin askeri ikta sisteminin gelişmesiyle birlikte ortaya çıktığı kanaatindedir (27). Büyük iktalarda (28) kaza (yargı) işleri merkeze bağlı olan ve kadil-kudâtin emrinde çalışan kadılarca yerine getirilmekteydi. Bununla beraber şer'i davalar dışındaki davaların yani örfi hukuku ilgilendiren davaların görülmesi için hükümet merkezindeki divan-ı mezalim müessesesinin benzerleri iktalarda da ortaya çıkmıştır (29). İktalardaki divanlar, askerlere ve iktalara dair davalara bakıp hüküm vermişlerdir. Bazı yazarlar askeri ikta sisteminin gelişmesiyle birlikte divan-ı mezalimin düzenli fonksiyonlarının kadileşkere geçtiği görüşündedir (30). Bu yazarlara göre ordu kadılığı divân-ı mezalimin devamı niteliğindedir. Köprülü de XIII. yüzyıldan başlayarak çeşitli Türk devletlerinde görülen ordu kadılığı müessesesini eski Türk devletlerinde de ortaya çıkmış olan bir kurumun (31) "İslâmi renk almış devamından başka bir şey olmadığı" fikrindedir (32).

-
- (25) ATAR Fahreddin, İslâm Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi), Ankara 1991, s. 182.
- (26) HUART C., "Kazasker", İslâm Ansiklopedisi, c. 6, İstanbul, s. 522.
- (27) KÖPRÜLÜ, Orta Zaman, s. 65.
- (28) İkta, kimsenin mülkiyetinde bulunmayan toprakların devlet tarafından toplanacak gelirlerinin halife ya da sultan tarafından hizmet ve maaşlarına karşılık olarak kumandan, asker ve önemli devlet görevlilerine terk ve tahsisi anlamındadır. TURAN Osman, "İkta", İslâm Ansiklopedisi, c. 5/2, İstanbul 1968, s. 949.
- (29) TURAN, İkta, s. 950.
- (30) GİBB H.A.R. - BOWEN H., Islamic Society and the West, v. 1, Islamic Society in the Eighteenth Century, Part II, London 1957, s. 115; KAFES-OĞLU İbrahim, Türk İslâm Sentezi, İstanbul 1985, s. 186.
- (31) Meselâ, Harzemşahlar'da örfi hukuku uygulayan yüksek bir mahkeme vardı ve yüksek rütbeli bir kumandan mahkemeye başkanlık ediyordu. Nesevî'nin diğer İslâm devletlerindeki müesseselere benzeterek divan-ül mezalim adını verdiği bu mahkeme Celâleddin Harzemşâh'ın ordusunda vazife görmekteydi. Devlet merkezinde ve diğer büyük askeri merkezlerde de mevcut olan bu mahkemeler devletin örfi hukukuna göre hüküm veriyordu. KÖPRÜLÜ, Orta Zaman, s. 65.
- (32) KÖPRÜLÜ, Orta Zaman, s. 65.

Gerek kadileşker gerekse ona bağlı kadılar, kadil-kudât ve ona bağlı olan kadıların muhakeme usulünü aynen uygulamışlardır (33). Yani muhakeme usulü arasında bir fark yoktur, sadece görev ve yetki alanları bakımından bir ayrılık söz konusudur.

Sefer zamanı orduyla birlikte sefere giden kadileşkerler ordu mensupları arasında çıkan ihtilaflara bakarlar, barış zamanında ise dar'ul-Adl de oturarak orduya mensup şahısların askeri sıfatlarıyla ilgili davaları görürlerdi.

Anadolu Selçuklu Devletindeki kadileşkerlik müessesesi, yetkileri daha da genişlemek suretiyle Osmanlı İmparatorluğu'nda da devam etmiştir.

B. Örfi - İdari Yargı

Selçuklu örfi - idari yargı teşkilatında, divân-ı mezâlim, divân-ı saltanat veya divân-ı alâ ve adliye bakanının fonksiyonlarını ifa eden emr-i dad yer almaktadır.

1. Divan-ı Mezâlim

Mezâlim, tecavüz ve haksızlıklara karşı yapılacak şikâyetler demektir ve divan-ül mezâlim, kökleri daha eskilere gitse de ilk kez Abbasi devlet teşkilâtında yaygın bir biçimde kullanılmıştır. Mezâlim kazasının en önemli özelliği kadıların dışında devletin hükümet edenlerinin yani yürütme gücünü ellerinde tutan halife, sultan, vezir, vali gibi görevlilerin de yargı sürecine katılmasıdır (34). Bu açıdan mezâlim mahkemeleri hem yürütme hem de yargı gücü ile donatılmış organlardır. Mezâlim mahkemeleri kazâ fonksiyonu dışında idari, mali v.b. görevleri de ifa etmişlerdir.

Divân-ı Mezâlimin önemli özelliklerinden birisi de hem adli hem de idari yargı mercii olmasıdır. Bu açıdan mezâlim mahkemelerinin yargı sahası şer'îye mahkemelerinin yargı sahasından daha geniştir. Şer'î mahkemelerde kadılar sadece fertler arasındaki ihtilâflarla ilgili davalara bakıyorlardı. İdareye karşı açılacak davalara bakmak yetkileri yoktu. Oysa, gerek fertlerin birbirleri aleyhine açacakları davalar gerekse fertlerin devlet ve devlet hükmi şahsiyetine sahip kurumlarına karşı açacakları davalara divân-ı mezâlimde bakılabiliirdi (35).

(33) ATAR, s. 184-185.

(34) Ebu'n Necip Sühreverdî, Nehcu's sülûk fi siyâseti'l-mülûk, (Çev.: Nahifi Mehmet Efendi), Tercüman 1001 Temel Eser, No: 80, s. 196; ATAR, s. 187; CİN - AKGÜNDÜZ, s. 266.

(35) ATAR, s. 189.

Divân-ı mezâlim özel müracaatlar üzerine her türlü davaya bakabildiği için görev alanı sadece idari yargı ile sınırlı olmamıştır. Halktan herkes herhangi bir ayırım ve kısıtlama olmadan hakkını aramak için divân-ı mezâlime başvurabilirdi. Bu uygulama mezâlim mahkemelerinde adli davaların da görülmesine imkân tanımıştır. Bunun dışında mezâlim mahkemeleri, kadı kararlarının icrasını sağlamak, yerli idarecilerin halka yaptıkları haksızlıkları araştırıp, cezalandırmak, tahsildarların suiistimallerini önlemek, devlet memurlarını yargulamak, devlet ile fert arasındaki ihtilâfları halletmek gibi daha çok idari yargı ile ilgili fonksiyonları ifa etmiştir (36).

Abbasi devlet teşkilâtından etkilenen Selçuklularda da divân-ı mezâlim son derece büyük öneme sahip bir yargı kurumu olarak ortaya çıkmıştır. Başlangıçta sadece merkezde bulunan divân-ı mezâlim ya da bir başka deyişle dar-ül adl, ikta sisteminin gelişmesiyle birlikte taşra teşkilatına da yayılmış; iktalarda merkezdeki mezâlim divanlarının benzeri mahkemeler, adli ve idari davalara bakmışlar (37), özellikle idari yargı alanında örfi hukuku uygulamışlardır.

Selçuklularda merkezi mezâlim divanına sultanlar, onlar katılmadığı zaman da kadil-kudâtın başkanlık etmişlerdir. Nizam-ül Mülk Siyasetnâme'de, sultanın haftada iki gün Mezâlim'e oturarak haklıyı haksızdan ayırdığı ve adalet dağıttığından söz etmektedir (38). Siyasetnâme'ye göre, halk, şikâyetlerini dilekçe ile sultana arzeder, hükümdar da dilekçeleri tek tek inceleyip, her biri hakkında yapılması gerekenleri yazılı bir emirle bildirirdi. Nizâm-ül Mülk, sultanın, zulme uğrayıp adalet isteyenleri haftada iki gün huzuruna kabul edip şikâyetlerini dinlemesinin zalimleri korkutacağını ve cezalandırılma korkusuyla hiç kimsenin zulüm ve yağmaya cesaret edemeyeceğini söylemektedir (39).

Merkezde sultan ya da kadil-kudâtın başkanlığında toplanan divân-ı mezâlimde şu üyeler bulunurlardı: 1. Kadılar. İdari davalar dışında halkın şikâyet dilekçelerine dayanan adli davalara bakarlardı. 2. İslâm Hukukçuları (fakihler). Davaların görülmesinde özellikle şer'i yönden tereddüte düşülür veya güçlük doğarsa bilgilerine başvurulurdu. 3. Önemli devlet ricâli. Halife, sultan, vezirler, valiler, emirler gibi devlet büyükleri ve görevlileri divân-ı mezâlimde dava dinlerlerdi ki idari davalarla esas itibariyle bunlar ilgilendirilirdi. 4. Kâtipler. Mahkemede cereyan eden davaları ve verilen

(36) CİN - AKGÜNDÜZ, s. 266-267; UZUNÇARŞILI, Medhal, s. 9-10.

(37) TURAN, İkta, s. 956.

(38) Nizâmü'l-Mülk, s. 18.

(39) Nizâmü'l-Mülk, s. 18.

hükümleri kaydederlerdi. 5. Şahitler. Tecrübeli ve dürüst kişiler görülmekte olan dava ile ilgili şahitlik ederlerdi (40).

Mezâlim mahkemelerinde davalara bakanlar, şer'i mahkemelerde dava gören kadılardan daha fazla yetkilere sahiptiler. Mesele, tarafların ifadesini istedikleri gibi alabilirler, şahitlere yemin teklif edebilirler, soruşturmayı diledikleri gibi yürütebilirlerdi.

Selçuklu iktalarında da merkezdeki divân-ı mezâlimin benzeri divanlar mevcuttu ve bu divanlarda iktalar ve ikta askerleri ile ilgili şeriat dışı davalara bakılırdı (41). Büyük ihtimalle bu divanlara bölgenin askeri kadıları başkanlık ederdi. Nitekim pek çok yazar daha önce de değindiğimiz gibi askeri ikta sisteminin gelişmesiyle birlikte mezâlim mahkemelerinin yerini kadileşker mahkemelerinin aldığı görüşündedir.

Konu hakkındaki kaynaklar yeterli olmamakla birlikte Selçuklularda mezâlim görevinin artan oranda resmi devlet görevlilerine devredildiği görülmektedir. Zaman içinde idari-örfi yargı konusunda yetkileri olan Divân-ı Alâ ya da Divân-ı Saltanat gibi organlar da saf dışı edilmek suretiyle idari düzenlemeler ve idari yargı konusunda en yetkili müessese divân-ı mezâlim olmuştur (42).

2. Büyük Divân (Divân-ı Alâ)

Büyük Selçuklu İmparatorluğu'nda, merkezde vezirin başkanlığında toplanan ve diğer bütün divânların üstünde yer alan büyük divâna, divân-ı alâ denmiştir. Anadolu Selçuklu İmparatorluğu'nda ise büyük divân, divân-ı alâ, divân-ı saltanat olarak adlandırılmıştır.

Gerek divân-ı alâ gerekse divân-ı saltanat diğer fonksiyonlarının yanı sıra kaza yetkisine sahip müesseselerdir (43). Her iki divân da her türlü şikâyeti dinler ve hüküm verirdi ki, bu iş divân görüşmelerinin büyük bir bölümünü oluştururdu (44). Ayrıca idari-örfi nitelikteki davalara da bu divanda bakılırdı. Ancak ne divân-ı alâ ne de divân-ı saltanatta şikâyetlerin dinlenmesi ve davaların görül-

(40) Divân-ı mezâlimin üyeleri hakkında bkz. Sühreverdi, s. 196-197; ATAR, s. 173.

(41) TURAN, İkta, s. 956; TURAN, Türkiye Selçukluları, s. 47; KÖPRÜLÜ, Orta Zaman, s. 65.

(42) GIBB - BOWEN, s. 116. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TYAN E. Histoire de L'Organisation judiciaire en Pays d'Islam, Beyrut 1943.

(43) HORST Heribert, Die Staatsverwaltung der Grosseigequen und Horazmşahs (1038-1231), Wiesbaden 1964, s. 30 vd.

(44) HORST, s. 30.

mesi işi Divân-ı Hûmayun seviyesine ulaşmamıştır. Divân-ı hûmayunun kaza fonksiyonu en başta gelen özelliklerinden biriyken Selçuklu devletlerindeki büyük divânlarda hiç bir zaman dava dinlemek birinci derecede öneme sahip olmamıştır. Nitekim zaman içinde büyük divânın yargı fonksiyonu artan oranda divân-ı mezâlîme devredilmiş ve böylece divân-ı mezâlîmin önemi artmıştır (45).

Selçuklu devletlerindeki dini - hukuki işlerin başı olan kadil-kudâtların, ordu kadısı olan kadileşkerin ve Anadolu Selçuklu Devleti'nde ortaya çıkan emir-i dad'ın büyük divânın dışında tutulması da (46) büyük divânın kaza fonksiyonu hakkında bir fikir vermektedir. Aslında bu durumun pratikte olumlu bir sonucu da olmuştur. Adliyeden sorumlu kişilerin büyük divân ve eyâlet divânlarının dışında tutulmaları, hükümet işlerinden uzak kalmalarına dolayısıyla yargı görevini yerine getirirken siyasi ve idari etkiye maruz kalmadan adalet dağıtmalarına imkân tanımıştır.

3. Emir-i Dad

Emir-i dad, Anadolu Selçuklu Devleti'nde ortaya çıkmış olan bir görevlidir (47). Büyük Selçuklu Devleti ile ilgili kaynaklarda benzer bir müessesenin varlığından söz edilmemektedir.

Emir-i dad, adeta Anadolu Selçuklu Devleti'nin adliye bakanıdır (48). Devlet emirlerine itaatsizlik, siyasi suçlar, asayiş bozma ve benzeri daha çok örfi hukuku ilgilendiren konularla emir-i dad ilgilenmiştir (49). Tutuklama yetkisine sahiptir. Hatta vezir ve büyük divânın üyeleri gibi devletin en üst kademesinde yer alan kişileri dahi tutuklayabilmıştır (50).

Osmanlı İmparatorluğu'nda ortaya çıkan ve II. Mahmut döneminde adliye nazırına dönüşen "çavuşbaşı" Emir-i Dâd'la aynı fonksiyonlara sahiptir ve bu görevlinin Osmanlıdaki devamıdır.

(45) MUMCU Ahmet, Divan-ı Hûmayun, Ankara 1986, s. 19; GIBB - BOWEN, s. 116.

(46) YINANÇ Mükremin Halil, Türkiye Tarihi -Selçuklular Devri-, İstanbul 1944, s. 158; KAFESOĞLU, Selçuklu Tarihi, s. 150.

(47) İbni Bibi, Anadolu Selçuklu Devleti Tarihi (Çev. : GENÇOŞMAN Nuri) Ankara 1941, s. 229-232, 276; UZUNÇARŞILI, Medhal, s. 98.

(48) UZUNÇARŞILI, Medhal, s. 98.

(49) KAFESOĞLU, Selçuklu Tarihi, s. 149.

(50) İbni Bibi Tarihinde Konyalı Sahip Ata Fahrüddin Ali bin Hüseyin bin Ebu Bekir'in vezirlikten uzaklaştırılarak tevkif edildiği ve saraydan emir-i dad'ın evine yollandığı kaydedilmektedir. Oradan da emir-i dad aracılığıyla Osmanoğlu Kalesine gönderilmiştir. s. 276-277.

Selçuklu Devleti'nde de Osmanlı İmparatorluğu'nda olduğu gibi "çavuş" adı verilen görevliler mevcuttur. Çavuşlar daha ziyade adli takibat ile uğraşmışlardır (51). Bu açıdan ele alındığında emir-i dâd görevlerini ifa ederken çavuşlardan yararlanmıştı ve tıpkı Osmanlı İmparatorluğu'ndaki çavuşbaşı gibi çavuş teşkilâtının başı olması kuvvetle muhtemeldir.

Adliye teşkilâtındaki diğer görevlilerin yanı sıra emir-i dâd da büyük divânın üyesi değildir. Ancak İbn-i Bibi Tarihi'nden de anlaşılacağı gibi devlet teşkilâtında önemli bir konuma sahiptir. Zaman zaman siyasi entrikaların içinde yer alan emir-i dâdlar iktidar mücadelesine de katılmışlardır (52).

III. SELÇUKLU ADLİYE TEŞKİLATININ OSMANLI HUKUK SİSTEMİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

A. Genel Olarak

Selçuklu adli teşkilâtının Osmanlı hukuk sistemi üzerindeki etkilerini değerlendirebilmek için Osmanlı hukukunun gelişimini kısaca gözden geçirmek yararlı olacaktır. Osmanlı İmparatorluğu'nda da tıpkı Selçuklu devletlerinde olduğu gibi şer'i hukuk - örfi hukuk ayrımı ortaya çıkmıştır. Şer'îye sicillerinin incelenmesinden anlaşılacağı üzere, Osmanlı İmparatorluğu'nda şahsın hukuku, aile hukuku, miras hukuku, borçlar hukuku, eşya hukuku, ticaret hukuku gibi özel hukukun bütün dallarında; kamu hukuku alanında da, usul hukukunun tamamı, mali hukukun büyük bir kısmı ve tazir cezaları dışında kalan ceza hukuku hükümlerinin uygulanmasında şer'î hukuk esas alınmıştır (53). İdare, Anayasa ve devletler hukukunun genel esasları da yine şer'î hukuktan kaynaklanmıştır. Ancak ululemre tanınan sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde, idare hukuku, tazir suç ve cezaları, toprak hukuku, askeri hukuk ve anayasa ile mali hukuk alanında bazı konularda örfi hukuk düzenlemeleri yapılmıştır (54). Bu nedenle Osmanlı adli teşkilatı ve bu teşkilat üzerindeki Selçuklu etkileri değerlendirilirken şer'î hukuk - örfi hukuk ayrımının gözden uzak tutulmaması gerekmektedir.

(51) KÖPRÜLÜ Fuad, "Çavuş", İslâm Ansiklopedisi, c. 3, İstanbul 1988, s. 366. Çavuşlar, adli takibat dışında sultan ve emirler tarafından verilen emirleri halka okumak, resmi törenlerde alkış tutmak, memleketin içinde ve dışında kendilerine verilen görevleri yapmak gibi fonksiyonları yerine getirmişlerdir.

(52) "...halkın mühim işlerinde emir-i dâd Nusrat ile Pervâne Ebubekir'in reyleri hakim oluyor, bunların rızası olmayan meselelerde sahip Şemseddin'le Pervâne'nin hükmü yetersiz kalıyordu", İbni Bibi, s. 229.

(53) AKGÜNDÜZ, s. 45.

(54) AKGÜNDÜZ, s. 45.

B. Osmanlı Yargı Teşkilâtı

Bu başlık altında kadılar, şeyhülislâm, kazasker, divân-ı hûmayun ve çavuşbaşı ve bu müesseseler üzerindeki Selçuklu etkilerini incelemeye çalışacağız.

1. Kadılar

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere Osmanlı İmparatorluğu'ndaki en önemli yargı organı Selçuklularda olduğu gibi kadılar ve kadıların oluşturduğu şer'îye mahkemeleridir. Devletin kurucusu Osman Bey'in tayin ettiği ilk memurlardan birisi kadı olmuştur. Osmanlı İmparatorluğu'nun idari taksimatı çerçevesinde her eyalet, sancak, kazâ bir yargı merkezi kabul edilerek kadılar gönderilmiştir.

Kadılar, nikâh akidlerinin icrası, miras taksimi, yetimlerin ve gaiplerin mallarının korunması, vasi ve vekillerin tayin ve azli, veli ve vasisi olmayan küçükleri evlendirme, vasiyetleri tenfiz, vakıfları kontrol, had ve cinayet suçları ile ilgili davalara bakmak gibi görevleri ifa etmişlerdir (55). Açıklıkla görüleceği üzere Osmanlı kadılarının görev ve yetki alanları ile Selçuklu kadılarının görev ve yetki alanları arasında bir fark yoktur (56).

2. Şeyhülislâm

Gerek Büyük Selçuklu gerekse Anadolu Selçuklu Devletlerinde ilmiye sınıfının ve adliye teşkilatının başı olan kadil-kudâtlık makamına Osmanlı İmparatorluğu'nda rastlamıyoruz. Osmanlı İmparatorluğu'nda ilmiye sınıfının, dolayısıyla yargı teşkilatının başı olan kişi kadil-kudât değil, şeyhülislâmdır. Her ikisi arasında görev ve yetkiler açısından bir takım farklılıklar mevcuttur.

Osmanlı İmparatorluğu'nun kuruluşunda şeyhülislâmîlik makamı henüz ortaya çıkmamıştır (57). Ancak zaman içinde özellikle Fa-

(55) UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin İmiye Teşkilatı, Ankara 1984, s. 108-109; CİN - AKGÜNDÜZ, s. 274. Gayrimüslimlerin aile hukuku, miras hukuku gibi özel hukukla ilgili davaları ise şer'îye mahkemelerinde görülmemiştir. Bunlara kendi mensup oldukları dinin hükümleri uygulanmıştır.

(56) Bkz. s. 25-26.

(57) Şeyhülislâm Osmanlıdan önceki İslâm devletlerinde de kullanılmış bir kavram olmakla birlikte bu devletlerde daha farklı bir anlam ifade etmiştir. Genellikle fetvalarıyla şöhret ve çok sayıda fakihin tasvibini kazanmış olan fıkıh alimlerine tevcih olunan bir şeref ünvanı anlamında kullanılmıştır. İmiye sınıfının reisi anlamında kullanılması ilk kez Osmanlı'da olmuştur. Şeyhülislâmîlik makamı Osmanlı İmparatorluğu'nda zamanla diğer İslâmî ülkelerde hiç bir zaman erişemediği dini ve siyasi bir önem kazanmıştır. KRAMERS J. H., "Şeyh-ül-İslâm", İslâm Ansiklopedisi, c.11, İstanbul 1979, s. 485-486.

tiñ Devrinden itibaren İstanbul Müftileri sıvrilmeye başlamış (58) ve Kanuni Döneminden itibaren İstanbul müftisi bütün kadılar da dahil olmak üzere ilmiye sınıfının başı olarak kabul edilmiştir (59).

Şeyhülislâmlar sadece ilmiye sınıfının başı olmakla kalmamışlar, devlet içinde son derece önemli ve yüksek bir mevkiye sahip olmuşlardır. İmparatorluğun saltanat kanadını sadrazamlar temsil ederken, hilâfet kanadını da şeyhülislâmlar temsil etmişlerdir.

Şeyhülislâmlar 1574'den sonra yürütme alanında önemli yetkilerle donatılmışlardır. 1574 tarihinden itibaren mevali denilen eyalet kadılarını, kırk akçeden yukarı müderrisleri, ordu kadılarını, müftüleri tayin yetkisi şeyhülislâmlara ait olmuştur. Ancak kazasker ve bazı büyük mevlâların tayininde sadrazamın onayını almak zorundadırlar (60). Selçuklu devletlerinde de kadil-kudâtların kadıları tayin yetkileri vardır. Aralarındaki bir başka benzerlik ise şeyhülislâmların da kadil-kudâtlar gibi büyük divânın üyesi olmamalarıdır. Şeyhülislâmlar zaman zaman bilgilerine başvurulmak üzere Divân'a çağrılmışlar ama hiç bir zaman Divân-ı Hümâyün üyeleri arasında yer almamışlardır (61).

Selçuklu ilmiye sınıfının reisi olan kadil-kudâtlar ile Osmanlı ilmiye sınıfının reisi olan şeyhülislâmlar arasındaki en büyük fark yargı yetkisi konusunda ortaya çıkmaktadır. Kadil-kudâtlar şer'i yargının başı olarak dava dinleme yetkisine sahipken şeyhülislâmların yargı yetkisi yoktur (62), fetva (63) verme yetkileri vardır. Hususi meseleler hakkında fetva talepleri için kısa bir süre sonra şeyhülislâmın yerini fetvâ emini almıştır. Ancak siyasi ve kamuya yönelik meseleler hakkında fetvâ verme yetkisi şeyhülislamda kalmış-

(58) Şams al-din Fenari, Zembilli Ali Cemali Efendi gibi büyük şahsiyetlerle birlikte İstanbul müftülüğü büyük nüfus ve tesir kazanmıştır.

(59) ITZKOWITZ Norman, Ottoman Empire and Islamic Tradition, Chicago London 1972, s.58; KRAMERS, s. 486; CİN - AKGÜNDÜZ, s. 270. Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi'nde de Şeyhülislâmın ilmiye sınıfının başı oldukları teyid edilmektedir. "Şeyhülislâm olanlar umumi ilmiyeye tasaddür ederler". Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, Milli Tettebular Mecmuası, c. I/3, 1331, s. 537.

(60) Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, s. 537; UZUNÇARŞILI, ilmiye, s. 179.

(61) MUMCU, Divan, s. 38; ITZKOWITZ, s. 58.

(62) KRAMERS, s. 487; CİN - AKGÜNDÜZ, s. 271.

(63) Fetva hukuki bir meseleyi İslâm hukukunun muteber kaynaklarına dayanarak çözümlenmek demektir. Fetva verme yetkisi müftülere ait olmuştur. Fetva hususi şahısların şer'i bir mesele hakkında sordukları sorulara verilen cevaplar ve kamuyu ilgilendiren konularda padişah ve diğer resmi görevlilerin sorularına verilen şer'i cevaplar olmak üzere ikiye ayrılır.

tir (64). Bu tür fetvâlara fetevây-ı şerife denilmiş ve bağlayıcı nitelikte olmuşlardır.

Şeyhülislâmların fetvaları örfi kanunların yapım sürecinde de son derece büyük önem taşımıştır. Meselâ, Kanuni'nin bütün kanunları Ebussuud Efendi'nin oluru ile gerçekleştirilmiştir (65). Bundan ayrı olarak her türlü mühim siyasi meselede şeyhülislâmın görüşünü ve onayını almak mutad hale gelmiştir. Böylelikle şeyhülislâmlar devlet yönetiminde ve siyasi gelişmelerde kadil-kudâtlarla kıyaslanamayacak oranda önemli bir yere ve manevi ağırlığa sahip olmuşlardır.

3. Kazasker

Anadolu Selçuklu Devleti'nde ortaya çıkan kadileşkerlik müessesesi, Osmanlı İmparatorluğu'nda kazasker adı altında devam etmiştir. 1360'larda Çandarlı Halil Efendi ilk kazasker olarak tayin edilmiştir. Daha sonraki tarihlerde Rumeli ve Anadolu Kazaskeri olmak üzere sayıları ikiye çıkmıştır.

Şeyhülislâmlar yargı yetkisi ile donatılmadıkları için Osmanlı adliye teşkilatının asıl başı kazaskerlerdir. Kadileşkerler gibi kazaskerler de askeri sınıfın şer'i ve Hukuki işlerine bakmakla birlikte kadileşkerlerden çok daha önemli bir yere ve geniş yetkilere sahip olmuşlardır.

Kazaskerler önemli bir yekûn tutan kaza ve sancak kadıları ile kırk ilâ yirmi akçeli müderrisleri tayin merciidirler (66). Bunun dışında kadileşkerler, hiç bir zaman Divan-ı Saltanat'ın üyesi olamazken Anadolu ve Rumeli kazaskerleri Divan-ı Hümayun'un asli üyesi olarak Divân toplantılarına katılmışlardır (67). Toplantılarda şer'i davaların dinlenmesi ve çözümü Rumeli kazaskerine havale edilmiş, gerekirse Anadolu kazaskeri de kendisine yardımcı olmuştur (68).

(64) Meselâ, Mısır'a 1516'da savaş açılması, Ali Cemâli Efendi'nin fetvası ile olmuştur. 1570 yılında Ebussuud Efendi, Venedik'e savaş ilâmı için fetva vermiştir. Matbaanın kurulması şeyhülislâm Abdullah Efendi'nin fetvası ile mümkün olmuştur. KRAMERS, s. 487.

(65) CİN - AKGÜNDÜZ, s. 271; KRAMERS, s. 488.

(66) Tevkîl Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, s. 540; UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984, s. 231.

(67) Tevkîl Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, s. 503-509, 540.

(68) "Dava, içtima lâzım gelse Rumeli Kadaskeri istima idüp Anadolu Kadaskeri kendi halinde oturur. Meğer vekil-i saltanat tarafından me'zun ve me'mur ola. Ol zaman içtima şer'an calz olur" Tevkîl Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, s. 540.

Divân-ı Hümâyün'da Rumeli kazaskerinin verdiği hükümlere kimse karışmamıştır ve şeyhülislâm Divân'ın üyesi olmadığı için kazasker Divân'da ulemayı temsil etmiştir (69).

Cuma günleri toplanan Cum'a Divânı'na da katılan Rumeli ve Anadolu kazaskerleri bu Divân'da da şer'i davaları dinleyip, hüküm vermişlerdir. Kazaskerler salı ve çarşamba günleri dışında kendi konaklarında divân kurup yetki alanları dahilindeki davalara bakmışlardır.

Görülebileceği üzere Osmanlılardaki kazaskerlik müessesesinin ortaya çıkışında Selçuklu kadileşkerlik müessesesinin büyük etkileri olmakla birlikte, kazaskerler gerek önem gerekse görev ve yetkiler açısından kadileşkerleri geride bırakmışlardır.

4. Divân-ı Hümâyün

Osmanlı İmparatorluğu'nun yüksek yürütme organı ve bir çeşit bakanlar kurulu niteliğinde olan Divân-ı Hümâyün yargı alanında da önemli yetkilere sahip olmuştur. Yürütme gücünün yanı sıra adaletin yerine getirilmesindeki en yüksek organ olma sıfatına da haizdir. Divân-ı Hümâyün'un bir kurul olarak mahkeme şeklinde çalışması İslâm divân anlayışının biraz ötesine uzanır. İslâm ve diğer Türk devletlerinde en yüksek yargı kurulu olarak çalışan ve genellikle örfi hukukun uygulanmasıyla uğraşan divân-ı mezâlimler ve dar-ül adliler Osmanlı İmparatorluğu'nda göze çarpmaz. Bu bakımdan Divân-ı Hümâyün'un durumu ayrı bir özellik gösterir (70). Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerinde genellikle örfi idari davalara bakan ancak şahsi başvurular üzerine şer'i yargılama da yapabilen Divân-ı Mezâlim, Osmanlı İmparatorluğu'nda müstakil bir divân olarak ortaya çıkmamış, bu divânın tüm fonksiyonları Divân-ı Hümâyün'un bünyesinde toplanmıştır. Ayrı bir divân biçiminde olmasa bile şer'i - örfi davalara bakan, haksızlıkları gideren bir üst mahkeme anlayışı Selçuklular'dan, Osmanlılar'a intikal etmiştir.

Yargı işlerinde genellikle bir üst mahkeme olarak çalışan Divân-ı Hümâyün'da şer'i yargıyı kazaskerler, örfi yargıyı ise vezir-i âzam ve kubbealtı vezirleri, nişancı, defterdar, beylerbeyi v.b. ehli örf temsil etmiştir. Üyelerinden de anlaşılacağı gibi aynı anda şer'i ve örfi davalara bakabilen Divân-ı Hümâyün hem ilk ve kesin hüküm yeri, hem de bir çeşit temyiz mercii olarak çalışmıştır (71).

(69) HEYD Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford 1973, s.270.

(70) HEYD, s. 225; MUMCU, *Divan*, s. 19, 86.

(71) MUMCU, *Divan*, s. 80.

Şer'i davalar vezir-i âzam tarafından Rumeli kazaskerine havale edilir ve kazasker dava dinleyip hüküm verirdi (72). Gerekirse Anadolu kazaskeri de kendisine yardım ederdi. Vezir-i âzam kazaskere havale ettiği davayı önemli görürse o konuya ait açıklama ister, hükme katılmazsa davaya müdahale edebilirdi (73). Örfi davalar ise konusuna göre, vezir-i âzam, defterdar, nişancı ve diğer ehli-örf tarafından görülebilirdi.

Tıpkı Selçuklu devletlerinin divân-ı mezâlimlerinde olduğu gibi Divân-ı Hümayun'da da her türlü başvuru üzerine ilk derece mahkemesi olarak şer'i ve örfi davalara bakılabilirdi. Özellikle mezâlim divânlarının görev alanlarına giren mahalli yöneticilerin veya çeşitli devlet görevlilerinin halka yaptıkları zulümlerle ilgili davalar Divân-ı Hümayun'da da önemli bir yekûn tutmuştur (74).

Divân-ı Hümayun'un yargı alanındaki bir diğer önemli özelliği ise temyiz mercii olarak daha önce hakkında hüküm verilmiş olan davalara yeniden bakabilmesidir. Özellikle kadıların haksız olarak verdikleri hükümler kesinleşmiş olsa da dava Divân-ı Hümayun'da yeniden görülerek sonuca bağlanmıştır (75). Temyizen davalara bakmak görevi Selçuklu mezâlim divânlarında bulunmayan, ancak Osmanlı uygulamasında ortaya çıkan bir görevdir.

Divân-ı Hümayun sadece yüksek bir mahkeme olarak kalmamış, şer'i yargı örgütünün de denetleyicisi olmuştur. Zaman zaman görevlendirilen ve "mehayif müfettişleri" adı verilen kadılar genellikle çok fazla şikâyet gelen bölgelere gönderilmiş, bölgedeki kadı ve naipleri saf dışı ederek dava görmüşler ve sonucu Divân-ı Hümayun'a rapor etmişlerdir (76).

Selçuklularda ikta siteminin gelişmesiyle taşra teşkilâtında ortaya çıkan ufak çaplı divân-ı mezâlimlerin benzerleri Osmanlı uygulamasında da paşa divanları olarak görülmüştür. Beylerbeyinin

(72) Tevkî Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, s. 539.

(73) UZUNÇARŞILI, Merkez, s. 23.

(74) MUMCU Ahmet, Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, Ankara 1972, s. 24-25. "Kastamonu beyine hüküm, Subaşılar ziyade zulm ve taaddi ettiklerinden", "...sabık naip Bekir Efendinin... ahaliye zulüm ve taaddide bumasından dolayı Kütahya'ya nefu edilmesi hakkında emir ısdarı rıcası", "...kadısına hüküm : Sancak beyi Mehmet'ten bütün halk şikâyete gelip cümlenin terk-i vatan edeceği bildirildiği için Dergâh-ı Âli çavuşlarından mübaşir tayin olunan... iyice teftiş edip şer'an sabit olanları yazıp bildirmesi..." MUMCU, Zulüm, dn. 90-95, s. 25-26.

(75) MUMCU Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet, İstanbul 1985, s. 151 ve dn. 425.

(76) MUMCU, Divan, s. 86; UZUNÇARŞILI, İmiye, s. 225.

başkanlığında toplanan bu divanlarda şer'i ve idari davalar dinlenmiştir.

Görülebileceği üzere Divân-ı Hümayun, Selçuklulardaki Büyük Divân ve divân-ı mezâlimlerin görev ve yetkilerini kullanmakla kalmamış, bu yetkileri daha da genişletmiştir.

5. Çavuşbaşı

Selçuklu adli teşkilâtının Osmanlı hukuk sistemi üzerindeki etkileri incelenirken, çavuşbaşı üzerinde de durmak gerekir. Sayıları yüzleri aşan çavuşların amiri olan çavuşbaşı, Anadolu Selçuklu Devleti'nde adliye nazırı fonksiyonunu yürüten "emir-i dâd"ın Osmanlıdaki devamıdır. II. Mahmut Döneminde adliye nazırına dönüşecek olan bu görevli divân toplantılarının düzen ve asayiş içinde yürütmesinden, önemli devlet yazılarının yerine ulaştırılmasından, divân-da kararlaştırılan hükümlerin uygulanabilmesi için gerekli tutuklamaları yapıp, cezaları infaz etmekten sorumluydu (77). Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki fonksiyonlar açısından bir benzerlik söz konusu olsa da en azından başlangıçta çavuşbaşı, emir-i dâd kadar yüksek bir görevli olarak kabul edilmemiştir. II. Mehmet Kanunnâmesi, çavuşbaşını "hizmetkâr" olarak saymıştır (78). Emir-i dâdlar gibi siyasi mücadelelerde etkili bir rolü yoktur. Özellikle yönetimin merkezinin saraydan Bâb-ı Âli'ye kaymasından sonra sivrilişip, adliye nazırına dönüşmüştür.

IV. SONUÇ

Selçuklu adliye teşkilâtı, Osmanlı adliye teşkilâtını ve hukuk sistemini önemli ölçüde etkilemiştir. Ancak Osmanlı modelinin Selçuklu sistemine de tıpa tıp benzediğini söylemek mümkün değildir. Arada önemli sayılabilecek farklar mevcuttur. Meselâ Osmanlı ilmiye sınıfının başı kadil-kudât değil, şeyhülislâmdır ve kadil-kudât-tan en büyük farkı yargı yetkisinin olmamasıdır.

Osmanlı İmparatorluğu adli teşkilâtını kurarken şüphesiz Selçuklu mirasından da önemli ölçüde yararlanmıştı. Ancak bazı müesseseleri kendi bünyesine uydurmuş, ihtiyaçları doğrultusunda yeni müesseseler ihdas etmiş ya da yetki ve görev genişletme yoluna gitmiştir.

(77) HAMMER Josef Von, Des Osmanischen Reiches Staatsverfassung und Staatsverwaltung, c. II, s. 119 vd.

(78) ÖZCAN Abdülkadir, "Fatih'in Teşkilat Kanunnâmesi ve Nizâm-ı Alem için Kardeş Katli Meselesi", Tarih Dergisi, sy. 33, İstanbul 1982.



TARİHİ GELİŞİM İÇİNDE VE ÖZELLİKLE MONTESQUIEU'DE KUVVETLER AYRILIĞI

Yrd. Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

I — GİRİŞ

Hukuk âleminde müstakil ve bağımsız bir varlık olarak görülen devlet, kendisini meydana getiren şahısların müşterek ihtiyaçlarını tatmin; onlara faydalı ve lüzumlu olan hizmetlerin ifa edilmesi vazifesini üstlenmiştir. Devlet, herbiri ayrı ihtisas sahalarını teşkil eden bu vazifelerini çeşitli fonksiyonları vasıtasıyla ifa etmektedir. Maddî bakımdan mahiyetleri ve muhtevaları, zamâna, topluma ve siyâsî sistem tipine göre farklılıklar gösteren bu fonksiyonlar (1), hukukî bakımdan (2) da devlet hayatının organize edilebilmesi için muayyen organlara tahsis edilmişlerdir. Devlet, bir fonksiyonuyla objektif hukuku formüle ederken, diğeriyle bu hukuka dayanarak hukukî durumlar yaratır, tasarruflar yapar ve kamu hizmetinin işlemesi için maddî faaliyetlerde bulunur. Hukukî bir ihlâl ya da ihtilâfın mevcûdiyetinin tesbiti ve lüzumlu tedbirlerin alınması ise bir diğerkonksiyonun sahasına girer (3).

(1) ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 137, 138.

(2) GÜNEŞ Turan, Parlamenter Rejimin Bugünkü Mânası ve İşleyişi, Ankara 1956, s. 11.

(3) Hukukî bakımdan devlet fonksiyonlarının ayrılması konusunda belli başlı iki nazariye bulunmaktadır. Fonksiyonların maddî kriterlere göre ayrılmasını savunan Duquît'ye göre; devlet, normatif ve düzenleyici bir kaide koyarken yasama fonksiyonunu kullanıyor demektir. Buna mukâbil subjektif işlem veya şart-tasarruf yapıyorsa idare fonksiyonu bahis konusudur. İdarenin düzenleyici işlemlerini açıklayamaması bakımından eleştirilen bu nazariyeye karşı yine bir Fransız hukukçusu Carré de Malberg, fonksiyonların uzvî ve şekli kriterlere göre ayrılması gerektiği fikrini ileri sürmüştür. Buna göre, yasama organı kanun adı altında, belli şekillere riayet ederek ve devletin diğerkonksiyonlarını bağlayan üstün kurallar koyar. Yürütme organı ise kanunların verdiği yetkiler ve çizdiği sınırlar içinde faaliyette ve her türlü tasarrufla bulunur. Yürütme ile yasama arasındaki fark ise bir hiyerarşi farkından ibarettir. Daha geniş bilgi için bkz. GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 12 vd.

Devlet hayatının organize edilmesi için muayyen fonksiyonların muayyen organlara tahsis edilmesi kâfi değildir. Bundan başka her organa canlılık veren, hareket ve faaliyetlerinin prensibini teşkil eden iradenin ayrılması, organlardan her birinin kendi sahasında muhtar bir irade ile hareket eder olması da icabetmektedir (4).

Kendi sahasında muhtar bir irade ile hareket eden bu organlar, faaliyetlerini, devletin cemiyet içinde sahip olduğu üstün iktidarı kullanarak yerine getirirler.

İşte, devletin fonksiyonlarının hukuki bakımdan devletin üstün gücünü kullanan ve kendi faaliyet sahaslarında muhtar bir irade ile hareket eden yasama, yürütme ve yargı fonksiyonu olarak ayrılması; bu fonksiyonların birbirinden bağımsız organlar vasıtasıyla ifa edilmesi bizi "kuvvetler ayrılığı prensibi"ne götürmektedir.

Kuvvetler ayrılığı prensibi, "hukuk devleti"nin en mühim unsurlarından birisidir (5). Hukuk devletinin mevcut olabilmesi için bir yandan yasama fonksiyonunun, yürütmeden ayrı bir organ uhdesinde bulunması, diğer yandan yargı fonksiyonunu ifa eden organların bağımsız ve tesirden uzak olmaları icabeder. Bunlardan başka, hâkimlik teminatı, idarenin ve yasamanın yargı yolu ile denetimi, idarenin kanuniliği ve demokrasinin mevcudiyeti hep kuvvetler ayrılığı prensibine bağlıdır.

Devlet fonksiyonlarının yasama, yürütme ve yargı fonksiyonu olarak ayrılıp her birinin ayrı organlara verilmesinin gayesi; bu organların arasında bir denge sağlamak suretiyle birinin diğerine tahakküm etmesine mâni olmak ve fonksiyonların (kuvvetlerin) birbirlerini denetlemelerini sağlamaktır.

Yalnız, kuvvetler ayrılığı prensibi "mutlak bir gerçek" değildir. Günümüz devletinde yasama ve yürütme fonksiyonları arasında kesin bir ayırım yapılamamaktadır. Modern devlet yönetimi, artık, yasama ve yürütme organları arasında gittikçe artan ve sıklaşan bir işbirliğini lüzumlu hâle getirmektedir. Ancak, bu prensibin dün olduğu kadar bugün de ehemmiyet ve değerinden kaybetmeyen bir yönü vardır ki, o da yargı organının diğer organlar karşısında bağımsızlığıdır (6). Yargı organının yasama ve yürütme organlarından bağımsız ve tesirlerinden uzak olması onları denetleyebilmesi

(4) BAŞGİL Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, I. cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 2. fasıkül, İstanbul 1960, s. 280.

(5) BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970, s. 64; EROĞLU Hamza, İdare Hukuku, Ankara 1985, s. 38.

(6) KAPANİ Münici, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981, s. 286.

ise bugün için kuvvetler ayrılığı prensibinin ağırlık noktasını teşkil etmektedir.

II — KUVVETLER AYRILIĞI PRENSİBİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

"Kuvvetler ayrılığı prensibi" denildiği zaman akla ilk gelen isim Montesquieu ve onun meşhur eseri "Kanunların Ruhu" (De l'Esprit des Lois)dur. Montesquieu, Kanunların Ruhu'nun XI. Kitabının 6. Bölümünde kuvvetler ayrılığı üzerinde etraflıca durmuş, ona kesin ifadesini vermiş, pratik gayesini ve hürriyetin sağlanması ile alakasını belirtmiş ve dolayısıyla kendi adının bu prensiple birlikte anılmasını sağlamıştır (7).

Ancak, "kuvvetler ayrılığı prensibi"ni ortaya ilk atan Montesquieu değildir. Devletin fonksiyonları ve bunların ayrılması hususu üzerinde Aristo'dan beri çok şey söylenmiştir. Yine, Montesquieu'den önce Locke'da bu konu üzerinde geniş bir şekilde açıklamalarda bulunmuştur (8).

Gerçekten de daha eski müelliflere başvurulmazsa bu prensibin ilk izlerine Aristo'da rastlanabilir. "Politika" isimli eserinde Aristo hükümetin üç bölümünü ele alır ve inceler. Bunlardan birincisi görürşür ve karar verir, ikincisi yürütür, üçüncüsü ise yargılar. Aristo eserinde sadece bu organların yapılarını görevlerini ve kimlerden teşekkül edeceklerini izah etmiş ve bununla yetinmiştir. Daha sonra aynı fikirleri Ortaçağda Marsilius'da tekrarlamıştır (9). Onyedinci yüzyılda ise kuvvetler ayrılığı sağlam temeller üzerine oturtulmaya başlanmıştır. Locke, eserinde, her devlette mevcut olan üç kuvvet arasında bir ayırım yapmıştır. Bunlar; yasama kuvveti, yürütme kuvveti ve federatif yetkidir (10).

Çalışmamızın bu bölümünde hem kuvvetler ayrılığı prensibinin daha iyi anlaşılabilmesi hem de Montesquieu'nün görüşleriyle mukâyese edilebilmesi bakımından Aristo ve Locke'da kuvvetler ayrılığını incelemeyi uygun buluyoruz.

(7) Asıl adı Charles-Louis de Secondat olan Montesquieu, söz konusu eseri 1731-1748 tarihleri arasında yazmıştır. Eser Fehmi BALDAŞ tarafından, Kanunların Ruhu Üzerine I; Ankara 1963 ve Kanunların Ruhu Üzerine II, Ankara 1965 olmak üzere iki cilt halinde türkçeye de çevrilmiştir.

(8) KAPANI, dipnot 63, s. 285; HATEMİ Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989, s. 429.

(9) AKBAY Muvaffak, Umumi Amme Hukuku Dersleri, I, cilt, Ankara 1961, s. 245.

(10) LİPSON Leslie, Politika Biliminin Temel Sorunları, (çeviren : KARAMUSTAFAOĞLU Tuncer), Ankara 1986, s. 341.

A — Aristo'da Kuvvetler Ayrılığı

Devletin yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasındaki farkı ilk olarak ima eden Aristo'dur (11). Gerçi Aristo, açıkça yasama, yürütme ve yargı fonksiyon ve organlarından bahsetmemiştir. Ancak devlette bu üç fonksiyona benzer fonksiyonlar mevcuttur ve siyasi teşekkül, bunların düzen altına alınmasıyla ortaya çıkmıştır (12).

"Politika" da Aristo, devleti incelerken bu üç faaliyet sahasını birbirinden ayırmakta ve bunları ifa eden organları halk meclisi, devlet hizmetleri ve halk mahkemeleri olarak vasıflandırmaktadır (13).

Bu organlardan (kuvvetlerden) ilki, yâni halk meclisi, devlet işlerini belirleme ve düzenleme fonksiyonunu ifa eder (14). Hak ve yetkileri çok geniş ve kapsamlıdır (15). Harbe ve sulhe karar vermek; anlaşmaları tasdik ve feshetmek; kanun vâzetmek ve kaldırmak; sürgün ve müsadere cezaları vermek; finans ve idareyi kontrol etmek gibi vazifeleri vardır. Bu vazifelerin yerine getirilişi ise cemiyetten cemiyete değişmektedir (16). Bazı cemiyetlerde bütün halk bu vazifelerin ifasını üstlenirken, bazı cemiyetlerde bir azınlık, bazı cemiyetlerde de tek bir şahıs bu fonksiyonu yerine getirmektedir.

İkinci kuvvet, devlet hizmetinde bulunanların faaliyetiye, yürütme fonksiyonuna tekâbül etmektedir. Yürütme işini üzerine alanlar memurlardır. Aristo, herşeyden önce bunların görev süreleri üzerinde durur. Memur belirli konularda kamu gücünü ortaya koyan, uygulayan, o konuda karar veren daha çok da emir veren şahıstır. Devletin toplum içindeki vazifelerine göre memurların sayısının ayarlanması icâbeder. Devletin yüksek yararıyla alakalı her görev için ayrı bir büro (bakanlık) kurulmalıdır. Bu bürolar, devletin askeri, mali işlerini yürütürler, şehrin düzenini sağlarlar, alışveriş hususunda düzenlemeler yaparlar, adalet mekanizmasını ayarlar, kararları uygular, cezaevlerini korurlar (17). Aristo, devletin bu

- (11) DEL VECCHIO Giorgio, Hukuk Felsefesi Dersleri, (çeviren : YETKİN Suut Kemal), İstanbul 1940, s. 31.
- (12) Aristo her siyasi teşekkülde karar vermek, kumanda etmek ve adalet dağıtmak hak ve yetkilerini haiz üç tür kuvvetin mevcûd olduğunu açıkça bildirmiştir. DERBİL Süheyy, İdare Hukuku, I. cilt, Ankara 1940, s. 29.
- (13) ABADAN Yavuz, Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri, Ankara 1952, s. 236.
- (14) AKIN İlhan, Kamu Hukuku, İstanbul 1980, s. 19.
- (15) DERBİL, s. 29; ABADAN, s. 236.
- (16) AKIN, s. 19.
- (17) AKIN, s. 19.

fonksiyonuna "makam ve memuriyet kudreti" (to peri tas archâs) demektedir (18).

Devletin yargılama fonksiyonu ise halk mahkemeleri tarafından ifa edilmektedir. Hak yerini bulmadıkça, halk tatmin olmadıkça, devletin karışıklıktan kurtulamayacağını ileri süren Aristo, anlaşmazlıkların çözümünün muayyen şahıslar tarafından değil, halk tarafından yapılması icabettiğini belirtir. Halkın katılımı ise ya kur'a ya da seçim yoluyla olabilir (19). Aristo, aynı yasama organında olduğu gibi yargı organının yapısının toplumun yönetim şekliyle doğrudan alakalı olduğunu da söyler.

Bütün sınır karışıklıklarına rağmen Aristo'nun tasnifinde yasama, yürütme ve yargı fonksiyonunun bütün açıklığıyla ifade edildiği görülmektedir (20). Günümüz devletinde de yasama, yürütme, yargı fonksiyonları aarsında kesin bir sınır çizilemediği gözönüne alınırsa, Aristo'nun genel olarak doğru yaklaşımlarda bulunduğunu kolayca tespit edebiliriz.

B — Locke'da Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı prensibine ilk adımlar onsekizinci yüzyılda Tabii Hukuk Mektebi mensuplarından İngiliz filozof John Locke tarafından atılmış ve kuvvetler ayrılığı fikrinin ehemmiyetini ilk sezen bu filozof olmuştur (21).

Locke, "Essay on Civil Government" isimli eserinde devlet yönetiminde üç iktidârı (kuvveti) birbirinden ayırmaktadır. Bunlar; yasama kuvveti, yürütme kuvveti, harb ve sulh yapmak ve andlaşma akdeylemek hakkı olan federatif yetkidir. Yasama kuvveti, topluluğu ve topluluğun üyelerini korumak için devlet gücünün nasıl kullanılacağını belirleme hakkına sâhip olan kuvvettir. Yürütme kuvveti, yapılmış ve yürürlükte olan kanunların uygulanmasına sürekli olarak dikkat eden bir kuvvettir. Yâni hem devlet idaresini hem de adaleti ihtiva etmektedir. Bundan başka, her devlette tabii olarak görünen bir kuvvet daha vardır ki bu her insanın topluma girmeden önce tabii olarak sahip olduğu bir hususiyete tekâbül eder. Bu kuvvet, harb ve sulh hakkını; birlik ve ittifak hakkını; devlet dı-

(18) ABADAN, s. 237.

(19) AKIN, s. 20.

(20) ABADAN, s. 237.

(21) BAŞGİL, s. 280; ÖZÇELİK Selçuk, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, I. cilt, İstanbul 1982, s. 269.

şındaki şahıs ve topluluklarla her türlü müzâkerelerin yürütülmesi hakkını kapsar. Buna federatif yetki de denilebilir (22).

Yasama kuvveti, en üstün kuvvettir. Ancak, üstün olmasına rağmen keyfi ve sınırsız değildir. Onu sınırlayan bazı prensipler vardır. Bunlar da; devletin meydana gelmesinden önce insanların sahip oldukları tabii hak ve hürriyetlerdir (23). Yasama kuvvetinin gayesi; fertlerin yararına işlemlerde bulunmak, kanunları halkın iyiliği için yapmaktır. Bundan dolayı yasama organı, genel kanunlar koyar; şahsî kararlar alamaz; sözlü emirler veremez; mülkiyet hakkını, hakkın sahibinin rızası olmadan sınırlayamaz.

Halk yasama fonksiyonunu, muayyen bir organa devretmiş olmasına rağmen bu haktan vazgeçmiş; onu denetleme imkânından mahrum kalmış değildir (24). Yasama organı, kendisine verilen yasama yetkisini halkın lehine kullanmaz, onu kötüye kullanır veyâ yetkilerinin sınırını aşarsa; meselâ: insanların haiz oldukları tabii haklarına aykırı hareket ederse bu takdirde halk, verilen yetkiyi, onun verilmesindeki amaca aykırı kullanan yasama organının bu hareket tarzına karşı kuvvete başvurmak; yasama yetkisini ondan alarak başka organa vermek yetkisine sahip olur (25).

Yasama kuvveti, toplumu ve fertleri, devlet gücünü nasıl koruyacağını gösteren kuralları koyarken bu kuralları genel manâda kanunların uygulanmasını sağlayacak bir yürütme kuvvetine de ihtiyaç vardır (26). Yasama kuvveti için söylenen görüşler aynen yürütme kuvveti için de geçerlidir. Yetkisini, yasama organının yaptığı kanunların sınırı içinde kamunun yararına uygun olarak, insanların tabii hak ve hürriyetlerini koruyacak ve fertlerin bunlardan faydalanmalarını sağlayacak şekilde kullanmak zorunda olan yürütme organı, bu tarzda hareket etmezse aynı yasama organında olduğu gibi halk, yürütme yetkisini geri alarak başkasına verebilir (27).

(22) ARON Raymond, Sosyolojik Düşüncenin Evreleri, (çeviren : ALEMDAR Korkmaz), Ankara 1986, dipnot 6. s. 67.

(23) AKIN, s. 136; OKANDAN Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, Devletin Doğuşu Pozitif ve Teorik Gelişmesi Unsurları, İstanbul 1968, s. 555.

(24) OKANDAN, s. 556.

(25) Locke'a göre yasama organına, hâkimiyet hakkını ve kendinin idâresini halk, canını, malını korusun diye verir. Hâkimiyet hakkının kendisine niçin verildiğini unutan, temel gâyeye aykırı hareket eden, kanunsuz emirlerle halkı sefalete sürükleyen bu organa karşı ayaklanmak, karşı koymak toplumun hakkıdır. AKIN, s. 138.

(26) AKIN, s. 136.

(27) OKANDAN, s. 557.

Locke, devletin üstün gücünde yer alan yetkilerden harb, sulh ve andlaşma yapmaktan ibaret bulunan devletler arasındaki münâsebetlerin düzenlenmesiyle ilgili bulunan federatif yetki ile yürütme yetkisi arasında hiyerarşik bir münâsebet görmüş, federatif yetkiyi yürütme organına tâbi kılmıştır. Hatta federatif yetkinin yürütme organına verilmesi neticesine varmıştır (28).

Eğer kanunları yapmak ve bunları uygulamak yetkileri aynı organa verilirse, yâni, kanun vâzı (yasama organı) aynı zamanda icra kudretine de sahip olacak olursa, yasama ve yürütme kuvvetlerini tamamen kendi menfaatlerine kullanma tehlikesi ortaya çıkar. Bu mülâhazalarla Locke, bu iki kuvvetin mutlaka iki ayrı organa verilmesi icabettiğini belirtir (29). Ayrıca "kamu iyiliğine gereken itinâyı gösteren iyi düzenlenmiş devletlerde" (30) yasama kuvveti, belli aralıklarla toplanan bir meclise bırakılmıştır. Kanunu yürütmek ve uygulamak sürekli bir iş olduğu için bu işi görecektir yasama kuvvetinden ayrı bir kuvvetin mevcudiyetine ihtiyaç duyulmaktadır. İşte onun içindir ki yasama ve yürütme kuvvetleri birbirinden ayrı tutulmakta ve farklı organlara verilmektedir.

Görüldüğü gibi Locke, Aristo'dan farklı olarak gai bir düşünce ile hareket etmiştir (31). Onun asıl hedefi; kralın gücünü sınırlamak, eğer kral belirli sınırları aşar veyâ mükellefiyetlerini yerine getirmezse hâkimiyetin kaynağı olan halkın, karşı koyma hakkının olduğunu göstermektir.

III — MONTESQUIEU'DE KUVVETLER AYRILIĞI

Fransız İhtilâli'nden önce XIV. Lui zamanında koyu bir mutlakiyetle yönetilen Fransa, en parlak devirlerini yaşıyordu. Ancak daha sonra tahta çıkan XV. ve hele XVI. Lui'nin kötü idareleri neticesinde Fransa içten içe kaynamaya başlamıştı. İşte Montesquieu böyle bir devirde yaşamış, Fransa'dan çıkıp Avusturya, İtalya, Hollanda ve nihâyet onsekizinci yüzyılın sonlarında İngiltere'ye gitmiş ve orada iki sene kalmıştır (32). İngiltere'de hâkimlerin bağımsızlığını ve parlamentonun gücünü gören Montesquieu, bundan pek hoşlanmıştır. Bu durumu Fransa'daki durumla yâni, yargının krala bağlı oluşu ve İngiltere'de Fransa'daki gibi genel tabakalar meclisinin

(28) OKANDAN, s. 557.

(29) ABADAN, s. 237.

(30) LİPSON, s. 341.

(31) ABADAN, s. 237.

(32) DERBİL, s. 26; MONTESQUIEU, c. I, s. VI - VII.

(Etat-Generaux) bulunmayışı ile mukâyese etmiştir (33).

Montesquieu, İngiltere'de kalmakla siyasi hürriyetin sadece Romalılara has üstün bir erdeme dayandığı ve sadece sitelerde gerçekleşebileceği yolundaki fikirlerden kurtulmuş oldu (34). İngiltere'de istibdâdın yokluğunu, iktidarın bir elde toplanmayıp; krallık, parlamento ve mahkemeler arasında bölünmüş ve düzenlenmiş olmasına bağlıyordu.

Devletin geniş faaliyetleri arasından en önemlilerini ayıran Montesquieu bunların aynı elde (organda) toplanmasının tehlikelerini belirterek ortaya kuvvetler ayrılığı prensibini koyar. Ona göre, devletin sahip olduğu üstün iktidar, bir irade kuvveti olarak parçalanmalı ve bu parçalar öyle bir şekilde düzenlenmelidir ki, bir kuvvet diğerini durdursun ve böylece kuvvetler arasında bir denge husule gelsin (35). Aksi olursa, yâni, kuvvetler tek bir organda toplanırsa, fertler için hürriyet diye bir şey kalmaz.

Görüldüğü gibi, Fransa'daki katı mutlakîyet rejiminin doğurduğu kötü neticeleri düzeltmeye yarayacak yolu, İngiltere'deki siyasi müesseselerin ve Locke'un tesiri altında kalarak kuvvetler ayrılığı olarak tesbit eden Montesquieu'nün fikirleri çok geçmeden etkisini Amerikan ve Fransız Anayasalarının haklara ilişkin yazılı belgelerinde (36) göstermiş ve bütün dünyada anayasa vâzi için göz-önünde bulundurulması icabeden bir prensip hâlini almıştır.

A — Kuvvetler Ayrılığı Mefhûmu

Kanunların Ruhunu isimli eserinin XI. Kitabının "İngiltere'nin Esas Teşkilâtı" başlığını taşıyan 6. bölümünde Montesquieu, her devlette üç "pouvoir" olduğunu söyleyerek izaha başlar (37). Gerek şekil, gerekse muhteva itibarıyla mücerret açıklamalarda bulunur.

- (33) LİPSON, s. 341. Ancak İngiliz devlet idaresinin en mühim niteliği olarak kuvvetler ayrılığında bahseden Montesquieu, vardığı bu neticede aldandırmıştır. Zira, İngiltere'de gerçek yürütme organı Başbakan ve Kabinedir. Millet işlerinin idaresi Kabineye düşer. Aslında Kabine, bütün bakanlar içinde âdeta çekirdek mahiyetini taşır. Başbakan, Kabine ve diğer bakanlar, Avam Kamarası'ndaki çoğunluk partisinin önderleri arasından çıkarlar. Bazılarının Lordlar Kamarası'ndan alındığı da olur. Fakat hepsinin parlamento üyesi bulunması şarttır. VERNON Manfred C., Levlet Sistemleri, (çeviren : SOYSAL Mümtaz), Ankara 1961, s. 20.
- (34) SARİNE George, Yeni Çağ, II. cilt, (çeviren : ÖKTEM Alp), Ankara 1969, s. 246.
- (35) MONTESQUIEU, c. I, s. 296-297.
- (36) Virginia Haklar Beyannamesi, Massachusetts Anayasası, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi bu konuda misâl olarak verilebilir.
- (37) MONTESQUIEU, c. I, s. 296 vd.

Maamafih Montesquieu, kitabının hiçbir yerinde "kuvvetler ayrılığı" (séparation des pouvoirs) tâbirini kullanmaz (38).

O hâlde, daha sonradan kuvvetler ayrılığı prensibi adını alan bu prensipte "pouvoir" kelimesi neyi ifâde etmektedir?

Zaman zaman metafizik bir mânâda kullanılan (39) pouvoir kelimesi Fransızcada üç değişik anlam taşır: Kuvvet yâhud iktidar, yetki ve organ. Montesquieu, eserinde şüphesiz "organ"ı kasdetmiyor. Ancak bir kuvvet yâhud iktidardan mı yoksa bir yetkiden mi bahsettiğini de kestirmek mümkün değil (40).

Aslında pouvoir kelimesinin kuvvet diye Türkçeye çevrilmesi yanlış olmuştur. Pouvoir, kuvvet demek değildir; kudret de değildir; pouvoir, iktidar demektir; hukukî bir gücü hukukî bir kaabiliyeti ifâde etmektedir (41).

Bizde dahi bazı müellifler (42) "kuvvetler ayrılığı prensibi" demeyi münâsip görmüşlerken bazı müellifler (43). "İktidarların ayrılması prensibi" tâbirini kullanmışlardır.

Aslında Montesquieu'nün bütün bu meselelerle bir alakası yoktur. Zaten kuvvetler ayrılığı tâbirinden bahsetmemiştir. O, sadece devletin çeşitli faaliyetlerini saymakta ve bunların ayrı ayrı organlara verilmesini savunmaktadır. Öyleyse, günümüzde "kuvvetten", "kuvvetler ayrılığı"ndan ne anlaşılmalıdır?

Bugün kuvvetten anlaşılan devletin kudretidir. Bu kudret devletin organları vasıtasıyla toplum adına iradesini belirtmek; kendi iradesini hâkim kılmak iktidarındır (44). Ancak bu kudretin birden çok olan fonksiyonlarını ve yine birden çok olan organlarını da ayırdetmek icabeder. Fakat kuvvetler ayrılığı ne faaliyetler ne de organlar ayrılığıdır. Gerçi bu prensip, organ, faaliyet hattâ yetki ayrılığı-

(38) GÜNEŞ, Parlamenter Rejimin Bugünkü Mânası ve İşleyişi, s. 11.

(39) Meselâ 1791 Fransız Anayasası'nda "pouvoir" ne fonksiyon ne de organ mânâsında kullanılmıştır. Bu Anayasa'da iktidarlar (kuvvetler) devlet faaliyetlerinin dış belirtileri olan fonksiyonlar mânâsında değil devlet irâdesinin yapıcı unsurları olarak düşünülmüştür. ÖZBUDUN, s. 135.

(40) GÜNEŞ, Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, dipnot 4, s. 7.

(41) ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, teksir, Ankara 1977, s. 85.

(42) BAŞGİL, s. 281; ARSAL Sadri Maksudi, Hukuk Felsefesi Tarihi, İstanbul 1946, s. 207; GÜNEŞ, Parlamenter Rejimin Bugünkü Mânası ve İşleyişi, s. 4; ABADAN Yavuz, Devlet Felsefesi, Seçilmiş Okuma Parçaları, Ankara 1959, s. 335.

(43) ERİM Nihat, Umumi Amme Hukuku Dersleri, Ankara 1942, s. 176; AK-BAY Muvaffak Umumi Amme Hukuku Dersleri, I. cilt, Ankara 1961, s. 245.

(44) ÖZBUDUN, s. 137.

nı icabettirir. Fakat kuvvetler ayrılığı bütün bunlardan farklı olarak bir irade ayrılığıdır (45).

B — Kuvvetlerin Ayrılmasının Lüzümü

Montesquieu'ye göre, devletlerin gayesi ya münhasıran kendisinin devam ve bekâsı olur yahud da bu gayeden başka aynı zamanda şahısların hürriyetlerini temin gayesini de hedef edinir. Mevcudiyet ve devamlarını temin bütün devletlerin şuurlu ya da şuursuz takib ettikleri bir gayedir. Fertlerin hürriyetlerini temin gayesi ise devletlerin tekâmülü derecesi ile ölçülür (46).

Kuvvetlerin ayrılmasının lüzümünü isbat için Montesquieu, evvelâ siyasi hürriyet (47)'i tarif eder. Ve devlette siyasi hürriyetin temin edilebilmesinin ancak kuvvetler ayrılığı prensibinin tatbiki ile mümkün olacağını söyler.

Hürriyet kelimesi kadar yanlış anlaşılan bir tabir yoktur (48). Herkes, her millet kendi âdet ve teamüllerine, temâyüllerine uygun hareket tarzını, hürriyete uygun saymıştır. Hattâ demokrasilerde siyasi hürriyetin mevcut olduğu söylenerek halkın iktidârı ile halkın hürriyeti mefhumları birbirlerine karıştırılmıştır.

O hâlde siyasi hürriyet nedir? Montesquieu'ye göre; siyasi hürriyet insanın istediği şeyi yapmak serbestisi değildir. Siyasi hürriyet ancak kanunların müsâde ettiği şeyleri yapmak serbestisidir (49).

Montesquieu'ye göre demokrasi ve aristokrasi mahiyetleri icabı hürriyeti tesis edemezler. Hürriyet ancak mütedil bir hükümet şeklinde elde edilebilir. Siyasi bir kuruluşta, hürriyetin mevcut olabil-

(45) BAŞGİL, s. 281.

(46) MONTESQUIEU, c. I, s. 295.

(47) Montesquieu, siyasi hürriyet tabirini şahsî hürriyet ve masumiyet manâsında kullanmıştır. Siyasi demesinin sebebi bu hürriyetin ancak siyasi müesseseler vasıtasıyla temin edilebildiği içindir. ARSAL, dipnot 1, s. 206.

(48) Hürriyet bâzılarına göre iktidâra getirdikleri şahsı oradan indirmek imkânı, bâzılarına göre itaat edecekleri şahısları bizzat seçmek hakkıdır. Bir kısım şahıslarda silâhlanmak ve zor kullanmak hakkına mâlik olmayı hürriyetin icabı saymışlardır. Diğer bâzıları ise kendi milletlerinden olan bir fert veyâ kendi kânunları tarafından idâre edilmeyi hürriyet addetmişlerdir. Hattâ bâzı milletler uzun süre hürriyeti sakal bırakmaktan ibâret saymışlardır. MONTESQUIEU, c. I, s. 292-293.

(49) MONTESQUIEU, c. I, s. 294. Ancak sâdece mevzû kânunlara riayetle hürriyetin tecelli edeceğine inanmak doğru değildir. Zira, kânun kötünüyetli iktidar sâhiplerince yapılmış olabilir ve istenebilecek yâni arzu edilmesi meşrû olan birşey menedebilir. Burada Montesquieu'nün hâtası kânunun menşeiini hukukta arayacak yerde, hukuku kânuna istinad ettirmiş olmasıdır. AKBAY, s. 246.

mesi için iktidârın kötüye kullanılmaması icabeder (50). Ezeli bir tecrübe ile sabttir ki, kuvvet sahibi herkes, bunu kötüye kullanmaya meyli eder ve kuvvetine sınır buluncaya kadar gider. Fazilet dahi sınırlanmaya muhtaçtır. Kuvvet kötüye kullanılmamak için o surette düzenlenmelidir ki kuvvet kuvveti durdursun (51). İşte eğer yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri (iktidarları) aynı elde toplanacak olursa bu suistimale mâni olunamayacak ve hürriyeti ortadan kalkacaktır. Buna mâni olmak için de bu üç kuvveti ayrı organlara tevdi etmek icabetmektedir.

C — Montesquieu'de Kuvvetler

Montesquieu'ye göre her devlette üç kuvvet mevcuttur. Bunlardan ilki kanunları vâzeden yasama kuvvetidir. İkinci kuvvet olan yürütme kuvveti, kanunları tatbik eder, harbe ve sulhe karar verir, devletin genel güvenliğini sağlar, diplomasi işlerini halleder. Yargı kuvvetinin vazifesi ise şahıslar arasındaki medeni davalara bakmak, suçlulara suçlarının derecesine göre cezalar tayin etmekten ibarettir.

Siyasi hürriyeti temin için bu üç kuvvet, mutlaka birbirinden ayrılmalıdır. İşte, Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı prensibinin anafikri de budur.

1 — Yasama Kuvveti

Yasama kuvveti devletin genel iradesidir. Hür bir devlette, hür hareket edebilmek imkânına sahip olan her insanın nasıl kendi hareketlerini kendisinin idare etmesi icabederse, yasama kuvvetini de halk bizzat kendisi kullanmalıdır. Ancak bunu uygulamak, büyük devletlerde imkânsız olduğundan, küçük devletlerde de bir çok mahzurlara sebebiyet vereceğinden, halkın kendi yapamadığını temsilcileri vasıtasıyla yapması zaruridir (52). İnsan kendi içinde yaşadığı şehrin ihtiyaçlarını, menfaatlerini başka şehirlerden çok daha iyi bildiği gibi, komşularının kaabiliyetlerini de bir yabancından daha iyi değerlendirir. Şu halde, yasama organında yer alacak üyeler her bölgenin halkı tarafından o bölgenin temsilcisi olarak seçilmelidir (53).

Temsilcilerin büyük faydası, kanun işlerinin münakaşasında ehil olmalarıdır. Halk bu hususta hemen hiç kaabiliyetli değildir.

(50) MONTESQUIEU, c. I, s. 294; ERİM, s. 177; AKBAY, s. 246; GÖZE Ayferi, Siyasal Düşünce Tarihi, İstanbul 1982, s. 219.

(51) MONTESQUIEU, c. I, s. 294; BAŞGİL, s. 283; GÜNEŞ, Parlamenter Rejimin Bugünkü İşleyişi ve Mânası, s. 5; GÖZE, s. 219.

(52) OKANDAN, s. 574; ERİM, s. 180; ABADAN, Devlet Felsefesi, s. 338.

(53) MONTESQUIEU, c. I, s. 301.

Bu da demokrasilerin büyük mahzurlarından birisini teşkil eder (54).

Temsilciler meclisi, icraf karar almak için seçilmemelidir. O, bu işi iyi yapamaz, fakat kanunlar yapmak, yapılmış olan kanunların iyi yürütülmesini gözetmek onun çok iyi yapabileceği bir iştir ve bu işi ondan daha iyi yapabilecek biri dahi yoktur.

Montesquieu, temsil vazifesinin sadece temsilciler meclisine bırakılmasına yâni tek meclis usulüne taraftar değildir. O, iki meclis sistemini tek meclis sistemine üstün tutmaktadır (55). Bu tercihin sebebini şöyle izah ediyor: Temsilciler meclisi seçiminde her vatandaş liyakat, bilgi, asâlet farkına bakılmadan eşit sayılmakta ve oyları eşit kıymeti haiz bulunmaktadır. Halbuki, halkın içinde doğum, servet, şan ve şeref bakımından diğer vatandaşlardan üstün vaziyette olanlar vardır. Bunlara da diğerleri gibi sadece bir oy hakkı tanımak, haksızlık olur ve hürriyete aykırıdır. Zira, çoğunluk asilzâdelerde olmadığından alınacak kararlar bu sınıfın menfaatini gözetmeyecek, bilâkis baltalayacaktır. Binaenaleyh, devlet dahilinde böyle imtiyazlı bir durumda olanların yasama organı içinde de bu durumu muhafaza etmeleri temin olunmalıdır. Bu da onlara ayrı bir meclis teşkil eylemek hakkını vermekle mümkün olur. Böylece halkı ve asilzâdeleri temsil eden temsilcilerden müteşekkil bu meclislerden biri karar vermeli ve diğeri ya bu kararı tasdik ederek onun tekemmülünü sağlamalı yâhud da tasdik etmeyerek onu felce uğratmalıdır (56).

2 — Yürütme Kuvveti

Yürütme kuvveti bir hükümdarın elinde olmalıdır (57). Bu kuvvetin doğrudan doğruya topluma değil de tek bir kişiye verilmesi yürütme organının sürekli işlemesinden ve aralıksız bir çalışma icabetirmesinden ileri gelir. Fakat eğer bu tek kişi görevini iyi kullanmazsa bu durumda yürütme kuvvetini yasama organına bağlı bir topluluğun eline verebilir miyiz? Montesquieu böyle teşekkül edecek "meclis hükümeti" doğru bulmaz (58). Zira, hükümdar olmasa ve

(54) MONTESQUIEU, c. I, s. 301.

(55) MONTESQUIEU, c. I, s. 303; ERİM, s. 180; OKANDAN, s. 574.

(56) MONTESQUIEU, c. I, s. 302-303.

(57) MONTESQUIEU, c. I, s. 305.

(58) Montesquieu, bu görüşü ile meclis hükümeti sistemine karşı olduğu gibi, yasamaya az çok üstünlük tanıyan parlamenter sisteme de karşı çıkmaktadır. Montesquieu, o dönemde İngiltere'de uygulanan sistemi aksettirir. Yürütme organının üyeleri bakanlar, kral adına hareket eden kişilerdir. Daha sonra ulaşılan aşamada olduğu gibi, Avam Kamarası'ndaki çoğunluğun yürütme kuvvetini kullanmaya yetkili kıldığı şahıslar değildir. GÖZE, s. 221.

yürütme kuvveti yasama organından seçilmiş birkaç şahsa verilmiş olsa idi, hürriyetten eser kalmayacaktı. Çünkü, aynı şahısların bu iki kuvvetten pay sahibi olmaları ve daima pay sahibi olmaya meyletmeleri gibi, yasama ve yürütme kuvvetleri de birleşmiş olacaklardı (59). Hakikaten de hürriyetin en mühim vasfı yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirinden ayrılmasından doğmuş olmasıdır.

Yürütme kuvveti hareketlerinde serbest olmasına rağmen onun tarafından yapılan işlemlerin, yasama kuvveti tarafından yapılan kanunlara uygun olması lâzımdır. Zira, yasama kuvvetinin meydana getirdiği kanunlara aykırı işlemler yapmak demek, hakikatte kanun yapmak ve dolayısıyla yasama kuvvetinin yetki alanına girmek demektir (60).

Yürütme kuvvetinin emrine verilecek tahsisat bir yıl için verilmelidir. Yasama kuvveti vergi toplama yetkisini daimi olarak yürütme kuvvetine verirse hürriyetini kaybetmek tehlikesiyle karşılaşır. Çünkü masraflarının karşılığını bu surette devamlı olarak temin edebilecek olan yürütme kuvveti yasama kuvvetine tâbi olmaktan kurtulabilecektir. Bunun gibi kara ve deniz kuvvetlerinin miktarı ve muhafazası hakkında yasama kuvveti her yıl karar vermelidir (61).

Görüldüğü gibi Montesquieu, yürütme kuvvetini, devlet fonksiyonlarının yerine getirilebilmesi için sürekli olarak işleyen ve yasama kuvvetine tâbi, onun meydana getirdiği kanunlar çerçevesinde hareket eden bir kuvvet olarak görmektedir.

3 — Yargı Kuvveti

Yargı yetkisi Montesquieu'ye göre (62) daimi bir senatoya verilmeyip, halkın içinden kanunda gösterilen usullerle seçilen ve lâzım olduğu müddetçe devam eden şahıslara verilmelidir. Çok kuvvetli olan yargılama iktidârı ne muayyen bir sınıfa ne de muayyen bir mesleğe bağlı bırakılmamakla görünmez hale getirilir. Artık halkın gözünde daimi hâkimler yoktur. Halk hâkimlerden değil, mahkemelerden korkar.

Hattâ büyük davalarda sanığın kanun mucibince hâkimini seçebilmesi; hiç değilse bunların büyük bir kısmını reddedebilmesi,

(59) MONTESQUIEU, c. I, s. 305.

(60) MONTESQUIEU, c. I, s. 311.

(61) MONTESQUIEU, c. I, s. 312.

(62) MONTESQUIEU, c. I, s. 299.

böylece geri kalanlar arasında seçim yapmak imkânına sahip olabilmesi lâzımdır (63).

Diğer iki kuvvet idarecilere veyâ daimî kurallara verilebilir. Çünkü, bu kuvvetler münferit bir şahsa tatbik olunmamaktadır. Bu kuvvetlerden biri, devletin genel iradesinden, diğeri de bu genel iradenin icrasından başka birşey değildir. Yargı kuvveti ise yasama ve yürütme kuvvetinden ayrılmalıdır. Zira, yasama kuvveti ile birleşirse, hâkim kanun vâzî durumunda olacak ve vatandaşların ölüm kalımları keyfe tâbi tutulacaktır. Yürütme kuvveti ile birleşirse de, hâkim bir zâlim olacak ve her ikisinde de hürriyetten eser kalmayacaktır.

Fakat Montesquieu, yargı kuvvetinin, yasama kuvvetini elinde bulunduran organın eline verilmemesi kaidesinden bâzı hâlleri istisnâ etmektedir (64) : 1) Halk içinde sivrilmiş olan büyükler daima kıskanılır. Bunlar herhangi bir meselede halk tarafından muhakeme edilecek olurlarsa, haksızlığa maruz kalabilir, ayrıca asilzâdelerin kendileriyle aynı sınıftan olmayanlar tarafından muhakeme edilmeleri, eşitliğe aykırıdır. Binaenaleyh onların yasama kuvvetinin asilzâdelerden müteşekkil meclis tarafından muhakeme olunmaları icabeder (65). 2) Bazı durumlarda kanunun sert ve eğilmez hükümlerini (66) biraz yumuşatmak, biraz da hakkaniyeti göz önünde bulundürmak lüzumu duyulan hâllerle karşılaşılabilir. Böyle bir durumda asilzâdelerden müteşekkil meclis mahkeme sıfatıyla meseleyi muhakeme edip, karara bağlayabilmelidir. 3) Kamu hizmeti yapılırken halkın hakları ihlâl edilebilir veyâ alelade mahkemeler tarafından cezalandırılmayacak suçlar işlenebilir. Bu takdirde hem halkın şerefini hem de ferdin emniyetini koruyabilmek için, halkla herhangi bir menfaati olmayan asilzâdelerden müteşekkil meclisin mahkeme sıfatıyla meseleyi hükme bağlaması doğru olur.

Montesquieu'ye göre, hâkim hükmünü verirken kanunlara bağlı kalmalıdır. Şâyet hâkim şahsi kanaatleriyle hüküm verirse cemiyyet dahilindeki şahıslar ne gibi taahhüt altında bulduklarını bilemezler. Halbuki, hâkim, kanundan ayrılmayacak olursa, bu takdirde herkes önceden hangi hareketin yapılıp hangisinin yapılmayacağına bilir ve ona göre hareket eder (67).

(63) MONTESQUIEU, c. I, s. 299.

(64) MONTESQUIEU, c. I, s. 308.

(65) MONTESQUIEU, c. I, s. 308.

(66) Montesquieu'ye göre mahkemelerin sâbit olmalarının icâbetmesine rağmen hükümler o derece sâbit olmalıdır ki, daima kanunun açık bir metninden başka birşey ifade etmesinler, c. I, s. 300.

(67) ERİM, s. 179.

D — Kuvvetlerin Birbirleriyle Münasebeti

Montesquieu, yasama ve yürütme kuvvetlerini ayrı ayrı organlara verdikten sonra aralarında birtakım münasebetler kurmaktadır.

Bir kere meclisleri toplantıya çağırarak ve toplantı müddetlerini tesbit etmek yürütme organına bırakılmıştır (68). Yasama organının toplanma zamanları büyük bir itina ile tesbit edilmelidir. Yasama kurulu çok uzun bir zaman toplanamazsa hürriyetten eser kalmayacaktır (69). Çünkü, ya teşrif kararlar verilmeyecek ve devlet anarşiye düşecektir yahud da bu karar yürütme organı tarafından verilecek ve mutlak bir hâl alacaktır. Yasama organının (meclislerinin) daimi surette toplanması ise mümessilleri sıkıntılı bir durumda bırakabilir ve yürütme organını fazla meşgul edebilir. Temsilciler meclisi ve asilzâdele meclisi daima toplantı halinde olunca, yürütme organı bu meclisler karşısında imtiyazlarını ve yürütme yetkisini muhafaza etmeye uğraşacak, kanunların tatbikini düşünmeye ve uygulamaya vakit bulamayacaktır (70). Diğer taraftan yasama organının zaman zaman yenilenebilmesi için daima toplantı halinde bulunmaması lâzımdır. Zira daimi surette toplantı halinde bulunduğu takdirde ölen mümessillerin yerine yenilerini seçmekten başka bir iş yapmaması muhtemeldir. Bu halde ise yasama meclisi, bir kere bozuldu mu, bu derdin tedavisi imkânsız olur. Muhtelif yasama meclisleri birbirini takip edince iş başındaki yasama organları hakkında fena fikirleri olan halk haklı olarak, bu meclisi arzu etmeyecek ve bir sonrakini, yenisini tercih edecektir. Fakat bu da eskisinin aynı olunca, bir defa daha aldandığını gören halk artık onun kanunlarından birşey beklemeyecektir. Neticede ya hiddetlenecek ya da kaygusuzluğa düşecektir (71).

Meclislere yürütme faaliyetlerini durdurma yetkisi tanınmamıştır. Zira yürütmenin, mahiyetinden doğan sınırlar vardır ve ayrıca sınırlanmasında fayda yoktur. Zaten yürütme kuvveti, zamanla değişmeyen şeyler üzerinde câridir (72). Buna mukabil yürütmenin, yasama faaliyetini durdurma hakkı vardır (73). Yürütme organı, yasama organının teşebbüslerini durdurmak hakkına sahip değilse yasama kuvveti despotik olacaktır. Zira yasama kuvveti, tasavvur

(68) MONTESQUIEU, c. I, s. 306.

(69) MONTESQUIEU, c. I, s. 305.

(70) MONTESQUIEU, c. I, s. 305.

(71) MONTESQUIEU, c. I, s. 306.

(72) MONTESQUIEU, c. I, s. 306-307.

(73) MONTESQUIEU, c. I, s. 307.

edebileceği her türlü yetkiyi kendine verebilecek ve diğer bütün kuvvetlerin mahvına gidebilecektir (74). Bunun için hükümdar bir kanunu tasdik ve ilân etmedikçe o kanun yürürlüğe girmeyecektir.

Montesquieu, meclislerin toplanması ve kapatılması yetkileriyle, yasama işlemlerine karşı veto hakkına sahip olan yürütme organının bu yetkilerine karşılık, yasama organına da çeşitli yetkiler tanımaktadır. Bunlardan biri vergi salma yetkisidir. Müellif bunu mutlak olarak yasama organının yetkileri arasına sokmakta ve vergi alınabilmesi için her sene yeni izne lüzum görmektedir. Ayrıca ordu (75) hakkında da her sene yeni bir kanun yapılmasını lüzumlu görmektedir (76). Şüphe yoktur ki, ordu ve para gibi yürütme organı için en zaruri iki vasıtanın anahtarlarını yasama organına vermekle Montesquieu, yürütme kuvvetini sıkı bir şekilde yasama kuvvetinin kontrolüne tâbi tutmaktadır.

IV — SONUÇ

Görüldüğü gibi tamamiyle nazari mülâhazalarla devlette üç iktidarı veyâ fonksiyonu ayıran ve bunların ayrı ayrı organlara verilmesi lâzım geldiğini söyleyen Montesquieu, bu nazariyesine misâl olarak isim zikretmeden İngiltere'yi almakta ve üç hakiki ve müşahhas kuvveti etrafıca incelemektedir: Yasama, yürütme ve yargı.

Ferdin siyasi hürriyeti, kendisini emniyette hissetmesinden doğan fikir rahathğündadır. Böyle bir fikir rahathğına ulaşabilmesiyse, ancak o ferdin hiçbir korkusu olmadığı takdirde mümkündür. Bunu sağlamak için yukarıda belirtilen üç muhtelif iktidârın (kuvvetin) birbirinden tamamen ayrı organlara bırakılması gerekir. Hürriyetin temin ve muhafazası için bu üç iktidarın asla aynı elde toplanması lâzımdır.

O hâlde Montesquieu'ye göre devletin otoritesinin (kudretinin) bu üç kuvvet arasında bölünmesi ve bunların birbirlerine karşı ba-

(74) MONTESQUIEU, c. I, s. 306-307.

(75) Askerler halktan olmalı ve halkla aynı ruh ve düşüncüyü taşımalıdır. Böyle olabildiği için ancak, orduda hizmet edeceklerin icabında diğer vatandaşlara hareket tarzları hakkında hesap verebilecek kadar malları bulunmalı ve yalnız bir sene hizmette kalmalıdır. Eğer ordu, daimi olarak muhafaza edilecekse, askerler halkın en aşağı tabakasından seçilmeli ki, yasama organı dilediği anda orduya boyun eğdirebilsin. Ayrıca ordu teşekkül ettirildikten sonra, yasama organına değil, yürütme organına tâbi olmalıdır. Zira onun vazifesi müzâkereden ziyade faaliyettir. MONTESQUIEU, c. I, s. 312.

(76) MONTESQUIEU, c. I, s. 312.

ğimsız ve birbirleriyle eşit organlara tevdi edilmesi icabeder. Ancak böyle bir idare sisteminde itidal temin edilir ve bu sayede siyasi hürriyet elde edilmiş olur.

Aron'a göre (77) Montesquieu, hürriyetin şartı olan devlet otoritesinin kuvvetler arasında paylaşılmasını, sadece aristokratik bir toplum modeli üzerinde düşünmüştür. Ona göre soylular sadece, eğer hakları, siyasi teşkilâtın kendisi tarafından teminat altına alınmışsa, güvenlik duygusuna sahip olabilirler. Montesquieu, dönemindeki Fransız monarşisinin anayasası üzerindeki münakaşalarda, kral ya da halk tarafında değil, aristokrasinin tarafındadır. Yani, Montesquieu, kendi sınıfı, ortadan kalkmaya mahkum bir sınıfın adına, monarşik güce karşı koyan bir aristokrasi temsilcisidir. Tarihin oyununun kurbanı olarak soyluları korumak için krala karşı gelir, ama kavgası sadece halkın davasına yarayacaktır.

Artık bugün Montesquieu'nün anladığı manada kuvvetlerin ayrılmasını kabul eden hiç kimse kalmamıştır. Esasen kuvvetler ayrılığı prensibi, müellifin misal olarak gösterdiği İngiltere'de dahi onun anladığı gibi hiçbir zaman mevzubahis olmamıştır (78).

Devlet iktidarı parçalanmaz bir bütün teşkil etmekle beraber, devletin fonksiyonları, devletin kişiliğinin ve iktidarının çeşitli görünümleridir (79). Montesquieu, ne söylemiş ve nasıl söylemiş olursa olsun bugün her devlette yasama, yürütme ve yargı diye üç büyük fonksiyon; buna bağlı olarak da her bir fonksiyonun icrasıyla meydana gelmesi muhtemel neticeleri ortaya çıkarmaya elverişli üç ayrı hukuki güç, hukuki iktidar vardır (80).

Montesquieu'den farklı olarak, artık günümüzde "kamusal güçlerin iyi işletilmesini sağlayan bir yerindelik ve siyaset sanatı kuralı" olarak değerlendirilen (81) kuvvetler ayrılığı prensibi, başka hedeflere yönelmektedir. Bu hedefler (82) kısaca; yasama faaliyetine mümkün olduğunca geniş halk kitlelerinin iştirakinin temin edilmesi; iktidarın yargı organı üzerindeki baskısını (83) kaldırmak maksadıyla yargılama yetkisinin tabii hâkim prensibi ve hâkimlik teminatının gerçekleştirildiği bağımsız mahkemelerce kullanılmasının

(77) ARON, s. 42.

(78) AKBAY, s. 249; ARSAL, s. 210.

(79) HAZİR Hayati, Anayasa Hukuku, Konya 1990, s. 24.

(80) ÖZYÖRÜK, s. 87.

(81) YAYLA Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985, s. 67.

(82) ABADAN, s. 239; HATEMİ, s. 430 vd.

(83) İNAN Kâmrân, Devlet İdaresi, İstanbul 1993, s. 42 vd.

sağlanması; güçlü bir yürütme organına sahip olması gereken günümüz devletinde icrâ yetkisinin kötüye kullanılmasına mâni olunması ve idarenin kanunlara bağlılığının temin edilmesi olarak özetlenebilir.

KURULUŞ VE YETKİLERİ AÇISINDAN KORE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Yrd. Doç. Dr. Hasan TUNÇ

GİRİŞ

Kore'de, anayasal demokratik kurumlara ulaşma çabaları 1950'li yıllarda, (1948'de kuruluşu gerçekleştirilmiş olan) Birinci Cumhuriyet ile başlamıştır. Otokratik yönetime son veremeyen bu gelişmeleri, 19 Nisan 1960'da başlayan öğrenci hareketleri izlemiştir. Öğrenci hareketleri sonrası kurulan İkinci Cumhuriyet, 16 Mayıs 1961'de askeri darbe ile sonuçlanmıştır. Darbe sonrasını sıkı-yönetim evresi izlemiş ve 1963'de Üçüncü Cumhuriyet kurulmuştur. 1969 yılında Anayasa'da, başkanlık sistemine yönelik değişikliklere yer verilmiştir. 1972'de ilan edilen sıkı-yönetimi takiben Dördüncü Cumhuriyet kurulmuştur. Aralık 1979'da Beşinci Cumhuriyet'e geçilmiş ve Şubat 1988'de Altıncı Cumhuriyet kurulmuştur. Altıncı Cumhuriyet Anayasası'nda yapılan bir değişiklikle, Kore Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu gerçekleştirilmiştir. Ağustos 1988'de kuruluşu gerçekleştirilen Anayasa Mahkemesinin, Kore Anayasası'nda yapılan en demokratik gelişme olduğu ve siyasi, ekonomik haklar ile diğer tüm temel hakların korunmasında hukuki bir garanti teşkil ettiği ifade edilmektedir (1).

Kore Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşuna ilişkin çalışmalarda, Almanya, Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri'nin yargı sistemlerinden yararlanılmıştır. Uniter yapılı bir devlet olmasına rağmen, Kore yargı sistemi, A.B.D. ve Japon yargı sistemlerine benzer özellikler taşımaktadır. Yargı organı, Kore Yüksek Mahkemesi (Supreme

- (1) James M. WEST - Dae-Kyu YOON, "The Constitutional Court of the Republic of Korea : Transforming the Jurisprudence of the Vortex?", *The American Journal of Comparative Law*, Vol: 40, Num : 1, Winter 1992, s. 73-75; Yang-Kyun KIM, "Kore'de Anayasal Başvuru Sistemi", *Anayasa Yargısı*, Ankara 1993, s. 347; Kyu-Kwang CHO, *Anayasal Normlar Hiyerarşisi Ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi* konulu VIII. Avrupa Anyasa Mahkemeleri Konferansı, 4. oturum, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1990, s. 46.

Court), istinaf mahkemeleri (high courts), bölge mahkemeleri (district courts) ve aile mahkemelerinden (family courts) oluşmaktadır (2). Kore Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, 6. Cumhuriyet Anayasasıyla beraber sağlanmıştır (3). Mahkemenin, kuruluş ve yargılama usullerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, 5 Ağustos 1988 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanununda yer almaktadır.

I — ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU

Anayasa yargısı genelde, yasama organı tasarruflarının anayasaya uygunluğunu sağlamaya yönelik yargısal bir güçtür. Varlığı ise, üç temel şartı gerekli kılmaktadır. Bunlardan ilki, yazılı bir anayasanın mevcut olmasıdır. İkincisi, bu anayasanın sert, katı (rigid) bir anayasa olmasıdır. Sonuncusu ise, bu yazılı, sert anayasanın garantisini sağlayacak bir kurum olan anayasa yargısı organının varlığıdır (4). Yasama tasarruflarının anayasaya uygunluğunu sağlayan kurumlaşma açısından iki ana sistem mevcuttur. Merkezileşmiş (centralized - concentrated control) ve merkezileşmemiş (decentralized - diffused control) olarak adlandırılan sistemlerden (5), Kore'de merkezileşmiş anayasa yargısı sistemi benimsenmiştir. Bu amaçla kurulan Kore Anayasa Mahkemesi, ülkede anayasaya uygunluk denetimi yapan tek yargısal kurum olmaktadır. Mahkeme, anayasayı yorumlamakta ve devlet organları arasındaki yetki tartışmaları ile anayasal istekler ve anayasaya uygun olmayan bir partinin kapatılması amacıyla yapılan, ithamlar hakkında adli kararlar vermekte ve bütün kanunların anayasaya uygunluğu denetimini yapmaktadır (6).

1987 tarihli Kore Cumhuriyeti Anayasasının 6. bölümünde, Anayasaya Mahkemesi şu şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır (madde 111).

1 — Anayasa Mahkemesi aşağıdaki konularda yargılama yetkisine sahiptir.

A — Mahkemelerin Anayasaya aykırılığını ileri sürdüğü kanunlar.

(2) WEST - YOON, agm, s. 76.

(3) CHO, agm, s. 46.

(4) Allan RANDOLPH - Brewer - CARIAS, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press 1989, s. 1.

(5) Mauro CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs - Merrill 1971, s. 46; RANDOLPH - CARIAS, *age*, s. 3.

(6) CHO, agm, s. 46.

B — Üst düzey kamu görevlilerinin, görevleri ile ilgili cezai sorumlulukları konusunda yargılanmaları (impeachment).

C — Devletin üstün organlarının birbirleri arasındaki, devlet organları ile yerel yönetimler arasındaki veya yerel yönetimlerin birbirleri arasındaki görev ve yetki ihtilaflarını gidermek.

D — Siyasi partilerin kapatılması davaları.

E — Anayasal başvurular (7).

2 — Anayasa Mahkemesi, Devlet Başkanı tarafından atanan 9 yargıçtan kurulur.

3 — Anayasa Mahkemesi üyelerinden üçü, Millet Meclisince belirlenen adaylar arasından ve üçü Yüksek Mahkeme Başkanınca belirlenen adaylar arasından seçilirler.

4 — Anayasa Mahkemesi Başkanı, Millet Meclisince belirlenen adaylar arasında devlet Başkanınca atanır.

Yine, Anayasanın 122. maddesinde şu düzenlemeler yer almaktadır.

1 — Anayasa Mahkemesi üyeleri 6 yıl görev yaparlar ve aynı usule uyularak tekrar atanabilirler.

2 — Anayasa Mahkemesi üyeleri, siyasi partilere üye olamaz ve hiçbir siyasi faaliyete katılamazlar.

3 — Anayasa Mahkemesi üyeleri, ağır cezayı gerektiren bir suç üstü hali veya Mahkemece yargılanma dışında görevden uzaklaştırılmaz ve el çektirilemezler.

Anayasanın konuyla ilgili 113. maddesi de şöyledir.

1 — Anayasa Mahkemesi görev alanı içerisindeki yargılamalarında, 6 veya daha fazla hakimin aynı yöndeki oyuyla (fikir birliği ile) karar verir.

2 — Anayasa Mahkemesinin iç çalışma düzenine ilişkin kurullar kanuna aykırı olamaz.

3 — Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve işleyişiyle ilgili diğer konular, Anayasa Mahkemesi Kanununda düzenlenir.

(7) Genel olarak anayasa mahkemelerine verilen yetkiler konusunda bkz., Helmut STEINBERGER, "Models of Constitutional Jurisdiction", European Commission for Democracy through Law, Council of Europe, Strasbourg 1992, s. 4.

1 — Üye Seçimi

Kore Anayasa Mahkemesi üyeleri, üç ayrı kaynak tarafından gösterilen adaylar arasından seçilmektedir. Yeterli tecrübeye haiz hukukçu olmak ön şartıyla, üç üye Devlet Başkanınca gösterilen adaylar arasından, üç üye Yüksek Mahkeme Başkanınca gösterilen adaylar arasından ve üç üye Millet Meclisince gösterilen adaylar arasından seçilirler (8). Altı yıl süreyle görev yapacak olan üyelerin tamamı Devlet Başkanınca atanırlar. Yüksek Mahkeme Başkanının, Anayasa Mahkemesi üyeliği için aday gösterme yetkisine haiz olması, yüksek yargı organları arasında Yüksek Mahkemeyi ön sıraya çıkarıyor izlenimi doğurmasına rağmen, gerçeğin böyle olmadığı belirtilmektedir (9). Aynı yazarlarca, yüksek mahkemelerin kendi görev alanlarında yetkili oldukları ve aralarında hiyerarşik bir yapılanmadan söz edilemeyeceği bildirilmektedir.

Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için 40 yaşını aşmış ve aşağıda belirtilen görevlerde en az 15 yıl çalışmış olmak gerekmektedir (Kanun madde 5). Fiilen hakim, savcı veya avukat olarak görev yapmak. Avukatlık yeterliliğine haiz olmak kaydıyla merkezi veya yerel idareler ile kamu kurum ve kuruluşlarının, hukuk işlerinde çalışmak. Fakülte ve yüksek okulların hukuk dalında asistan üstü kariyerde görev yapmış olmak. Kamu hizmetine alınmada kanuni engeli bulunanlar, mahkumiyet cezası kesinleşmiş olanlar ile atama tarihinden önceki 5 yıl içerisinde yüce divanda yargılanmış kişiler Anayasa Mahkemesine üye seçilemezler.

Anayasa Mahkemesi üyelerinden görev süresi bitenlerin veya 6 yıllık görev süresi bitiminden önce herhangi bir sebeple görevini yapamaz hale gelenlerin yerine, devlet başkanı 30 gün içerisinde atama yapmak zorundadır. Anılan süre görevin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Boşalan üyelik, eğer millet meclisine ait kontenjanlardan biri ise ve meclis tatilde veya dağılmış durumda bulunuyorsa, 30 günlük süre meclisin yapacağı ilk toplantı gününden itibaren işlemeye başlar (Kanun madde 6).

Anayasa Mahkemesi Kanununun 13. maddesinin ilk şekline göre: Devlet Başkanı 9 anayasa mahkemesi üyesinden 6 tanesini asil üye (standing justices) olarak atar. Bunlardan ikisi Millet Meclisinin göstereceği ve diğer ikisi de Yüksek Mahkeme Başkanının göstereceği adaylar arasından seçilirler. Asil üyeler daimi statüde gö-

(8) WEST - YOON, agm, s. 78.

(9) WEST - YOON, agm, s. 32.

rev yaparlar ve full-time çalışırlar. Üç yedek üye (non-standing Justices) ise, daimi statüde atanmazlar ve daha çok sembolik görevler ifa ederler. Yedek üyeler yaptıkları görev ölçüsünde ücret ahırlar ve sadece Mahkeme içtüzüğünde belirlenmiş olan ödeneklerden yararlanırlar. Kurulduğu ilk zamanlarda Mahkemenin 9 üyeye iş sağlayabilecek yoğunlukta iş yükü bulunmadığı ve bu sebeple böyle bir ayırma gidildiği bildirilmektedir. Fakat zamanla, üyeler arasında bu nevi ayırımların gereksizliği düşüncesinin yaygınlaştığı ifade edilmektedir. Sonuçta, Kasım 1991 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile bu ayırma tamamen son verilmiştir (10). Günümüzde 9 üyenin tamamı asil üye konumundadır (11).

Anayasa mahkemesi başkanını, devlet başkanı mevcut üyeler arasından millet meclisinin muafakati ile atar. Başkan, Mahkemeyi temsil eder, işleri yönetir, emri altındaki idari personeli sevk ve idare eder (Kanun madde 12/3). Mahkeme başkanlığının herhangi bir sebeple boşalması halinde, devlet başkanı bir asil üyeyi mahkeme içtüzüğüne uygun olarak bu göreve tayin eder. Başkanlık görev ve sorumlulukları bu hakimce yerine getirilir (Kanun madde 12/4).

2 — Üyelerin Hukuki Statüsü

Anayasa Mahkemesi üyeleri görevlerinde bağımsızdır, Anayasa ve vijdani kanaatlerine göre karar verirler (Kanun Madde 4). Ağır cezayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymek veya Mahkemede, (yüce divanda) yargılanmak dışında görevlerinden uzaklaştırılmazlar ve görevi bırakmaya zorlanamazlar (Kanun madde 8). Üyeler için yaş haddi 65, mahkeme başkanı için ise 70'dir.

Başkan ve üyeler için siyasi faaliyet yasağı konmuştur. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi hakimleri siyasi partilere üye olamaz ve hiç bir siyasi faaliyete katılamazlar (Kanun madde 9). Yine Mahkeme üyeleri, kazanç sağlayıcı her hangi bir işte çalışamazlar ve aşağıda belirtilen görev yasaklarına uymak zorundadırlar (Kanun madde 14).

1 — Millet meclisi veya yerel meclis üyesi olamazlar.

(10) Anayasa Mahkemesi Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin 30 Kasım 1991 tarih ve 4408 nolu kanun. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz., WEST - YOON, agm, s. 79-80.

(11) Kore Anayasa Mahkemesine seçilen ilk dokuz üyenin, sekiz tanesi hakim kökenli bir tanesi ise savcı kökenli hukukçudur. İlgili üyelerin isim ve mesleki geçmişleri ile ilgili bkz., WEST - YOON, agm, s. 80'deki 31 nolu dipnot.

2 — Kamu kurum ve kuruluşları ile genel mahkemelerde görev alamazlar.

3 — Ticari şirket ve ortaklıklarda yönetici, işveren, danışman olamazlar.

Kore Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri açısından diğer devlet organları ile karşılaştırılması halinde, Mahkemenin güçlü ve etkili bir konuma sahip olduğu bildirilmektedir. Bu yönüyle Mahkemenin, devletin dördüncü kuvveti gibi görünmesine rağmen, diğer devlet organları veya Yüksek Mahkeme ile aralarında görevleri dışında bir farklılık yoktur (12). Anayasa Mahkemesi Başkanı ücret ve imtiyaz hakları açısından, Yüksek Mahkeme Başkanına eş hak ve imtiyazlara sahip durumdadır. Üyeler ise bu açıdan, Yüksek Mahkeme üyeleri ile aynı haklardan yararlanırlar (Kanun madde 15/1).

Aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, davanın tarafları veya Mahkeme resen ilgili üyenin davadan çekilmesini talep edebilir (Kanun madde 24).

a) Hakim görülmekte olan davanın tarafı veya herhangi bir dönemde destekçisi olmuş ise.

b) Hakimin yakın akrabaları davaya taraf ise.

c) Hakim olayla ilgili görüşünü önceden açıkça beyan etmiş ise.

d) Hakim vazifesi gereği Mahkeme dışında bir işte görevli ise.

Anılan durumlarda, Anayasa Mahkemesi genel kurulu konuyu karara bağlar. Ayrıca davanın tarafları objektifliğinden şüphe duydukları hakimleri, hakimlerin mutlaka bulunması gerekmeyen yargılamalarda reddedebilirler. Aynı olayla ilgili yargılamada ikiden fazla hakim reddedilemez. Hakim veya yakınlarından biri olaya taraf ise, hakimin kendisi toplantıyı yöneten hakimden iznini isteyebilir.

Anayasa Mahkemesi üyeliği görev süresinin dolması, yaş haddi veya diğer kanuni sebeplerle sona ermektedir. Mahkeme iç çalışma düzeni ile ilgili kuralları belirleme yetkisine sahiptir. Bu konudaki kararlar, tüm hakimlerin katılımı ile yapılan toplantılarda alınırlar (Kanun madde 16/4).

3 — Mahkemenin Çalışma Usulü

(12) WEST - YOON, agm, s. 81.

Kore Anayasa Mahkemesi çalışmalarını büyük kurul (Grand Bench) ve küçük kurul (Petty Bench) şeklinde yaptığı toplantılarla yürütmektedir. Genel Kurul (Council of Justices) ise, Mahkeme üyesi tüm hakimlerin katılımı ile oluşmaktadır. Büyük kurul, en az yedi veya daha fazla hakim katılımı ile çalışmalarını sürdürmektedir. Toplantılarda Mahkeme Başkanı veya yerine bakan yönetici hakim oy hakkına sahiptir (Kanun madde 16). Üç hakimden oluşan küçük kurul ise, Anayasa Mahkemesi Kanununda kendisine verilen görevleri ifa eden daire tarzında çalışmalarını sürdürmektedir (Kanun madde 72) (13). Kanunlarda aksi bildirilmediği durumlarda kararlar toplantıya katılanların çoğunluğu ile verilmektedir (Kanun madde 16/2).

Anayasa Mahkemesi Kanununda aksine hüküm bulunmadığı sürece, Anayasa Mahkemesinde yargılama tüm üyelerden oluşan büyük kurul tarafından yapılır (Kanun Madde 22/1). Kanunların anayasaya uygunluğunun kontrolü, yüce divan yargılaması, siyasi partilerin kapatılma davaları ile anayasal hakların kabulü konuları dışındaki olaylarla ilgili görüşmelerde son toplantıya katılanların çoğunluğuyla karar verilmektedir. Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş içtihatını değiştirmesine yönelik kararları ile Anayasanın uygulanmasına yönelik kararları büyük kurul tarafından verilmektedir (Kanun madde 23). Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, kendi bütçesi ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ile ilgili konuları da genel kurulda görüşmektedir (Kanun madde 16/4).

Anayasa Mahkemesine müracaat yazılı bir dilekçe ile yapılır. Dilekçede yargılanması talep edilen konular açıkça belirtilmelidir. Mahkemeler tarafından ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarına ilişkin dilekçeler, ilgili mahkeme tarafından Anayasa Mahkemesine sunulur. Yüce divan yargılaması Meclisin kararı ile olur. Gerekli belge ve delillerin dilekçeye eklenmesi zorunludur (Kanun madde 26). Dilekçede bulunan giderilebilir eksikliklerin, toplantıyı yöneten hakim kararlarıyla, belirlenen süre dahilinde giderilmesi mümkündür. Dilekçe tamamlatıldığında ilk müracaattan itibaren geçerlilik kazanır. Tamamlatma süresi, Anayasa Mahkemesinin yargılama süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaz (Kanun madde 28).

Görülmekte olan bir dava esnasında taraflar veya adalet bakanı sözlü olarak, kanunların anayasaya aykırılığını ileri sürebilmektedir (Kanun madde 27/2).

(13) KIM, agm, s. 353-354.

Hükümet, Anayasa Mahkemesi nezdindeki yargılamaya taraf olabilir. Hükümeti adalet bakanı temsil eder. Bir devlet organı veya yerel yönetimin taraf olması halinde, avukat veya hukuk işlerinden sorumlu bir görevli ile temsil mümkündür. Özel kişiler de bir avukata kendilerini temsil ettirebilirler (Kanun madde 25).

Anayasa Mahkemesi kendisine yapılan başvurudan sonraki 180 gün içerisinde konuyla ilgili kararını verir. Yeterli sayıda yargıçla toplanılmama sebebiyle geçen süreler, toplam sürenin hesaplanılmasında dikkate alınmaz (Kanun madde 38).

Kore Anayasa Mahkemesi dosya üzerinden veya sözlü yargılama yöntemlerini uygulayabilmektedir. Yüce divan yargılaması, siyasi partilerin kapatılması davaları ve yetki ihtilaflarının giderilmesi ile ilgili davalar dosya üzerinden veya sözlü yargılama yöntemleri uygulanarak görüşülebilmektedir. Anayasaya aykırılık iddiaları ile anayasal haklarla ilgili yargılamalar, kural olarak yazılı belgelere dayanarak yapılır. Fakat, yüksek kurul sözlü yargılamaya (duruşmaya) gerek görürse, bu yöntem de uygulanabilir. Bu halde yüksek kurul gerekli gördüğü tüm kişi, kurum ve şahıtlere başvurabilir. Yüksek kurul duruşma kararı verirse yerini, zamanını ve gerekli diğer bilgileri ilgililere duruşmadan önce bildirmek zorundadır (Kanun madde 30).

Yüksek kurul, taraflardan birinin talebi üzerine veya resen delillerin incelenmesi amacıyla aşağıda belirtilen işleri yapar (Kanun madde 31).

- a) Tarafları veya şahitleri sorgular
- b) Her türlü bilgi ve belgeleri (kitap, makale, siyasi partilerle ilgili dökümanlar, ilgili şahıslarla alakalı yazılar ve diğer gerekli dökümanlar) toplar ve Mahkemede muhafaza altına alır.
- c) Özel bilgi ve becerisinden yararlanmak üzere bilirkişi tayin edebilir.
- d) Şahıs, olay veya yerle ilgili keşifler yapabilir.
- e) Gerekli görürse yönetici hakim, diğer hakimlerden delillerin değerlendirilmesi konusunda yardım talep edebilir.

Yüksek kurul gerekli gördüğü her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Yargılama için gerekli tüm belge ve delillerin Anayasa Mahkemesine sunulması zorunludur. Hiçbir kişi veya kurum bunun aksine davranamaz (Kanun madde 32). Yargılama yeri kural olarak Mahkeme salonudur. Başkan gerekli görürse başka yerde de yapılabilir (Kanun madde 33). Duruşmalar ve hüküm tevhi-

mi kamuya açıktır, dosya üzerinden yargılamalar ile gizli celseler kamuya kapalıdır (Kanun madde 34/1). Yönetici hakim gizli veya açık duruşmaya karar verebilir (Kanun madde 35/1).

Anayasa Mahkemesi kanununda düzenlenmeyen hallerde, Medeni yargılama usulü kuralları uygulanabilir. Yüce divan yargılamasında, ceza yargılama usulü kuralları uygulanabilir. Anayasal itirazlar ve yetki ihtilaflarında, idare hukuku ve idari yargı kuralları uygulanabilir. Ceza Yargılama usulü kuralları veya idari yargılama usulü kuralları ile medeni yargılama usulü kuralları çatıştığında, medeni yargılama usulü kuralları uygulanmaz (Kanun madde 40).

II — GÖREV VE YETKİ

Kore Anayasasının ve Anayasa Mahkemesi Kanununun ilgili maddelerinden anlaşıldığı üzere, Mahkemenin beş ana görevini şu şekilde sıralayabiliriz. Bunlar; kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, yüce divan yargılaması, siyasi partilerin denetimi, devlet organları arasında oluşan yetki ihtilaflarının giderilmesi ve anayasal başvurulardır (14).

1 — Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi

Anayasa Mahkemesinin kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi özünde, yasama organının Anayasaya uygunluğunu sağlayan bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır. Kore Anayasa Mahkemesinin anılan yetkisini kullanabilmesi, normal mahkemelerce görülmekte olan bir dava esnasında oluşan anayasaya aykırılık itirazlarının, Mahkemeye iletilmesi yoluyla işlemektedir. İtiraz yolu (somut norm denetimi) olarak adlandırılan bu denetim yolu dışında (15), Kore Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebilmesi mümkün olamamaktadır. Kore'de istinaf mahkemeleri, bölge mahkemeleri, aile mahkemeleri veya askeri mahkeme (military tribunal) anayasaya aykırılık iddialarını Yüksek Mahkeme kanalıyla, Anayasa Mahkemesine iletmektedir (16).

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi usulü, mahkemelerde görülmekte olan bir dava esnasında ileri sürülen aykırılık

(14) WEST - YOON, agm, s. 77-78.

(15) Anayasa Yargısında itiraz yolu hakkında bkz., Hasan TUNÇ, **Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu**, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1, Erzincan 1992, s. 17-18.

(16) WEST - YOON, agm, s. 83.

iddiaları ile başlamaktadır. Mahkemeler, çözülmekte olan uyuşmazlığın taraflarının talebi üzerine veya resen anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilmektedir. Aykırılık iddiası, uygulanmakta olan bir kanunun tümü veya bir kısmı hakkında ileri sürülebilir. Uyuşmazlığın taraflarınca uygulanmakta olan bir kanun hakkında ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarının, Anayasa Mahkemesine iletebilmesi için itirazın davaya bakmakta olan mahkemece de ciddi kabul edilmesi gerekmektedir. Mahkemece ciddi bulunmayarak kabul edilmeyen anayasaya aykırılık iddialarını, taraflar temyiz incelemesi anında da ileri sürebilmekte veya anayasal başvuru yoluyla doğrudan Anayasa Mahkemesine iletebilmektedir (17). Anayasa Mahkemesi Kanununun 68/2. maddesi uyarınca, bir mahkemede görülmekte olan dava esnasında taraflardan biri davada uygulanan kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine gönderilmesini talep eder ve mahkeme bu talebi reddederse, taraf son ve kesin kararı elde etmek için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Fakat yargılama esnasında beyan edilmiş bulunulan gerekçelerin aynlarıyla (mahkeme kararına karşı) Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Başvurunun red kararının öğrenilmesinden itibaren 14 gün içerisinde yapılması gerekmektedir (Kanun madde 69/2).

Kore'de dava yolu (soyut norm denetimi) ile kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi usulü kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesi Kanununun 41. maddesi uyarınca ilk derece mahkemeleri, temyiz mercileri (askeri mahkemeler dahil) resen veya tarafların iddiası üzerine, çözmekte oldukları bir uyuşmazlıkla ilgili kanun hakkında anayasaya aykırılık iddiasında bulunabildikleri gibi, Yüksek Mahkeme de anılan hakka sahip bulunmaktadır.

Mahkemeler, anayasaya aykırılık iddiasında buldukları yargılamayı, Anayasa Mahkemesinin o konuda vereceği karara kadar erteler. Davanın aciliyetine karar veren mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararını beklemeksizin davaya devam edebilmektedir (Kanun madde 42/1).

Mahkemelerce ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarına ilişkin dilekcede aşağıda belirtilenler bulunmak zorundadır (Kanun madde 43).

- a) Talepte bulunan mahkemenin iddiaları ve delilleri.
- b) Davanın taraflarının iddiaları ve delilleri.

(17) WEST - YOON, agm, s. 89.

- c) Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanun veya hükümleri.
- d) Anayasaya aykırılık nedenleri.
- e) Diğer gerekli materyaller.

Anayasa Mahkemesine intikal ettirilen anayasaya aykırılık iddiaları ile ilgili, adalet bakanı veya uyuşmazlığın tarafları sorun hakkında özet görüşlerini yazılı olarak, Anayasa Mahkemesine sunabilirler (Kanun madde 44). Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanunu kısmen veya tamamen iptal edebilmektedir (Kanun madde 45).

Anayasa Mahkemesi kararını verdikten sonra, 14 gün içerisinde yazılı olarak, aykırılığı ileri süren mahkemeye bildirir. Eğer aykırılık iddiası Yüksek Mahkeme tarafından ileri sürülmemişse, karar ilgili mahkemeye Yüksek Mahkeme yoluyla iletilir (Kanun madde 46).

Anayasa Mahkemesi kararları kesindir ve tüm kişi ve kuruluşları bağlar (Kanun madde 47). Kanunlarla ilgili verilen anayasaya aykırılık kararları, kural olarak verildikleri tarihten itibaren geçerlidir. Şayet iptal edilen kanun hükmü ceza ile ilgili ise geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Ceza mahkemeleerince verilen mahkûmiyet kararlarına esas teşkil eden kanun veya kanunların iptali, verilmiş mahkûmiyet kararlarını da anayasaya aykırı kılar (Kanun madde 47).

2 — Yüce Divan Yargılaması

Yüce divan yargılaması, genel olarak bazı üst düzey kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili suçlarından dolayı Millet Meclisi tarafından suçlanmaları sonrasında, Anayasa Mahkemesinde yargılanmalarını ifade etmektedir. Kore Anayasa Mahkemesi Kanununun 48. maddesine göre: Aşağıda sayılan kamu görevlileri görevleri esnasında Anayasa veya kanunları ihlal ederse, suçlarından dolayı yüce divanda yargılanmaları için Millet Meclisi harekete geçer.

- a) Devlet başkanı, başbakan, devlet konseyi üyeleri, bakanlar.
- b) Anayasa mahkemesi üyeleri, yargıçlar, merkez seçim komitesi üyeleri.
- c) Hesap kontrol grubu ve teftiş kurulu başkanı, müfettişler.
- d) Kanunlarda belirtilen diğer kamu görevlileri.

Yukarıda sayılan kamu görevlilerinden devlet başkanının, bir suçtan dolayı suçlanarak yüce divana sevki için Millet Meclisi üyelerinin çoğunluğunun teklifi ve üçte ikisinin kabulü gereklidir. Di-

ger kamu görevlileri için ise, Meclisin üçte birinin teklifi ve çoğunluğunun kabulü gerekmektedir (Kore Anayasası madde 65) (18). Meclis kararı neticesi suçlu bulunan kamu görevlisi ile ilgili işlemlerin tekemmül ettirilerek Anayasa Mahkemesine iletilmesi için, Meclis içerisinde bir yüce divan komisyonu (impeachment commissioner) oluşturulmuştur. Komisyon, meclis başkanı ve meclis adalet komisyonu üyelerinden meydana gelmektedir. Yüce divan komisyonu, suçlanan şahsı Anayasa Mahkemesinden önce sözlü olarak sorgulayabilmektedir. Komisyon, Meclisinin yüce divan yargılamasına ilişkin kararını yazılı olarak Anayasa Mahkemesine iletir ve Mahkemedен ilgili şahsın yargılanmasını talep eder (Kanun madde 49). Mahkeme bu talep neticesi suçlanan kamu görevlisini yüce divan sıfatıyla yargılar.

Yüce divanda yargılanan kamu görevlisi, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararına kadar görevini sürdüremez. Bu süre dahilinde ilgili şahsa görevden elçektirerek, görevine devamı engellenir (Kanun madde 50). Kamu görevlisinin, yüce divana sevkini gerektiren aynı suçtan dolayı ceza yargılamasında kanunen gerekli olması halinde, yüksek kurul yüce divan yargılamasına ilişkin prosedürü erteleyebilmektedir (Kanun madde 51). Suçlanan kamu görevlisi, eğer görevinden yüce divan yargılamasının kendisine bildirilmesinden önce istifa ederse, Anayasa Mahkemesi yargılanma talebini reddedebilir (Kanun madde 53/2). Yüce divan yargılaması, ilgili şahsın hukuki ve cezai diğer sorumluluklarını ortadan kaldırmaz (Kanun madde 54/1).

Yüce divan yargılaması esnasında, Mahkeme gerekli görürse sanığın kamu görevine son verebilmektedir (Kanun madde 53/1). Sanık yargılamada hazır bulunmak zorundadır. Duruşmada bulunamayacak taraf mazeretini duruşma gününden önce Anayasa Mahkemesine iletirse, duruşma yeni bir tarihe ertelenebilir. Yeni tarihte de ilgili taraf hazır bulunmaz ise, gıyapta yargılama talep edilebilir (Kanun madde 52). Yüce divan yargılaması red edilen kişi, kararın verilmesinden itibaren 5 yıl geçmedikçe kamu görevi ifa edemez (Kanun madde 54/2).

Anılan kamu görevlilerine Anayasa ve kanunlarla sağlanan bu ayrıcalıklı durumun, onların konumlarının ve görevlerinin gereği olduğu ve kamu yararına hizmet ettiği bildirilmektedir (19).

3 — Siyasi Partilerin Kapatılması Davaları

(18) WEST - YOON, agm, s. 85-86.

(19) WEST - YOON, agm, s. 86.

Kore Anayasasına göre, siyasi partilerin kuruluşları, amaçları ve faaliyetleri temel demokratik kurallara aykırı olamaz (madde 8) (20). Eğer bir siyasi partinin amaçları veya faaliyetleri temel demokratik kurallara aykırı ise, devlet konseyinin (state council) müzakere ve kararı neticesinde hükümet, Anayasa Mahkemesinde siyasi partinin kapatılması davasını açabilir (Kanun madde 55). Siyasi parti kapatma davalarına ilişkin başvurular yazılı olmak zorundadır. Dilekcede, siyasi partinin kapatılmasını gerektiren deliller ile talebin nedenleri açıkça belirtilmelidir (Kanun madde 56).

Siyasi parti kapatma davasının görüşülmesi esnasında Anayasa Mahkemesi resen veya dilekce verenin talebi üzerine geçici olarak, kesin kararına kadar geçecek süre için siyasi partinin faaliyetlerini erteyebilir (Kanun madde 57).

Anayasa Mahkemesi açılan davada geçici tedbir kararı veya kapatma kararı verirse, Mahkeme Başkanı kararı Millet Meclisine ve Merkezi Seçim Komitesi yönetimine bildirir. Siyasi partinin kapatılmasına yönelik, Mahkeme yüksek kurulunun yazılı kararına karşı siyasi parti, millet meclisi, hükümet ve merkezi seçim komitesi yönetimi temyiz hakkına sahiptir (Kanun madde 58).

Anayasa Mahkemesinin, siyasi partinin kapatılmasına ilişkin kararının bildirildiği tarihte ilgili siyasi parti kapatılmış olur (Kanun madde 59). Kararları infaz mercii, merkezi seçim komitesi yönetimidir. Mahkemenin kararlarının gereği, merkezi seçim komitesi yönetimince siyasi partiler kanununa uygun olarak yerine getirilir (Kanun madde 60).

4 — Yetki İhtilaflarının Giderilmesi

Kore Anayasası, devlet organlarının birbirleri arasında veya devlet organları ile yerel yönetimler arasında oluşan yetki ihtilaflarının giderilmesi görevini Anayasa Mahkemesine vermiştir (Anayasa madde 111/1) (21). Aralarında yetki ihtilafı oluşan devlet organları veya yerel yönetimler, ihtilafın giderilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedirler. Anılan organlar, Anayasa veya kanunlarca kendilerine verilen bir yetkinin gasp edildiği veya ihmal edildiği durumlar ile böyle bir tehlikenin açıkça belirtildiği hallerde bu mürcaatta bulunabilmektedirler (Kanun madde 61).

Kore Anayasa Mahkemesi Kanunu yetki ihtilafı davalarını şu şekilde sınıflandırmaktadır (Kanun madde 62) :

(20) WEST - YOON, agm, s. 86.

(21) WEST - YOON, agm, s. 90.

a) Devlet organları arasındaki yetki ihtilafları : Millet Meclisi, Hükümet, mahkemeler ve Merkezi seçim komitesi arası yetki ihtilafları.

b) Bir devlet organı ile bir yerel yönetim arası yetki ihtilafları. Bunlar :

aa) Hükümet ile belirli bir şehir, merkezi şehir veya eyalet arasında

bb) Hükümet ve şehrin yerel yönetimi, eyaletin yerel yönetimi veya özerk bölgeler (autonomous Ku) arasında.

Kore Cumhuriyeti federal bir devlet değildir, fakat özerk yönetimler 1991 yılında kurulmuştur ve çoğu yerel yönetim merkezi idarenin kontrolü altındadır (22).

c) Yerel yönetimler arası yetki ihtilafları da aşağıdaki şekilde sınıflandırılır :

aa) Özel şehir, doğrudan yönetilen (direct control) şehir veya eyaletler arası yetki ihtilafları.

bb) Şehir, eyalet veya özerk bölge arası yetki ihtilafları.

cc) Yukarıda sayılanların hepsinin birbirleri arasında oluşan yetki ihtilafları.

Yetki ihtilafı davaları, ihtilafın öğrenilmesinden itibaren 60 gün, oluşumundan itibaren ise 180 gün içerisinde açılmak zorundadır. Anılan süreler hak düşürücü süreler olup, bu sürelerden sonra dava açılması mümkündür (Kanun madde 83). Dava, konuya ilişkin yazılı dilekçenin Anayasa Mahkemesine iletilmesiyle açılmış olur. Dilekçede aşağıdaki konular açıkça belirtilmiş olmalıdır (Kanun madde 84) :

a) Başvuru gerekçesi ve başvuranın temsilcisi.

b) İhtilafın organın gerekçesi.

c) İhtilafın organın yargılamaya esas teşkil edecek olan faaliyetleri veya ihmalleri.

d) Talepte bulunan organın gerekçeleri.

e) Diğer gerekli konular.

Yetki ihtilafına ilişkin davanın açılmasından sonra Anayasa Mahkemesi resen veya talep sahibinin isteği üzerine, ihtilafın orga-

(22) WEST - YOON, agm, s. 90.

nın faaliyetlerini konuya ilişkin kesin kararını verene kadar durdurabilir (Kanun madde 65). Bir devlet organı veya yerel yönetim organının ihtilafı konudaki faaliyetlerinin durdurulması halen mevcut bulunan yetkilerini etkilemez (Kanun madde 67/2). Anayasa Mahkemesi yetki ihtilafı davalarında kararlarını basit çoğunlukla verebilmektedir (Anayasa madde 113/1 ve Kanun madde 23/2).

Anayasa Mahkemesi yetki ihtilafı davalarında, yargılamaya esas teşkil eden olayla sınırlı karar vermektedir. Mahkeme ilgili organlardan yetkili olanını belirlemekte veya davalı organın yetkili olup olmadığını karara bağlamaktadır. Mahkeme gerekli görürse, ihtilafı organın faaliyetlerine son verebildiği gibi, geçersiz de kılabilir (Kanun madde 66). Mahkeme kararları tüm devlet organlarını ve yerel yönetimleri bağlayıcı sonuçlar doğurmaktadır (Kanun madde 67/1).

5 — Anayasal Başvurular

Anayasal başvuru sistemi, bireylerin temel haklarının ihlaline karşı bir kanun yoludur. Başlıca amacı, kişisel temel hakları etkin bir güvence altına almaktır. Kore Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kanunu uyarınca; idari işlem tesisinden veya tesis edilmemesinden dolayı temel haklarının ihlal edildiğini düşünen bir kişinin yanısıra anayasaya aykırılık iddiasının anayasa mahkemesine götürülmesiyle ilgili talebi genel mahkemelerce reddedilen bir kişinin de anayasal başvuru hakkından yararlanabilmesi mümkündür. Bu iki durumdan ilki "esas anayasal başvuru şekli" ve diğeri de "anayasaya uygunluk denetimi şekli" olarak adlandırılmaktadır (23).

Anayasa Mahkemesi Kanununda "esas anayasal başvuru şekli" şöyle düzenlenmiştir (madde 68/1): Anayasa tarafından garanti altına alınmış bir temel hakkının kamu gücünün olumlu veya olumsuz bir tasarrufu ile ihlal edildiğini iddia eden kişi, bu hakkının korunması veya ihlalin giderilmesi için anayasal şikayet yoluyla anayasa mahkemesine başvurabilir. Eğer hakkın korunabilmesi için başka bir kanuni yol var ise, diğer başvuru yollarına gidilmeden anayasal şikayet başvurusunda bulunulamaz (24). Anayasa, gerçek kişi ve bağımsız kurumlara haklarının ihlal edilmesi durumunda bizzat kendi hesaplarına anayasal başvuruda bulunma hakkı tanımıştır. Fakat, anılan kurumların üyelerinin mağduriyeti durumunda onlar hesabına başvuruda bulunma hakları yoktur (25).

(23) KIM, agm, s. 347.

(24) WEST - YOON, agm, s. 92-93.

(25) KIM, agm, s. 349.

Esas anayasal başvuru, dava konusunun öğrenildiği tarihten itibaren 60 gün, meydana gelmesinden itibaren 180 gün içerisinde yapılmak zorundadır. Fakat, yargısal olmayan her hangi bir yetkili organa yapılan bir talebin red edilmesi durumunda, bu kararın öğrenilmesinden itibaren 30 gün içerisinde anayasal şikayette bulunmak gerekir (Kanun madde 69/1).

Diğer anayasal başvuru yolu ise şu şekilde düzenlenmiştir (Kanun madde 68/2) : Taraflardan biri normal mahkemelerde görülmekte olan davada uygulanan kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla anayasa mahkemesine gönderilmesini talep eder ve mahkeme bu talebi reddederse, taraf nihai ve kesin kararı elde etmek için anayasa mahkemesine başvurabilir. Belirtilen anayasal şikayet, red kararının öğrenilmesinden itibaren 14 gün içerisinde yapılır (Kanun madde 69/2).

Anayasal şikayet başvurusuna ilişkin dilekçede aşağıdaki konular belirtilmiş olmalıdır (Kanun madde 71) :

- a) İhlal edilen haklar.
- b) Kamu otoritesinin hakkın ihlaline neden olan olumlu veya olumsuz tasarrufu.
- c) Talep nedenleri.
- d) Diğer gerekli konular.

Anayasal şikayet başvurusunda bulunan kişi, dilekçesinde kendisini Mahkemede temsil edecek avukatı belirtebileceği gibi, yeterli mali imkana sahip değilse Mahkemeden kendisine avukat tayin edilmesini de talep edebilmektedir (Kanun madde 70 ve madde 71/3).

Anayasa Mahkemesinin iş yükünü hafifletmek amacıyla, Mahkemeye gelen anayasal başvurunun ön incelemesini yapmak üzere mahkeme başkanı 3 hakimden oluşan küçük kurul oluşturabilir. Küçük kurul oybirliği ile aşağıda belirtilen durumlarda anayasal şikayet başvurularını reddeder (Kanun madde 72) :

- a) Anayasa şikayeti diğer başvuru yolları tüketilmeden veya genel mahkeme kararı aleyhine açılmışsa.
- b) Başvuru yasal sürelerin geçmesinden sonra açılmışsa.
- c) Anayasa şikayeti bir avukat tarafından temsil edilmeksizin yapılmışsa.
- d) Başvuru açıkça kanuna uygun değilse (26).

(26) KİM, agm, s. 353.

Küçük kurul hata yapar veya başvurunun reddi konusunda karar vermezse, konu yüksek kurulda görüşülür. Küçük kurul 30 gün içerisinde kararını vermek zorundadır, aksi halde başvuru yüksek kurulda ele alınır (Kanun madde 72/4). Anayasa Mahkemesi, kendisine yapılan başvuruları 180 gün içerisinde sonuçlandırmak zorundadır kuralı, anılan durumlarda da geçerlidir (Kanun madde 38).

Küçük kurul, anayasa şikayetine yönelik talebe red veya kabul kararı verirse bunu taraf veya vekiline bildirir. Temyiz süresi karar gününden itibaren 14 gündür (Kanun madde 73/1). Eğer, anayasa şikayetinin büyük kurulda görüşülmesine karar verilirse, Mahkeme başkanı kararı geciktirmeden aşağıdakilere bildirir.

a) Adalet bakanı.

b) Esas anayasal başvuruda, başvurunun tarafına.

Anayasa şikayeti ile ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile adalet bakanı, başvuru hakkında Anayasa Mahkemesine yazılı belge sunabilir. Kural olarak muhakeme yazılı belgelerin incelenmesi şeklinde gerçekleşir. Ancak, Mahkeme heyeti gerekli gördüğü hallerde, tanıkların ve ilgili tarafların dinlenmesi amacıyla tarafların ve ilgililerin katılacağı bir duruşmanın yapılmasına karar verebilmektedir (27).

Anayasa mahkemesinde başvuru sahibi lehine verilen kararlar tüm devlet organlarını ve yerel yönetimleri bağlar (Kanun madde 75/1). Başvuru sahibi lehine karar en az altı yargıcın müşterek oylarıyla verilebilir. Mahkeme kararında, ihlale neden olan olumlu veya olumsuz tasarrufu açıkça belirtir. Kamu gücünün ihlale sebep teşkil eden faaliyetini yasaklar veya ihmalin anayasaya aykırı olduğunu belirtir. Şayet, anayasal temel hakkı ihlal eden tasarruf bir kanun hükmüne dayanıyorsa, Mahkeme anılan hükmün anayasaya aykırı olduğuna karar verir (Kanun madde 75). Bu durumda iktidar, Mahkeme kararı doğrultusunda yeni bir kanun çıkarmakla yükümlüdür. Talep sahibi lehine karar, genel mahkeme kararlarının başlangıçtaki dava ile ilgili olarak yeniden değerlendirilmesine yol açabilir. İnceleme sonucunda Mahkeme, anayasaya aykırılık, kısmen anayasaya aykırılık, anayasaya uygunluk veya sınırlı anayasaya uygunluk kararları verebilmektedir (28).

Anayasa mahkemesi incelemelerinde, cezai olaylarda ceza yargılaması usulünü, adli olaylarda medeni yargılama usulünü uygular (Kanun madde 75/8).

(27) KİM, agm, s. 354.

(28) KİM, agm, s. 354.

SONUÇ

Kore'de, Anayasa Mahkemesi, anayasal düzenin sürdürülmesi ve temel hakların korunması suretiyle hukuk devleti ilkelerine dayanan toplumsal bir düzenin kurulması açısından oldukça önem arzeden bir kurum olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan itibaren, Kore'nin siyasi sistemine yeni bir boyut kazandırdığı ve anayasa yargısının Kore kamu oyununda geniş destek bulduğu ifade edilmektedir (29).

Mahkeme, Anayasayı yorumlamakta, anayasal düzenin devamı için gerekli diğer görevleri anayasa ve kanunlar çerçevesinde yerine getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin kuruluşunda bir çok ülke uygulamasından yararlandığı, daha çok Almanya, Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri anayasa yargısı sistemlerinin örnek alındığı gözlenmektedir.

Demokratik reformları gerçekleştirmeye yönelik sosyal güçlerin, anayasa mahkemesinin anti-demokratik politikaların oluşumunu engellemekteki önemini göz ardı ederek başarılı sonuçlar elde etmesi oldukça zordur. Kore Anayasa Mahkemesi adeta bu tür düşüncelerin bir ürünü olmaktadır.

(29) WEST - YOON, agm, s. 115.

SORGU MÜESSESESİNE İLİŞKİN CEZA MUHALEMELERİ USULÜ KANUNU DEĞİŞİKLİKLERİNİN GENEL BİR DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Cunnur ŞAHİN (*)

I. Giriş

3842 Sayılı Kanun (1), ağırlık ön soruşturma safhasında olmak üzere, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) önemli sayılabilecek değişiklikler yapmıştır. Değişiklikle birlikte Kanun'un 10. fashının başlığı da "İfade Alma ve Sorgu" biçiminde değiştirilmiştir.

Biz bu kısa çalışmamızda, bu konudaki düzenlemelerin genel bir değerlendirmesini yapmaktayız.

II. Kavram ve Terim

İlk olarak, Kanunda kullanılan bazı kavram ve terimlerle bizim bunlara verdiğimiz anlamların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1. Sanık - Şüpheli Kavramları

Hazırlık soruşturması, bilindiği üzere, suçu koğuşturmakla görevli devlet organlarının herhangi bir şekilde bir fiilin işlendiğini öğrenmeleri ile başlar (2). Bu aşamada araştırmalar, ortada henüz bir fail bulunmayabileceği için, doğrudan suça yönelik olabileceği gibi, en baştan itibaren belli bir şahsa da yönelmiş olabilir. Her iki halde de, bir sanıktan sözedebilmek için, kimliği az çok belirlenmiş yaşayan bir gerçek kişinin (3) ortaya çıkması ve mevcut emareler karşısında basit bir tahmin sınırını aşan; somut vakıalara, krimi-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Bkz. Resmi Gazete, 1 Aralık 1992, Sayı : 21422, s. 1 vd.

(2) Bkz. Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 5.

(3) Tüzel kişilerin de işledikleri fiillerden sorumlu tutulabileceklerini kabul eden ve onları böylece sanık olarak nitelemeyi mümkün kılan Anayasa Mahkemesi kararı ve eleştirisi için bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, 9. Bası, İstanbul 1986 No. 1158 bis 1158 ter.

nalistik bilimi verilerine dayanan şüphenin o kişi üzerinde somutlaşması, yoğunlaşması gerekmektedir (4). Suçu işlemiş olabileceği şüphesi şahsında somutlaşan kişiye koğuşturma organı tarafından yöneltilen ilk irade açıklaması, suç isnadı (5) ile birlikte o kişi sanıklık statüsüne sokulmuş olur (6). Kişiyi sanıklık durumuna sokan ve somut sebeplere binaen şüphenin koğuşturma makamlarının gözünde belli bir kişi üzerinde yoğunlaştığı anı ifade eden suç isnadı; kamu davası açma, tutuklama veya sorguya çekmeden çok önce, örneğin yakalama veya sorgu için celp gibi işlemlerle de yapılmış olur (7). Sorgu için ilgilinin celbi işlemi suç isnadı olarak kabul edildiğinde de, bunun ancak hâkim sorgusu için celb bakımından geçerli olduğu, savcı veya kolluk sorgusuna celbin veya bu makamlar tarafından yapılan sorgunun kişiyi sanık statüsüne sokamayacağı da söylenemez (8). Zira kanun koyucu, CMUK'nun sorguyu düzenleyen 135. maddesinde, hâkim tarafından yapılacak sorgu ile savcı veya kolluk tarafından yapılacak olanı arasında herhangi bir fark görmemektedir. Başka türlü bir yorum, sanığa, sorguyu yapan makama göre bir ayırım yapmayan, her üç makamın yaptığı sorgulamada da sanığa aynı hakları tanıyan yeni 135. madde ile çelişki arzeder. Bundan başka, kolluk tarafından sorgulanan kişiyi sanık saymamak, cürmünü söyletme için "maznuna" yani "sanığa" işkençe vesair kötü muamele yapan memurun Türk Ceza Kanunu'nun (TCK 243. maddesi uyarınca cezalandırılmayacağını da kabul etmek demektir.

Şüpheli ise, hakkında hazırlık soruşturması başlamış fakat henüz kendisine suç isnad edilmemiş olan kişidir (9). Henüz bir isna-

-
- (4) **Kunter**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, sİtanbul 1989, No. 244 III; **Taner**, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Basım, İstanbul 1955, s. 119; **Waider**, Hans Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg 1965, s. 53; **Huber**, Peter, Die Stellung des Beschuldigten -insbesondere seine Rechte- in der ,Strafuntersuchung Zürich 1974, s. 46.
- (5) **Kunter**, No. 242.
- (6) Gaiplik halinde sanıklığı açıklayamadığı için, sanıklık statüsünü isnadın ilgili tarafından öğrenilmesi ile başlatılan görüğe (Yensey, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 2. Baskı, İstanbul 1991, s. 107; İHAM'nin aynı yöndeki kararları için bkz. **Kunter**, No. 242, dn. 363) katılmamaktayız. Gaiplik hakkında gibi, bkz. **Öztürk**, Bahri, Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi, sİtanbul 1984, s. 14 vd.
- (7) **Öztürk**, (1991), s. 11.
- (8) Aynı yönde **Dönmezer**, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s. 132.
- (9) **Kunter**, No. 242, dn. 369.

dın bulunmadığı aşamada hakkında araştırma işlemi yapılan kişi şüphelidir. Buna göre, sanıklık statüsüne girmenin şartları şüphe ve isnad olarak kabul edilecek olursa, şüpheli, bunlardan sadece şüphe altında bulunan ve fakat henüz isnad şartı şahsında gerçekleşmemiş olan kişidir (10).

Şüpheli kavramının bu şekilde anlaşılmasının doğal sonucu, çoğu kere şüphelilik sürecinin çok kısa oluşu, hatta bazen ilgilinin şüpheli konumuna dahi girmeden doğrudan sanıklık statüsünü edinmesi şeklinde kendini gösterebilmesidir. Çünkü şüphenin belli bir kişi üzerinde somutlaşıp yoğunlaşmaya başlaması ile birlikte, koğuşurma mecburiyeti ilkesi gereğince, ilgili organ o kişiye suç isnadında bulunmak ve onu sanık statüsüne sokmak zorundadır (11).

Kanun şüpheli kavramını açıkça kullanmış değildir. Bunun yerine "ifade veren" veya "ifadesi alınan" ibarelerinin tercih edildiği görülmektedir (bkz. CMUK m. 132, 135, 135a). Burada kastedilen, şüpheliden başkası değildir. Ancak, şüphelilik ve sanıklık statülerinin belirlenmesinde kriter olarak "suç isnadı" esas alındığında, CMUK m. 135 hükmünün kendi içerisinde çelişkili olduğu sonucuna varmak gerekir. Gerçekten, sözkonusu madde, bir yandan ifade veren kişiden yani şüpheliden söz etmekte, diğer yandan da bu kişiye, ifadesinin alınmasına başlanmadan önce, "isnad edilen" suçun anlatılacağı esasını getirmektedir (CMUK m. 135/3, ayrıca m. 135/4). İsnad edilen suçun anlatılabilmesi, daha önce bir suç isnadının yapılmış olmasını gerektirir. İsnadın daha önce yapılmış olması ile de kişi artık sanık olmuştur. Bu nedenle, hem mevcut bir suç isnadından hem de hâlâ bir şüphelinin (Kanundaki şekliyle "ifade veren"in) varlığından söz etmek bir çelişkidir.

Bundan başka, savunma hakkını düzenleyen CMUK'nun 136 vd. maddelerinde (ayrıca bkz. CMUK m. 135/3), sanık dışında bir de "yakalanan kişi"den söz edilmektedir. Burada kanun koyucunun, savunma konusunda aynı hakları tanımış olmasına rağmen, sanıkla yakalanan kişi arasında, sebebi anlaşılamayan ve bizce gereksiz bir farklılık yarattığı görülmektedir. Oysa yakalama işlemi, kişiyi sanıklık statüsüne sokan (12) suç isnadı olup, yakalanan kişi sanıktan başkası değildir. İfade vermesi için kolluk veya savcı tarafından celbedilen ve suçu işlemiş veya suça iştirak etmiş olabileceği şüp-

(10) Bkz. Şahin, Cumhuriyet, Hazırlık Soruşturmasında Sarıgöm Kolluk Tarafından Sorgulanması, yayınlanmamış doktora tezi, Kona 1993, s. 31.

(11) Şahin, s. 31.

(12) Öztürk, (1991) s. 11.

hesiyle ifadesi alınan kişi de, yukarıda belirtildiği üzere sanık sayılacağından, kanun koyucunun karmaşık bir şekilde ayırmaya çalıştığı her üç grup da; ifade veren, yakalanan ve sanık olarak nitelenen kişiler de gerçekte kendilerine bir şekilde suç isnad edilmiş olanlar, yani sanıklardır.

2. Sorgu - İfade Alma Kavramları

Sorgu, Türk doktrininde (13) ve mevzuatında (14) hâkim işlemi olarak nitelendirilmektedir. Başka bir deyişle, hâkim tarafından bir kimsenin sanık sıfatıyla dinlenmesine "sorgu", savcı ya da kolluğun suç şüphesi altında bulunan kişinin bilgisine başvurusu faaliyetine ise "ifade alma" denmektedir.

Bu ayırımın bizce tek özelliği, ilgilinin bilgisine başvurulması faaliyetinin hangi organ tarafından yapıldığını gösterebilmesidir. Bunun ötesinde, bu ayırımın, bilgisine başvuru ilgilinin her bir aşamada farklı haklara sahip bulunduğu ya da ifade alma ile sorunun fonksiyonlarının önemli ölçüde farklı olduğu şeklinde anlaşılması kabul edilemez. Böyle bir anlayış, Kanunda ifade verme ve sorgulanma olarak ayrı ayrı zikredilen aşamalarda sanığa aynı hakları tanıyan ve hâkim, savcı ve kolluk tarafından yapılması gereken sorgulama işlemini aynı hükümde ve hiçbir istisna getirmeksizin düzenleyen CMUK m. 135 ve 135 a hükümlerinin sorgu müessesesine yükledikleri fonksiyon ile bağdaşmaz.

Kanaatimizce sorgu-ifade alma ayırımı içerik itibariyle artık önemini yitirmiştir. Bu ayırım, sadece hâkim tarafından dinlenme sanığa bazı haklar tanıyan, buna karşılık savcı veya kolluk tarafından bilgisine başvuru kişisini tanıklığa ilişkin olanlar dışında hiçbir hakkının bulunmadığı dönemdeki (15) bu farklılığı göstermeye yarayan bir ayırımdı ve farkı ortaya koyması bakımından yerinde idi. Oysa artık, ilgilinin sahip bulunduğu haklar ve hukuki statü bakımından, hâkim veya savcı-kolluk tarafından sorgulanması arasında herhangi bir fark kalmamıştır. CMUK'nun 135. maddesin-

-
- (13) Kunter, No. 247 A, No. 422 ve aynı yer dn. 74; Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul 1984, s. 625; Yenisey, (1991), s. 148; Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1991, § 17, § 27 III 3 b, Sokullu-Akıncı, Füsun, Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990, s. 155.
- (14) Bkz. CMUK m. 135; FVSK m. 15.
- (15) 3842 Sayılı Kanun ile CMUK değiştirilmeden önceki dönemde, tanık dinlenmesi normlarının ifade almada da kıyas yoluyla uygulanması gerektiği yolunda Kunter, No. 422; Sokullu-Akıncı, s. 157.

de hâkim, savcı veya kolluk tarafından suç şüphesi altında bulunanların dinlenmesi işleminde "ifade alma" - "sorgu" ayırımının muhafaza edilmesi bu nedenle isabetsiz olmuştur (16).

Sorgu kavramı bu şekilde anlaşılıp hâkim, savcı veya kolluk tarafından gerçekleştirilen suç şüphelisinin bilgisine başvurma faaliyeti sorgu olarak nitelendirildikten başka, bunun sadece belirli kapalı bir mekanda, örneğin karakoldaki sorgu odasında yapılan şekli anlamda sorgu ile de sınırlı tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle sorgu, koğuşturma veya yargılama makamının, sanığı kendini suçlaması sonucunu doğurabilecek bir beyanda bulunmaya sevkeden veya zorlayan her türlü davranışını içine alacak şekilde geniş anlaşılmalıdır (17). Sorgu kavramının ancak bu şekilde anlaşılması halindedir ki, sanığın, başta susma ve savunma olmak üzere, sorguda sahip bulunduğu hakları gerçekte bir anlam ifade edebilir (18).

III. Sanığın Sorgulanması

1. Sorgu İçin Celp

3842 Sayılı Kanun'un 11. maddesi ile CMUK'nun 132. maddesinin başlığı "İfade ve Sorgu İçin Celp" olarak değiştirilmiştir. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, gerek hâkim gerekse savcı veya kolluk tarafından suç şüphesi altında bulunan kişinin bilgisine başvurulması işlemini "sorgu" olarak nitelendirdiğimizden, 132. maddenin başlığını "sorgu için celp" olarak anlamaktayız.

Aynı şekilde, çok genel ve sınırları belirsiz bir kavram kullanılarak, 132. maddede, ifade alınması ve sorgu için celpname ile davet olunacak "kişi"den sözedilmesi isabetsiz olmuştur. "Kişi"den anlaşılması gereken "sanık"tır; Kanun'un kullandığı kavramlarla "ifade verecek olan" ve/veya "sorguya çekilecek olan"dır. Çünkü CMUK'nun 10. faslı sanığın sorgusuna ilişkindir. Bu nedenle tanık, bilirkişi, mağdur gibi sujeler maddedeki "kişi" kavramına dahil değildir. Nitekim bu husus, sorgunun yapılışını düzenleyen 135. maddeden de anlaşılmaktadır. Gerçekten anılan maddede; isnad edilen suçun anlatılması, isnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmaması-

(16) Kanunun çeşitli hükümleri arasında bu konuda bir tutarsızlık olduğu da görülmektedir. Gerçekten, 132 ve 135. maddelerde ifade alma ve sorgu ayırımına yer verilmişken, m. 135 a'nın başlığında sadece yasak "sorgu" yöntemlerinden m. 136/2'de zabıta... tarafından yapılacak "sorgulama" işlemlerinden ve m. 161/1'de savcı tarafından yapılacak olan "sanığın" "sorgusu"ndan sözedilmektedir.

(17) Bkz. Ransiek, Andreas, Die Rechte des Beschuldigten in der Polizeivernehmung, Heidelberg 1990, s. 61.

(18) Şahin, s. 58.

nın kanuni hakkı olduğunun, müdafî tayin hakkının bulunduğu söylenmesi, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceğinin hatırlatılarak aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânının verilmesi ve ayrıca şahsi halleri hakkında bilgi alınması gibi hususlar sadece sanık sorgusunda sözkonusu olabilir. Kısaca, 132. maddedeki "kişi"; yakalanmamış veya henüz tutuklanmamış olan "sanık"tır.

2. Sorguya Başlamadan Önce Yapılacak İşlemler

a) Kimlik Tespiti

Yakalanma sonucu koğuşurma organının eli altında bulunan veya celpname ile davet üzerine gelen ya da davete rağmen gelmediği için zorla getirilen (bkz. CMUK m. 132) sanığın sorgusuna başlamadan önce yapılacak ilk işlem kimlik tespittir. Böylece o kişinin sorgulanması gereken kişi olup olmadığı tam olarak belirlenir. Sanık bu husustaki sorulara doğru cevap vermek zorunda olup, susması ya da yanlış bilgi vermesi cezai sorumluluğu gerektirir (TCK m. 343, 528).

Karşılaştırmalı hukukta, birçok ceza muhakemesi kanunu tarafından, sanığa, isnad edilen suç konusunda susma hakkı tanınmışken, kimliğe ilişkin bilgiler hususunda aksi yönde bir tutum içine girildiği gözlenmektedir. Kimlik konusunda da sanığın susma hakkına sahip olması gerekip gerekmediği sorunu, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Bir görüş, mevcut kanuni durumdan hareketle, sanığın bu konuda susma hakkını reddetmektedir. Karşı görüş ise, ifade hürriyetinin gerçek anlamda tanınmış sayılmasının, Anayasamızın 38/5. maddesinde de yer alan kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağı esasının tam olarak uygulanabilmesinin ancak sanığın kimliği konusunun da susma hakkına sahip kılınmasıyla mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Zira, bu görüşe göre, kimlik konusundaki bir açıklama bazen failliğin itirafı anlamına gelebilir ve sonuçta sanığa tanınmış olan susma hakkı anlamını yitirmiş olabilir. Bu nedenle sanık, kimliği de dahil olmak üzere, hiç bir soruya cevap vermeye zorlanamamalıdır (19). Bizce de isabetli olan karma görüşe göre ise, sanığa en azından, somut durumda, vereceği kimlik konusundaki bilgilerin esasa ilişkin bilgi önemine sahip bulunduğu, kendisini veya yakınlarını suçlama sonucunu doğurabileceği durumlarda susma hakkı tanınmalıdır (20).

(19) Aynı yönde Kunter, No. 250 V.

(20) Görüşler hakkında gbl. bkz. Şahin, s. 105 vd.

b) Isnad Edilen Suçun Anlatılması

CMUK'nun 135/2. maddesine göre, sorgulayan, sanığa, ne ile suçlandığını anlatacaktır. Kanun "anlatmak" ibaresini kullandığına göre, bu, "bildirmek"ten daha fazlasını ifade eder. Ancak bu şekilde sanık ne ile suçlandığını tam olarak bilebilir ve savunma hakkını kendine en uygun şekilde kullanabilir. Bu konuda sanığa eksik veya yanlış bilgi verilmesi hukuka aykırı sorgu yöntemi olan aldatma sayılabilir (24). Bu nedenle sanık, suçlandığı konuyu kendini savunabilecek kadar iyi tanınmalıdır. Başka bir ifadeyle, olayın ne olduğu, yeri, zamanı gibi hususlar ana hatlarıyla bildirilmelidir (22). Birden fazla suçtan sorgulama yapıldığı durumlarda, hepsi bakımından bir sorgu sözkonusu olmadığı sürece, sadece sorgulanacak olayın bildirilmesi yeterlidir (23).

Kolluk tarafından yapılan sorgulamada ilgili kanun hükmünün bildirilmesi gerekmez. Zira henüz hazırlık soruşturmasının bu aşamasında hukuki tavsif yapılmamış olabileceği gibi, kolluğun yaptığı sorgu fiili sorunun-olayın aydınlatılmasına yöneliktir. Kimi yabancı kanunlarda bu husus açıkça düzenlenmiştir. Sözgelimi Alman CMUK, hâkim ve savcıya, isnad edilen suç yanında ilgili ceza hükümlerini de açıklama yükümü getirmişken, aynı şartı kolluk tarafından yapılacak suç isnadının bildirilmesi halinde aramamıştır (§ 136/I-1, § 163 a/3 ve 4).

c) Sanığa Haklarının Bildirilmesi

Sorguya başlamadan önce sanığa sorgudaki hakları bildirilir. Sahip olduğu hakların sanığa bildirileceği hükmü son derece isabetlidir. Bununla birlikte, sorgu kavramına verdiğimiz geniş anlam karşısında, hakların öğretilmesi zamanının daha öne alınması, sanığın kendini suçlama sonucunu doğurabilecek herhangi bir beyanından önce, sözgelimi yakalama halinde yakalama işlemini takiben haklarının bildirilmesi uygun olurdu.

Her sorgulanan ne gibi haklara sahip bulunduğunu tam olarak, hattâ hiç bilemeyebilir. Bilinmeyen, varlığından haberdar olunma-

(21) Gbl. bkz. Şahin, s. 221 vd.

(22) Peters, Karl, Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 4. Auflage, Heidelberg 1985, § 41 III 2; Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 2. Auflage, München 1987, § 136, Rn. 8; KMR-Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Auflage, Frankfurt am Main 1988, § 136, Rn. 4; Schäfer, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 4. Auflage, Stuttgart ua. 1986, § 20 IV 1.

(23) Karlsruher Kommentar, § 136, Rn. 8; KMR, § 136, Rn. 4.

yan bir hak ise hiç bir değer ifade etmez (24). Bu nedenle haklarının bildirilmesi, sanık bakımından haklarının bir parçası, haklarını kullanabilmesinin bir teminatıdır (25). Haklarının öğretilmesi ile sanık muhakemeye aktif olarak katılabilecek ve kendisi için en uygun savunma yolunu seçebilecektir.

CMUK'nun 135. maddesinde sayılan bu haklar başta susma ve müdafî yardımına başvurabilme, lehine delillerin toplanmasını talep edebilme ve gözaltındaki sanıklar bakımından, yakalandığını yakınlarına duyurabilme haklarıdır.

Susma hakkını Kanun olay ile sınırlı tutmuştur. Buna göre sanık ancak isnad edilen suç hakkında konuşmayabilecektir. 135/6. maddede sorgulananın şahsi halleri hakkında bilgi alınması düzenlenirken, "alınır" şeklinde mutlak bir ifade tarzı seçilmiştir. Bunun anlamı, sorgulananın şahsi halleri konusunda da susma hakkına sahip bulunmadığıdır. Bu durum karşısında sanığın ifade hürriyetinin aşırı sınırlandırılmasının ve susma hakkının bir bakıma devre dışı bırakılmasının önlenebilmesi için, kimlik ve şahsi haller terimlerinin kapsamı dar yorumlanmalıdır (26). Bundan başka, şahsi hallerle ilişkin bilgiler asıl olarak kusur ve ceza bakımından önem taşıdığından, henüz bir kusur tespiti ve ceza tayininin sözkonusu olmadığı kolluk ve savcı sorgulamalarında bu konuda bilgi alınmasının bir anlamı bulunmayacaktır (27).

Sorguda sanığın sahip bulunduğu haklardan bir diğeri müdafî yardımına başvurabilme hakkıdır. Sanık müdafî tayin edebilecek durumda değilse, baro tarafından tayin edilecek bir müdafîin hukuki yardımından yararlanabileceği kendisine bildirilir (CMUK m. 135/3). Ayrıca, sanık isterse, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve vekâletname aranmaksızın müdafîi sorguda hazır bulundurabileceği söylenir. Sanık yakalanmış veya tutuklu ise, sorguya başlanmadan önce, müdafî ile, konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir (CMUK m. 144, 136). Bu düzenleme iki noktadan eleştirilebilir: Bir yandan, müdafî ile görüşme imkânı sadece yakalanmış veya tutuklanmış olan sanık bakımından kabul edilmiş, celpname üzerine veya kendi isteğiyle gelen sanık bundan mahrum bırakılmıştır. Diğer taraftan, sanık - müdafî görüşmesinin gizliliğine hiç bir istisna getirilmemiştir.

(24) Öztürk, (1991), s. 70.

(25) Kühne, Hans-Helner, Strafprozeßlehre. 3. Auflage, Heidelberg 1988, § 21, Rn. 157.

(26) Gbi. bkz. Şahin, s. 119 vd.

(27) Bkz. Şahin, s. 120.

Yakalanmış bir sanık sözkonusu olduğunda, sorgusundan önce bildirilmesi gereken bir diğer husus ise, yakalandığını yakınlarından istediğine duyurabileceğidir (CMUK m. 135/3). Burada da herhangi bir sınırlama getirilmemiş, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının mutlak sakınca arzettiği durumlarda dahi sanığa bu hak tanınmıştır. Hüküm bu haliyle, aynı konuyu düzenleyen Anayasa'nın 19 ve Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nun 13. maddeleri ile çelişiktir.

Sorgunun başlangıcında sanığa, ayrıca, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır (CMUK m. 135/5). Bu hatırlatmanın susma hakkı konusundaki aydınlatmayı takiben yapılması uygun olmakla birlikte, sorgunun yapılışı sırasında da telâfi edilebilir (28).

Sanığa haklarının bildirilmemesi yasak bir sorgu yöntemi sayılıp, Kanun'un 135 a/son maddesi uyarınca sorgu tutanağını değerlendiremez kılacağı gibi, yasak sorgu yöntemi sayılmadığı durumlarda da, 254/2. madde nedeniyle tutanak yine değerlendirilemeyecektir.

3. Sorgunun Yapılışı

Kimlik tespiti, isnad edilen suçun bildirilmesi ve haklarının öğretilmesinden sonra sanığın sorgulanmasına geçilir.

Sanığın fiziksel ve/veya ruhsal açıdan sorgulanmaya ehil olması gerekir. İradî karar verebilme ve iradî davranma hürriyetini mümkün kılacak fiziksel-ruhsal olgunluğa sahip bulunmayan kişi sorgulanamaz (29). Sanıktaki bu rahatsızlık, örneğin sarhoşluk veya bir şokun etkisi altında bulunmak gibi, geçici ise, sanık bu durumun etkisinden kurtuluncaya kadar beklemek gerekir. Bu durumun kalıcı olması halinde ise, muhakeme şartının gerçekleşmemesinden dolayı takipsizlik kararı verilmelidir (30).

Sorgunun başında sorgulayan ile sanık arasında bir ön görüşme-konuşma yapılabilir. Burada amaç, sorgunun şeklini, sınırlarını

(28) Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 24. Auflage, Band 2 (§ 112-197), Berlin ua. 1989, § 136, Rn. 32; Kleinknecht/Meyer, Strafprozeßordnung, 40. Auflage, München 1991, § 136, Rn. 11.

(29) Ayrıntı için bkz. Şahin, s. 131 vd.

(30) Kleinknecht/Meyer, Einleitung, Rn. 96.

belirleyebilmektir. Fakat böyle bir müzakere, ancak, sanığa hakları bildirildikten sonra gerçekleşmelidir (31).

Sorgu en başından soru-cevap tarzında gerçekleştirilebileceği gibi, önce, sanığa herhangi bir müdahalede bulunmaksızın bildiklerini anlatma imkânı verilip, daha sonra soru ve cevaplarla sorgunun tamamlanması yolu da tercih edilebilir (32). Her iki durumda da sanığa, lehine olan hususları ileri sürebilme ve aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırabilme imkânı verilmelidir (CMUK m. 135/5).

Sanığa anlatımında yardımcı olmak için, arada aydınlatıcı, açıklığa kavuşturucu sorular sormak, birtakım hatırlatmalarda bulunmak, onu konuda tutmak ve söylemek istediği şeyleri mümkün olduğunca açık, net ve çelişkisiz anlatmaya sevk etmek, sorgulayanın yetkisinde, hatta yükümlülüğündedir (33). Bu nedenle sorgulayan, sanığın gerçeği söylemediğini farkederse; birtakım ek sorularla, kendisinin bildiği hususları hatırlatarak sanığın çelişkilerini ortaya koyup onun gerçeği söylemesini sağlayabilir (34). Bu sorun temelde sorgu tekniğini ilgilendirmekle birlikte, sorgulayanın yasak sorgu yöntemlerine özellikle riayet etmesi ve sanığı etkileyip yönlendirmekten kaçınması son derece önemlidir.

Sorgulayan, sanığın konuşmak istemediğini açıklaması halinde, iradesini etkilememek şartıyla, susmasının sakıncalarını belirtebilir. Özellikle, o ana kadarki araştırma sonuçlarının, delillerin kuvvetinin sanığın suçu işlediğini ortaya koymaya yeter gibi gözüktüğü durumlarda, sanığın lehine olabilecek ve sadece kendisinin bildiği noktaların ancak sanığın bunları söylemesiyle aydınlatılabileceği söylenebilir. Böyle bir durumda susmanın "iki yanı da kesen bir kılıç" (35) olduğu gerçeğinin ortaya konması sanığın savunması açı-

(31) Gbl. bkz. Gundlach, Rainer, Die Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, Frankfurt am Main ua. 1984, s. 144 vd.; Wulf, Peter, Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung auf der Grundlage empirischer Untersuchungen, Heidelberg 1984, s. 144 vd.

(32) Döhring, Erich, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, Ein Lehrbuch, Berlin 1964, s. 32 vd.; Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 22. Auflage, München 1991, § 25 III i d; Karlsruher Kommentar, § 136, Rn. 19; KMR, § 136, Rn. 5.

(33) Karlsruher Kommentar, § 136, Rn. 19; KMR, § 136, Rn. 5; Arntzen, Friedrich, Vernehmungspsychologie, Psychologie der Zeugenvernehmung, 2. Auflage, München 1989, s. 64. vd.

(34) Löwe/Rosenberg, § 136, Rn. 40.

(35) Dahs, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, 5. Auflage, Köln 1983, Rn. 238.

sından da uygun düşebilir. Susmanın sakıncalarının bildirilmesi, ayrıca, sorgunun büyük ölçüde sanığın savunmasına hizmet ettiğinin açıkça sanık tarafından idrak edilemediğinin anlaşıldığı durumlarda uygun olabilir (36).

Sanıktan bir ifade elde etmek amacıyla olmamak üzere, susan sanıkla şüphe sebepleri üzerinde tartışmak ve aleyhine olan delillerin durumu hakkında bilgi vermek ve bu yolla onun fikrini öğrenmek gerekli olabilir (37). Konuşmayı tercih eden sanık da, gerçeği söylemesi için uyarılıp, yalan söylemenin yol açabileceği muhtemel sakıncalara karşı dikkati çekilebilir (38). Ancak, sanıkta, gerçeği söylemek zorunda olduğu kanatını doğuracak şekilde bir hatırlatma, hukuku aykırı bir aldatmaya vücut verebilir. Aynı şekilde, henüz aleyhinde yeterince delil bulunmayan bir sanığa, onu suçlayabilecek yeterli delile sahip bulunduğu izlenimi verilerek, gerçeği söylemesinin bu durumda kendi yararına olacağını açıklanması hukuka aykırıdır (39).

Konuşmayı tercih eden sanık, sorgunun akışı içerisinde, her zaman, ifade vermekten vazgeçebilir ve başladığı ifadeyi her an yarıda kesip, sonraki soruları tamamen veya kısmen cevaplandırmayı reddedebilir (40).

Başarılı bir sorgu yapılabilmesi bir yandan sanığın sosyal, kültürel ve özel psikolojik durumunun çok iyi bilinmesini (41) gerektirdiği gibi, diğer yandan da sanığın konuşma stiline ve kendine has konuşma tarzının doğru değerlendirilmesini ve bu durumun olduğu gibi kabulünü gerektirir (42).

(36) Löwe/Rosenberg, § 136, Rn. 24.

(37) Bauer, Gerhard, Die Aussage des über das Schwelgerecht nicht belehrten Beschuldigten, Göttingen 1972, s. 59.

(38) Karlsruher Kommentar, § 136, Rn. 19; Göhler, Erich, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), 9. Auflage, München 1990, § 55, Rn. 3.

(39) Löwe/Rosenberg, § 136, Rn. 43.

(40) Schmidt, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, Nachtragsband I (StPO), Göttingen 1966, § 136, Rn. 14; Eser, Albin, "Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren", ZStW 79 (1967), s. 576.

(41) Bkz. Glatzel, Johann, "Die Ermittlungsvernehmung aus psychologisch-psychopathologischer Sicht", StV 1982, s. 283 vd.; Wuif, s. 432 vd.

(42) Bkz. Banscheraus, Jürgen, Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, Wiesbaden 1977, s. 35 vd.; Gundlach, s. 84 vd.; Roschmann, Christian, Das Schwelgerecht des Beschuldigten im Strafprozeß; seine rechtlichen und faktischen Grenzen, Bremen 1983, s. 166 vd.; Eisenberg, Ulrich, Kriminologie, 3. Auflage, Köln ua. 1990, § 28, Rn. 5.

Sanık sorgu esnasında müdafii yardımından faydalanabilir. Kanun, müdafii sorguda hazır bulunmasını, soruşturmanın geciktirilmemesi şartına bağlamıştır (CMUK m. 135/3). Soruşturmanın ne zaman gecikmiş sayılabileceği ve buna kolluğun karar verme yetkisinin de bulunup bulunmadığı hususları tartışmaya açıktır. Ayrıca 136. maddeye göre, müdafii sorgu süresince sanığın yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engelenemez ve kısıtlanamaz. Ancak burada da, isabetsiz olarak, bir yandan yakalanan kişi-sanık ayırımı yapılmış, diğer yandan, Kanun'un "ifade veren" olarak belirttiği ve yine Kanun'un tasnifine göre ne yakalanan ne de sanık sayılan, kendi arzusuyla veya davet üzerine ifade vermek için gelen kişilerin müdafii hukuki yardımından faydalanıp faydalanmayacağı hususu belirsiz bırakılmıştır. Şayet bu kişiler yakalanan veya sanık sayılmayacakları için 136/son hükmünden yararlanamazlar denirse, bunlar için sadece 135/3. maddede öngörülen sorgu esnasında müdafii hazır bulundurabilme imkânı sözkonusu olacaktır. Ancak bu durumda da "hazır bulunma" kavramının yorumu ve hukuki yardımda bulunma hakkını da içerip içermediği tartışması gündeme gelebilecektir. Bize göre, 135/3 ve 136/son maddelerinin makûl bir yorumundan hareketle, kendi arzusuyla veya celpname ile davet üzerine gelen kişilerin sorgusunda hazır bulunan müdafii de hukuki yardımda bulunabilmelidir.

4. Sorgunun Tutanağa Geçirilmesi

Sorgu bir tutanakla tespit edilir (CMUK m. 135/7). Tutanağta sorgunun yapıldığı yer ve tarih, sorguda hazır bulunanların isim ve sınıfları ile sorgulananın açık kimliği suç isnadının anlatılması ve hakların öğretilmesi gibi hususların yerine getirilip getirilmediği, getirilmemişse sebepleri, tutanağın sorgulanan ve hazır bulunan müdafii tarafından okunup imzalandığı, imzadan imtina halinde bunun nedenleri yer alır. Sanık ve/veya müdafii imzadan imtina etmesi halinde tutanağın âkibetinin ne olacağı, buna rağmen tutanağın duruşmada değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu belirsizdir.

Ceza muhakemesi sistemimizde kolluk tarafından yapılan sorguya ilişkin tutanaklar delil değildir. Oysa, "yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez" diyen 135 a/son maddesinin karşıt kavramından, kolluk sorgusunda hukuka uygun yöntemlerle elde edilen ifadelerin delil olduğu sonucu çıkmaktadır (43).

(43) Bkz. Yenisey, Feridun, CMUK Eki, İstanbul 1993, s. 33 vd.

Kanaatimizce, muhtemel birtakım endişe ve tereddütleri, sakıncaları ortadan kaldırabilmenin en etkili yolu, klasik tutanak yöntemi yerine veya yanında teknik araçlardan, özellikle ses ve görüntü kaydedici cihazlardan yararlanılmasıdır (44).

IV. Yasak Sorgu Yöntemleri

CMUK'na eklenen 135 a maddesi, sanığın sorgudaki beyanının onun özgür iradesine dayanması gereğinden hareketle, onun özgür iradesini engelleyici kimi uygulamaları yasaklamıştır (45).

Yasak sorgu yöntemleri yoluyla korunmak istenen, sanığın iradi karar verebilme ve iradi davranabilme özgürlüğüdür (46). Kanunda sanığın irade özgürlüğünü etkileyebilecek bazı yöntemler sayılmıştır. Bunlar; kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama ve kanuna aykırı menfaat vaadinde bulunmadır (47).

Hüküm birtakım eksiklik ve belirsizlikler içermektedir. İlk olarak, sayılan bu yöntemlerden bazıları arasındaki sınırı belirleyebilmek son derece zordur. Örneğin kötü davranma ve işkencede olduğu gibi. Ayrıca, irade özgürlüğünü etkileyebilecek yasak yöntemler burada sayılanlardan ibaret olamaz. Nitekim benzeri düzenlemeler öngören yabancı usul kanunları başka yöntemlerden de söz etmektedirler (sözgelimi Alman CMUK § 136 a). Kanunumuzda da, "gibi" ibaresine yer verilmiş olması, buradaki yasak yöntemlerin örnek kabilinden olduğunu, maddede yer almayan yöntemlerin de yasak kapsamına gireceğini göstermektedir. Fakat böyle bir yorum halinde de 135 a maddesinin ilk ve son fıkraları arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, ilk fıkrada "gibi" demek suretiyle, yasak yöntemlerin burada sayılanlardan ibaret olmadığı anlaşılacaktır, fakat son fıkrada "yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle" elde edilen ifadelerin sanığın rızası olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, sanığın rızasına rağmen delil olarak değerlendirilemeyecek ifadeler, 135 a maddesinin ilk iki fıkrasında sayılan yöntemlerle elde edilenlerdir. Buradan çıkarılabilecek sonuçlar şunlar olabilir: Ya m. 135 a/1'deki "gibi" ibaresi, fıkrada sayılanlar dışında da yasak yöntemler olabileceği anlamını vermemektedir, yani yasak yöntemler orada sayılanlardan ve 2. fıkrada belirtilenden ibarettir ya da 135 a/3'de be-

(44) Gbi. bkz. Şahin, s. 171 vd.

(45) Ayrıntı için bkz. Şahin, s. 184 vd.

(46) Sorgu yöntemi yasaklarının fonksiyonu konusunda bkz. Şahin, s. 202 vd.

(47) Söz konusu yöntemler hakkında gbi. bkz. Şahin, s. 208 vd.

lirtilmek istenen, yukarıdaki fıkralarda sayılanlar dışında bir hukuka aykırı yöntemle elde edilen ifadeler, sanığın rızasının varlığı halinde delil olarak değerlendirilebilecektir ve yahut maddenin ilk ve son fıkrası arasında bir çelişki bulunmaktadır.

İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Yrd. Doç. Dr. Murat SEZGİNER (*)

Gürsel ÖZKAN (**)

A. GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin unsurları içinde en fazla öne çıkan ve vazgeçilmez olan, idarenin yargısal denetime tabi tutulmasıdır. İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi hukuk devletinin gerçekleşmesinin en büyük şartı ve müeyyidesidir (1). Devletin diğer erkeklerine göre yürütme ve onun bir uzantısı olan idare, ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Gerçekten idare hem hukuksal bir araç olan işlemleri, hem de fiziksel bir olgu olan eylemleri yapabilme yeteneğine sahiptir (2) Yasama ve yargı sadece işlem yapabilme noktasında kalmakta, bunların yürütülmesi ise gene idare tarafından gerçekleştirilmektedir. İdare, kamu yararı amacını gerçekleştirmek, kamu hizmetini yerine getirmek yükümlülüğü altında bulunduğu için, kendisine, ilişkiye girdiği vatandaşlar karşısında üstün bazı yetkiler verilmiştir. Özel hukuktakinin aksine idare tek yanlı irade açıklaması ile hukuki sonuçlar doğurabilir. İdare, üçüncü kişiler üzerinde ayrıca bir başka işlemin varlığına ihtiyaç duymadan, doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurabilen işlemler, yani "icrai işlem" yapabilir (3). Ayrıca idarenin yapmış bulunduğu işlemler kanunilik karinesinden yararlanır. Bu karine, idari işlemin hem yasal dayanağının mevcut bulunduğu, hem de hukuka uygun bulunduğu varsayımını ifade eder (4).

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(**) Danıştay Tetkik Hakimi.

(1) Onar, S. S. : İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, c. I, s. 230.

(2) Özay, İ. H. : Günışığında Yönetim, İstanbul 1994, s. 11.

(3) Bk. Onar, c. I, s. 386; Erkut, C. : İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, Danıştay yayınları, s. 119; Özay, s. 342; Rivero, J. : Droit Administratif. Paris 1965, s. 85; Walline, M. : Droit Administratif, Paris 1959, s. 511.

(4) Özay, s. 341.

Bütün bu hususlar idarenin denetimini, olmazsa olmaz bir gereklilik olarak ortaya çıkarmaktadır. Aksi takdirde vatandaşlar böylesi üstün yetkiler ile donatılmış bulunan idare karşısında çaresiz kalmış olacaklardır. Bu durum ise hukuk devleti anlayışından gittikçe uzaklaşmak sonucunu doğuracaktır.

İdare, çeşitli şekillerde denetim altında tutulmakla beraber (5), yargısal denetimin ayrıcalığı hemen hissedilmektedir. Vatandaşların idari mahkemeler önüne gidebilmeleri, idarenin işlem ve eylemlerini mahkeme faaliyetinin konusu haline getirebilmeleri usul kuralları ile düzenlenmektedir. Kimlerin mahkemeye başvurabilecekleri, nasıl, nerede, hangi şekiller içinde bunu yapacakları, hep usul kurallarının düzenleme alanı içerisindedir.

İdari yargıya ilişkin usul kuralları daha önceleri Danıştay Kanunu içerisinde düzenlenmişse de, 6.1.1982 tarihinde ilk derece mahkemelerinin kuruluşundan sonra, 20.1.1982 tarihinde 2577 sayılı İYUK. yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girdiği tarihten bu yana kanun, uygulamada ortaya çıkan aksaklıklarda dikkate alınarak iki kez değişikliğe uğramıştır. Önce 10.4.1990 tarihinde 20488 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3622 sayılı kanunla bazı değişiklikler yapılmış (6), daha sonrada oldukça önemli değişiklikler içeren 18.6.1994 tarihli ve 21964 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 4001 sayılı kanun yürürlüğe girmiştir.

2577 sayılı İYUK'da 4001 sayılı kanunla yapılan değişikliğe ilişkin tasarıda, idari yargı mercilerindeki tıkanlığa neden olan hükümlerin değiştirilmesi suretiyle yargının hızlandırılması ve dava dosyalarının bir an önce çözüme ulaştırılmasının sağlanmasının amaçlandığı, yapılan bu değişiklik ile idari yargı alanında adaletin gecikmeden dağıtılarak, kişilerin haklarını gecikmeden elde etmeleri ve idari işlemlerde ve idari yargıda istikrarın sağlanmasının hedeflendiği belirtilmiştir.

Bu incelememizde İYUK'da yapılan değişiklikler değerlendirilecek ve kanunun yayımı tarihinden itibaren geçmiş bulunan kısa sürede uygulamaya hangi şekillerde yansıdığına tespit edilmesine çalışılacaktır.

4001 sayılı Kanunun getirdiği değişikliklerin en önemlileri, 2.

(5) Waline, J. : L'Evolution du Controle de l'Administration Depuis Un Siecle, RDP, 1984, sy. 100, s. 1335 vd.

(6) 3622 sayılı kanunun değerlendirilmesi için bk. Erkut, C. : Danıştay ve İdari Yargılama Usulü Kanunları Hakkında Getirilen Değişiklikler Üzerine Kronik, Argumentum, Ağustos 1990, sy. 1, s. 4.

maddede yapılan davacı olabilmek için gerekli olan menfaat ihlali kavramı üzerindeki değişiklikler ile 27. maddede düzenlenmiş bulunan yürütmenin durdurulması kavramı üzerindeki değişikliklerdir. Bu iki değişiklik nispeten daha geniş incelenmiş, diğer değişiklikler de toplu şekilde ele alınmıştır.

B. İYUK'nun 2. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

İYUK'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında iptal davalarına ilişkin olarak yeralan ifade, "idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları" şeklindeydi. 4001 sayılı kanun, burada önemli bir değişiklik yapmıştır. Buna göre, "... iptalleri için, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları" ifadesi yer almıştır. Tam yargı davalarına ilişkin olarak da, hakları muhtel olanlar tarafından açılan yerine, "hakları doğrudan muhtel olanlar" tarafından açılan tam yargı şeklinde değişiklik yapılmıştır.

2. maddede yapılan bu değişikliğe ilişkin kanun teklifinde, Danıştay ve İdari mahkemelerdeki iş yoğunluğunun önemli nedeni olarak, davada taraf olabilmek yeteneği olan dava ve taraf ehliyetinin, medeni hukuktaki medeni haklardan istifade ehliyetinden farklı, hatta yanlış değerlendirilerek, "menfaatleri ihlal edilenler" deyiminin geniş yorumlanması sonucunda, esasta dava ehliyetine sahip olmayan kişilerin de idari yargıda iptal ve tam yargı davaları açma taleplerinin kabul edildiği ve davaların buna göre görülerek hükme bağlandığı öne sürülmüştür. Mahkemelerin iş yoğunluğunu azaltmak yönündeki amacın gerçekleşebilmesi için de, 4001 sayılı kanuna geçici 2. madde eklenmiştir. Maddeye göre, değiştirilmiş olan 2. maddedenin hükmü, bu kanunun yürürlüğünden önce açılmış olup devam eden veya hükme bağlanmış olup da kesinleşmemiş bulunan davalara da uygulanır.

1. SUBJEKTİF EHLİYET ŞARTI

Bir davada davacı olabilmek için herşeyden önce genel ehliyet şartının gerçekleşmesi gerekir. Objektif ehliyetle denilen bu durum Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca sahip olunması gereken şartları ifade eder. İYUK'da 31. maddesinde ehliyet hususunda HUMK'na yollama yapmıştır. Objektif ehliyet şartının yanı sıra, dava türlerine göre subjektif şartların mevcudiyeti de aranabilir.

Nitekim iptal davalarında değişiklikten önce menfaat ihlali, değişiklikten sonra ise hak ihlali şartı, tam yargı davalarında da hakların muhtel olması, değişiklikten sonra ise hakların doğrudan muhtel olması şartı, subjektif şartlar olarak ortaya çıkmıştır.

Menfaat ve hak kavramları farklı şeylerdir (7). Her menfaat hukuk düzenince korunmaz. Hukuk düzeninin koruduğu menfaat ise haktır (8). Daha önce iptal davası için aranmakta olan "menfaat ihlali" hususu, menfaat kavramını önemli hale getirmiştir. Menfaat kavramı mevzuatımızda açıkca tanımlanmış değildir. Ancak bu kavramın, davacı ile dava konusu işlem arasında makul ve ciddi bir ilişkiyi ifade ettiğini söylemek mümkündür (9). Gerçekten de dava konusu işlem ile davacı arasında meşru, kişisel ve aktüel bir menfaatin varlığı, iptal davasında aranan (10) bir şarttır. Elbette ihlal edilen menfaat, alelade bir menfaat olabileceği gibi, evleviyetle hukuken himaye edilen bir menfaat, yani subjektif bir hak da olabilir (11).

İptal davası açabilmek için gerekli olan şart, yani menfaat veya hak ihlali kavramlarını daha iyi değerlendirmek için iptal davası üzerinde durmak gerekir. Acaba iptal davası ile ne amaçlanmakta hangi sonuçların ortaya çıkması istenmektedir? Bu soruya vereceğimiz cevap, hak ihlali veya menfaat ihlali kavramları arasında bir tercih ve değerlendirme yapmamızı sağlayacaktır.

Büyük idare hukukçusu Onar, ve onu takip eden bir çok yazar, iptal davasının objektiflik özelliği üzerinde durmuşlardır. Buna göre iptal davası, özellikle objektif hukuk düzeninin korunmasına yönelik bir dava türüdür (12). Onar bu konuda şöyle demektedir (13);

-
- (7) Hak ve menfaat kavramları arasındaki farklılığa ilişkin görüşler için bk. Onar, c. I, s. 485 vd.
- (8) Özdek, E. Y. : İptal Davasında Menfaat Koşulu, AİD, c. 24, sy. 1, s. 102; Candan, T. : Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar, DD, sy. 54-55, s. 36.
- (9) Onar, c. III, s. 1780; Akyürek, A. : Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisel Unsuru, DD, sy. 81, s. 30; Karavelioğlu, C. : İdari Yargılama Usulü Kanunu, c. I, Trabzon 1993, s. 35; Aynı hususta Danıştay kararları için bk. D. 10. D. Kt. 21.5.1990, E. 1990/1215, K. 1990/1116; DİDDGK, K. 2.2.1990, E. 1989/430, K. 1990/18.
- (10) Onar, c. III, s. 1781; Gözübüyük, Ş. : Yönetmelik Yargı Ankara 1993, s. 125; Karavelioğlu, s. 35 ve 542; Özdek, s. 107; Bk. D. 10. D. Kt. 14.4.1987, E. 1986/1906, K. 1987/796; D. 5. D. 17.5.1990, E. 1990/1087.
- (11) Özdek, s. 101.
- (12) Onar, c. III, s. 1781; Onar, S. S. : Türkiye'de İdarenin Kazai Murakabesi, İÜHFİM, c. I, s. 39; Akyürek, s. 29; Azrak, A. Ü. : İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 146; Gözübüyük, s. 187.

"İptal davaları objektif davalardır. Çünkü bu davalarda ne davacının ne de davalının subektif birer hakkı ve hususi hukuki durumu vardır. Dava objektif mahiyettedir. Yani bir hukuki tasarrufun hukuk nizamına, objektif hukuk kaidelerine aykırı olup olmadığının tetkiki ile iktifa edilmektedir". Gerçektende iptal davalarının da amaç, idarenin hukuka aykırı işlemlerini iptal ettirmek suretiyle onun hukuka bağlılığını sağlamak, böylece hukuk düzenin korumak (14) yani hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmektir (15). Elbetteki hukuka bağlı idarede herkesin bir menfaati vardır. Hukuk devleti ve onun vazgeçilmez şartı olan hukuka saygılı idare, şahsi ve subjektif değil, genel ve objektif bir sorundur (16). Öyleyse bir hukuk devletinde, idarenin hukuka aykırı her türlü işlemi mutlaka ortadan kalkmak zorundadır. Bu husus, iptal davası yoluyla gerçekleşeceği ne göre, mümkün olduğunca çok kişiyi davacı sıfatına sahip hale getirmek ve böylece idari mahkemeleri hukuka aykırı işlemleri iptal etmek üzere harekete geçirmeye çalışmak gerekecektir İdarenin hukuka olan saygısını kaybetmesinden herkes zarar göreceğine göre, idarenin bir hukuk kuralını ihlal etmesi durumunda, bunu engellemek üzere herkese dava hakkı vermek bir zaruret olarak ortaya çıkmaktadır (17). Ancak herkese, her hukuka aykırı işlem için dava hakkı tanımak, hukuk devletini gerçekleştirmeye yönelik bir durum gibi görülsede, fiilen imkansızdır. Gerçektende böyle bir durumda idari mahkemelerin çalışamaz duruma gelmesi sözkonusu olabilecektir ki, bu da hukuk devleti açısından gözardı edilemeyecek bir tehlike teşkil edecektir. Herkese idarenin işlemlerine karşı dava açma hakkının tanınması (Roma Hukukundaki *acti popularis*) (18), ciddiyetten uzak başvurular dolayısıyla idari mahkemelere altından kalkamayacağı bir yük yükleyeceği gerekçesiyle eleştirilmiş ve kabul edilmek istenmemiştir (19). Burada gözden uzak tutulmaması gereken husus, idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı dava açma

(13) Onar, c. III, s. 1772.

(14) Azrak, s. 146.

(15) Özdek, s. 104.

(16) Özyörük, M. : İdare Hukuku (İdari Yargı) Ders Notları, Ankara 1977, s. 204.

(17) Özyörük, s. 205.

(18) Azrak, s. 151.

(19) Azrak, s. 151-152; Akyürek, s. 29; Özyörük, s. 205; Zabunoğlu, Y. K. : İdari Yargı Hukuku Dersleri, Ankara 1982, s. 158; Ciddiyetten uzak başvuruları engelleyebilmek için, gayri ciddi davalarda davayı açana para cezası verilmesi de yabancı bir hukukçu tarafından önerilmiştir. bk. Uprimny, L. : Der Gerichtliche Rechtsschutz der Einzelnen Gegenüber der Vollziehenden Gewalt in Kolumbien, Gerichtsschutz, s. 181, Azrak, s. 152'den naklen.

hakkının herkese tanınması, hukuk devleti ilkesini, gerçekleştirmek açısından esastır. Bu, iptal davasının objektif hukuk düzenini korumak (20) yönündeki işlevine de uygundur. Ancak herkese dava açma hakkının tanınması, pratiğe ilişkin gerekçelerle reddedilmektedir (21). Uygulamaya yönelik bu endişelerin, iptal davasında davacı olabilmek için en azından menfaat ihlali şartının aranmasına temel teşkil ettiği görülmektedir. Tabii ki bu da, iptal davasının objektiflik özelliğinden uzaklaşmayı ifade etmektedir.

4001 sayılı kanun tarafından İYUK'nun 2. maddesinde yapılan değişikliklik, iptal davasının objektifliği üzerine tartışmalara yepyeni bir boyut getirmiştir. İptal davası için menfaat ihlali şartının aranmasına dahi, hukuk devletini gerçekleştirme açısından, davanın objektifliğini zedelediği gerekçesiyle karşı çıkmışken, yapılan değişikliğin bu hususta daha da ileri gittiği söylenebilir. Gerçekten de çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar dışında iptal davası açabilmek için hak ihlalinin gerçekleşmesi gerekecektir. Öyleyse çevre, tarihi ve kültürel değerler ve imar konuları dışında iptal davasının objektiflik özelliğinden söz etmek imkansız hale gelmektedir. Bu yönüyle iptal davası artık subjektif mahiyette ve idare hukukuna özgü bir dava olmaktan ziyade, hak ihlalinin arandığı klasik bir davadır.

Doktrinde, iptal davalarının objektif hukuku koruyan hukuk devletine hizmet eden bir dava olması dolayısıyla, idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı herkesin dava açma hakkı olması gerektiği savunulup, uygulamaya ilişkin bazı endişelerle, menfaat ihlali kavramının aranmasına, birazda buruk bir şekilde razı olunmuşken, değişiklikle hak ihlalinin getirilmesi, iptal davasına ağır bir darbe teşkil etmektedir.

Değişikliğin diğer yönüylede, iptal davasını objektiflik açısın-

(20) Onar, c. III, s. 1772; Azrak, s. 146; Akyürek, s. 29.

(21) Özdek, s. 105. Yazar, actio popularise karşı çıkışların pratik nedenlere dayandığını ve bu gerekçelerle hukuk devleti ilkesinin feda edildiğini belirtmekte ve şöyle yazmaktadır: "Burada belirleyici olması gereken, iptal davası açma hakkı menfaat koşulu ile sınırlandırıldığı takdirde, bu durumdan idarenin hukuka aykırı uygulamalarının yararlanır durumda bulunacağıdır. Menfaat koşulunun yönetimlerce kabul edilmesinde, idarenin kendi denetlenme koşullarının güçleştirilmesi saikin de hiç kuşkusuz rol oynadığı gözönünde tutulmalıdır. Herkese iptal davası açma hakkının tanınmasının yaratacağı tüm sakıncalar, idarenin hukuka aykırı işlemlerinin denetlenmemesi sakıncasından daha önemli değildir. Dolayısıyla burada bir ilke sorunu vardır".

dan eksiksiz hale getirdiği görülmektedir. Buna göre, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi konularda, eskiden olduğunun aksine menfaat ihlali de aranmayacaktır. Böylece bu hususlarda idarenin hukuka aykırı olduğu düşünülen tüm işlemlerine karşı herkes dava açabilecektir. İdarenin yargısal denetiminde bu durum önemli bir adımdır. Davacı olabilmek açısından herhangi bir sınırlamanın olmaması, idarenin hukuka aykırı işlemlerini yargı organından kaçırmasını hemen hemen imkansız hale getirecektir. Zira hukuka aykırı olduğu hususunda şüphe bulunan bir işlem hakkında, hiç değilse bir kişinin mahkemeye müracaat edeceğini düşünmek yanlış olmasa gerek.

İYUK'da yapılan bu değişiklik, iptal davası açısından bir yandan daraltıcı, bir yandan da genişletici bir etki yapacaktır. Burada önemli olan husus, çevre, tarihi ve kültürel değerler ile imar uygulamaları dışında da, hak ihlalinin aranmayacağı konuların idari yargı yerleri tarafından kabul edilip edilmeyeceğidir. Madde metninden böyle bir genişletmenin yapılabileceği görülmektedir. Gerçektende maddede "... imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar" denilmek suretiyle genişletmeye yol veren bir ifade kullanılmıştır. Eğer Danıştay "gibi" ifadesini esas alarak kamu yararını yakından ilgilendiren hususlarda herkesin dava açabileceğini kabul ederse (22), 4001 sayılı kanun, götürdüğünden çok, getirdiği ile anılabilir.

Ehliyet hususunda Danıştay'ın uygulamalarının ne yönde olduğunun bilinmeside konuya açıklık getirmek açısından şarttır. Değişiklikten önce Danıştay, menfaat kavramını nasıl yorumlamaktadır? Değişiklikten önce davacı olunması mümkünken değişiklikten sonra olunamayacak uyumsuzluklar veya önceden davacı olmak mümkün değilken sonradan olunması mümkün uyumsuzluklar nelerdir? Bütün bu soruların cevaplarını Danıştay kararlarından bulmak mümkün olacaktır.

İptal davası yanında tam yargı davası hususunda da değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce tam yargı davasını idari eylem ve işlemlerden "hakları muhtel olanlar" açabilmekte iken, getirilen değişiklikle, idari eylem ve işlemlerden dolayı "kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar" davacı olabileceklerdir. Bu ifade ile, açılan davaların kapsamının daha dar değerlendirilmek suretiyle yorumlan-

(22) Danıştay'ın özellikle özelleştirme işlemlerine karşı herkesin dava açma hakkını, "gibi" ifadesine dayanarak kabul edeceği kanaatindeyiz. Danıştay'ın "gibi" ifadesini nasıl yorumlayacağını görmek için, kararlarını beklemek gerekecektir.

ması istenmiştir. Bu ifade değişikliğinin uygulamaya hangi şekilde yansıyacağı bilinmemektedir. Değişiklikten sonra, bu hususa ilişkin bir karara rastlanılmamıştır. İleride verilecek olan kararlar konuya ışık tutacaktır.

2. DEĞİŞİKLİKTEN ÖNCEKİ DANIŞTAY UYGULAMASI

2577 sayılı İYUK'da hangi tür menfaat ihlalinin, subjektif ehliyet için yeterli olduğu, kesin ve belirli ölçülerle tespit edilmiş değildir. Bu durumda bu hususun tayin ve takdiri mahkemelerde olmuştur (23).

Danıştay, 4001 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce, iptal davalarında davacı olabilmek için gerekli olan menfaat ihlali hususunda, genellikle menfaat kavramını geniş yorumlama eğiliminde olmuştur (24). Ancak bu eğilim, herkese her idari işlem aleyhine dava açma hakkı tanımak kadar geniş olmamıştır. Danıştay bir kararında bu hususu şöyle açıklamıştır (25); "Her ne kadar iptal davalarında dava ehliyetinin bir unsuru olarak menfaat ilişkisi, tam yargı davalarına göre geniş tutulmakta ise de bu temayülün, tüm vatandaşlara, her idari işlem aleyhine, salt vatandaş olma sıfatıyla dava açma hakkı sağlayacak bir şekilde genişletilmesine de olanak bulunmamaktadır".

Danıştay, milletvekillerinin, tüm milleti ilgilendirdiği iddia edilen hususlarda davacı sıfatını kazanmalarının mümkün olmadığını söylemiştir. Hafize Özal'ın İstanbul ili Süleymaniye Camii haziresine defnine izin verilmesine ilişkin bakanlar kurulu kararına karşı bir milletvekilinin açtığı davada Yüksek Mahkeme görüşünü şu şekilde açıklamıştır (26); "Sözü edilen işlem ile davacının kişisel bir menfaatinin ihlal edilmediği, bu işlemle davacı arasında ciddi ve makul bir menfaat ilişkisi olmadığı anlaşıldığından ve davacının milletvekili olması da yasanın anladığı anlamda bir menfaat ilişkisi sağlayamayacağından, davacının dava açma ehliyetini kabule olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine". Bakanlar kurulunun Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü'ne yaptığı atama işlemine karşı bir milletvekilinin açtığı davada da Danıştay (27); "Olayda, davacı ile dava konusu işlem arasında yu-

(23) Akyürek, s. 30.

(24) Gözübüyük, s. 124.

(25) DDDGK, Kt. 25.1.1974, E. 1972/586, K. 1974/80; Aynı nitelikte bir başka karar için bk. DİDDGK, Kt. 24.12.1982, E. 1982/350, K. 1982/449.

(26) D. 10. D. Kt. 22.2.1990, E. 1988/1415, K. 1990/361.

(27) D. 5. D. Kt. 17.5.1990, E. 1990/509, K. 1990/1087.

karıda belirtilen anlamda bir menfaat ilişkisi yani davacının atama işlemiyle, kişisel, meşru ve güncel bir menfaatinin ihlal edilmiş olması durumu bulunmadığı gibi, davacının milletvekili sıfatını taşımakta bulunması da dava konusu işlemin iptalinde menfaati olduğunun kabulünü gerektirmemektedir” demek suretiyle davayı reddetmiştir.

Karşı oy yazısında ise, karara karşı olan üyeler, iptal davasının idare hukukunun temelini teşkil ettiğini, hukuka aykırı işlemler tesis eden idarenin, bu işlemlere karşı açılacak iptal davaları ile yargı denetimine tabi tutulması ve yargı yolu ile hukuk alanı içine çekilmesi, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devletinin bir gereğidir, demek suretiyle, dava açmak için gereken menfaat şartının dar yorumlanmaması gerektiğini, zaten menfaat kavramının sınırları kanun tarafından çizilmemek suretiyle, bunun takdirinin yargı organına bırakıldığını belirtmişlerdir. Dolayısıyla da bu üyelere göre, Anayasanın 81. maddesine göre hukukun üstünlüğüne ve Anayasaya bağlı kalacağına and içmiş ve bu değerleri korumakla yükümlü bir kamu görevlisi olan milletvekilinin, idarenin hukuka aykırı işlemlerine karşı iptal davası açmak suretiyle idarenin hukuk alanı içerisinde hareket etmesini sağlaması, kaynağını Anayasadan alan kamu görevlerinin gereğidir.

Ancak Danıştay kendi görüşüne göre, tüm vatandaşları ilgilendirdiğini düşündüğü hususlarda gerek milletvekillerinin gerekse vatandaşların dava açma hakkını tanımıştır. Irak'ın Kuveyt'i işgali üzerine ortaya çıkan savaş sırasında Türkiye'de konuşlandırılmak amacıyla Nato'dan askeri kuvvet istenilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararına karşı açılan davada Danıştay şöyle demektedir (28); “Hukuk devleti esasının tüm kurum ve kuralları ile yerleştirilmesi, ülkede yaşayan herkesin menfaati gereği olduğundan, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen, hukuk devleti esaslarına aykırı uygulamalara ilişkin işlemlere karşı bireylerin dava açmakta menfaat ilişkisinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Öte yandan, dava konusu bakanlar kurulu kararı ile yabancı silahlı kuvvetlerin yurda çağırılması olayını, savaşı doğurucu, kışkırtıcı bir unsur olarak gören her Türk vatandaşının; hem hukuk devleti ilkesini yerleştirme gereği olarak, hem de ülkede çıkabilecek bir savaş bakımından kişisel, meşru ve aktüel bir menfaati bulunduğundan... dosya incelendi”.

(28) D. 10. D. Kt. 13.10.1992, E. 1990/4944, K. 1992/3569.

Özelleştirme işlemlerine karşı açılan davalarda da Danıştay, benzer bir tutum içerisinde (29); "Kamu hizmeti ve kamu malları topluluğunun kamusal alandan özel alana aktarılması niteliğini taşıyan kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi işleminin, vatandaş sıfatıyla özelleştirmeden yararlanma olanağı olan ilgililerce dava konusu edilebileceği" belirtilmiştir.

4001 sayılı kanundan sonra Danıştay'ın, özellikle özelleştirme işlemlerine karşı vatandaşların açacakları davaları ehliyet noktasından kabul veya red etmesi, 2. maddeye getirilmiş bulunan değişikliği nasıl yorumlayacağı ile ilgilidir. Geniş bir yorumlama yaparak, özelleştirmenin tüm toplumu ilgilendirdiğini ve bu sebeple de vatandaşların menfaat ilişkisinin var olduğunu kabul eden mahkeme, bunu kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar içinde de düşünebilir. Bu durumda değişiklikten sonra da özelleştirme işlemine karşı dava açılabilir. Daha önce de ifade edildiği gibi, hak veya menfaat ihlalinin aranmayacağı, yani herkesin dava açabileceği konular konusunda tahditi şekilde sayılmamıştır. Çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları dışında, bunlar gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar da, subjektif ehliyet noktasında herhangi bir şarta tabi olmadan dava açılabilir. Burada sorun, özelleştirme işlemlerinin, kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar içine girip girmeyeceğidir. Eğer Danıştay girmediği yönünde görüş açıklarsa, bu işlemlere karşı ancak bir hakkı ihlal edilenler dava açabilecektir. Yukarıda özelleştirme işlemlerine ilişkin zikredilen davalar bu durumda reddedilecektir.

Danıştay, üyelerinin haklarının ihlali durumunda dernek, oda gibi tüzel kişiler tarafından açılan davalarda menfaat ilişkisini dar yorumlamakta, genellikle ehliyet yönünden reddetmektedir. Yalova Minibüscüler Derneği tarafından, dernek üyesi minibüscülerin yolcu taşıma izni verilmesi yönündeki istemlerinin reddine ilişkin İstanbul Valiliği işlemi ve bunun dayanağı il trafik komisyonu kararının ptali istemiyle açılan davayı, dernek üyelerinin genel mesleki menfaatlerini ilgilendiren bir işlem olmadığı belirtilerek, davacı derneğin dava ehliyet bulunmadığı gerekçesiyle, Danıştay tarafından reddedilmesi uygun bulunmuştur (30).

(29) D. 10. D. Kt. 19.6.1991, E. 1990/1742, K. 1991/2328 ve D. 10. D. Kt. 25.11.1991, E. 1990/2308, K. 1991/3355.

(30) D. 8. D. Kt. 26.5.1993, E. 1992/1582, K. 193/2192.

Bir başka kararında da Danıştay (31); "Ordu Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliğince kesndisine üye olan ve şehir içinde dolmuş taksi çalıştıran şoförler ile Ordu Belediyesi arasında imzalanan taşımacılıkla ilgili protokolün iptali istemiyle açılan davayı, doğrudan menfaati ihlal edilmeyen odanın dava ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle reddeden mahkeme kararının onanmasına" hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere dernek üyelerinin menfaatlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle dernek tarafından açılan davaları Danıştay reddetmektedir. 4001 sayılı kanunun getirmiş bulunduğu değişiklikten sonra da durum değişmeyecektir (32).

Bunun yanında derneklerin ve odaların üyelerinin subjektif yararları dışında, kendi faaliyet sahalarını ilgilendiren hususlarda dava açma hakkını kabul etmektedir. Konuya ilişkin bir kararında Danıştay şu ifadeleri kullanmaktadır (33) : Radiodiagnostik Araştırma ve Eğitim Derneği tarafından, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü'ne bağlı olarak Nörolojik Görüntüleme ve Endonasküler Tedavi Araştırma ve Uygulama Merkezi açılmasının uygun görülmesine ilişkin Yüksek Öğretim Yürütme Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, üyelerinin ve temsil ettikleri kişilerin ortak çıkarlarını korumak ve bunlar arasında dayanışmayı sağlamak üzere kurulan derneklerin, dava ehliyetlerinin tüzüklerinde yazılı kuruluş amaçları ve faaliyet alanları ile sınırlı olduğu, bu nedenlerle yalnızca üyelerinin özel, kişisel ve subjektif hukuki durumlarını ilgilendiren konularda dava ehliyetine sahip olmadıkları ve üyelerinin ortak çıkarlarını korumak amacıyla kurulmuş olmalarının onlara, üyeleri adına dava açabilme yetkisini vermediğinin bilindiği ancak, belirli mesleki ihtiyaçları karşılamak ve bu amaçla belirli mesleki faaliyetlerde bulunmak üzere kurulan bir derneğin, kendi adına dava açması ile üyeleri adına dava açabilme olanağının birbirinden ayrılması gerektiği belirtildikten sonra davanın dernek üyelerinin, özel, kişisel ya da subjektif yararları nedeniyle ve onlar adına değil; genel mesleki çıkarları, mesleki ve bilimsellik açısından ilgilendiren

- (31) D. 8. D. Kt. 13.12.1993, E. 1992/2738, K. 1993/4155; Aynı nitelikteki Danıştay kararları için Bk. D. 8. D. Kt. 11.11.1993, E. 1992/2951, K. 1993/3616; D. 8. D. Kt. 25.2.1991, E. 1990/494, K. 1991/348; D. 6. D. Kt. 15.12.1952, E. 1952/603, K. 1952/2191; D. 8. D. Kt. 22.9.1993, E. 1993/1099, K. 1993/2812; D. 11. D. Kt. 16.5.1973, E. 1973/909, K. 1973/1185; DDDK Kt. 25.12.1970, E. 1968/197, K. 1970/730.
- (32) İleride zikredilecek kararlarda da görüleceği gibi Danıştay, değişiklikten sonra verdiği kararlarda bu kez de hak ihlali gerçekleşmediği gerekçesiyle dernekler tarafından bu şekilde açılan davaları reddetmektedir.
- (33) DİDDGK, Kt. 8.4.1994, E. 1994/94, K. 1994/193.

bir konuda doğrudan dernek adına, derneğin kuruluş amaçları doğrultusunda ve faaliyet ile ilgili olmak üzere açıldığı, bu nedenle derneğin ehliyetli olduğu açıklanmıştır.

Derneklerin faaliyet alanları ile ilgili olarak yapılan işlemler hakkında, ehliyet noktasından olumlu yaklaşan Danıştay, 4001 sayılı kanunla birlikte "hak ihlali" aranmasından dolayı tutumunu değiştirecektir. Nitekim, Yüksek Öğretim Kurulu üyeliğine Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 6. maddesinin b/4 bendi uyarınca atama yapılmasına ilişkin işlemin iptali için açılan davada Danıştay 5. Dairesi, derneğin dava açma ehliyeti bulunduğunu belirterek yürütmenin durdurulması kararı vermiştir (34). Kararda aynen şöyle denilmektedir; "Öğretim üyeleri Derneği Tüzüğü'nün 2. maddesiyle öğretim üyelerinin haklarını aramak ve korumak, derneğin kuruluş amaçları arasında sayılmakta olup; yüksek öğretim kurumlarının üst kuruluşu olan Yüksek Öğretim Kurulu'nun Anayasaya ve 2547 sayılı yasaya aykırı biçimde oluşturulmasının ya da bu kurul üyesi olarak görev yapanların yasaca belirli nitelikleri taşımalarının, bu kurulun Anayasanın 131/1. maddesinde belirtilen işlemleri dikkate alındığında, tüm öğretim elemanlarının hak ve menfaatlerini yakından ilgilendirdiğine, dolayısıyla üyelerinin haklarını aramak ve korumak amacıyla kurulan Öğretim Üyeleri Derneği tarafından, bakılan davanın açılabilmesine...". Aynı davaya ilişkin olarak daha sonra Danıştay 8. Dairesi ileride de zikredilecek olan kararında 4001 sayılı kanununda dikkate almak suretiyle derneğin dava açma ehliyetinin olmadığına karar vermiştir (35).

Ancak dernek veya odaların faaliyet konuları çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar gibi kanunda sayılan hususlar ise, değişiklikten sonra da dava açma hakkı olacaktır. Gerçi bu hususlarda tüm vatandaşların davacı olabilmeleride kanunla sağlanmıştır.

Danıştay TMMOB. Mimarlar Odasının büyükşehir belediye meclisi tarafından onaylanan 1/5000 ölçekli İstanbul tarihi yarımada koruma imar planının iptali istemiyle açtığı davada dava açma ehliyetinin bulunduğuna karar vermiştir (36). Daha öncede ifade edildiği gibi 4001 sayılı kanundan sonrada bu hususta bir değişiklik olmayacaktır.

(34) D. 5. D. Kt. 20.5.1993, E. 1993/570.

(35) D. 8. D. Kt. 4.7.1994, E. 1994/4099, K. 1994/2003.

(36) D. 6. D. Kt. 17.12.1992, E. 1992/2502, K. 1992/5000.

Ancak Danıştay, bir şahsın açmış bulunduğu imar planının iptali istemiyle ilgili bir davada geniş bir yorumlama yapmak suretiyle dava açma ehliyetinin bulunduğunu kabul etmiştir (37); İmar planının iptali istemiyle açılan davada, davacının belde sakini olması ve üniversite öğretim üyesi sıfatıyla mesleki bakımdan ilgili olmasını, ehliyet açısından yeterli görmüştür. Danıştay gerek imar uygulamalarına ilişkin olarak ehliyet bakımından kabul ettiği yukarıdaki davalarda, gerekse ehliyet bakımından reddettiği davalarda (38), artık ehliyet hususu üzerinde durmadan herkesin davacı olabileceğini kabul edecektir.

Burada hemen belirtelim ki, 4001 sayılı kanun ile getirilen değişiklikten sonra, imar, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması gibi hususlar dışında değişiklikten önce menfaat noktasından reddettiği davalar gene reddedilecektir. Mesela, üçüncü kişiye verilen içkili yer ruhsatının iptali istemiyle belediye başkanlığı tarafından açılan davada (39), kulübün sözleşmeli antrenörüne, kişisel eylemi nedeniyle verilen hak mahrumiyeti cezasına karşı kulüp başkanının açtığı davada (40), eczacı olan davacıların hastane önüne bir başka eczacı tarafından yapılan prefabrik eczanenin inşaat ruhsatının iptali için açtıkları davada (41), davacıya ait aile kabrinin yakınında bulunan yeşil alana yapılan defin işlemine karşı açılan davada (42), bir adayın ilgili yönetmeliğe göre doçentliğe yükseltilmesi işlemine karşı, aynı anabilim dalındaki profesörün açtığı davada (43), Cumhurbaşkanına onursal doktora ünvanı verilmesi işlemine karşı ünvanı veren üniversiteyi bitiren şahıs tarafından açılan davada (44), ölen cumhurbaşkanının mezarlık niteliğinde olmayan taşınmaz gömülmesine ilişkin bakanlar kurulu kararına karşı

- (37) D. 6. D. Kt. 3.6.1992, E. 1992/1660, K. 1992/2676; Aynı nitelikte bir başka karar için Bk. D. 6. D. Kt. 13.5.1991, E. 1989/2279, K. 1990/1102.
- (38) Danıştay bir kararında, lokantanın kiracısı olan kişinin veya yolunun genişletilmesine ilişkin imar planı değişikliğinin iptali amacıyla dava açamayacağını belirtmiştir. D. 6. D. Kt. 8.10.1992, E. 1991/286, K. 1992/3480. Bir başka kararda da, Esenyurt Belediyesi tarafından önerilen plan değişikliği kent bütünü planı olduğundan, çevre düzeni planlarının Bayındırlık ve Sıkan Bakanlığı tarafından yapılmasını öngören Bakanlık genelgesinin iptali istemiyle İstanbul Belediye Başkanlığı tarafından açılan davada, davacının işlemle menfaat ilişkisinin bulunmadığına karar vermiştir. D. 6. D. Kt. 28.1.1992, E. 1990/942, K. 1992/248.
- (39) D. 10. D. Kt. 7.11.1991, E. 1990/758, K. 1991/3184.
- (40) D. 10. D. Kt. 6.11.1991, E. 1989/1246, K. 1991/3159.
- (41) D. 6. D. Kt. 13.10.1992, E. 1992/2250, K. 1992/3552.
- (42) D. 6. D. Kt. 3.6.1992, E. 1992/1172, K. 1992/2673.
- (43) D. 8. D. Kt. 28.6.1993, E. 1992/2595, K. 1993/2519.
- (44) D. 8. D. Kt. 25.3.1992, E. 1991/2225, K. 1992/525.

bir vatandaşın açtığı davada (45), Elektrik Mühendisleri Odası tarafından TEK'in iki ayrı anonim şirket olarak teşkilatlanmasına ilişkin bakanlar kurulu kararına karşı açtığı davada (46), Danıştay, menfaat ihlali görmemiştir. Menfaat ihlalinin görülmediği bu tür davalarda evleviyetle hak ihlalinin de bulunmayacağı açıktır.

3. İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NDA 4001 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKTEN SONRAKİ DURUM

Bilindiği gibi yapılan değişiklik ile, iptal davası, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1/a bendinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlâl edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. 4001 sayılı kanunla getirilen geçici 2. madde ile de bu hükmün, bu kanunun yürürlüğünden önce açılmış ve devam eden veya hükme bağlanmış ancak kesinleşmemiş olan davalara da uygulanacağı belirtilmiştir.

Yapılan değişiklik ile ilgili gerekçede de, iptal davalarının ön kabul şartı olan menfaat ihlali şartının, kişisel hakkın ihlali şeklinde daha dar yorumlanmak ve subjektif ehliyetin buna göre değerlendirilerek uygulanmak istendiği belirtilmiştir.

Danıştay, kanunla getirilen değişikliğin henüz yeni olması dolayısıyla uygulamadaki görüşünü somut olarak ortaya koyamamış olmakla beraber, yine de verdiği çeşitli kararlarıyla uygulamanın nasıl şekilleneceğini belirtmiştir.

Nitekim, TMMOB. Mimarlık Odası tarafından, hazinenin mülkiyetinde olan vasıflı taşınmaz üzerine 49 yıl süreyle İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Başkanlığı lehine irtifak hakkı kurulmasına ilişkin Maliye ve Gümrük Bakanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davayı, dava açma ehliyeti bulunmadığı nedeniyle reddeden mahkeme kararına karşı yapılan temyiz başvurusunu, 4001 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce aynı nedenle reddeden (47) Danıştay, değişiklikten sonra, yapılan kararın düzeltilmesi istemini kabul ederek; "İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetimini amaçlayan iptal davasının görülebilmesi için ön sorunlardan olan davacının subjektif ehliyeti, yani "kişisel haklarını" ih-

(45) D. 10. D. Kt. 1.7.1993, E. 1993/2258, K. 1993/2598.

(46) D. 10. D. Kt. 23.12.1993, E. 1993/4903, K. 1993/4528.

(47) D. 10. D. Kt. 24.6.1993, E. 1992/1401, K. 1993/2872.

lal eden bir durumun bulunup bulunmadığı hususunun yargı yerince takdir edilebileceği, ülkede yaşayan herkesin menfaati gereği, toplumun dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen hukuk devleti esaslarına aykırı, kamu yararını ihlal eden işlemlerin hukuk aleminden silinmesini sağlamak için, bu işlemlere karşı bireylerin dava açma hakkını geniş yorumlamak gerektiği, bu amaçla 2577 sayılı kanunda 4001 sayılı kanun ile yapılan değişiklik 'çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren' konularda ilgililerin dava açma hakkını 'kişisel hak ihlali' şartından arındırdığı, bu değişiklik ile bir anlamda kanun koyucunun 'kamu yararını' ilgilendiren konularda vatandaşların kayıtsız kalmalarını istemediği" (48) belirterek, dava konusu işlemin "kamu yararına" uygun olmadığı açısından yargı denetimnetabi tutulması amacıyla açılan davada davacı TMMOB Mimarlar Odasının dava açma ehliyeti bulunduğuna karar vermiştir.

Daha önce, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca, Radiodiagnostik Araştırma ve Eğitim Derneği tarafından açılan davayı ehliyet yönünden reddeden 8. Daire kararını bozarak davacı derneğin dava açma ehliyetini kabul eden kurul, bu karara karşı yapılan kararın düzeltilmesi istemini 4001 sayılı kanun ile 2577 sayılı kanunda yapılan değişiklikten sonra reddederek değişikliğe rağmen önceki kararında bir değişiklik yoluna gitmemiştir (49).

Yukarıda da ifade edildiği gibi değişiklikten önce menfaat ihlali olmadığı görüşünden hareketle davaları reddeden Danıştay, aynı konularda değişiklikten sonra, bu kez de hak ihlali olmadığı gerekçesiyle davaları reddetmiştir. Nitekim Danıştay, Türk Tabipler Birliği Antalya Tabip Odası Başkanlığı tarafından SSK Genel Müdürlüğünün part-time çalışanlarla ilgili işlemine karşı açılan davada (50); "4792 sayılı kanunun değişik 17. maddesine göre ödenmesi öngörülen ek ödemelere ilişkin genel esaslar, kurum mensuplarının parasal haklarına ilişkin bir düzenleme olup muayenehane sahibi ve part-time olarak çalışan kurum mensubu hekimler adına dava açan tabipler odasının kişisel hakkının ihlalinden ve dolayısıyla da menfaat ilişkisinin varlığından sözetmeye olanak bulunmadığı" belirtilerek, ehliyet yönünden reddine karar vermiştir.

Gene bir başka kararda da, Trakya Yağı Tohumlar Tarım Satış Kooperatifleri Birliği Yönetim Kurulu üyeleri olan davacılar ta-

(48) D. 10. D. Kt. 29.9.1994, E. 1993/4733, K. 1994/4393.

(49) DİDDGK. Kt. 14.10.1994, E. 1994/603, K. 1994/574.

(50) D. 5. D. Kt. 3.11.1994, E. 1994/5209, K. 1994/4925.

rafından, birliğin bazı kadrolarına atama yapılmasına ilişkin bakanlık işleminin iptali istemiyle açılan ve mahkemece, davanın yönetim kurulunca atanmalarına karar alınan fakat bakanlıkça uygun bulunmayarak atanmaları yapılmayan kişiler tarafından değil de yönetim kurulu üyelerince açılmış olması karşısında, dava konusu işlemle davacılar arasında kişisel menfaat ilişkisinin varlığından sözedilemeyeceği gerekçesiyle ehliyet yönünden reddedilmesi üzerine yapılan temyiz başvurusunu Danıştay (51); "Birlik Yönetim kurulu üyelerinin kendi menfaatlerine rağmen Bakanlıkça Genel Müdürlük tebliği doğrultusunda Birlik kadrolarına yapılan bazı atama işlemlerinin iptalini istemelerinde kişisel hak ihlali şartının gerçekleşmemiş olduğu anlaşıldığından, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin mahkeme kararınca hukuka aykırı bir husus görülmediği" gerekçesiyle red etmiştir.

4001 sayılı kanunun getirmiş bulunduğu değişiklik, bir başka davada çarpıcı bir şekilde görülmüştür. Danıştay, öğretim üyeleri derneğinin Yüksek Öğretim Kurulu üyeliği için Milli Eğitim Bakanlığı'nın yapmış bulunduğu seçim işlemine karşı açmış bulunduğu davada, menfaat ihlali şartının gerçekleştiğini belirterek davanın esasına girmiş ve yürütmeyi durdurma kararı vermiştir (52). Değişiklikten sonra Danıştay, Derneğin dava konusu işlemle ilgili doğrudan ihlal edilen bir kişisel hakkı sözkonusu olamayacağından bu davayı açmakta ehliyeti bulunmadığına karar vermiştir (53).

Gene değişiklikten sonra, üniversite öğretim üyelerine 6 rektör aday adayını belirleme seçimine girerek aldığı oyla 10. sıraya yerleşen davacının, Cumhurbaşkanlığınca İstanbul Üniversitesi Rektörlüğüne atanan kişinin Yüksek Öğretim Kurulu'nca yapılan seçimde belirlenen 3 kişi arasında rektör adayı olarak yer alması işlemine karşı açılan davada da Danıştay, "3 aşamalı seçimden, ilk seçimde davacının aday olması nedeni ile seçimin bu aşamasında kişisel menfaati bulunduğu açık ise de, bu işlemi dava konusu etmediği, bu seçimde en çok oy alan 6 kişinin ismi Yüksek Öğretim Kurulu'na bildirildiği, davacının bunlar arasında aldığı oy sayısına göre 6 kişi arasında yer almadığı, bu durumda rektör seçiminin 2. aşamasının yapılması için ismi bildirilen 6 kişi arasında bulunmayan davacının Yüksek Öğretim Kurulu'nca yapılan 6 kişi arasından 3 kişinin belirlenmesine ilişkin işleminin iptalini istemede 2577 sayılı Kanun'un

(51) D. 5. D. Kt. 28.9.1994, E.1994/1296, K. 1994/4216.

(52) D. 5. D. Kt. 20.5.1993, E. 1993/570.

(53) D. 8. D. Kt. 4.7.1994, E. 1994/4099, K. 1994/2003.

2. maddesinde belirtilen kişisel hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği" (54), gerekçesiyle davayı ehliyet yönünden reddetmiştir.

C. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİK

1. GENEL OLARAK YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Bir idari işlem aleyhine Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması, dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz (İYUK md. 27/1) (55). İdari işlemin yürütülmesinin yani kişiler üzerinde etki ve sonuç doğurmasının durdurulabilmesi ancak bir mahkeme kararıyla olabilir.

Dava açılmasının idari işlemin yürütülmesini durdurmayaacağı ilkesi, bir takım sebeplerden kaynaklanmaktadır. Daha doğrusu bazı esaslar, bu ilkenin dayanağını oluşturmaktadır. Birçok yazara göre (56), ilkenin dayandığı esaslar, idari işlemin icrailik özelliği, kuvvetler ayrılığı ilkesi, kamu yararının dayandığı pratik düşüncelerdir. Bunların yanında idari işlemin kanunilik özelliğide zikredilmiştir (57).

Aşlında idari işlemin bir özelliği olan kanunilik karinesi dahi, tek başına, idari işlemin yürütülmesinin dava açmak suretiyle durdurulamayacağı, bunun ancak mahkeme kararıyla mümkün olabileceği esasını açıklamak için yeterli olabilir. Kanunilik karinesi, bir işlemin idari yargı önünde dava konusu edilip, hukuka aykırılığı is-

(54) D. 8. D. Kt. 3.10.1994, E. 1994/3762, K. 1994/2385.

(55) Bu ilkenin istisnası da 27. maddenin 3. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre: "vergi mahkemelerinde, vergi uyumsuzluklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resmi ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur". Bu hüküm, idari işleme karşı dava açılmasının işlemin yürütülmesini durdurmayaacağı ilkesinin tek istisnasıdır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için Bk. Candan, T. : İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Mükessesesi I, Mali Ekonomik Sosyal Yaklaşım, yıl 2, sy. 22, Ekim 1994, s. 35 vd.

(56) Bk. Tourdias, M. : Le Sursis à Exécution Des Décisions Administratives, Paris 1957, s. 7 vd; Oytan, M. : Danıştayda Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1973, s. 22 vd; Aslan, Z. : İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994, s. 17 vd.

(57) Sarıca, R. : Tehir-i İcra, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, s. 27 vd; Kıratlı, M. : Yürütmenin Durdurulması, AÜSBFD, c. XXI, sy. 4. s. 176; Akural, S. : İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, İdari Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 122.

pat edilene kadar kanuna uygun, sağlıklı olduğunun kabul edilmesi anlamındadır (58).

Kanunilik karinesinden istifade eden idari işlemin hukuka aykırılığı ancak, bir mahkeme kararı ile ortaya konabilir. Dolayısıyla da işlemin yürütülmesinin mahkeme kararı dışında durdurulabilmesi mümkün değildir. Aksi halde sadece dava açmak suretiyle idari faaliyetler felce uğratılabilecektir (59).

Yürütmenin durdurulması müessesesi üstün yetkiler kullanmakta olan idare karşısında bireylerin korunmasını sağlayan bir denge unsuru olarak ortaya çıkmaktadır (60). Hatta yürütmenin durdurulması, temel hak ve özgürlüklerin de etkili bir koruma aracıdır (61). Böylesi önemli bir müessese olan yürütmenin durdurulması, tabii olarak idare hukukunun üzerinde çok tartışılan konularından birisi olmuştur. Konu böylesine önemli bir şekilde ortaya çıktığından, Anayasamızda dahi yerini almıştır (md. 125/5).

Yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Gerçekte gerek Fransa'da, gerekse ülkemizde yürütmenin durdurulması kararları için bazı sınırlamalar getirilmiştir. Fransa'da 22 Temmuz 1806 tarihli kararname ile Conseil d'Etat'ya (CE) yürütmenin durdurulması yetkisi verilmiş (62), 31 Temmuz 1945 tarihli Ordonnance'in 48. maddesinde aynı hükmü tekrarlamıştır (63). 30 Eylül 1953 tarihli kararnamenin 9. maddesinde aynı şekilde yürütmenin durdurulması yetkisini vermiştir (64). Kararname, CE'nin yürütmeyi durdurma kararları için bir kısıtlama getirmemekle beraber, ilk derece idari yargı yerlerinin yürütmeyi durdurma kararı verebilmelerini, kamu düzeninin, kamu güvenliğinin ve kamu esenliğinin korunmasıyla ilgili işlemler

-
- (58) Özay, s. 342, Yürütmenin Durdurulması müessesesinde kanunilik karinesine bağlı olarak Özay tarafından şöyle tarif edilmiştir: "Yürütmenin durdurulması hukuka aykırılık iddiası ile iptal davasına konu olmuş bir idari işlem hakkında yetkili yargı yerinin, kanunilik karinesini geçici olarak askıya alması, durdurmasıdır", s. 343; Ayrıca Bk. Akural, s. 122.
- (59) Long, M. - Braibant, G. - Weil, P. (Çev. Oytan, M.) : Yürütmenin Durdurulması, DD, sy. 6-7, s. 100; Ayrıca Bk. Phillip, L. : Le Suris à Exécution Des Décisions Des Juridictions Administratives, Rec. Dalloz, 1954, s. 219, Oytan, s. 21'den naklen.
- (60) Gözübüyük, S. : Yönetmelik Yargı, Ankara 1993, s. 331; Akural, s. 122.
- (61) Bilgen, P. : Yap İşlet Devret Sözleşmeleri Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 803.
- (62) Long - Braibant - Weil, s. 100.
- (63) Waline, M., s. 217; Rivero, s. 197; Long - Braibant - Weil, s. 100.
- (64) Waline, M., s. 217; Long - Braibant - Weil, s. 102; Oytan, s. 71.

açısından yasaklamıştır (md. 9). CE, mevzuatta olmamasına rağmen içtihat yoluyla da bazı sınırlamalar getirmiştir (65). Buna göre, yürütmeyi durdurma kararı verebilmesi için sebep ve delillerin ciddi olması, dava konusu işlemin icrasının telafi edilemez veya telafisi güç bir zarar doğurması gerekir (66). İçtihadi nitelikte olan bu şartlar 30 Temmuz 1963 tarihli kararname ile mevzuat hükmü haline getirilmiştir (67). Kararnamenin 54. maddesi gerek ilk derece mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulması koşullarını, gerekse idari işlemlerin yürütülmesinin durdurulması, şartlarını düzenlemiştir.

İdari işlemin yürütülmesinin durdurulması şartları şu şekilde ortaya konmuştur; dava konusu kararın uygulanması zor bir şekilde telafi edilebilecek sonuçlara sebebiyet vermek riskini doğuracaksa ve dilekçede öne sürülen sebep ve deliller ciddi ve işlemin iptal edilmesini haklı kılacak nitelikte ise yürütmeyi durdurma kararı verilebilir. Bu tarihten sonra CE, yürütmenin durdurulması müessesesine daha ılımlı yaklaşmış, telafisi imkansız bir zarar olması şartını aramayarak zor bir şekilde telafi edilebilecek sonuçlar doğmasını yeterli saymıştır (68). Ayrıca belirtmek gerekirdi CE yürütmeyi durdurma kararlarını daima gerekçeli olarak vermiştir.

Ülkemizde de Danıştay ve ilk derece idari mahkemeler, yürütmeyi durdurma yetkisini mevzuatımızdaki, esaslar çerçevesinde kullanmaktadırlar. 521 sayılı Danıştay Kanunu döneminde, Fransa'da ilk dönemlerde olduğu gibi, kanuni bir sınırlama mevcut olmadan yürütmeyi durdurma yetkisi kullanılmıştır. Kanununun 94. maddesinde, "Danıştay'da idari dava açılması ve kanun yollarına başvurulması itiraz olunan idari işlemlerin veya yargı kararlarının yürütülmesini durdururuz. Şu kadar ki, Dava Daireleri ile Dava Daireleri Kurulu taraflardan birinin isteği halinde... yürütmenin durdurulması-

(65) Tourdias, s. 55.

(66) Tourdias, s. 110; Long - Brabant - Weil, s. 100 vd.

(67) Long - Brabant - Weil, s. 102.

(68) Oytan, s. 115; CE, yürütmeyi durdurma kararlarını son derece seyrek bir şekilde vermiştir. Oytan'ın incelemeleri sonucunda yapmış bulunduğu tespitlere göre, CE, 1872-1953 tarihleri arasında 20 adet yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. s. 49, 1954-1971 tarihleri arasında da 56 adet yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. s. 84-85. Bu durum Fransa'da yürütmeyi durdurma kararlarının istisnai bir tedbir olarak uygulandığını göstermesi bakımından önemlidir. Ülkemizde ise aynı şartlar altında mahkemeler tarafından kullanılmakla beraber, karar sayısı Fransa ile mukayese edilemeyecek kadar çoktur. Bk. 73 nolu dipnot. Fransa'da bazı yazarlar CE'nin bu tutumunu desteklerken bir kısmında eleştirmişlerdir. Bu konuda Fransız doktrinindeki tartışmalar için Bk. Oytan, s. 110 vd.

na karar verebilir". Bu hüküm aynen Fransa'daki 1945 tarihli Ordonnance'da olduğu gibi, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini hiçbir şarta bağlamamış, dolayısıyla bu konuda bir açıklık sağlayamamıştır (69). Kanunun düzenleniş şekli, yürütmeyi durdurma konusunda Danıştay'ın tam bir takdir yetkisine sahip olduğu görüntüsünü vermiştir (70). Yürütmeyi durdurma konusunda olabilecek sınırlamalar bu durumda Danıştay içtihatlarıyla belirlenmek zorunda kalmıştır. Ancak Danıştay'ın yürütmeyi, durdurma kararlarının yayınlanmaması, yayınlananlarının da gerekçesiz olması sonucu, bu konudaki içtihat tespit edilememiş, Fransa'daki esasların Danıştay tarafından da uygulandığı tahmin edilmiş veya uygulanması gerektiği belirtilmiştir (71).

Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararları konusunda yeterince titiz olamaması, yerleşmiş bir içtihadının olmaması (72), kararlarını gerekçesiz, hiçbir sınırlamaya tabi tutmadan çok sık olarak vermesi (73), 1973 yılında 1740 sayılı Kanunun çıkışına zemin hazırlamıştır. Danıştay Kanunu'nda değişiklik yapan sözkonusu kanun, yürütmenin durdurulması kararlarını telafisi güç durumlar ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna

(69) Onar, c. III, s. 1970.

(70) Kıratlı, s. 188.

(71) Kıratlı, s. 189.

(72) Gözübüyük, s. 330.

(73) Gerçektende yürütmenin durdurulması kararlarının Danıştay tarafından Fransa'dakinin aksine olarak eleştirilecek oranda sık verildiği görülmüştür. Oytan'ın tespit etmiş bulunduğu istatistik bilgilere göre 1966-1972 yılları arasında Danıştay, toplam 15.691 yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. İstatistik bilgilere göre Danıştay, 7 sene içinde açılan yirmi davadan birinde ve yürütmeyi durdurma istemli üç dosyadan birinde bu isteği kabul etmiştir. Bk. Oytan, s. 159-160; Özay, yürütmeyi durdurma kararlarının sıkı şartlara bağlanması amacını güden düzenlemelere dayanak teşkil etmesi açısından, Fransa ile karşılaştırmalı istatistik bilgilere başvurulmasını tasvip etmemektedir. Yazara göre, Fransa'da yargısal kararların ışığı altında gelişen idare hukukuna saygılı davranmak için gereken çaba her çevrede eşit olarak görüldüğünden CE önüne getirilen iptal davası sayısı bizdekinden azdır. Ancak yazarı, Danıştay'ın vermiş bulunduğu bazı yürütmeyi durdurma kararlarının yanlışlığında vurgulamak ihtiyacı hissetmiştir; 1968 ve sonrası İstanbul ve Ortadoğu Teknik Üniversitelerinin öğrenci olayları nedeniyle kapatılması kararlarına karşı açılan davalarda kamu hizmetinin sürekliliği (!) ilkesine dayanarak vermiş bulunduğu yürütmeyi durdurma kararları eleştirilmiştir. Bu dönemde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi bir genç öğretim üyeleri ile Ankara'ya giderek yarım günde Danıştay'ın ilgili dairesinde yürütmeyi durdurma kararı alabilmıştır. Bk. Özay, s. 344-345 ve 560 nolu dipnot.

göre, ciddi ve idari veya yargı kararlarının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması şartlarına bağlamıştır.

1990 yılında 3622 sayılı Kanun ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi daha zor şartlara bağlanmıştır. Buna göre yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkca hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi kararın gerekçeli olması yanında yürütmeyi durdurma kararının gerekçesinde bu iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun gösterilmesi gerektiği hükmü getirilmiştir. Bu hüküm, yürütmeyi durdurma kararlarının verilebilmesini güçleştirici bir düzenleme olmuştur (74). 4001 sayılı Kanun ile yürütmenin durdurulmasının düzenlendiği İYUK'nun 27. maddesi, değiştirilmeden önce yukarıdaki şekildedeydi. Yani yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkca hukuka aykırı olması (75) şartları birlikte gerçekleşecek, yürütmenin durdurulması kararının gerekçesinde de bu iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun açıkca gösterilmesi gerekecektir.

2. YÜRÜTMENİN DURDURULMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİĞİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi, idari yargı hakimine tanınan yürütmenin durdurulmasına karar verebilme yetkisinin, ilk derece idari yargı yerlerinde ve ilk derece idari yargı yeri sıfatıyla Danıştay'da açılan davalarda kullanılmasına ilişkin şartları düzenlemektedir. 52. madde ise, sözkonusu yetkisinin kanun yolları aşamasında kullanılmasına ilişkin şartları düzenlemektedir.

4001 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce 27. maddenin 1. fıkrası "Danıştay'da veya idari mahkemelerde idari dava açılma-

(74) Erkrut, s. 5; Bilgen'de bu düzenleme ile idari yargı hakimlerine yürütmeyi durdurma kararı vermemeleri yönünde bir mesaj yolladığını söylemektedir. Bilgen, s. 804; Ancak idari mahkemelerin ve Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararlarındaki gerekçelerin çok kısa olması, hatta çoğu kez hiçbir açıklamayı ihtiva etmemeleri karşısında, getirilen bu sınırlamaların fiilen etkisiz hale getirildiği dahi söylenebilir.

(75) Elbetteki açık hukuka aykırılıktan kasıt, sıradan bir vatandaşın kolaylıkla anlayabileceği bir hukuki sakatlık değildir. Bu sakatlığın, davaya bakan hakimlerin mesleki bilgi ve deneyimlerine dayanarak özel bir araştırmaya ihtiyaç olmaksızın ilk bakışta anlaşılan türden olması gerekir. Candan I, s. 38.

sı veya kanun yollarına başvurulması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz" şeklindeyken değişiklikten sonra, "veya kanun yollarına başvurulması" ifadesi Kanundan çıkarılmıştır.

Yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için gerekli olan şartlar, değişiklikten sonra da muhafaza edilmiştir. Buna göre, yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekecektir. Yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olması gerektiğinde muhafaza edilen bir diğer husustur (md. 27/2). Ancak 3622 sayılı Kanun ile 2. fıkraya ilave edilen "Bu iki şartın birlikte gerçekleşmediği durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verilemez. Yürütmenin durdurulması kararının gerekçesinde bu iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun da açıkça gösterilmesi gerekir". ifadesi, çıkarılmıştır. Kanun yapma tekniğine uygun bulunmayan (76) ve yürütmenin durdurulmasını güçleştirme amacı gerekçesiyle eleştiriye uğrayan (77) bu cümlelerin madde metninden çıkarılması uygun olmuştur.

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak 27. madde ile getirilmiş bulunan bazı sınırlamalarda 4001 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır.

Yürütmenin durdurulmasına doksan gün için karar verilebileceği ve yürütmenin durdurulmasına karar verilen davaların tekemmül etmelerinden itibaren altmış gün içinde karara bağlanması gerektiği hükmünü getiren 4. fıkra, yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan böyle yürütmeyi durdurma kararları süre açısından herhangi bir sınırlamaya tabi olmayacaktır. Bu durumun mahkemeler açısından bir rahatlatma sağlayacağı söylenebilir.

Gene bazı sınırlamalar getiren 9, 10 ve 11. fıkralarda yürürlükten kaldırılmıştır.

9. fıkra, savaş halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğini hükme bağlamaktaydı.

10. fıkra, sıkıyönetim ve olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde görevli olan veya sonradan bu bölgelerde görevlendirilen kamu

(76) Candan I, s. 38. Gerçektende 3622 sayılı Kanun ile eklenen bu cümleler gereksizdir. Yürütmenin durdurulması için gerekli olan iki şart belirtilmesine göre, bunlar gerçekleşmeden karar verilemeyecektir. Tabiidir ki gerekçe aranmasından maksat, bu şartların gerekçede gösterilmesinin gerektiğidir.

(77) Bk. 74 nolu dipnot.

personeli hakkında yapılan idari işlemlere ilişkin davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğini belirtmektedir (78).

11. fıkra ise, olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde grev ve lokavt ile toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi, dernek ve kuruluşların kapatılması veya faaliyetten menedilmesi kararlarına ilişkin davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğini belirtmiştir.

(78) Özay, 10. fıkra uygulamasını haklı olarak ısrarlı bir şekilde eleştirmiştir. Hatta yazara göre, 10. fıkra hükmü o denli kötü uygulamalara neden olmuştur ki, hukuk devletinin en önemli güvencesi olan iptal davaları ve yürütmenin durdurulması ülkemizde anlamsızlaşmıştır. Mesela üniversite personeline ek ders ücreti olarak yanlış ödeme yapıldığı iddiası ile maaşlarından kesinti yapılmasına ilişkin idari karara karşı açılacak bir davada eğer görevli herhangi bir kentte ise yürütmenin durdurulması kararı verilebilmekte, buna karşılık asayişle ilgili bir olağanüstü halin bulunduğu yörede ise bu yasak kapsamına girmektedir. Bk. Özay, s. 131. Özay, bu konuda aynen şöyle demektedir (Bk. s. 345-346); "Eleştirdiğim ve vargücümle ortadan kalkması için çaba sarfedeceğim Danıştay uygulaması 27. maddenin 10. fıkrasına ilişkin olanıdır. İdare hukukçusu diğer bilim adamı meslekdaşlarımın da katıldığı kişisel gördüğüm bu fıkranın sıkıyönetim ya da olağanüstü hal ile organik veya işlevsel bir ilişkisi olan kamu personeli'ni öngördüğü, böyle bir bağ olmadığı takdirde de sözkonusu yerde olağanüstü hal veya sıkıyönetim bulunmasının yürütmenin durdurulması kararı için bir engel oluşturmayacağıdır. Bunun birinci kanıtı Anayasanın 125. maddesinde, değil bu gibi haller, savaş sırasında bile kanunla sınırlamadan söz edilmiş olmasıdır. Sınırlama ve 'yasaklama' aynı şeyler olmadığından Anayasa koyucu eğer bu olanığı tümünden ortadan kaldırmak isteseydi bu konuda bir 'yasak' koymasını engelleyici hiç neden yoktu. İkinci ve güçlü kanıt ise Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun aynı konuyla özgülünen 62. maddesidir.

Bu maddede 'savaş halinde yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği' öngörüldükten sonra aynen 'sıkıyönetim halinde, sıkıyönetim bölgelerinden alınan veya bu bölgelere naklen atanmaları yapılan personele ilişkin olarak açılan iptal davalarında yürütmeyi durdurma kararı verilemeyeceği' hükme bağlanmakla 'organik ve işlevsel bağ ölçütü' açıkça benimsenmiş görülmektedir.

Anayasal düzen olarak çok daha katı kuralların egemen bulunduğu askeri yönetim alanındaki bir kanunun benimsenmiş olduğu sıkıyönetim görevine ilişkin olma ilkesinin sağladığı hakkın aynı Anayasa tarafından sivil kamu görevlilerinden esirgendiğini düşünmek mümkün değildir.

Bu bakımdan da güvenlik nedeniyle olağanüstü halin bulunduğu bir ildeki özel öğretim kurumunda görevli beden eğitimi öğretmenin Millî Eğitim Bakanlığı tarafından hiç bir gerekçe göstermeden memuriyetten ihracına ilişkin kararına karşı açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması isteminin 'incelenmeksizin reddine' ilişkin idare mahkemesi kararı (İstanbul 3. İdare Mahkemesi, Kt. 24.4.1986, E. 1986/315) en azından üzücüdür".

Bütün bu sınırlamalar 4001 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla özellikle 10. fıkraya hükümüne ilişkin mevcut tartışmalar olumlu bir şekilde son bulmuştur.

Temyiz ve itiraz taleplerinde yürütmenin durdurulmasında 52. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olması, hakim, mahkeme veya Danıştay kararının yürütülmesini durdurmaz. Ancak, bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dairesi, kurulu veya itirazı incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilir. 4001 sayılı Kanun ile 1. fıkraya, "davanın reddine ilişkin kararların temyizi halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi 27. maddede öngörülen koşulun varlığına bağlıdır" ifadesi eklenmiştir.

52. madde uyarınca, yürütmenin durdurulması talebinde bulunacak olan idare ile davacının amaçları farklı olmaktadır. İdare, 28. madde uyarınca infaz etmek zorunda olduğu dava konusu işlemin kısmen veya tamamen iptaline ilişkin kararlar ile tam yargı davalarının kısmen veya tamamen kabulüne ilişkin kararların gereklerine uygun işlem tesis etme veya eylemde bulunma yükümlülüğünden kurtulmayı amaçlamaktadır. 28. madde uyarınca infazı gerekmeyen davanın kısmen veya tamamen reddi yolundaki kararları itiraz veya temyiz başvurusuna konu eden davacının yürütmenin durdurulması kararından beklediği ise, icrai nitelikte olan veya davanın kısmen veya tamamen reddi ile icrai niteliğini yeniden kazanan dava konusu idari işlemin, kendisi üzerinde etki oluşturmaya engel olmaktır (79). 4001 sayılı Kanun tarafından madde metnine eklenen cümle, davacıya bu imkanı tanımaktadır.

52. maddenin 1. fıkrasına eklenen cümle ile dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi, 27. maddede yapılan atıf sebebiyle gerekçeli olmak zorundadır. Davanın kabulü durumunda temyiz aşamasında yürütmenin durdurulması istenmişse, yani yürütülmesinin durdurulması istenen işlem değilse mahkeme kararıysa, gerekçe mecburiyeti yoktur. Burada aranacak olan 52. maddenin 1. fıkrası ikinci cümle uyarınca "teminat"dır. İptal davalarında bu teminat istenmeyebilir (md. 52/2).

Davanın reddine ilişkin kararların temyizli halinde dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi,

(79) Candan, T. : İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Müessesesi II, Mali Ekonomik Sosyal Yaklaşım, yıl 2, sy. 23, s. 25-26.

acaba sadece temyiz yolunda mı mümkündür? Yani davanın reddine ilişkin kararların itiraz yoluyla bölge idare mahkemesine getirilmesi ve mahkemeninde dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi var mıdır? Kanunkoyucunun bu cümlede itiraz yolundan söz etmemiş olması, bu yetkinin bölge idare mahkemelerinde zaten mevcut olmasına bağlanmıştır (80). Candan bu konuda şöyle demektedir (81); 'İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 4. fıkrasına göre, itiraz başvurusuna konu edilen ilk derece yargı yeri kararını hukuka aykırı gören bölge idare mahkemesinin kararı bozduktan sonra, işin esasına da girerek, davayı karara bağlama yetkisi vardır. Davanın esası hakkında karar vermeye yetkili olan yargı yerinin, bu davaya konu idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar veremeyeceği düşünülemez. Esasen uygulamada, bölge idare mahkemelerince, itiraz başvurusu dolayısıyla, idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmektedir (Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Kt. 5.12.1989, E. 1989/1350)'".

52. madde uyarınca kanunyolu müracaatlarında üst idari yargı yerleri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itiraz imkanı yoktur. Böyle bir itiraz yolu 52. maddede düzenlenmediği gibi, ilk derece idari yargı yerleri ile Danıştay'ın ilk derece yargı yeri sıfatıyla baktığı davalarda verilen yürütmenin durdurulması kararlarına itirazı düzenleyen 27. maddenin 6. fıkrasına da atıf yapılmamıştır. 52. maddeye eklenen cümle ile 27. maddeye yapılan atıf, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli şartlar açısından yapılmıştır.

52. madde uyarınca verilen yürütmenin durdurulması kararları açısından, herhangi bir süre sınırlaması da mevcut değildir. 4001 sayılı Kanun'dan önce 27. maddenin 4. fıkrası uyarınca, yürütmenin durdurulması kararları doksan gün için verilmekteydi. 4001 sayılı Kanun bu sınırlamayı kaldırmıştır. 4. fıkranın yürürlükte olduğu dönemde dahi Danıştay, 52. madde hükmü uyarınca verilen yürütmenin durdurulması kararları yönünden 27. maddenin 4. fıkrası hükmünün gözönünde tutulmasına ve bu kararların hukuksal etkinlik süresinin de doksan gün olduğu yönünde bir sonuca ulaşılmasına imkan bulunmadığını bildirmiştir (82).

(80) Candan II, s. 30.

(81) Candan II, s. 30.

(82) D. 5. D. Kt. 11.7.1991, E. 1991/414, K. 1991/1.

D. 2577 SAYILI KANUNDA 4001 SAYILI KANUNLA YAPILAN DİĞER DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari yargılama usulümüz esas itibariyle yazılılık esasını benimsemiştir. Bu nedenle idari davalar. Danıştay, İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış dilekçelerle açılır. Dava dilekçesinde bulunması gereken hususları 2577 sayılı Kanununun 3. maddesi hükme bağlamıştır. Bu maddenin 1. fıkrasında, 4001 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış ve idari davaların, imzalı dilekçe ile açılacağı belirtilmiştir.

Madde metnine "imzalı" kelimesinin dahil edilmesinin nedeni gerekçede, imzasız dava dilekçeleri üzerine verilen ve birbirinden farklı sonuçlar doğuran kararların önüne geçilmesi ve hak kaybının önlenmesi olarak gösterilmektedir.

İdari yargıda kural, her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dilekçelerle dava açılmasıdır. Ancak şartlarının oluşması halinde birden fazla işlem aleyhine bir dilekçe ile veya birden fazla şahsı ilgilendiren işlemden dolayı müşterek bir dilekçe ile dava açılması da mümkündür.

2577 sayılı Kanununun 5. maddesi bu konuyu düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasında, birden fazla işlem aleyhine bir dilekçe ile dava açılacak durumlar düzenlenmiştir. 4001 sayılı Kanun ile fıkra metninde değişiklikler yapılmıştır.

Değişiklikten önce aynı şahsın birden fazla işlem aleyhine bir dilekçe ile dava açabilmesi, işlemler arasında maddi ve hukuki bakımdan bağıllık bulunması şartına bağlanmıştı. 4001 sayılı Kanunla "ve" kelimesi "veya" olarak değiştirilmiş ve "yada" bağlacı ile fıkraya "sebe-sonuç ilişkisi bulunan" ibaresi eklenmiştir. Buna göre, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık yada sebe-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile dava açılabilir.

İkinci fıkrada ise, birden çok kişinin birlikte tek dilekçe ile dava açabileceği durumlar düzenlenmiştir. 4001 sayılı Kanun bu fıkrada da çeşitli değişiklikler yapmıştır. İlk madde metninde, birden fazla şahsı ilgilendiren işlemden dolayı müşterek dilekçe ile dava açılabilmesi, hak veya menfaatte iştirak ile maddi ve hukuki sebeplerde birlik bulunması şartına bağlanmıştı. Yapılan değişiklikte hak veya menfaatlerde iştirak bulunması şartı aynen muhafaza edilmekte, ayrıca "ve" bağlacı ile "davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması" şartı getirilmektedir.

Yapılan bu değişiklikler ile, aynı dilekçeyle dava açılabilcek haller kolaylaştırılmıştır.

2577 sayılı Kanununun 8. maddesinin ilk üç fıkrası, davanın açılması sırasında dilekçenin verildiği yerlerce yapılması öngörülen işlemleri açıklamıştır. Son üç fıkrası ise, herhangi bir nedenle harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik verilerek açılan davalar hakkında yapılacak işlemleri düzenlemiştir. Sözkonusu son üç fıkra önce, 3622 sayılı Kanun ile değişikliğe uğradıktan sonra şimdi de 4001 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

Maddenin 4. ve 5. fıkraları birleştirilerek bir fıkra halinde düzenlenmiştir. İlk kez dava açılırken eksik yatırılan veya hiç yatırılmayan harç veya posta ücreti ile ilgili hükümler aynen muhafaza edilmiş sadece ilgiliye tebliğ yapacak kişiler arasına daire başkanının görevlendireceği tetkik hakimi de eklenmiştir.

Dava açıldıktan sonra posta ücretinde tebliğ işlemlerinin yapılmasını engelleyecek şekilde azalma olması halinde izlenecek yöntem ise ilk kez düzenleme konusu yapılmıştır. Böylece bu konuda uygulama da meydana gelen duraksamalar giderilmiştir. Maddenin değişiklikle ilgili gerekçesinde de bu konuya değinilmektedir.

Maddenin 6. fıkrasında yer alan "Bu masraflar yargılama giderlerine dahildir" cümlesi de 4001 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan böyle, bu madde ile ilgili olarak re'sen genel bütçeden yapılan tebligatlar yargılama giderlerinin hesabında dikkate alınmayacaktır.

"İdari Makamların Sükutu" başlığını taşıyan 10. madde yürürlüğe girdiği 1982 yılından bu yana iki kez değişikliğe uğramıştır. Maddenin 2. fıkrasında yer alan, "Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez" hükmü 3622 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış, daha sonra 4001 sayılı Kanun ile yeniden yürürlüğe konmuştur. Ayrıca, "Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçmez" hükmü maddeye dahil edilmiştir.

İdari işlemler ve eylemler idarece ya kendiliğinden ya da ilgili-lerin başvurusu üzerine tesis edilirler. İlgililer yetkili makamlara yazı ile başvurarak dilek ve şikayetlerini bildirebilirler. Böyle bir işteğe karşılık idarenin dilekçe sahiplerine yazılı olarak sonucu bildirme ödevi bulunmaktadır. İşte idarenin bu ödevini yerine getirmemesi veya verilen cevabın kesin olmaması halî 10. maddede düzenlenmiştir.

Bu hükme göre ilgililer, idari makamlara başvurarak, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılmasını isteyebilirler. İdare tarafından altmış gün içinde cevap verilmezse istekleri reddedilmiş sayılır. Bu, zımni red işlemine karşı ilgililer, altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde dava açabilirler.

Ancak altmış günlük süre içinde idarece verilen cevabın kesin olmaması halinde ilgiliye iki yoldan birini tercih etme hakkı tanınmıştır. İlgili bu cevabı istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi kesin cevabı da bekleyebilir. Kesin cevabı beklemeye karar verdiği takdirde dava açma süresi işlemmez. Bununla birlikte bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez.

İlgili kişi, idari dava açma süresi içinde dava açmazsa veya açtığı dava süre aşımı nedeniyle reddedilirse 2. fıkranın son cümlesi bir şartla geçirilen idari dava açma süresinin yeniden canlandırılmasına imkan tanımaktadır. Bu da idari makamlarca, altmış günlük süre bittikten sonra cevap verilmesi halidir. Böyle bir durumda, dava açma süresi cevabın ilgiliye tebliğinden itibaren işlemeye başlar.

4001 sayılı Kanun 10. maddenin 3. fıkrasını yürürlükten kaldırarak, özellikle vergi hatalarının düzeltilmesi amacıyla idari makamlara yapılan başvurularda dava açma süresi açısından meydana gelen problemleri ortadan kaldırmıştır. Artık bu konularla ilgili olarak yapılan başvurular, dava açma süresini kesecektir. Nitekim bu konuya, değişiklikle ilgili gerekçede, ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin tesisi için yapılan başvuruya idarece verilen cevap kesin değilse, ilgiliye bu cevabı red sayarak dava açma imkanı tanındığı gibi, idarenin kesin cevabını bekleme olanağı da sağlandığı, bu takdirde, dava açma süresinin işlemeyeceği, ancak, bekleme süresinin başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemeyeceği öngörülerek, idari istikrarın korunması ve ilgililerin haklarının kaybolmamasının amaçlandığı belirtilmiştir.

10. maddenin 3. fıkrasının yürürlükten kaldırılmasına paralel olarak 11. maddenin 4. fıkrası da yürürlükten kaldırılmıştır.

Dava dilekçeleri üzerinde yapılacak ilk inceleme sonunda, 2577 sayılı Kanununun 14. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen usule ilişkin noktalardan biriyle davanın açılışında kanuna aykırılık görülmesi halinde, idari yargı yerlerince ne tür kararlar verileceği ve nasıl bir işlem yapılacağı 15. maddenin 1. fıkrasında gösterilmiştir. Birinci fıkraya göre verilecek kararların kural olarak temyizi veya iti-

razi mümkündür. Ancak maddenin 4. fıkrası bu konuda bazı istisnalar getirmiştir. Bilindiği gibi ilk incelemede öncelikle davanın görevli ve yetkili idari yargı yerinde açılıp açılmadığına bakılmaktadır. İdari yargının değil de, askeri veya adli yargının görevli olduğu konularda, davanın görev yönünden reddine karar verilmektedir. Verilen bu kararların ise, itiraz veya temyiz yolu ile yeniden incelenmesi mümkün olmamaktadır.

İlk incelemede, idari yargının görevli olduğu ancak görevli veya yetkili olmayan idari yargı yerinde davanın açıldığı tesbit edilirse, davanın görev veya yetki yönünden reddine ve dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verilir. Bu kararların, 4001 sayılı Kanuna göre temyiz veya itirazı mümkün olmamaktadır.

Kural olarak dava dilekçesinde hasım gösterilmesi gerekmektedir. Ancak hasım gösterilmemesi veya yanlış hasım gösterilmesi halinde kanun koyucu gerçek hasmı tesbit etme görevini idari yargı mercilerine vermektedir. Böyle bir durumda, dava dilekçesinin tesbit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verilmekte ve bu kararların da temyizi veya itirazı mümkün olmamaktadır.

Ayrıca dava dilekçelerinin 2577 sayılı Kanununun 3. ve 5. maddelerine uygun olarak düzenlenmesi de gerekmektedir. Dilekçelerin kanuna uygun şekilde düzenlenmediği veya eksik düzenlendiği belirlenirse, otuz gün içinde 3. ve 5. maddelere uygun şekilde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak suretiyle yeniden dava açılmak üzere dilekçelerin reddine karar verilmektedir.

Dava, ehliyetli olan şahsın avukat olmayan vekili tarafından açılmış olabilir. Bu takdirde de, otuz gün içinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verilmektedir.

Dilekçe red kararları aleyhine temyiz veya itiraz yoluna başvurmak mümkün değildir. Bu istisna, Kanunun yürürlüğe girdiği 1982 yılından bu yana maddede yer almaktadır. Ancak ilk metinde bu yasaklama sadece ilk inceleme üzerine Danıştayca verilen kararları kapsıyordu.

Bilindiği gibi, idari yargıda yazılı yargılama usulü geçerli olmaktadır. Duruşma yapılması istisnai bir durumdur. Davalarda duruşma yapılması belli şartların gerçekleşmesine bağlanmış, duruşma yapılmasına ve izlenecek usule ilişkin hükümlere Kanununun 17., 18. ve 19. maddelerinde yer verilmiştir.

Duruşmalı işlerde karar verme zamanını belirleyen 19. maddenin ilk şekline göre, duruşma yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmazsa gerekçesiyle birlikte onbeş gün içinde karar verilmesi gerekiyordu. Yapılan değişiklik ile aynı gün karar verilmemesi halinde bunun gerekçesinin kararda gösterilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır. Bundan böyle duruşma yapıldıktan sonra en geç onbeş gün içinde karar verilmesi gerekmektedir.

Dosyaların incelenmesi başlığını taşıyan 20. madde, dosyanın çözüme kavuşturulabilmesi için Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerine geniş yetkiler tanımıştır. Mahkemeler, belirlenen süre içinde gerekli gördükleri evrakların gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu isteğin yerine getirilmesi zorunludur. Bu zorunluğa 3. fıkra bir istisna getirmektedir. Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin olan bilgi ve belgeleri vermeyebilir.

4001 sayılı Kanun ile 4. fıkra hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hüküm, getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyaların taraf veya vekillerine incelettirilmemesini düzenliyordu. Söz konusu bu yasak nedeniyle davacılar gereği gibi savunmada bulunamıyor, idarelerde bu yasağı bildiği için aslında gizli olmayan bir belgeyi veya bilgiyi "gizli" damgası ile mahkemeye gönderiyorlardı. Yani madde uygulamada çeşitli suistimallere neden olmaktaydı. Buna ilişkin gerekçe ise, yargılama usulü hukukunda amacın, davaya dayanak yapılan tüm belge ve delillerin tarafların bilgisine sunulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkması ve bu suretle hukukun üstünlüğünün sağlanması olduğu taraf ve vekillerine incelettirilmeyen belge ve dosyaya dayanılarak karar verilmesinin, davacılara gerçek anlamda iddiasını kanıtlama hakkı tanınmadığını gösterdiği gibi adalete de gölge düşürdüğü uygulamada gizlilik taşımayan belge ve dosyalara gizlilik damgası vurularak bunların ilgililere incelettirilmesinin engellenmek istediği belirtilmiştir. Bu nedenle fıkranın yürürlükten kaldırılması olumlu olmuştur.

Bu maddede 4001 sayılı Kanun ile yapılan son değişiklik ise 5. fıkrada olmuştur. Burada yer alan "Başkanlık Kurulunca" ibaresi "Başkanlar Kurulunca" şeklinde değiştirilmiştir.

521 sayılı Danıştay Kanununa göre kararda tetkik hakiminin düşüncesi de yer almaktaydı. Ancak, 2577 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemişti. En son 4001 sayılı Kanun ile ya-

pılan değişlikle dosyayı hazırlayan ve kararın oluşumunda katkısı büyük olan tetkik hakiminin düşüncesine de kararda yer verilmiştir.

Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında, "yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir surette değistiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmü yer almaktadır.

İdare yargı yerlerince verilen kararların yerine getirilmesi kural olarak idareye aittir. Karardan beklenen sonucun doğabilmesi için, idarenin kararın gereklerine uygun işlem veya eylem tesis etmesi gerekmektedir. 2577 sayılı Kanunun 28. maddesi, idareyi en geç altmış gün içinde bir işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya zorlamaktaydı. İdareye tanınan bu altmış günlük süre uygulamada kararın gereğini yerine getirecek olan idare tarafından "bekleme süresi" olarak yorumlanmış ve kararın gereği genellikle altmışıncı günde yerine getirilmiştir.

4001 sayılı Kanun ile 28. maddede değişiklik yapılmış, idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu belirtildikten sonra, bu sürenin hiç bir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hükmü bağlanmıştır.

Diğer taraftan 521 sayılı Kanundan beri tam yargı davaları hakkındaki kararlar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunuyordu. 4001 sayılı Kanunda bu hükmü muhafaza etmiş, ancak cümleye "belli bir miktarı içerenler" ibaresini ilave etmiştir.

2577 sayılı Kanunun 31. maddesi, hangi konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağını tek tek saymıştır. 3622 sayılı Kanun ile sözkonusu maddenin 1. fıkrasının sonuna, "Ancak bilirkişinin seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır" hükmü ilave edilmiştir. 4001 sayılı Kanun ise bilirkişi seçiminin yanında "davanın ihbarı"nın da re'sen yapılacağını öngörmektedir.

Taşınmaz mallara ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi 34. maddede düzenlemektedir. Maddenin ilk şekli, "Taşınmaz Mallara İlişkin Davalarda Yetki" başlığını taşıyordu ve tek fıkradan meydana geliyordu. 4001 sayılı Kanun ile maddenin başlığı "Taşınmaz Mallara ve Kamu İdarelerine İlişkin Davalarda Yetki" olarak değiştirilmiş, ilk fıkra aynen muhafaza edilmekle birlikte maddeye 2. fıkra eklenmiştir.

Bu değişiklik ile Ankara İdare mahkemelerinin görev ve yetki alanına giren davaların çözümü, ilgili yer idare mahkemelerine verilerek Ankara Mahkemelerinin yükü azaltılmak istenmiş ve usül ekonomisine riayet edilmiştir.

Vergi uyumsuzlıklarında yetkili mahkemeyi 2577 sayılı Kanunun 37. maddesi düzenlemektedir. Bu maddeye 4001 sayılı Kanunun 17. maddesi ile bir fıkra eklenerek, Gümrük Kanununa göre alınması gereken vergilerle Vergi Usül Kanunu gereğince şikayet yoluyla vergi düzeltme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerde yetkili mahkeme vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarih ve tahakkuk ettiren vergi dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanununun "İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay'da Görülecek Davalar" başlıklı 24. maddesinin 1. fıkrasının j bendinde, "Vergi Usül Kanunu gereğince şikayet yoluyla vergi düzeltme taleplerinin reddine ilişkin işlemlere" karşı açılacak davaları Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak çözümleyeceği hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı Kanunun 37. maddesine eklenen fıkra ile 2575 sayılı Kanunun 24. maddesinde yer alan bendi aynı konuda farklı iki yargı yerini yetkili mahkeme olarak göstermektedir. 2577 sayılı Kanunda neden bu yönde değişiklik yapıldığını ise gerekçe, Danıştay Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısıyla Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaları belirten 2575 sayılı Kanunun 24. maddesinin 1. fıkrasının j bendindeki davalar Danıştay'ın görev alanından çıkarıldığından 2577 sayılı Kanunda bu yönde düzenleme yapma gereğinin duyulduğu belirtilmektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanunumuz, ilke olarak her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılmasını kabul etmiştir. Ancak ilke bu olmakla birlikte çeşitli maddelerinde bunun istisnalarını da düzenlemiştir. Örneğin, 5. maddede, aynı dilekçe ile dava açılacak halleri hükme bağlamıştır. Bir diğer istisnai durum ise, 38 ila 42. maddeler arasında düzenlenen bağlantılı davalara ilişkin bulunmaktadır.

Bugüne kadar yürürlükte bulunan düzenlemede kanun koyucu bağlantılı davaları tanımlamamıştır. Hangi hallerde davalar arasında bağlantı olduğu konusunda açıklık olmadığı gibi, 31. maddede de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa bu konuda yapılmış bir atıf da bulunmamaktadır.

Söz konusu boşluğu 4001 sayılı Kanun 2577 sayılı Kanunun 38. maddesine bir fıkra ekleyerek gidermeye çalışmıştır. Bu fıkroda bağlantılı davaların tanımı yapılmış, aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalar olarak belirtilmiştir.

Kanun koyucu ayrıca 39. maddenin 2. fıkrasının c bendinde yer alan "bağlantılı" kelimesini "bağlantı" olarak değiştirmiştir.

2577 sayılı Kanunun "Kararlara Karşı Başvuru Yolları" başlığını taşıyan üçüncü bölümünün 46 ve devamı maddelerinde temyiz düzenlenmiştir. 46. madde hangi kararların, kaç gün içinde temyiz edilebileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır.

4001 sayılı Kanun da maddede değişiklik yaparak, 7. maddede ki hüküm ile bir paralellik sağlamıştır. Buna göre, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen haller de, Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilir.

Bilindiği gibi, temyiz istemleri Danıştay Başkanlığına hitaben yazılmış dilekçelerle yapılmaktadır. Temyiz dilekçesinde bulunması gereken hususlar ve dilekçenin verilmesi üzerine yapılması gereken işlemler 48. maddede düzenlenmiştir.

Temyiz dilekçeleri ilk önce kararı veren Danıştay dava dairesine veya mahkemeye verilmekte, kararı veren daire veya mahkeme dosyayı tekemmül ettirdikten sonra dizi listesine bağlı olarak Danıştay'a veya ilgili kurula göndermektedir.

Bilindiği gibi, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda verilen kararların temyiz edilebilmesi 3622 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce mümkün değildi. İlk kez 3622 sayılı Kanun bu kararların da temyiz edilebileceğini kabul etmiştir. Bu nedenle daha önceki düzenlemede bu konuya ilişkin hükümler yoktur.

3622 sayılı Kanun ile değişik İdari Yargılama Usulü Kanununun 48. maddesinin 4. fıkrasına, 4001 sayılı Kanun ile "Danıştay" kelimesinden sonra gelmek üzere "dairesi" kelimesi eklenerek hükme açıklık getirilmiştir. Ayrıca, yine 4001 sayılı Kanun ile madde 7. fıkra eklenerek, temyiz dilekçesi verilirken harç ve giderlerin ödenmemiş olduğu, dilekçenin 3. madde esaslarına göre düzenlenmediği ve temyiz kanuni süre geçtikten sonra yapıldığı hususlarının dosyanın gönderildiği Danıştay'ın ilgili dairesi veya kurulunca saptanması hallerinde, temyiz isteminde bulunulmamış, sayılmasına ve temyiz

isteminin süreden reddine ilişkin kararların ilgili daire ve kurulca verilebilmesine imkan tanınmıştır.

Yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yollarından biridir. Olağanüstü olması nedeniyle yargılanmanın yenilenmesi sebepleri Kanunda sınırlı olarak sayılmış bulunmaktadır. İdari Yargılama Usulünde yargılamanın yenilenmesi 2577 sayılı Kanununun 53. maddesinde hükme bağlanmıştır.

3622 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce Danıştay ile İdare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında yargılanmanın yenilenmesi istenebiliyordu. 3622 sayılı Kanun bölge idare mahkemelerinde verilen kararlar hakkında da yargılanmanın yenilenmesinin istenebilmesini sağlamıştır.

Buna göre Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelelerinde verilen kararlar hakkında, 53. maddenin 1. fıkrasında yazılı sebepler dolayısıyla yargılanmanın yenilenmesi istenebilir. Bu sebeplerden biri de (h) bendinde belirtildiği gibi, tarafları ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine sebep olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından evvelki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunmasıdır.

4001 sayılı Kanun sözkonusu (h) bendinde, "tarafları" kelimesinden sonra gelmek üzere "konusu" kelimesini eklemiştir. İlamların ayniyetinden sözedebilmek için tarafları, sebebi ve konusunun aynı olması gerektiğinden bu şekilde bir ilave yapılmıştır.

Ayrıca 53. maddenin 3. fıkrası daha önce, yargılamanın yenilenmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun süreye ilişkin hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağını öngörüyordu. 4001 sayılı Kanun fıkrayı değiştirerek atıf hükmünü kaldırmıştır. Yargılamanın yenilenmesi süresi 1. fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için on yıl, diğer sebepler için altmış gün olarak belirlenmiştir. Sözkonusu on yıl ve altmış günlük süreler, dayanılan sebebin istemde bulunan yönünden gerçekleştiği tarihi izleyen günden başlatılarak hesaplanacaktır.

Olağanüstü kanun yollarından bir tanesi de kararın düzeltilmesidir. Taraflar bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğini izleyen onbeş gün içinde, 2577 sayılı Kanununun 54. maddesinde yazılı sebeplerin bulunması halinde kararın düzeltilmesi isteminde bulunabilirler.

54. maddenin ilk şekline göre sadece, Danıştay Dava Daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurulları tarafından ve-

rilen kararlar için kararın düzeltilmesi isteminde bulunulabiliyordu. 3622 sayılı Kanun 1. fıkraya, "bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar" ibaresini ilave ederek bölge idare mahkemesince verilen kararlara karşı da kararın düzeltilmesi isteminde bulunabilmesine imkan tanımıştır.

Kararın düzeltilmesi isteklerinin hangi daire veya kurulda inceleneceğine ilişkin hüküm 54. maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. 3622 sayılı kanun ile 1. fıkraya yapılan ilaveye paralel olarak 4001 sayılı Kanun da 3. fıkraya "bölge idare mahkemesince" ibaresini eklemiştir. Buna göre, kararın düzeltilmesi istekleri esas kararı vermiş olan daire, kurul ve bölge idare mahkemesince incelenebilecektir.

Yargılamanın yenilenmesine ve kararın düzeltilmesine ilişkin özel hükümler 2577 sayılı Kanununun 55. maddesinde yer almaktadır.

4001 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce tarafların yargılamanın yenilenmesi ve kararın düzeltilmesi istemleri kanunda yazılı sebeplere dayanmıyorsa istegin reddine karar veriliyor ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bu husustaki hükümlerine göre para cezası hükmediliyordu. Yapılan değişiklik ile, para cezası hükmedileceğine ilişkin ifade yürürlükten kaldırılmıştır.

Dava hakkının uzantısı olan kanun yollarına başvurma hakkını kısıtlayan bir hüküm olması nedeniyle yürürlükten kaldırılması olumlu olmuştur.

Keşif, bilirkişi incelemesi veya delillerin tesbiti için görevlendirilen bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri hakimleri ile diğer görevlilerin yol giderleri ve tazminatları hakkında Harçlar Kanununun 34. madde hükmü uygulanıyordu. Ancak 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Giderleri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun ile sözkonusu 34. madde yürürlükten kaldırıldığından 2577 sayılı Kanunun 59. maddesinde de buna uygun yeni bir hüküm sevk edilmiştir.

"Çalışmaya Ara Verme" başlığını taşıyan 61. maddeye göre bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri her yıl Temmuz ayının yirmisinden Eylül ayının altısına kadar çalışmaya ara verirler. 4001 sayılı Kanun bu süreyi kısaltmıştır. Bundan böyle çalışmaya ara verme süresi Temmuz ayının yirmisinden Ağustos ayının yirmibirine kadar olmaktadır.

Maddede 3622 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, yargı çevre-

sine dahil olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu il merkezi dışında kalan idare ve vergi mahkemelerinin çalışmaya ara vermeden yararlanamayacakları hükme bağlanmıştır. Çalışmaya ara vermeden yararlanamayanların da yıllık izin haklarının saklı olduğuna ilişkin hüküm ise, 4001 sayılı Kanun ile 61. maddenin 3. fıkrasına eklenmiştir.

4001 sayılı Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılan değişikliklerle, sistemde aksayan yönlerin düzeltilmesi ve idari yargı mercilerindeki tıkanıklığın önüne geçilerek dava dosyalarının bir an önce çözüme ulaştırılmasının sağlanması amaçlanmıştır.

Bu amacı gerçekleştirebilmek için çeşitli maddelerde olumlu diyebileceğimiz değişiklikler yapılmıştır. Ancak amaç uğruna hakkı ortadan kaldıran değişikliklerin de yapıldığını görüyoruz. Örneğin, 2577 sayılı Kanununun 2. maddesinde yapılan değişiklik bu yöndedir. İdari Yargı mercilerindeki tıkanıklığın önüne geçebilmek amacıyla, kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, dava açma hakkı belli konularda önemli ölçüde kısıtlanmıştır.

Yapılan bu değişikliklerle hedeflenen amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini zaman gösterecektir. Büyük bir ihtimalle de uygulama, yeni değişiklikleri de gerekli kılacaktır.

KARMA TÜRK SEÇİM SİSTEMİ VE BAZI ÖNERİLER

Yrd. Doç. Dr. Yavuz ATAR (*)

I. GENEL OLARAK

Seçim sistemleri genel olarak iki ana tipe ayrılmaktadır. Bu ana tipler, istikrar ilkesine önem veren çoğunluk sistemleri ile eşitlik ve adalet ilkelerine dayanan nisbi temsil sistemleridir. Bu iki ana tipin kendi içlerinde çeşitli alt versiyonları bulunduğu gibi, bunlar dışında, çoğunluk ve nisbi temsile ait unsurların ya da her iki sistemde de bulunmayan tekniklerin (dar seçim çevreleri, seçim barajları, kontenjan adaylığı gibi) birleştirilmesi suretiyle sayısız seçim sistemleri üretilebilmektedir ki, bunları ortak bir başlık altında "karma sistemler" olarak kategorize etmek mümkündür (1). Lijphart'ın yaptığı ayrıma göre, çoğunlukçu demokrasinin tipik seçim sistemi çoğunluk (tek-isimli nisbi veya mutlak çoğunluk) sistemi iken, oydaşmacı demokrasiler kural olarak nisbi temsil sistemini kullanır. Çoğunluk sistemleri, oyların nisbi ya da mutlak çoğunluğunu elde eden partilere parlamentoda artık temsil sağlayacak belli bölgelerde yoğunlaşmamış olmaları durumunda, azınlıkların temsiline imkan tanımaz. Buna karşılık nisbi temsil sistemleri, oyları sandalyelere orantılı olarak dönüştürmek suretiyle küçük grupların temsili ni sağlamaya çalışır. Öte yandan her seçim sisteminin farklı mekanik ve siyasi sonuçları bulunmaktadır. Bir ülkede seçim sistemi tercihi yapılırken bütün bu faktörler dikkate alınmaktadır (2).

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Seçim sistemleri hakkında geniş bilgi için bkz. Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1986, s. 283 - 314; Atar, Yavuz, Türkiye'de Seçim Sistemlerinin Gelişimi ve Siyasi Hayat Üzerindeki Etkileri, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, S. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü), Konya 1990, s. 37 - 89; Mackenzie, W. J. M., Free Elections, London 1967; Lakeman, Enid, How Democracies Vote: A Study of Electoral Systems, London 1970.

(2) Lijphart, Arend. Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örneklere (Çevirenler: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, s. 100; Özbudun, Ergun, Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Ankara 1993, s. 152; McWhinney, Edward, Constitution - making: Principles, Process, Practice, Toronto 1981, s. 96 - 110.

Demokrasilere ve demokrasiye geçiş sürecindeki ülkelere genel olarak baktığımızda, en yaygın olarak benimsenen seçim sisteminin nisbi temsil olduğunu görüyoruz. Gerçekten de, istikrarlı demokrasilerden Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İzlanda, İsraill, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, İsveç, İsviçre ve İrlanda (devredilebilir tek oy); Latin Amerika ülkeleri; Doğu Avrupa ülkelerinden Romanya, Polonya, Bulgaristan, Macaristan ve Çekoslovakya nisbi temsil sisteminin değişik türlerini benimsemişlerdir (3). Çoğunluk sisteminin nisbi ya da mutlak çoğunluk türünü benimseyen ülkeler, ABD, İngiltere, Kanada, Fransa, Yeni Zelanda ve Avustralya'dır (4). Son olarak, Almanya, İtalya (5), İspanya, Portekiz, Yunanistan, Japonya (devredilmez tek oy) ve Türkiye'de ise, karma sistem olarak adlandırabileceğimiz birbirinden farklı seçim sistemleri kabul edilmiştir. Bu ülkelerin karma seçim sistemleri, basit çoğunluk ve nisbi temsilin birleştirilmesi (Almanya ve İtalya); seçim çevrelerinin küçültülmesi (İspanya ve Türkiye); yüksek barajların konulması (Yunanistan ve Türkiye) ya da kontenjan adaylığı uygulanması (Türkiye) gibi yöntemlerle üretilmiştir (6).

Çeşitli dönemlerde demokrasiye geçiş yapan Latin Amerika ve daha yeni olarak Doğu Avrupa ülkelerinden hiç birisinin Anglo-Amerikan modeli bir çoğunluk sistemini benimsememiş olması oldukça ilginçtir. Şartları diğer ülkelere göre daha özel olmakla birlikte, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde de demokrasiye geçiş döneminde nisbi temsilin uygulandığını görmekteyiz. Bu ülkelerde demokrasiye geçişte ve bunun bir parçası olan yeni anayasaların yapımında, yoğunluğu ülkelere göre değişmekle birlikte, daha çok bir uzlaşma ve katılma eğilimi belirmiştir. Bu nedenle, gelecekteki oyunun kurallarını düzenleyen en önemli kurumlardan biri olan seçim sisteminin de, çoğulcu demokrasiye daha uygun olan nisbi temsil sistemi olması tercih edilmiş olabilir.

Türk siyasi hayatında 1961 Anayasası dönemini siyasi partiler

- (3) Bu ülkelerden, nisbi temsilin devredilebilir tek oy türünü kullanan İrlanda dışındakiler, değişik alt formlularla birlikte genellikle listeli nisbi temsili kabul etmiştir.
- (4) Bu ülkelerden ABD, İngiltere, Kanada ve Yeni Zelanda, nisbi çoğunluk formülünü; Fransa, mutlak çoğunluk (iki - turlu sistem) sistemini; Avustralya ise, alternatif oy sistemini kullanmaktadır.
- (5) Uzun bir süre nisbi temsil sistemini kullanan İtalya, 1994 yılında Almanya'da uygulanan seçim sistemine benzer bir karma sistemi kabul etmiştir.
- (6) Bkz. Özbudun, Ergun, Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Ankara 1993, s. 153 - 158; Lijphart, s. 101 Tablo 9/1; Teziç, Anayasa Hukuku, s. 283 - 314; Atar, s. 37 - 89.

ve seçim sistemi açısından da sona erdiren 12 Eylül 1980 askeri müdahalesinden sonra, yeniden demokrasiye geçiş anlamına gelen 1983 milletvekili genel seçimlerine kadar süren ara dönemde, konumuzla ilgili olarak yeni Anayasa (1982), Milletvekili Seçimi Kanunu ve Siyasi Partiler Kanunu yapılmıştır. 1982 Anayasası, Milletvekili Seçimi Kanunu ve Siyasi Partiler Kanunu, 1980 öncesi yürürlükte bulunan mevzuata nazaran oldukça farklı düzenlemeler getirmiştir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası gibi, seçimle ilgili bir takım temel prensipleri düzenlemiş, ancak seçim sisteminin belirlenmesini kanuna bırakmıştır. Anayasanın 67. maddesine göre, "Vatandaşlar kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir (f. 1). Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yargı yönetim ve denetimi altında yapılır (f. 2). Ondokuz yaşını dolduran her Türk vatandaşı, seçme ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir (f. 3)". Bu maddenin devamında ise oy kullanma hakkının sınırları belirlenmiştir.

1982 Anayasası da, 1961 Anayasasına paralel olarak yaptığı bu düzenlemeleriyle, demokratik seçim ilkelerini benimsemiş olmaktadır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak tek meclisli parlamento (m. 75) esasını benimsemiş, 450 milletvekilinden oluşan (7) TBMM seçimlerinin ise beş yılda bir yapılacağını (m. 77) öngörmüştür.

1982 Anayasasından sonra yeni bir Milletvekili Seçimi Kanunu hazırlanarak kabul edilmiş, buna karşın 1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun yürürlükte bırakılmıştır. Bu Kanunda da zaman içinde bazı değişiklikler yapılmış olmakla beraber, bunların çoğu seçimin olağan ve teknik konularına ilişkindir (8).

Milletvekillerinin seçimiyle ilgili esaslar ve seçim sistemi 13.6.1983 tarih ve 2839 sayılı yeni Milletvekili Seçimi Kanunu (9) ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kanun 1982 Anayasasını hazırlayan

(7) 1982 Anayasasında 400 olarak öngörülen TBMM üyelerinin sayısı, 1987 yılında 17.5.1987 tarih ve 3361 sayılı Kanunla (R.G. 18.5.1987, Sayı 19464 mükerrem) Anayasada yapılan bir değişiklikle 450'ye çıkarılmıştır.

(8) 1982 Anayasası Cumhuriyet Senatosuna yer vermeyerek, tek meclis sistemine dönmüştür. Böylece 1961 Anayasası dönemindeki Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu da yürürlükten kalkmıştır.

(9) Bkz. R.G. 13.6.1983, Sayı 18076.

Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiştir. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu (MSK) da, ilke olarak nisbi temsilin d'Hondt usulünü benimsemiştir. (m. 2). Ancak, kabul edilen ilke nisbi temsil olmakla beraber, buna ikili bir baraj öngören düzenlemeler eklenmiştir. Bunlardan birincisi, ülke çapında kullanılan geçerli oyların yüzde 10'unu aşamayan siyasi partilerin milletvekili paylaşımına katılmamasını öngören "genel baraj" (m. 33), ikincisi de, bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oy toplamının o çevreden seçilecek milletvekili sayısına bölünmesi ile elde edilen seçim çevresi sayısını (kotasını) aşamayan parti ve bağımsız adaylara o çevrede milletvekilliği verilmemesini öngören "seçim çevresi barajı"dır (m. 34, f. 2). Ayrıca kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde, d'Hondt yöntemine göre yapılacak olan bölme işlemi milletvekili sayısının "bir eksiği" ile yapılacaktır (m. 34, f. 3) (10) ki, bu da seçim çevresi barajını yükseltmektedir. Bütün bunlara ilâveten, seçim kanunlarında yapılan değişikliklerle, seçim çevreleri de son derece daraltılmıştır. Bu da seçim çevresi barajını iyice yükselten ve böylece küçük ve hatta orta boy partileri bile milletvekili paylaşımının dışında bırakan ayrı bir engelleyici unsurdur. Kontenjan adaylığı esası ise, Siyasi Partiler Kanunu ile öngörülmüştür. Bu hükme göre, "Siyasi partiler sadece altı veya daha fazla milletvekili çıkaracak illerin, 4, 5 ve 6 milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde birer kontenjan adayı gösterirler" (m. 38, f. 1).

Çift barajlı Türk seçim sisteminin bu genel esaslarına bakarak bu sistemin bir nisbi temsil mi, yoksa bir karma seçim sistemi mi olduğu tartışılması gereken bir konudur.

Doktrinde yazarların büyük çoğunluğu (11), bugünkü seçim sisteminin karma bir sistem olduğu görüşündedir. Buna karşılık seçim

(10) Bu hüküm Milletvekili Seçimi Kanununa 1987 yılında yapılan bir değişiklikle eklenmiştir.

(11) Teziç, Türk seçim sisteminin bir karma sistem olduğunu açıkça belirtmektedir. Bkz. Teziç, Anayasa Hukuku, s. 309; Bu konuda diğer yazarların görüşleri için ayrıca bkz. Araslı, Oya, Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876 - 1987), Ankara 1989, s. 285; Daver'in değerlendirmelerinden, Yazar'ın, seçim sisteminin nisbi temsil olma vasfını kaybettiği şeklinde bir düşünceye sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Bkz. Daver, Bülent, "Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı 5, Anayasa Mahkemesinin 26. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara 1989, s. 143 - 144; Ayrıca bkz. Özyörük, Mukbil, "Nisbi Temsil Çoğunluğa Dönüşmüştü", Tercüman 15.12.1987; Kırca, Coşkun, "Azınlık Çoğunluk Olurken", Hürriyet 1.12.1987; Cıngı, Aydın, "Seçim Sistemimiz Üzerine Bir İnceleme", Cumhuriyet 24.3.1989; Türk, H. Sami, "Seçim Hukukumuz ve Sorunları", Cumhuriyet 20.9.1987, s. 10.

sisteminin esasının nisbi temsil olduğunu savunan yazarlar da vardır (12). Ancak, sistemin nisbi temsil olduğu yolundaki görüşü benimseyen yazarlar bile, seçim sisteminin sahip olduğu barajlar ve sisteme eklenen diğer yabancı unsurlar sebebiyle, seçim sistemini tam anlamıyla bir nisbi temsil olarak nitelendirememektedirler (13).

Gerçekten de, 2839 sayılı MSK ile getirilen çift barajlı seçim sisteminin klasik anlamda bir nisbi temsil olduğundan söz edilemez. Özellikle 1987 milletvekili seçiminin sonuçları, seçim sisteminin nisbi temsil olmadığını çok açık ve tartışmaya yer vermeyecek bir biçimde doğrulamıştır. Türk seçim sistemi nisbi temsilin d'Hondt yönteminden hareket etmekle beraber, sahip olduğu ülke çapındaki genel baraj, seçim çevrelerindeki çevre barajı ve bunlara eklenen kontenjan adaylığı uygulaması (14) sebebiyle, nisbi temsil ve çoğunluk sisteminin karışımından oluşan bir karma seçim sistemidir. Bunun yanı sıra, seçim kanunlarında yapılan bir dizi değişiklik, seçim çevrelerinin nisbi temsille bağdaşmayacak bir ölçüde daraltılması, seçim sistemini tipik bir karma sistem haline getirmiştir. Karma seçim sistemlerinin üretilmesinde kullanılan teknikler; seçim çevrelerinin yeniden düzenlenmesi, seçim barajları konulması, oyların sandalyelere dönüştürülmesi kurallarının değiştirilmesi (kontenjan adaylığı) gibi yöntemlerden oluşabilmektedir. Karma sisteme dönüştürülmek istenen seçim sistemi bir nisbi temsil ise, buna eklenecek yeni esaslar çoğunluk sisteminden; dönüştürülmek istenen çoğunluk sistemi ise bu defa da nisbi temsil sisteminin tekniklerinden yararlanır. Ya da her iki sistemde de olmayan yeni yöntem ve teknikler bulunabilir (15). Esası d'Hondtlu nisbi temsil olan Türk seçim

(12) Özbudun, Ergun, "Turkey", Myron Weiner and Ergun Özbudun, eds., *Competitive Elections in Developing Countries*, Washington 1987, s. 359; Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Ankara 1986, s. 173.

(13) Gözübüyük, s. 172 - 174; Özbudun, Ergun, "Seçim Sistemleri ve Demokrasi", *Bülten (Türk Demokrasi Vakfı Yayın Organı)*, Ocak 1988, s. 17. Özbudun, Türk seçim sisteminin nisbi temsil niteliğine işaret etmekle birlikte, kontenjan adayı gösterilen seçim çevreleri bakımından, çoğunluk sistemi ile nisbi temsilin birleştirilmesinden oluşan bir karma sistemin benimsendiğini kabul etmektedir (Bkz. Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1993, s. 237).

(14) Kontenjan adaylığı esasının uygulandığı seçim çevrelerinde, kontenjan adayının seçimi, tamamen dar bölgeyi çoğunluk sisteminin işleyişine benzemektedir.

(15) Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Atar, s. 78 - 89; Ayrıca bkz. Cotteret, Jean Marie ve Claude Emeri, *Seçim Sistemleri*, (Çeviren: Tanju Gökçül), İstanbul 1975, s. 79-87; Mackenzie, W.J.M., *Free Elections*, London 1958, s. 77-85; Lakeman, Enid, *How Democracies Vote: A Study of Majority and Proportional Electoral Systems*, London 1970, s. 195, 200 vd.; Türk, Seçim Hukukumuz ve Sorunları, *Cumhuriyet* 20.9.1987, s. 10.

sistemini karma bir sistem haline getirebilmek, daha doğrusu nisbi temsilin istenmeyen yönlerini, varılmak istenen amaç doğrultusunda değiştirebilmek için, çoğunluk sistemlerinin özelliğine benzeyen seçim çevrelerinin daraltılması ve kontenjan adaylığı gibi unsurların yanısıra, baraj konulması gibi ne çoğunluk ne de nisbi temsil sisteminin orijinal yapısında bulunmayan yöntemler de kullanılmıştır.

Türkiye'de 1980 öncesinde kullanılan nisbi temsilin barajsız d'Hondt sistemi, istikrarlı hükümetler çıkaramadığı gerekçesiyle eleştirilmiş, çözüm için yeni önerilerde bulunulmuştur. Doktrin, siyasi partiler, basın ve kamuoyu bu konuyu o dönemde zaman zaman gündeme getirmiştir (16). 12 Eylül'den sonra yeni Anayasa ve seçim kanunu hazırlanacağı zaman, aynı çevrelerce Anayasa ve seçim sistemi konusunda çeşitli taslak ve öneriler hazırlanarak Danışma Meclisi Anayasa Komisyonuna sunulmuştur (17). Üniversiteler, yüksek yargı organları, meslek kuruluşları ve sendikalarca önerilen seçim sistemleri arasında dar bölgeli çoğunluk, basit çoğunluk, nisbi temsil, barajlı d'Hondt, karma seçim sistemi, iki türlü çoğunluk gibi sistemler ve seçimlere ilişkin diğer konularda çeşitli görüşler ve öneriler yer almıştır (18). Ancak 1982 Anayasasını yapan Kurucu Meclis, seçim sisteminin sahip olduğu öneme rağmen, Anayasa Komisyonuna sunulmuş olan önerileri iyi bir şekilde değerlendirmeden (19), 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile çift barajlı d'Hondtlu nisbi temsil sistemini (karma sistem) kabul etmiştir. Çift barajlı seçim sisteminin kabulü konusunda, "ufak partilerin yasama meclisinde temsilini önlemek..., mahalli partilerin oyların dağılmasına sebep olmalarının engellenmesi" ve "parlamento faaliyetlerinde, hükümetlerin devamında istikrar sağlama" gibi gerekçelere dayanılmıştır (20).

(16) Bu dönemdeki tartışmalar ve seçim sistemi önerileri için bkz. Hürriyet Seçim Semineri, İstanbul 1972; Tercüman Anayasa ve Seçim Sistemi Semineri, İstanbul 1980; Türk, H. Sami, "Seçim Sisteminde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Öneriler", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, Ankara 1978, s. 365-400; Türk, H. Sami, "Nasıl Bir Seçim Sistemi?", AÜHFTE., Cilt 36, Sayı 1 - 4, s. 39 - 82.

(17) Bkz. Gürbüz, Yaşar, Anayasa/Görüşler/Taslak, İstanbul 1982.

(18) Bu görüş ve öneriler için bkz. Gürbüz, s. 22, 49 - 51, 147, 172, 219, 277.

(19) Bkz. Türk, H. Sami, "Seçim Sisteminde Bölücülük Tartışması", AÜHFTE., Cilt 38, Sayı 1 - 4, s. 53 vd.

(20) Anayasa Komisyonu Raporu'nun konuya ilişkin bölümü şöyledir:

"Bilindiği ve yaşandığı gibi 12 Eylül öncesel, istikrarsız koalisyon hükümetleri devri olmuş ve yasama hayatında özellikle koalisyonların kurulması ve devamında üstünlü veren olaylara şahit olunmuştur.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu müteaddit defalar değişikliğe uğramıştır. 3270 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kontenjan adaylığı esası getirilmiş (2839 sayılı kanun, m. 34), daha sonra da 3377, 3403, 3404 ve 3757 sayılı kanunlarla bazı değişiklikler yapılmıştır (21). Bugün yürürlükte bulunan karma Türk seçim sistemini incelerken, önce sistemin temelindeki d'Hondt usulünü, daha sonra da seçim sistemini karma sisteme dönüştüren genel baraj, seçim çevresi barajı, kontenjan adaylığı, kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde bir eksiği ile bölme ve seçim çevrelerinin daraltılması gibi düzenlemeleri ele alacağız.

II. KARMA TÜRK SEÇİM SİSTEMİNİN ESASLARI

A — D'Hondtlu Nisbi Temsil

Anayasa ile belli bir seçim sistemi öngörülmemekle, seçim sisteminin belirlenmesi, yasama organına bırakılmıştır. Böylece 1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile ilke olarak d'Hondtlu nisbi temsil sistemi kabul edilmiştir. 2839 sayılı MSK'nun "seçim sistemi ve usulü" başlığını taşıyan 2. maddesine göre, "Milletvekili seçimi tek derecedir. Seçim nisbi temsil sistemine göre, genel, eşit ve gizli oyla bütün yurtda aynı günde yargı yönetim ve denetimi altında yapılır".

Milletvekillerinin seçim çevrelerinde siyasi partiler ve varsa ba-

Bundan dolayı da yeni konacak seçim sisteminin her şeyden önce mümkün olduğu ölçüde istikrar sağlamaya elverişli olması fikri benimsenmiş; bu hedefe yönelik kurallar araştırılmıştır. Fakat aynı zamanda Anayasanın demokrasi düzenini, o düzenin içinde siyasi partilerin varlığını teminat altına alan ruhu da ihmal mümkün olmayan bir temel olarak göz önünde tutulmuştur.

Bu iki ilkedен hareketle çoğunluk sistemi ile nisbi temsil bir kere daha karşılaştırılmış ve nisbi temsilin d'Hondt sistemi benimsenmiştir. Ancak ufak partilerin yasama meclisinde temsilini önlemek için baraj konması gerekli görülmüş ve araştırmalardan sonra yurt genelinde yüzde on oranında bir baraj benimsenmiştir. Diğer taraftan illerden de geçerli oy sayısını, çıkması gereken milletvekili sayısına bölmekle elde edilen seçim sayısını aşamayan partilerin paylaşmaya katılmaması adalete uygun görülerek sisteme konulmuştur" (Bkz. Milletvekili Seçimi Kanunu Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/672), Danışma Meclisi, S. Sayısı 386, s. 3).

- (21) Bu kanunlar için bkz. 28.3.1986 tarih ve 3270 sayılı Kanun (R.G. 15.4.1986, Sayı 19079); 23.5.1987 tarih ve 3377 sayılı Kanun (R.G. 3.6.1987, Sayı 19476); 10.9.1987 tarih ve 3403 sayılı Kanun, (R.G. 11.9.1987, Sayı 19571 mükerrer); 17.10.1987 tarih ve 3404 sayılı Kanun (R.G. 19.10.1987, Sayı 19609); 3757 sayılı Kanun (R.G. 26.8.1991, Sayı 20972).

ğimsiz adaylar arasında paylaştırılması ise, d'Hondt usulüne göre yapılacaktır. 2839 sayılı MSK'nun 34. maddesine göre (22) :

"... siyasi partilerin bir seçim çevresinde elde edecekleri milletvekili sayısı aşağıdaki şekilde hesaplanır :

Bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların toplamının, o çevreden çıkacak milletvekili sayısına bölünmesi ile elde edilecek sayıdan az oy alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekilliği tahsis edilmez.

Seçime katılmış ve yukarıdaki fıkrada belirtilen seçim çevresi barajını aşmış olan siyasi partilerin ve bağımsız adayların adları alt alta ve aldıkları geçerli oy sayıları da hizalarına yazılır. Siyasi partilerin oy sayıları önce bire, sonra ikiye, sonra üçe... ilâ, o çevrenin çıkaracağı milletvekili sayısına ulaşıncaya kadar bölünür. Elde edilen paylar ile bağımsız adayların aldıkları oylar ayırım yapılmaksızın en büyükten en küçüğe doğru sıralanır. Seçim çevresinden çıkacak milletvekili sayısı kadar bu payların sahibi olan partilere ve bağımsız adaylara rakamların büyüklük sırasına göre milletvekillikleri tahsis olunur. Kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde, bu fıkraya göre yapılacak bölme işlemi ve milletvekili dağılımı, o seçim çevrelerinin çıkaracağı milletvekili sayısının bir eksiği ile yapılır".

Seçime katılan siyasi partilerden ve bağımsız adaylardan hiçbir çevre barajı sayısını aşamazsa, o zaman klasik d'Hondt sistemine göre, bu kez aynı işlem, o seçim çevresinde seçime katılan bütün partiler ve bağımsız adaylar için yapılır (m. 34, f. 5).

Örnek : Bir seçim çevresinde geçerli oy sayısı 200.000, seçilecek milletvekili sayısı 5 ve ülke genelindeki yüzde onluk barajı aşmış olan (A) partisi 86.000, (B) partisi 56.000, (C) partisi 38.000, (D) partisi 20.000 oy almış olsun. Buna göre bu seçim çevresinde çevre barajı $200.000 : 5 = 40.000$ olur. Bu durumda (C) ve (D) partisi seçim çevresi barajını aşamamış olduklarından, beş milletvekilliği (A) ve (B) partileri arasında şöyle paylaşılır :

Partiler	1. Bölme	2. Bölme	3. Bölme	4. Bölme	5. Bölme
A	86.000	43.000	28.866	21.500	17.200
B	56.000	28.000	18.666	14.000	11.200

(22) Bu maddeye (m. 34), 3270, 3403 sayılı kanunlarla eklemeler yapılmış ve madde son şeklini 3404 sayılı kanunla almıştır.

Büyükten başlayarak milletvekilliklerini dağıtırsak, 86.000 (A), 56.000 (B), 43.000 (A), 28.666 (A) ve 28.000 (B) şeklinde sonuçlanarak, (A) partisi toplam 3, (B) partisi de toplam 2 milletvekilliği kazanmış olur.

Nisbi temsil sistemi ülkemizde ilk defa 1961 Anayasası döneminde 306 sayılı MSK. ile kabul edilmiş ve bugüne kadar da uygulanarak son şeklini yürürlükteki 2839 sayılı MSK. ile almıştır. 1961'den bu yana benimsenmiş olan bu sistem sırasıyla, "barajlı d'Hondt", "milli bakiye", "barajsız d'Hondt" ve son olarak da "çift barajlı d'Hondt" yöntemiyle birlikte kullanılmıştır. Ayrıca 2839 sayılı MSK., kontenjan adaylığı, bir eksiği ile bölme ve seçim çevrelerinin daraltılması gibi düzenlemelerle, nisbi temsil sistemini, karma seçim sistemine dönüştürmüştür. Yine 2839 sayılı MSK. ile, 1980'e kadar uygulanmış olan "her ilin bir seçim çevresi sayılması" kuralı terk edilerek, belli esaslara göre iller içerisinde de ayrı ayrı daraltılmış seçim çevreleri oluşturulmuştur (m. 4, 15) (23). 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu "tercihli oy sistemi"ni kabul etmiş (m. 26, 28), ancak ilk milletvekili seçiminde tercih oyunun kullanılmayacağını öngörmüştür (Geçici m. 5). Daha sonra 1986 tarih ve 3270 sayılı kanunla Milletvekili Seçimi Kanununda yapılan değişiklikle tercih oyu sınırlı olarak yeniden düzenlenmiştir. Ancak ne var ki, 1987 tarih ve 3403 sayılı kanunla, 1987 seçimlerinde de tercih oyunun kullanılmayacağı belirtilmiştir. Sonuç itibarıyla Milletvekili Seçimi Kanunu ile kabul edilmiş olmasına rağmen, geçici hükümlerle, tercih oyunun 1983 ve 1987 seçimlerinde uygulanması engellenmiştir. Nihayet ilk defa 26.8.1991 tarih ve 3377 sayılı Kanun, 1991 milletvekili genel seçimlerinde tercihli oy kullanılmasını kabul etmiş ve seçimler bu şekilde yapılmıştır (24).

B — Seçim Sistemine "Karma" Özellik Veren Unsurlar

1 — Genel Baraj (Ülke Barajı)

Gerçekte, nisbi temsilin d'Hondt sistemi kendi yapısında taşıdığı seçim sayısı (barajı) sebebiyle küçük partilerin aleyhine işler. Büyük partilere ise, gerçek oy oranlarının üzerinde parlamentoda tem-

(23) Bu konuda bkz. Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 239 - 240.

(24) 26.8.1991 tarih ve 3377 sayılı Kanun, tercihli oyun XIX. dönem milletvekili seçimlerinde uygulanma biçimini şu şekilde düzenlemiştir: "Partiler, her seçim çevresinde o çevrenin çıkaracağı milletvekili sayısının iki katı kadar aday gösterecekler ve parti adaylarının bir veya birkaçının aldığı tercihli oy sayısı partinin o seçim çevresinde aldığı tüm geçerli oyların %15'ini aştığı takdirde, parti listesindeki sıra değişmiş ve bu adaylar seçilmiş olacaktır" (Bu konuda bkz. Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 343).

sil edilme imkanı sağlar. Buna rağmen nisbi temsilin d'Hondt sisteminde veya diğer formüllerinde, küçük partilerin de az çok temsil imkanı elde etmesi, genellikle hiç bir partinin parlamentoda çoğunluğu sağlayamamasına yol açar. Bu sebeple, nisbi temsilin bu sonuçlarını önlemeye yönelik bazı yöntemler kullanılır. Bu yöntemlerden birisi de, seçim sistemine bir baraj konulmasıdır. Baraj, bir partinin parlamentoda sandalye kazanabilmesi veya bir seçim çevresinden milletvekili çıkarabilmesi için elde edilmesi gerekli olan ve kanunla öngörülen "en az oy oranı" ya da "oy miktarı"dır (25). Buna göre yüzde oranlı ve basit seçim sayılı olmak üzere iki tür baraj vardır.

Baraj yönteminin kullanılmasında gözönünde tutulması gereken en önemli husus, barajın ölçüsü, yani demokratik seçim ilkelere uygunluğu sorunudur. O halde demokratik seçimin zorunlu şartlarını ortadan kaldıran ya da etkisiz hale getiren barajlar konulamaz.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ülke genelinde yüzde oranlı, seçim çevrelerinde ise basit seçim sayılı baraj yöntemini kabul etmiştir. MSK'na göre, "Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların yüzde on'unu geçemeyen partiler milletvekili çıkaramazlar. Bir siyasi parti listesinde yer almış bağımsız adayların seçilebilmesi de listesinde yer aldığı siyasi partinin ülke genelinde ve ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde yüzde onluk barajı aşması ile mümkündür" (m. 33, f. 1) (26).

Genel baraj sayısı, siyasi partilerin ülke çapında (27) elde ettiği geçerli oy toplamının, Türkiye genelindeki geçerli oy toplamına bölünmesi ile elde edilir (m. 33, f. 3). Genel barajı aşamayan siyasi partiler milletvekilliği elde edemeyeceklerinden, seçim çevrelerinde milletvekilliklerinin dağıtımı barajı aşamayan partilerin oyları dikkate alınmaksızın, barajı aşan partiler arasında yapılacaktır.

Örnek : Ülke genelinde 23.971.629 geçerli oyun kullanıldı-

(25) Türk, Seçim Hukukumuz, Cumhuriyet 18.9.1987, s. 10.

(26) Parti listesinde yer alacak bağımsız adaylarla ilgili hükümler Milletvekili Seçimi Kanununun 33. maddesine, 3377 sayılı kanunla sonradan eklenmiştir.

(27) Genel baraj sayısının hesaplanmasında esas alınan ülke çapındaki toplam geçerli oy sayısına ve partilerin aldığı geçerli oy sayılarına, gümrük kapılarında kullanılan geçerli oylar da dahil edilir. Yani gümrük kapılarında kullanılan geçerli oylar siyasi partilere dağıtıldıktan sonra genel baraj sayısı hesaplanır (298 sayılı Kanun, m. 94).

ğı 1987 seçimlerinde, partilerin Türkiye çapında elde ettikleri geçerli oy yüzdeleri şöyle gerçekleşmiştir (28) :

ANAP	8.704.335	% 36.31
SHP	5.931.000	24.75
DYP	4.587.082	19.14
DSP	2.044.576	8.53
RP	1.717.425	7.16
MÇP	701.538	2.93
IDP	196.272	0.82

Bu sonuçlara göre, seçime katılan partilerden DSP, RP, MÇP ve IDP yüzde on oranındaki genel barajı aşamadıklarından, seçim çevrelerindeki milletvekilliği paylaşımına yalnızca ANAP, SHP ve DYP katılacaktır. Nitekim 1987 seçimlerinde DSP, RP ve MÇP bazı seçim çevrelerinde çevre barajını aşmış olmalarına rağmen, ülke genelindeki yüzde onluk barajı aşamamalarından dolayı milletvekilliği elde edememişlerdir (29).

Ülke çapındaki genel barajın seçim sonuçları üzerindeki etkisi çeşitli faktörlere bağlıdır. Bunlar barajın oranı (yüksekliği), ülkedeki siyasi yapılaşma, seçime katılan parti sayısı ve oyların seçim çevreleri itibariyle dağılımı gibi bir takım faktörlerdir. Seçime katılan partilerin sayısı ve ülke genelindeki barajın oranı yükseldikçe, barajı aşamayan partilerin sayısı da doğru orantılı olarak artar (30).

Nisbi temsilin kabul edildiği diğer ülkelerde de çok az da olsa, ülke çapındaki genel baraj uygulamalarına yer verildiği görülmektedir. Türkiye'de bu nitelikte bir baraj ilk defa 2839 sayılı MSK ile getirilmiştir (31). Daha önce 1961-1980 döneminde seçim çevresi barajı ka-

(28) Bu veriler için bkz. R.G. 9.12.1987, Sayı 19659.

(29) Örneğin DSP Zonguldak 1. Bölgede, RP ise Diyarbakır 1. Bölge ve Siirt'te seçim çevresi barajını aşmıştır (Bkz. R.G. 9.12.1987, Sayı 19659).

(30) Türk, Seçim Hukukumuz, Cumhuriyet 18.9.1987, s. 10.

(31) 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile getirilen bu genel baraj, 1980'den önceki milletvekili seçimlerinde uygulanacak olsaydı ortaya çok ilginç sonuçlar çıkabilirdi. Örneğin, sekiz partinin katıldığı 5 Haziran 1977 seçimlerinde yüzde onluk genel baraj uygulansaydı, Millet Meclisinde yalnız iki büyük parti (AP %36.87 ve CHP %41.38) temsil edilir, diğer altı parti ise parlamento dışında kalırdı (Bu konuda benzer örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, Seçim Hukukumuz, Cumhuriyet 18.9.1987, s. 10).

bul edilmiş, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (32). Fakat Türkiye'de bugün yürürlükte bulunan yüzde 10'luk genel baraj oranı, diğer ülkelerdeki benzerlerine kıyasla oldukça yüksektir. Bu nitelikteki genel baraj Almanya'da yüzde 5, İsveç'te yüzde 4, Yunanistan'da yüzde 3, İsrail'de ise yüzde 1'dir. Bununla beraber Almanya'da milletvekillerinin yarısı tek isimli çoğunluk sistemine göre seçilmekte ve eğer bir parti bu sisteme göre en az 3 milletvekili çıkarırsa yüzde 5'lik baraja tâbi olmamaktadır. Ayrıca 1990 yılında Federal Almanya ile Doğu Almanya'nın birleşmesinden sonra yapılan ilk seçimlerden önce, seçim kanununda yapılan bir değişiklik ile Doğu Almanya seçim bölgesinde partilerin birleşik liste sunmalarına izin verilmiştir. Yine İsveç'te, bir parti en az yüzde 12 ay aldığı seçim çevrelerinde milletvekili paylaşımına katılabilmektedir (33).

Türkiye'de 2839 sayılı MSK. ile bu derece yüksek seçim barajları öngörülmesine rağmen, diğer ülkelerde görülen ve barajların olumsuz etkilerini kısmen telafi eden söz konusu düzenlemelere benzer hükümlere yer verilmemiş olması eleştirilere konu olmuştur (34).

Federal Almanya'da, bütün esnekliğine ve Türkiye'dekinden çok daha düşük olmasına rağmen, ülke genelindeki baraj hükümleri hakkında açılan iptal davalarında, yetkili yüksek mahkemeler ortaya koydukları çeşitli kısıtlar çerçevesinde baraj düzenlemelerini Anayasaya aykırı bulabilmişlerdir. Bu kararlara aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz.

Türkiye'de ise doktrin, siyasi partiler ve kamu oyu tarafından eleştirilmekle beraber, 1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile getirilen bu genel baraj hükmü hakkında, Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılamamıştır. Çünkü bu kanun Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılmış olup, Anayasanın geçici 15. maddesine göre, bu tür kanunlar hakkında Anayasaya aykırılık

(32) Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Atar, s. 141 - 145.

(33) Bkz. Türk, Seçim Hukukumuz, Cumhuriyet 18.9.1987, s. 10; Araslı, s. 279; Ayrıca bkz. Bogdanor, Vernon, "Introduction", Vernon Bogdanor and David Butler, eds., Democracy and Elections: Electoral System and their Political Consequences, Cambridge 1983, s. 15; Rose, Richard, "Elections and Electoral Systems: Choices and Alternatives", Vernon Bogdanor and David Butler, Democracy and Elections: Electoral Systems and their Political Consequences, Cambridge 1983, s. 38; Lijphart, s. 103; Daver, s. 143.

(34) Türk, Seçim Hukukumuz, Cumhuriyet 18.9.1987, s. 10; Araslı, s. 279; Daver, s. 143.

iddiasıyla dava açılmamaktadır (35). Bu durumda Kanunun bu düzenlemeleri, ancak yasama organınca kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, 10.9.1987 tarih ve 3403 sayılı kanunun bazı maddelerinin iptali için açılan davada, bu kanunun 5. maddesi ile yeniden düzenlenen seçim çevresi barajı hakkında Anayasaya uygunluk kararı verirken, üstü kapalı olarak ülke çapındaki genel barajın da Anayasaya aykırı olmadığını ima etmiştir (36). Anayasa Mahkemesi, 298 sayılı kanunda değişiklik yapan 3270 sayılı kanunun 10 ve 33. maddelerinin seçim çevresi barajlarını yükselttiği için Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında verdiği karar (37) ile, mahalli seçimlerde onda birlik baraj uygulamalı nisbi temsil sistemini öngören 1984 tarih ve 2972 sayılı kanunun 2 ve 23. maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında vermiş olduğu kararda (38), Anayasaya aykırılık iddialarını reddetmiş; ayrıca kanun koyucunun istediği seçim sistemini benimseyebileceğinden bahisle, dolaylı olarak genel

(35) Özbudun, Seçim Sistemleri ve Demokrasi, s. 16; Tanör, Bülent, İki Anayasa 1961 - 1982, İstanbul 1986, s. 111 - 113; Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanunların yargı denetimine konu olamayacağı hakkında ayrıca bkz. Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 351 - 352; Anayasanın geçici 15. maddesi bir anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılabilirse, bu takdirde, Milli Güvenlik Konseyi dönemi kanunları için itiraz yoluyla anayasa yargısı denetimi mekanizması işletilebilir. Ancak burada seçim kanunlarının itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine nasıl götürüleceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Seçim uyumsuzluklarının görülmesi ve çözüme bağlanması görevi Anayasa (m. 79) ile Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir. Her ne kadar Yüksek Seçim Kurulu Anayasada yasama bölümünde düzenlenmiş ise de, doktrin (Bkz. Teziç, Anayasa Hukuku, s. 282) ve Anayasa Mahkemesi (Bkz. E. 1972/66; K. 1973/11; K.T. 6.3.1973, AMKD., Sayı 11, s. 126 - 179) tarafından bir yargı organı (mahkeme) olarak kabul edilmektedir. Bir yargı organı olarak seçim uyumsuzluklarını seçim kanunlarını uygulamak suretiyle hükme bağlayan Yüksek Seçim Kurulunda uyumsuzluğun görülmesi sırasında uygulanan seçim kanununun (örneğin, MSK'nun baraja ilişkin hükümlerinin) Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilir ya da mahkemece re'sen nazara alınabilir. Yüksek Seçim Kurulu da bir yargı organı olarak, anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesine götürebilir. Böylece seçim kanunlarının itiraz yoluyla anayasa yargısına tabi tutulması mümkün olabilecektir.

(36) E. 1987/23, K. 1987/27, K.T. 9.10.1987, R.G. 14.10.1987, Sayı 19604 s. 35 - 37.

(37) E. 1986/17, K. 1987/11, K.T. 22.5.1987, R.G. 18.9.1987, Sayı 19578.

(38) Anayasa Mahkemesine göre, "... geçerli oy toplamının onda birine tekabül eden sayının, partilerin ve bağımsız adayların oy sayısından ayrı ayrı çıkarılması eşitlik ilkesine ve de gerçekleşmiş iradeye aykırı sonuç doğurmamaktadır." Bkz. E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 1.3.1984, R.G. 1.5.1984, Sayı 19388, s. 2.

baraj öngören seçim sistemini Anayasaya uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesinin seçim sistemiyle ilgili bu kararlarının değerlendirilmesini, aşağıda seçim çevresi barajını incelerken yapacağız.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, baraj hükümleri nedeniyle önüne gelen anayasaya aykırılık iddialarını çok geniş bir şekilde inceleyerek, bu hükümlerin hangi hallerde anayasaya uygun olacağı (eşitlik ilkesi bakımından) hakkında yorumlar yapmış, bazı esaslar belirlemiş ve bu esaslar doğrultusunda bazı baraj hükümlerini anayasaya uygun bulurken, bazılarını da geçersiz saymıştır (39).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında anayasaya uygunluk bakımından seçim barajlarına ilişkin olarak şu kıstasları ortaya koymuştur :

“Seçim kanunlarına kısa bir bakış bize, küçük partilere karşı öngörülen seçim prosedürü önlemlerinin genel olarak caiz kabul edildiğini göstermektedir. Bunun dışında hemen hemen bütün Alman seçim kanunlarında, devlet politikası icabı milletvekilliğinin bütün eyalette oyların asgari bir yüzdeye erişmek kaydı ile verilmesi konusunda hukuki bir kanaat mevcuttur. Böyle bir sınırlayıcı koşulun kabulünde ve barajın oranının saptanmasında yasama organı karar yetkisini serbestçe kullanır. Federal Anayasa Mahkemesi, eşitlik prensibine seçim hukuku düzenlemesi meyanında getirilen hukuki sınırlamalara riayet edilip edilmediğini denetler. Bu denetleme için halihazırda seçim kanunlarından istihraç edilebilen genel hukuki kanaati ifade eden iki prensip mevcuttur :

i) Barajı yüzde 5'in üzerinde saptamayan seçim kanunları prensip olarak feshedilemez (iptal edilemez). Bunun için somut durumda böyle bir oranı caiz olmaktan çıkaran özel koşulların bulunması gerekir.

ii) Barajın, Almanya'da genel olarak kabul edilen yüzde 5 oranının üzerine çıkarılmasını haklı kılan çok özel, zorlayıcı sebeplerin bulunması gerekir” (40).

Mahkeme, önündeki somut bir davada ise şu görüşlere yer vermiştir: “Böyle bir partiyi küçük parti niteliğine

(39) Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bu kararları için bkz. Arsava, Fünun, “Federal Alman Anayasa Mahkemesinin ve Bayera Anayasa Mahkemesinin Azınlık Partileri İçin Seçim Kanununda Öngörülen Baraj Hükümleri Hakkında Verdiği Kararlar”, AÜSBFD., cilt 41, Sayı 1-4, s. 153-219.

(40) BVGE Bd. 1, s. 208 vd. (Nakleden: Arsava, s. 189 - 190).

indirgeyen, yüzde 5'i aşan bir baraj nisbi dengeye iştirak için yegâne koşul teşkil ettiği takdirde caiz olamaz... halihazırdaki ilişkiler muvacehesinde, nisbi dengede siyasi partilerin ayrımı için bütün eyalete şamil olmak üzere mutlak yüzde 7.5'i aşan bir barajın talep edilmesi eşitlik prensibinin değiştirilmesi için caiz kabul edilen ölçüyü aşar" (41).

Federal Alman ve Bavyera Anayasa Mahkemelerinin yukarıda belirtilen kıstasları çerçevesinde, Türk seçim sistemindeki yüzde on'luk genel barajın, Anayasanın eşitlik ilkesi ve demokratik seçim ilkeleri karşısındaki durumu, acaba nasıl değerlendirilmelidir?

Kanaatimizce, Türk seçim sistemine eklenen söz konusu genel baraj hükmü, Anayasanın eşitlik ilkesine, seçimin serbestliği ilkesine, oyların eşit etkiye sahip olması kuralına ve siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğunu belirten Anayasanın 68. maddesine uygun düşmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin de ortaya koymuş olduğu ölçütlere göre, yasama organı, seçim kanunlarını yaparken tamamen serbest değildir. Bu nitelikteki seçim barajlarının yüzde 5'i geçebilmesi için "muhik ve çok özel, zorlayıcı, objektif sebeplerin bulunması" gerekir. Bu objektif sebeplere örnek olarak, seçim sürecini lüzumsuz yere işgal eden çok küçük partilerin devreden çıkarılması amacı gösterilebilir. Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, seçimlerde doğrudan doğruya bir kaç milletvekili çıkaracak veya bazı seçim çevrelerinde yüzde 20 oranında oy elde edebilecek güçteki bir parti, bu nitelikteki küçük partiler arasında telâkki edilemez (42). Türkiye'de ise seçim sistemindeki yüzde onluk genel baraj vasıtasıyla, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kararında küçük parti olarak nitelendirilmeyen partinin gücüne (oy desteğine) oranla, daha büyük bir desteğe sahip olan çok sayıda parti elimine edilerek seçimlerde sonuç itibariyle yarışma dışında bırakılmaktadırlar. Bir çok Batı ülkesinde parlamentoda temsil edilen siyasi parti sayısı, Türkiye'ye göre oldukça yüksektir (43). Görüldüğü gibi demokratik

(41) Arsava, s. 191.

(42) Daver, s. 144.

(43) Örneğin, AT ülkelerinin parlamentolarını gözden geçirecek olursak, 1985 - 1987 arasında yapılan seçimler sonucunda; Belçika'da 12, Danimarka'da 9, Federal Almanya'da 5, Fransa'da 11, Hollanda'da 9, İngiltere'de 6, İrlanda'da 5, İspanya'da 8, İtalya'da 11, Portekiz'de 5, Yunanistan'da 4 parti parlamentoya girmiştir. Ayrıca bunların dışında küçük sağ ve sol gruplar ve bağımsızlar da bu parlamentoların bazılarında temsil edilme şansına sahip olmuştur. TBMM'nde ise 1987 seçimleri sonucunda sadece 3 parti

ülkelerde bütün siyasi partilerin parlamentoda temsili konusunda daha çok olumlu bir yaklaşım ve uygulama vardır. Bütün bu ölçüler ve demokratik ülkelerdeki uygulamalar çerçevesinde, yüzde on'luk genel barajın, Anayasaya ve demokratik seçim ilkelerine uygun düşebileceğini söylemek mümkün değildir. Çift barajlı seçim sisteminin uygulanması vasıtasıyla, gerçek anlamda küçük partilerin yanında, toplumda önemli bir desteğe sahip olan orta kuvvetteki partilerle bunları destekleyen geniş kitlelerin siyasi etkinliği tamamen yok edilmektedir. Bu seçmenlerin oyları etkisini kendi partisinde değil, tam tersine belki de hiç istemediği bir parti lehine göstererek, ona seçimlerde artık-temsil sağlamaktadır. Nitekim ülkemizde 1987 seçimleri sonucunda, yüzde on'luk genel baraj sebebiyle, toplam yüzde 19.4 (4.659.811) oranındaki bir seçmen kitlesinin oyları yok sayılmıştır. Böylece barajı aşan partiler için de en çok oy alan parti, aynı zamanda büyük bir artık-temsil elde etmiştir (44). 1991 milletvekili genel seçimlerinde ise, bazı partiler arasında seçim ittifakları oluşturulması ve oyların partiler arasında az çok dengeli

temsili imkanı elde etmiştir. Buna göre 1987 seçimlerinin sonuçları itibarıyla TBMM, AT parlamentoları karşısında "en az bölünmüş bir parlamento" niteliğine sahiptir (Bu konuda daha ayrıntılı veriler ve değerlendirmeler için bkz. Cingı, Aydın, "Seçim Sistemimiz Üzerine Bir İnceleme", Cumhuriyet 24.3.1989). Buna karşılık, 1991 milletvekili genel seçimleri sonucunda, oyların partiler arasında nisbeten dengeli dağılması ve bazı partiler arasında kurulan seçim ittifakları nedeniyle 5 partinin yüzde 10 barajını aşarak Meclise girdikleri görülmektedir (1991 milletvekili genel seçimlerinin sonuçları için bkz. R.G. 1.11.1991, Sayı 21038 mükerrer). Bugün TBMM'de çok sayıda partinin bulunması, seçim sisteminin değil, Parlamento içinde partilerin bölünmesi sonucunda ortaya çıkmış bir olgudur. TBMM'nin az bölünmüşlüğü, demokrasiye geçiş yapan Doğu Avrupa ülkelerinin parlamentolarıyla karşılaştırıldığında daha da belirginleşmektedir. Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda, genellikle nisbi temsil sistemine göre yapılan ilk yarışmacı seçimler sonucunda, bu ülkelerin parlamentolarına çok sayıda partinin girebildiğini görüyoruz (Bu konuda bkz. Özbudun, Ergun, Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Ankara 1993, s. 155 - 158).

- (44) 1987 seçimlerinde yüzde 36.31 oranında oy alan ANAP Mecliste yüzde 64.9 oranında bir temsil imkanı elde etmiştir. Bu seçimlerde yüzde on'luk genel barajı aşamayan DSP, RP, MÇP ve İDP'nin oy toplamı yaklaşık yüzde 20 (4.659.811) olarak gerçekleşmiş, ancak baraj nedeniyle bu oyların Parlamentoda temsili mümkün olmamıştır. Seçime katılan diğer partilerden SHP, %24.75 oy oranıyla 99 sandalye (%22) elde ederken; DYP de, %19.14 oy oranıyla 59 sandalye (%13.1) kazanmıştır. Bu sonuçlarla Meclise girebilen partilerden ANAP yaklaşık %31 oranında çok aşırı bir artık-temsili elde ederken; SHP yaklaşık %3, DYP ise %6 oranında eksik-temsile maruz kalmıştır. ANAP'nin sağladığı artık-temsili oranının büyük kısmının Meclise giremeyen partilerin kaybindan kaynaklandığı anlaşılmaktadır (1987 milletvekili seçimi sonuçları için bkz. R.G. 9.12.1987, Sayı 19659).

dağılması nedeniyle, 1987 seçimlerinde görüldüğü ölçüde aşırı artık-temsil ortaya çıkmamıştır (45).

Türkiye'de bu baraj hükümlerinin kabul edilmesinin en önemli gerekçesi "ülkede istikrarlı hükümetler oluşmasını sağlamak" şeklinde ifade edilmiştir. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, istikrar gerekçesiyle de olsa adalet ve eşitlik ilkelerinin ortadan kaldırılması demokratik seçim ilkeleriyle bağdaşmaz bir tutumdur. Barajsız bir nisbi temsil sisteminin, parlamentoda bir partiye çoğunluk sağlayamayacağı varsayımı genel bir geçerliğe sahip olmadığı gibi, istikrarlı hükümetin sadece tek parti çoğunluğuna dayalı kabinelerle gerçekleştirilebileceğini ileri sürmek de mümkün değildir. Türkiye gibi, yapısı itibarıyla oydaşmacı demokrasi modeline daha uygun, gelişmekte olan ve siyasi kültür bakımından da nisbi bir çeşitlilik arzeden bir ülke için gerçek anlamda istikrar ve toplumsal konsensus, sağlam temellere dayalı ve güçlü koalisyon hükümetleriyle daha iyi sağlanabilir. Bunun gerçekleştirilebilmesinde siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olan siyasi partilere çok önemli roller ve büyük bir sorumluluk düşmektedir.

2 — Seçim Çevresi Barajı, Kontenjan Adaylığı ve Seçim Çevrelerinin Daraltılması

Türk seçim sistemini klasik d'Hondtlu nisbi temsil olmaktan çıkarak karma bir seçim sistemine dönüştüren diğer faktörler; seçim çevresi barajı, bazı seçim çevrelerinde geçerli olmak üzere öngörülen kontenjan adaylığı, kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde bir eksiği ile bölme ve nisbi temsil sisteminin esasına daha uygun olan geniş seçim çevrelerinin milletvekili sayısı 2 ilâ 6 arasında değişen seçim çevreleri şeklinde yeniden düzenlenerek daraltılmasıdır.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununa gelinceye kadar, Türkiye'de her il bir seçim çevresi olarak kabul edilmekteydi (46). 2839

(45) 1991 milletvekili genel seçimlerinde en yüksek oyu elde eden DYP, %27.03 oy oranıyla, Meclis'te 178 sandalye (%39.5); ANAP, %24.01 oy oranıyla, 115 sandalye (%25.5); SHP, %20.75 oy oranıyla, 88 sandalye (%19.5); RP, %16.88 oy oranıyla, 62 sandalye (%13.7); DSP, %10.75 oy oranıyla, 7 sandalye (yaklaşık %1.5) elde ederken, diğer partiler çok düşük oy oranlarıyla genel barajın çok gerisinde kalarak Meclise girememişlerdir. Görüldüğü gibi, seçimden en avantajlı çıkan parti %12 oranında artık-temsil sağlayan DYP iken; en zararlı çıkan parti, oylarının seçim çevrelerinde dengeli dağılması nedeniyle seçim çevresi barajlarını aşamayan ve yaklaşık %9 oranında eksik-temsile uğrayan DSP'dir (1991 milletvekili seçimi sonuçları için bkz. R.G. 1.11.1991; Sayı 21038 mükerrer).

(46) Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 239.

sayılı MSK ise, bu esası terkederek, illeri de kendi içinde bir çok seçim çevresine ayırmıştır. Seçim çevreleri konusunda zamanla yeni düzenlemeler yapılmıştır. Her bir ilin toplam ne kadar milletvekili çıkaracağına dair esaslar ise MSK. ile ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, altıdan fazla milletvekili çıkaran iller, birden fazla seçim çevresine ayrılmıştır. Bu durumda bir seçim çevresinin çıkaracağı en fazla milletvekili sayısı altı olmaktadır (47). Milletvekili sayısı altıdan fazla olan illerin seçim çevrelerine düşecek milletvekili sayısının hesabında, ilk altı çıktıktan sonra kalan rakamdan tekrar altı, mümkün olmadığı takdirde beş, dört..., ilâ çıkartılır. Bu hesaplamada bir seçim çevresine en az üç milletvekili düşecek şekilde işlem yapılacaktır. Milletvekili sayısı altıdan az olan iller bir seçim çevresi oluşturur. Seçim çevrelerinin belirlenmesinde, her il için nüfusuna bakılmaksızın önce birer milletvekili tahsis edilerek, nüfus esasının geri kalan milletvekillikleri için uygulanması, az nüfuslu küçük illeri çok nüfuslu büyük iller aleyhine yararlandırır niteliktedir (48).

Nisbi temsilin d'Hondt usulünde, geniş seçim çevreleri küçük partiler için daha elverişlidir. Çünkü küçük partiler, sınırları dar olan seçim çevrelerinde elde edecekleri düşük oranlardaki oylarını milletvekilliğine dönüştüremezler. Seçim çevresi büyüdükçe küçük partilerin oyları da bir araya toplanarak, milletvekilliği kazanacak miktara ulaşmaktadır. İşte 2839 sayılı MSK'nun amacı da, küçük ve hatta orta boy partileri (genel barajı geçebilmiş olan) elimine ederek büyük partilere avantaj sağlamak olduğundan, seçim çevrelerinin daraltılması yoluna gidilmiştir (49).

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, ülke çapındaki genel barajın dışında, daha önce de belirtildiği gibi, ayrıca bir de seçim çevresi barajı öngörmüştür. Seçim çevresi barajı, bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oy toplamının o çevreden seçilecek milletvekili sayısına bölünmesi ile elde edilir. Kontenjan aday gösterilen seçim çevrelerinde, bu şekilde yapılacak bölme işlemi ve milletvekili dağılımı, o seçim çevrelerinin çıkaracağı milletvekili sayısının bir eksiği ile yapılır (m. 34).

2839 sayılı MSK müteaddit defalar değiştirilmiş ya da yeni hükümler eklenmiştir. MSK'nun ilk şekli, milletvekili sayısının hesa-

(47) Türk, Seçim Hukukumuz, s. 13; Arası, s. 168.

(48) Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 240.

(49) 2839 sayılı MSK'nun bu düzenlemesiyle ilgili olarak tasarıda yer alan gerekçe bölümünde bu amaç açıklanmaktadır. Bkz. Danışma Meclisi, "Milletvekili Seçimi Kanunu Tasarısı" ve "Anayasa Komisyonu Raporu". (1/672), S. Sayısı 386, s. 13.

bında d'Hondt sistemini esas almakla beraber "genel baraj" ve seçim çevresi barajını da öngörmekteydi. Sonra 1986 tarih ve 3270 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucunda her iki baraj korunmakla birlikte, ilaveten bazı seçim çevrelerinde çevre barajı yükseltilmiş ve zorunlu kontenjan esası benimsenmiştir. Böylece kontenjan adaylarının çoğunluk sistemine göre seçilmesi ve kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde çevre barajının hesaplanmasında bölme işleminin bir eksigi ile yapılması kabul edilmiştir.

Daha sonra 1987 tarih ve 3377 sayılı Kanunla, 2839 sayılı MSK'nun 34. maddesi yeniden değiştirilerek, "Kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde bölme işlemi bir eksigi ile yapılır", şeklindeki düzenleme madde metninden çıkarılmış, böylece bazı seçim çevreleri için barajın öbürlerine göre daha fazla yükseltilmesi esastan vazgeçilmiştir. 3377 sayılı Kanun, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 38. maddesini değiştirerek 4, 5 ve 6 milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde, siyasi partilerin birer kontenjan adayı göstereceğini kabul ederek önceden 34 olan kontenjan adayı sayısını 46'ya çıkarmıştır. Bu sayının artmasında, SPK'nun 38. maddesinde yapılan değişiklik kadar, milletvekili sayısının 450'ye çıkarılması da etkili olmuştur. 3377 sayılı Kanunla, 2839 sayılı MSK'nun 4. maddesinde yapılan değişiklikle de, milletvekili sayısı yediye kadar olan illerin bir seçim çevresi sayılması esası terkedilerek bu sayı altıya indirilmiştir. Bundan sonra da 10.9.1987 tarih ve 3403 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, kontenjan adayı gösterilen altı ve daha fazla milletvekili çıkaracak illerin 4, 5 ve 6 milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinin tümünde değil, sadece 6 milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde bir eksigi ile bölme işlemi yapılacağı öngörülmüştür. "Altı milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde bölme işlemi bir eksigi ile yapılır", şeklindeki bu son düzenleme hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonunda bu hükmü, "altı milletvekili çıkaracak bütün seçim çevrelerinde uygulandığı için eşitlik ilkesini ihlal etmediği" gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuştur (50).

Anayasa Mahkemesinin bu düzenlemeyi Anayasaya uygun bulmasına rağmen, Yüksek Seçim Kurulu, kontenjan adaylığı müessesesinin seçim adaletine aykırı olduğu yolunda ifadeler kullandığı ve bir "yetki gaspı" oluşturan (51) kararıyla (52), kontenjan adaylığı

(50) E. 1987/23, K. 1987/27, K.T. 9.10.1987, R.G. 24.10.1987, Sayı 19604, s. 36 - 37.

(51) Bu konuda bkz Yeni Forum, "Yüksek Seçim Kurulu Yetkisini Aştı", Cilt 8, Sayı 195, 15 Ekim 1987, s. 13 - 14; Araslı, Seçim, s. 294 - 297.

(52) R.G. 29.9.1987, Sayı 19589.

esasını köklü bir anlam değişikliğine uğratarak ilga etmiştir. Yüksek Seçim Kurulunun bu kararında, MSK'nun 34. maddesindeki kontenjan adaylığı, eski merkez adaylığı kavramına benzetilerek değişik bir şekilde yorumlanmıştır. YSK'na göre, kontenjan adayı gösterilen bir seçim çevresinde en çok oyu alan parti faziadan bir milletvekili alamayacak, bunun yerine sadece kontenjan adayı, partisinin listesinde birinci sıradaymış gibi işlem görecektir.

Yüksek Seçim Kurulunun bu kararından sonra çıkarılan 17.10.1987 tarih ve 3404 sayılı kanunla, 2839 sayılı MSK'nun 34. maddesine, "Kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde, bu fıkraya göre yapılacak bölme işlemi ve milletvekili dağılımı, o seçim çevrelerinin çıkaracağı milletvekili sayısının bir eksigi ile yapılır", hükmü eklenmiş (3404 sayılı Kanun, m. 1) ve konu açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu seçişikliklerle Milletvekili Seçimi Kanunu, 1987 seçimlerinden önce nihai şeklini almış ve seçim çevresi barajları da alabildiğine yükselmiştir. Kontenjan adayı altı ve daha fazla milletvekili çıkaracak olan illerin 4, 5 ve 6 milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde gösterilecektir. Bütün bu düzenlemelere göre en düşük seçim çevresi barajı, beş ve altı milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde olmak üzere yüzde 20 olmuştur (53).

Yüksek Seçim Kurulu tarafından son milletvekili genel seçimleri (1991 seçimleri) öncesine belirlenmiş olan seçim çevreleri, çevre barajı oranlarıyla (54) birlikte şöyledir (55) :

(53) 24.8.1991 tarih ve 3757 sayılı Kanunla yapılan bir değişikliğe göre de, sadece XIX. Dönem milletvekili genel seçimlerinde geçerli olmak üzere, seçim çevresi barajı, iki ve üç milletvekili çıkaracak seçim çevreleri ile kontenjan adayı gösterilen dört milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde %25, kontenjan adayı gösterilen beş milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde ise %20 olarak uygulanacaktır (Bu konuda bkz. Özbudun, Anayasa, s. 237).

(54) Ancak, 1991 seçimleri öncesinde getirilen bir hükümlerle, bu seçimlerde seçim çevresi barajının, iki ve üç milletvekili çıkaracak seçim çevreleri ile kontenjan adayı gösterilen dört milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde %25, kontenjan adayı gösterilen beş milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde ise %20 olarak uygulanması öngörülmüştür (Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 237). Böylece normalde daha yüksek olması gereken seçim çevresi barajları bu seçimler için bir ölçüde düşürülmüştür. Dolayısıyla yukarıdaki tabloda belirtilen seçim çevresi barajları, 1991 seçimlerinde geçerli olan barajları değil, genel olarak Milletvekili Seçimi Kanunu hükümlerinin seçim çevreleri ve buralardan çıkacak milletvekili sayısı dikkate alınarak uygulanması suretiyle elde edilmiştir.

(55) Bu konudaki Yüksek Seçim Kurulu kararları için bkz. R.G. 4.8.1991, Sayı

Çevre Barajı Oranı	Seçim Çevresi Sayısı	Milletvekili Sayısı
% 50.0	8	2
% 33.3	37	3
% 25.0	17	4
% 20.0	15	5
% 20.0	30	6

Türkiye çapında 1991 seçimleri itibariyle 107 (56) olan bu seçim çevrelerinden 44 tanesinde kontenjan adayı (1987 seçimlerinde seçim çevrelerinin sayısı 104, kontenjan adaylığı esasına göre seçilenlerin sayısı ise 46 idi) gösterilmesi öngörülmüştür. Buna göre toplam 450 milletvekilinden 44 tanesi çoğunluk sistemine göre seçilmektedir. 2839 sayılı MSK'na göre, "Kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde, geçerli oyların en çoğunu almış olan siyasi partinin kontenjan adayı, seçim çevresi barajını aşmış olmasına bakılmaksızın milletvekilliğini kazanmış olur" (m. 34).

Seçim çevresi barajını aşamayan partiler, ülke genelindeki yüzde on'luk barajı aşmış olsalar bile, o çevredeki milletvekili paylaşımına katılamazlar. Bu çevrede seçime katılan bağımsız adaylar varsa, bunların seçilebilmesi için de, çevre barajını aşmış olmaları gerekir (MSK m. 34).

Seçim çevresi barajı nedeniyle iki, üç ve dört milletvekili çıkarılan küçük çevrelerde ilginç sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. İki milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde, partilerin yüzde 50 oranındaki çevre barajını aşmaları gerekir. Üç milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde, çevre barajı yüzde 33.3, dört milletvekili çıkaran çevrelerde yüzde 25, beş ve altı milletvekili çıkaran çevrelerde ise yüzde 20 olarak gerçekleşmektedir. Bu nedenle bir seçim çevresinde diğer partilerden bir veya iki oy fazla alan bir partinin bütün milletvekilliklerini alması muhtemeldir.

Örneğin; 90.000 geçerli oyun bulunduğu bir seçim çevresinde, iki milletvekili çıkacak olsa ve burada (A) partisi

20950; R.G. 5.9.1991, Sayı 20982; 1991 seçimlerinde geçerli olan seçim çevreleri, milletvekilli sayıları ve bu çevrelerde elde edilen seçim sonuçları için ayrıca bkz. R.G. 1.11.1991, Sayı 21038 mükerrer; 1987 milletvekili genel seçimlerinde ise, ülke toplam 104 seçim çevresine bölünmüş bulunmaktaydı. Bu seçimlerde oluşturulan seçim çevrelerinden 46 tanesinde kontenjan adaylığı esaslı uygulanmıştır (Bkz. R.G. 9.12.1987, Sayı 19659).

(56) 1991 seçimlerinden sonra Ardahan ve Iğdır'ın il olmasıyla, 74 olan il sayısı 76'ya, 107 olan seçim çevrelerinin sayısı ise 109'a yükselmiştir. Buna göre bir sonraki (1996) milletvekili seçimleri 109 seçim çevresinde yapılacaktır.

45.001 oy, (B) partisi de 44.999 oy almış olsa, bu durumda arada iki oy gibi bir fark olmasına rağmen, iki milletvekilliğini de (A) partisi kazanacaktır. Aynı şekilde üç milletvekili çıkaracak bir seçim çevresinde, 150.000 geçerli oy kullanılmış olsa ve bu oyların 55.000'ini (A) partisi, 48.000'ini (B) partisi ve 47.000'ini de (C) partisi almış olsa, burada baraj 50.000 olacağı için (A) partisi üç milletvekilliğini de kazanırken (B) ve (C) partisi çok az farkla milletvekili kazanamamış olacaktırlar.

Görüldüğü gibi seçim sisteminin bu işleyiş şekli tıpkı listeli basit çoğunluk sistemi gibi sonuçlar doğurabilmektedir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere basit seçim sayılı baraj usulünde, küçük partiler için, büyük seçim çevreleri daha elverişlidir. Küçük seçim çevreleri ise, büyük partilere daha çok avantaj sağlar (57). Hatta en düşük seçim çevresi barajının yüzde 20 olduğu gözönünde tutulacak olursa, bir partinin ülke çapındaki yüzde on'luk genel barajı aşmasına rağmen hiç bir seçim çevresinde çevre barajlarını aşamamış olarak milletvekilliği kazanamaması da bu karma seçim sistemiyle mümkün hale gelmiştir. Nitekim 1991 seçimlerinde DSP'nin % 10.75 oy oranıyla sadece 7 milletvekili (yaklaşık % 1.5) elde etmesinin nedeni, bu partinin oylarının belli seçim çevrelerinde yoğunlaşmıyıp, ülke genelinde bütün seçim çevrelerinde birbirine yakın oranlarda dağılmasıdır. Seçim çevrelerinde alınan oy oranlarının, ülke düzeyinde alınan oy oranına yakın olması seçim çevresi barajlarının aşılmasını sonucunu doğurmaktadır (58).

Seçim çevresi barajı ve kontenjan adaylığını bir örnekle açıklayalım (59) :

1987 seçimlerinde İstanbul ili 1 nolu seçim çevresinde :

Geçerli oy sayısı : 444.434

Çevrenin M.V. sayısı : 6

Çevre barajı sayısı : $444.434 : (6 - 1) = 88.886$ (% 20)

(57) Bu konuda daha ayrıntılı örnek ve açıklamalar için bkz. Türk, Seçim Hukukumuz, Cumhuriyet 19.9.1987, s. 13.

(58) DSP'nin 1991 seçimlerinde, seçim çevrelerinde aldığı oy oranları için bkz. R.G. 1.11.1991, Sayı 21038 mükerrer.

(59) Bu veriler 1987 milletvekili seçimi sonuçlarının yayınlandığı 9.12.1987 tarih ve 19859 sayılı Resmî Gazeteden alınmıştır; Başka örnekler için bkz. Arash, s. 286 - 287.

Geçerli oyların partilere ve bağımsız adaylara dağılımı :

ANAP	197.309
SHP	151.583
DYP	43.161
DSP	27.880
RP	18.947
MÇP	3.911
IDP	1.328

Bu seçim çevresinde yüzde 20 oranındaki baraj sayısını (60) karşılayan 88.886 oyu sadece ANAP ve SHP geçerek seçim çevresi barajını aşmışlardır. Öteki partiler ve bağımsızlar barajı aşamamıştır. Bu seçim çevresinde ANAP en fazla oyu alan parti olduğundan, bir milletvekilliğini kontenjandan alacaktır. Geriye kalan beş milletvekilliğinin barajı aşan bu iki parti (ANAP ve SHP) arasında paylaşılması ise klasik d'Hondt sistemine göre yapılacaktır :

Partiler	1. Bölme	2. Bölme	3. Bölme
ANAP	197.309	98.654	65.767
SHP	151.583	75.591	50.327

Buna göre rakamları büyükten küçüğe doğru sıraladığımızda 197.309 (ANAP), 151.583 (SHP), 98.654 (ANAP), 75.591 (SHP) ve 65.767 (ANAP) şeklinde dağıtılmak üzere, kalan beş milletvekilliğinden üçünü ANAP, ikisini de SHP alacaktır. Kesin sonuca göre bu çevrede toplam altı milletvekilliğinden (biri kontenjandan) dördü ANAP'nin, ikisi de SHP'nin olur. Seçime katılan partilerden DSP, RP, MÇP ve IDP bu seçim çevresinde barajı aşmış olsalardı bile, ülke çapındaki genel barajı aşamamış olmaları nedeniyle, milletvekilliği paylaşımına katılamayacaklardı. DYP

- (60) Seçim çevresi barajı hesaplanırken, gümrük kapılarında kullanılan geçerli oylar da dikkate alınacaktır. Buna göre, gümrük seçim sandıklarında kullanılan toplam geçerli oy sayısı, bütün seçim çevrelerinde kullanılan toplam geçerli oy sayısına bölünerek bulunacak oran dahilinde her bir seçim çevresinin oyu artırılacaktır. Böylece gümrük seçim sandıklarında kullanılan oylar, seçim çevrelerine oy oranlarına göre yansıtılmış olacaktır. Bu şekilde seçim çevrelerinde esas alınacak toplam geçerli oy sayısı belirlenecektir. Seçim çevrelerinde kullanılan toplam geçerli oy sayısı ile, bu şekilde hesaplanan toplam geçerli oy sayısı arasındaki fark, gümrük kapılarında kullanılan oylardaki hisseleri oranında partilere taksim edilecektir. Elde edilen sayı, partilerin o seçim çevrelerindeki geçerli oylarına eklenecektir (Bu konuda bkz. Araslı, s. 282).

ise genel barajı aşmakla beraber, bu çevrede barajı geçemediğinden, burada milletvekili çıkaramamaktadır.

10.9.1987 tarih ve 3403 sayılı kanunla, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 34. maddesinin 3. fıkrasına eklenen "Altı milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde bölme işlemi bir eksiği ile yapılır", hükmü ve 3403 sayılı kanunun getirmiş olduğu diğer bazı yenilikler ve değişiklikler hakkında Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, yukarıda sözünü ettiğimiz seçim çevresi barajı ve kontenjan adaylığı ile ilgili düzenleme bakımından yaptığı inceleme sonucunda Anayasaya aykırılık görmemiştir. Anayasa Mahkemesine göre :

"Gözetilmesi gereken husus, yasama organının seçimle oluşturulmasının yanında siyasal hakların tanınması ve kamusal yetkilerin Anayasa ile belirlenmiş sınırlar içinde kullanılmasıdır. Yasama organı, düzenleme yaparken, Anayasa ile kendisine tanınan sınırları aşmadıkça Anayasaya aykırılıktan söz edilemez. Anayasa, seçim sistemi ile ilgili bir açıklık taşımamakta, tercihi yasa koyucuya bırakmaktadır. Takdir yetkisine sahip olduğu bir konuda, Anayasa sınırlarını aşmadıkça, yasa koyucunun takdirini uygunlukla kullanmadığı ileri sürülemez. Sistemlerden birinin tercihi siyasi amaçla geniş ölçüde ilgilidir. Seçim yasaları siyasi tercihlerin somutlaşmış belgeleridir. Sistemlerden birisi hakkında 'iyi' ya da 'kötü' yargısına varmak uygunluk denetiminin amacı dışına çıkılmasına neden olur. Yasa koyucu bölme işlemlerindeki belirlemesi ile tercih ve takdirini güçlü ve büyük partilerden yana koyarken nisbi temsil sisteminin temelini oluşturan "adalet" ilkesi yerine, çoğunluk sisteminin dayandığı "istikrar" ilkesine ağırlık vermiş olsa da Anayasa ile güvence altına alınan ilkeleri çiğnemedikçe, herhangi birini seçebileceğinden, bir aykırılık doğmamaktadır. Dava konusu düzenlemenin demokratik devlet ilkesini, demokrasiyi ve demokratik toplum düzenini zedeleyen bir yönü bulunmamakta, bölme işlemi, parti ayrımı gözetilmeden uygulamaya konulmaktadır. Sınırlama sayılacak baraj sayısını yükseltmenin demokratik toplum düzeni gerekleriyle bağdaşmayan bir ölçüde olduğu söylenemez.

Yeni düzenleme ile bölme işlemi yapılacak seçim çevrelerinde bu işlemin uygulanmayacağı seçim çevrelerine göre barajı aşmak için daha çok seçmenin oyuna gereksin-

me olduğu, altı milletvekili çıkaracak seçim çevreleriyle öbürlerinin ayrı tutulduğu bir gerçekse de, bu uygulama altı milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinin tümü için geçerli olup bunlar arasında bir ayırım yoktur. Aynı durumda olmayan seçim çevrelerinde ayrı uygulamanın eşitlik ilkesini zedelemesi söz konusu olamaz. Aynı durumda olanlar arasında ayrı, değişik bir uygulama düşünülmemiştir. İndirimin istikrar ilkesini ön planda tutan bir seçim sistemi içinde haklı bir nedene dayanmadığı savı paylaşılamaz. Seçmen grupları altı milletvekili çıkaracak seçim çevrelerine bağlı olarak ele alınırsa aralarındaki eşitlik bozulmaktadır. Anayasanın seçim sistemi konusunda siyasi tercihlere geçerlik tanınması karşısında da haklılık ya da haksızlık yargısal denetimin dışında kalan bir tartışma konusudur..." (61).

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, 1968 yılında vermiş olduğu, seçim çevresi barajının Anayasaya aykırı olduğu yolundaki kararından dönmüş ve Anayasa ile belli bir seçim sisteminin öngörülmemiş olması karşısında, yasama organı tarafından herhangi bir seçim sisteminin kabul edilmesinin Anayasaya aykırı olmayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin burada somut dava konusuna ilişkin olarak dayanmış olduğu gerekçelerden birisi de, seçim çevrelerindeki kontenjan uygulamasının altı milletvekili çıkaracak bütün seçim çevreleri için geçerli olduğu ve bir ayrıcalık gözetilmediğidir.

Özbudun'a göre, Anayasa Mahkemesinin kararı yerindedir. Çünkü, Anayasadaki "demokratik devlet" ilkesini, mutlaka nisbi temsil sistemiyle, hele onun en saf şekilleriyle zorunlu bir özdeşlik içinde görmek, hukukça savunulması mümkün olmayan bir görüştür. Demokrasi nisbi temsil sistemiyle olduğu kadar, çoğunluk sistemi ve nisbi temsille çoğunluk sisteminin arasında bir karma sistemle de bağdaşabilir. Örneğin, büyük partileri yararlandırıcı nitelikte bir nisbi temsil türünün kabul edilmesinde anayasaya aykırılık söz konusu olamaz (62).

Anayasa Mahkemesinin bu kararını değerlendirmeden önce

- (61) E. 1987/23, K. 1987/27, K.T. 9.10.1987, R.G. 14.10.1987, Sayı 19604, s. 36 - 37.
(62) Özbudun, Seçim Sistemleri ve Demokrasi, s. 16; Bu Anayasa Mahkemesi kararını, önseçim ve diğer dava konusu olan hükümler açısından değerlendiren bir inceleme için bkz. Erdoğan, Mustafa, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararına Bir Bakış", Yeni Forum, Cilt 8, Sayı 196, 1.11.1987, s. 40 - 42.

şu hususu hemen belirtmek gerekir ki, Mahkeme bu kararını verirken 1968 yılında vermiş olduğu (baraj hükmünü iptal eden) kararını şiddetle eleştiren doktrinin etkisinde kalmıştır. Gerçekten de, o dönemde birçok yazar, Anayasa Mahkemesinin önüne gelecek böyle bir olayda içtihadını değiştirmesi temennisinde bulunmuştur (63).

Anayasa ile belli bir seçim sisteminin kabul edilmeyerek bu işin yasama organına bırakılması ve yasama organının da bu yetkisini kullanarak herhangi bir seçim sistemini benimsemesi durumunda, hukuken bir şey söylemek mümkün değildir. Bu noktada Anayasa Mahkemesine katılmak gerekecektir. Ancak yasama organının bu takdir yetkisini kullanırken Anayasanın diğer ilke ve kurallarıyla bağlı olduğunu da unutmamak gerekir. Dava konusu olan düzenlemede yasama organı belli bir seçim sisteminin kabulü ile yetinmemiş, çeşitli seçim sistemlerinin bazı esaslarını alarak bunlara ayrıca kendisinin özel olarak belirlediği bazı hükümleri (barajlar ve kontenjan adaylığı) de eklemek suretiyle bir nevi karma seçim sistemi oluşturmuştur. Şu kadar ki, oluşturulan bu karma seçim sistemi, Almanya'da uygulanan ve 1994 yılında İtalya tarafından benimsenen karma seçim sistemlerindeki gibi, objektif bir amaca dayanmayıp, tamamen kısa vadeli özel amaçları sağlamaya yönelik, nisbi temsil sisteminin adalet ve eşitliğe dayalı orijinal niteliğini ortadan kaldıran bir özelliğe sahiptir. Oysa daha önceden üzerinde durulduğu üzere, karma seçim sistemleri daha çok, çoğunluk sisteminin adaletsiz sonuçlarını hafifletmek ya da saf nisbi temsili dengelemek için üretilir. Aşırıya kaçmamak şartıyla, nisbilik derecesi çok yüksek olan nisbi temsil sistemlerine (örneğin, Almanya, Hollanda ve İsrail'de uygulanan türden bir nisbi temsil) baraj hükümleri ya da nisbiliği azaltıcı başka unsurların katılması makul karşılanmaktadır. Buna karşılık bir seçim sisteminin nisbiliğini ölçüsüz bir şekilde gayrimisbi bir hale getiren karma seçim sistemlerinin üretilmesi ise, demokratik seçim ilkelerini gözardı eden, demokratik olmayan bir yöntem olarak nitelendirilmektedir (64). Bu nedenle, yasama organının nisbi temsil sisteminin yapısına katmış olduğu bu özel düzenlemeler, yani barajlar, kontenjan adaylığı ve seçim çevrelerinin daraltılması, Anayasanın eşitlik ve adalet ilkele-ri ile demokratik seçimin temel prensiplerini önemli bir ölçüde ihlal etmektedir. Çünkü bu seçim sistemi, yapılan bir seçimde, sonuç

(63) Bu görüşler için bkz. Türk, H. S., "Seçim Sisteminde Değişiklik Yapılması-na İlişkin Öneriler", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, Ankara 1987, s. 380.

(64) Bu konuda bkz. Mackenzie, Free Elections, s. 94.

itibariyle oyların en çoğunu alacak olan tek bir partiyi aşırı derecede faydalandırmakta, öteki bütün partileri ise oy oranları ile temsil edilme oranları arasındaki aşırı dengesizlik sebebiyle büyük bir adaletsizliğe maruz bırakmaktadır. Bir seçimde herhangi bir partinin oyların nisbi çoğunluğunu (salt çoğunluk değil) alması hemen hemen kesin bir sonuçtur. Diğer partiler ise mantıken, bu partinin altında olmak üzere değişik oranlarda oy alacaklardır. Burada denilebilir ki, oyların nisbi çoğunluğunu alan her parti aynı şansa sahiptir. O halde eşitlik söz konusudur. Ancak ilk bakışta seçime eşit şartlarda giriliyor olsa da sonuçta, bir parti dışında diğer bütün partiler olumsuz olarak etkilenecektir. Esasen böyle sonuç doğurması amaçlanmış ve kaçınılmaz olan bir seçim sistemi Anayasal eşitlik ilkesini zedeleyici nitelik taşır (65).

Burada şunu da belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin, doktrinde büyük çoğunluk tarafından eleştirilen 1968 tarihli kararına konu olan seçim çevresi barajı, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile getirilen seçim çevresi barajı ve kontenjan adaylığı esasına nazaran, bu derece adaletsiz sonuçlar doğurabilecek nitelikte değildi. Anayasa Mahkemesi, yanlış olarak nitelenen eski içtihadını devam ettirmemek endişesiyle daha büyük bir yanlışlık yapmıştır.

III. SONUÇ VE ÖNERİLER

Daha önceki açıklamalarımızda 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ve diğer mevzuat ile kabul edilen çift barajlı karma seçim sisteminin baraj ve kontenjan adaylığı esaslarının, Anayasanın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığını açıklamaya çalışmıştık. Muhtemelen, Anayasa Mahkemesi ve doktrinde bazı yazarların savunduğu gibi, genel olarak baraj hükümlerinin Anayasaya uygun bulunmuş olması halinde dahi, seçim sistemi üzerindeki tartışma sona ermiş sayılamaz. En azından bir sistemin demokratik değerlere, toplumun yapısına ve ülke ihtiyaçlarına uygunluğu (66) gene de tartışma konusu yapılabilir.

Özbudun'a göre, seçim sisteminin büyük partilere önemli ölçüde avantaj sağladığında kuşku yoktur. Ancak sorun, böyle bir sistemin demokratik ilkelere ve ülke menfaatlerine uygun olup olmadığıdır. Türk seçim sisteminin değerlendirilmesinde gözönünde tutulması gereken nokta, sistemin büyük partilere bir hayli avantaj sağlamasına rağmen, özünde nisbi temsil olma niteliğini koruduğu-

(65) Anayasa Mahkemesinin bu kararı hakkında eleştirici nitelikte bir değerlendirme için bkz. Araslı, s. 298 - 300.

(66) Özbudun, Seçim Sistemleri ve Demokrasi, s. 16.

dur. Bir çok demokratik ülkede, büyük partilere avantaj sağlayan usuller seçim sistemlerine konulmaktadır. Bunların demokratik ilkelere aykırı olduğu da ileri sürülmektedir. Bu nedenle, "Sonuç olarak, büyük partileri belli ölçüde yararlandırıcı ve belki de zaman içinde bir iki-parti sisteminin oluşmasını kolaylaştırıcı bir seçim sisteminin, Türk toplumunun sosyolojik gerçeklerine ters düşmediği, aksine Türk siyasal hayatında öteden beri gözlemlenen bir eğilimi güçlendirici nitelik taşıdığı söylenebilir" (67).

Türk'e göre ise, 12 Eylül 1980 döneminde hazırlanan ve bir partinin tek başına hükümet kurmasını kolaylaştırmak için bir dizi açık ve örtülü baraj getirmiş olan Türk seçim mevzuatı, arka arkaya yapılan çeşitli değişiklikler ile, nisbi temsil sistemlerinin ortak temel felsefesinden tam anlamıyla uzaklaştırılmış bulunmaktadır (68). Siyasi partilerin parlamentoda güçleri oranında temsilini sağlama-yı amaçlayan nisbi temsil düşüncesinden geride kalan, zaten bir bölümü kontenjan adaylığı ile çoğunluk partisine verilen milletvekilliklerinin, hemen hemen yalnız iki büyük parti arasında paylaşılması hesabında kullanılacak yozlaştırılmış bir d'Hondt sistemi-dir (69). Yürürlükteki seçim sistemi, seçim tekniğinin imkanları zorlanarak, küçük hatta orta boy partilerin oylarını budamaya yönelik çeşitli usuller, benzeri görülmemiş bir şekilde bir araya toplanarak, yalnız büyük partilerin yararına işleyecek bir duruma getirilmiştir. Böyle bir sistemin parlamentoda temsilcisz bırakacağı oyların oranı büyük boyutlarda gerçekleşebilir (70). Nitekim yürürlükteki karma seçim sisteminin sakıncaları, 1987 seçimlerinde bütün çıplaklığıyla ve adaletsiz şekliyle ortaya çıkmıştır.

Araslı'ya göre, çift barajlı d'Hondt sisteminin, seçim sonuçlarının ortaya koyduğu artık ve eksik temsilin boyutları karşısında, demokratik beklentileri karşıladığını söylemek mümkün değildir. Demokrasilerde her zaman, parlamentodaki sandalyelerin çoğunluğunu, oyların mutlak çoğunluğunu kazanan partiler elde etmezler, ancak Türk seçim sistemindeki artık - eksik temsil sonuçlarına da bu demokrasilerde fazlaca rastlanmamaktadır. 1980 öncesinin istikrarsızlığından kurtulmak istenirken, bu defa da temsil adaleti ortadan kaldırılmıştır. O halde hükümet istikrarını ve temsil adaletini, toplumun demokratik beklentilerine uygun bir oran içerisinde sağlayabilecek yeni bir seçim sisteminin kabul edilmesi gerekir. "Siyasi bö-

(67) Özbudun, Seçim Sistemleri ve Demokrasi, s. 17 - 19.

(68) Türk, Seçim Hukukumuz, Cumhuriyet 20.9.1987, s. 10.

(69) Türk, Seçim Hukukumuz, s. 10.

(70) Türk, Seçim Hukukumuz, s. 10.

lünüŖü ve dolayısıyla oy dağılımı, bir partinin parlamentoda mutlak çoğunluğa ulaşmasına yetmeyen toplumlarda, bu çoğunluğu yapay biçimde seçim sistemiyle oynamak suretiyle gerçekleŖtirmek yerine, koalisyon düşüncesine alıŖmak ve sağlıklı koalisyonların kurulması için çaba sarfetmek, daha uygun bir yaklaŖım olacaktır” (71).

Daver’e göre de, seçim sistemiyle getirilen yüksek barajlar, kontenjan adaylığı ve seçim çevrelerinin daraltılması gibi düzenlemeler, Batılı demokratik ülkelerin seçim sistemleri de gözönünde tutulduğunda, demokratik ilkelere uygun düşmemektedir. Bu seçim sistemiyle çözümlenmek istenen sorunların asıl kaynağı siyasal ortam ve siyasal kültürdedir. Bu sebeple seçim sistemi demokratik niteliklerinden uzaklaŖtırılmadan, sorunların çözümünü siyasal kültür ve eğitimde aramak gerekir (72).

Adaletsiz sonuçları nedeniyle, seçim sistemi, doktrin dıŖında, siyasi partiler ve kamuoyu gibi hemen hemen bütün çevrelerce de siddetle eleŖtirilmiŖtir (73).

Özyörük’ün de hakkı olarak belirttiği gibi, “... hesap oyunları ve hiç bir (demokratik) gerekçesi olmayan usullerle nisbi temsil çoğunluk usulüne dönuŖmüŖ...”tür (74). Hatta çoğunluk sistemlerinin bile, bu sistemden daha adil olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü çoğunluk sisteminde, en azından bir parti güçlü olduğu seçim çevrelerinde milletvekilliği kazanma şansına sahiptir. Karma Türk seçim sisteminde ise buna izin verilmemektedir.

Karma Türk seçim sisteminin yol açtığı ve daha da açacağı haksızlık ve sakıncaların, Türk toplumunda uzun yıllar boyunca nisbi temsil sistemiyle yerleŖmiŖ bulunan seçim adaleti duygusunu büyük ölçüde zedeleyeceğinden de Ŗüphe etmemek mümkün değildir. Türkiye’de özellikle 1950-1960 ve 1961-1980 devrelerinde edinilen tec-

(71) Bkz. Araslı, s. 304 - 305.

(72) Bkz. Daver, s. 142 - 147.

(73) Bkz. Hürriyet 30.11.1987; Milliyet 30.11.1987; Tercüman 30.11.1987; Dönemin ANAP genel baŖkanı ve BaŖbakan Turgut Özal ise, öteki parti liderlerinin seçim sistemi ve seçim sonuçları hakkındaki bu eleŖtirilerine karŖı, Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikrettiğimiz kararındaki eŖitlik anlayıŖına benzer Ŗekilde, Ŗu cevabı vermiŖtir: “Siz benim kadar oy alsaydınız, siz çıkarsaydınız bu kadar milletvekillini. Seçim sistemini deęiŖtirmeyi düşünmüyoruz” (Bkz. Hürriyet 11.12.1987).

(74) Bkz. Özyörük, Nisbi Temsil, Tercüman 15.12.1987.

rübelerin ışığı altında bir yandan istikrarlı hükümetler (75) kurulabilmesini kolaylaştıracak, ama öbür taraftan da toplumdaki sosyal bölünmeleri yansıtan farklı siyasi eğilim ve görüşlerin parlamentoda, en azından adalet duygusunu zedelemeyecek bir oranda temsiline imkan verecek; iyi bir seçim sisteminin dayanması gereken yarar ve adalet ilkelerini yeni bir sentez ve makul bir denge içinde birleştirecek bir seçim sisteminin oluşturulması (76), Türk siyasi hayatının önemli bir sorunu olarak kabul edilmelidir. 1991 milletvekili seçimi sonuçları, yürürlükteki karma seçim sisteminin, bu sistemin getirilmesindeki temel amaç olan tek parti hükümetlerinin gerektirdiği parlamento çoğunluğunu da her zaman garanti etmediğini göstermiştir. Bu durumda ise, mevcut seçim sistemi nisbi temsiline adalet ve eşitlik ilkelerine dayanmamasına karşılık, çoğunluk sisteminin istikrar prensibini de gerçekleştirememektedir. 1987 ve 1991 milletvekili seçimleri ile açıkça anlaşılmıştır ki, yürürlükteki karma seçim sistemi, ne sonuç doğuracağı ve kime ne yarar sağlayacağı kestirilemeyen bir şans oyununa dönüşmüş bulunmaktadır.

Sonuç olarak demokratik ilkelere ve çoğulcu toplum yapısına uygun; gelişmekte olan bir ülkenin ihtiyacı olan toplumsal konsensusu ve toplumdaki temel siyasi eğilimler arasında asgari bir uzlaşmayı sağlamaya elverişli bir seçim sisteminin hazırlanarak kabul edilmesi amaçlanmalıdır. Seçim sürecini gereksiz yere işgal eden ve toplumda son derece az desteği bulunan çok küçük partilerin elimine edilmesini sağlayacak nitelikte, örneğin yüzde 3 ilâ 5 arasında değişen bir genel barajla takviye edilmiş bir nisbi temsil sisteminin kabul edilmesi uygun olabilir. Özellikle yürürlükteki seçim sisteminin taşıdığı yüksek ülke barajı yüzde 3 ilâ 5 arasına çekilmeli, seçim çevresi barajları, kontenjan adaylığı tamamen kaldırılmalı ve

(75) İstikrarlı hükümet kavramından zorunlu olarak bir partinin tek başına iktidar olmasını anlamamak gerekir. Bir kaç uyumlu partinin (geçmişteki bazı olumsuz tecrübelere rağmen) koalisyonu ile de pekâla istikrarlı hükümetler kurulması mümkündür. Bazı Avrupa ülkelerinde bunun örnekleri mevcuttur. Koalisyon hükümetleriyle istikrar sağlanması temelde bir siyasi kültür sorunudur.

(76) Türk, Seçim Hukukumuz, Cumhuriyet 20.9.1987, s. 10; Bu yazarın önerdiği "klasik d'Hondt sisteminde yarımşar aralı aritmetik dizi ile bölme" yönüne göre, "Bir seçim çevresindeki milletvekillerinin partilere dağıtımı için, her partinin aldığı oy 1'e, 2'ye, 3'e değil, 1'e, 1.5'a, 2'ye, 2.5'a... bölünebilir." Bu yöntem büyük partilere daha fazla avantaj sağlayacağı için, klasik d'Hondt sisteminin ortaya çıkaracağı aşırı oy dağılımı ve dolayısıyla hükümet istikrarsızlıkları önlenebilecek, bu arada temsil adaleti de korunmuş olacaktır (H. S. Türk tarafından önerilen bu yöntemin ayrıntıları için bkz. Türk, "Nasıl Bir Seçim Sistemi", AHFD, 1979, Cilt 36, Sayı 1 - 4, s. 58 - 62).

nisbi temsilin yapısına uymayan dar seçim çevreleri yerine geniş seçim çevreleri kabul edilmelidir. Burada bir noktayı açık bir şekilde vurgulamak gerekir ki, ülkemizin ulaşabildiği siyasi gelişme ve siyasi kültür düzeyi gözönünde tutulduğunda, yukarıda belirtilen özelliklere sahip demokratik bir seçim sisteminin kabul edilmesi halinde, her ne kadar demokratik ülkelerde uygulamasına pek rastlanmamakla beraber, bunun anayasal güvenceye kavuşturulması yerinde olur. Modern anayasalarla karşılaştırıldığında son derece uzun olan ve anayasal sorunlar dışında bir çok konuda oldukça ayrıntılı düzenlemeler içeren Türk Anayasasında, G. Burdeau tarafından "uygulamada devletin tek ve gerçek anayasası" olarak nitelenen, seçim sistemine de yer verilmesi (77) yadırganacak bir durum olarak düşünülmemelidir (78). Demokratik ülkelerdeki aksine, seçim sistemi üzerinde hemen hemen her dönemde ortaya çıkan suistimaller ve ülke gündemini işgal eden tartışmalar gözönünde tutulduğunda, Türk demokrasisinin gelişmesi ve çoğulcu toplum yapısının korunması açısından bunu bir zorunluluk olarak görmek de mümkündür. Seçim sisteminin kanunlara bırakılması siyasi gerçeklikte, iktidardaki siyasi partiye bırakılması anlamına gelir. Demokrasilerde seçim, partiler arasında bir yarışmadır; seçim sistemi

(77) Bununla beraber, seçim sisteminin türü ve temel ilkeler anayasada yer aldıktan sonra, diğer bütün hususlar seçim kanunlarına bırakılmalıdır. Böylece anayasanın gereksiz ayrıntılarıyla uzaması da önlenmiş olacaktır.

(78) Aynı görüş için bkz. Araslı, s. 309; Buna karşılık bazı yazarlar, seçim sisteminin anayasada yer almaması düşüncesindedirler. Bu görüşü savunan yazarlardan Vedel'e göre, seçim sistemini anayasaya koymanın faydası, yerleşmiş demokrasilerde tartışılmış olmakla beraber, kısa bir demokrasi geleneği olan ülkeler için, seçim sisteminin anayasaya konulması doğru olmaz. Çünkü, belli bir ülkede belli bir zamanda bir sistemin veya ötekinin dönemselsel ve yapısal sonuçlarını öngörmek imkansızdır. Dolayısıyla, mevcut sistemin "ters ve umulmadık" etkilerini süratle düzeltme imkanını açık tutmak, hiç değilse makul bir deneme için seçim sistemini normal yasama organına bırakmak gerekir (Vedel, Georges, "Temel Hukuki Seçenekler", BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu - Türk Demokrasi Vakfı, Ankara 1993, s. 88). Ancak, Vedel'in düşüncesinin aksine, özellikle demokrasiye geçiş yapan ülkelerde, şu ya da bu şekilde iktidarı ele geçiren bir çoğunluğun seçim sistemine ilişkin kuralları istediği gibi değiştirerek, çoğulcu yarışmayı engellemesi tehlikesi ortaya çıkabilir. İleride seçim sisteminde değişiklik yapmak gerekirse, bunu da, başlangıçta seçim sistemini belirleyerek anayasaya koyan siyasal güçler birlikte yapmalıdırlar. Seçim sisteminde değişiklik yapacak çoğunluk sağlanamazsa, bu demektir ki, mevcut sistem üzerindeki başlangıçtaki uzlaşma devam etmektedir. O halde değiştirilmesi doğru değil demektir. Tekrar belirtelim ki, seçim sisteminin anayasaya konulması, bunun, bütün siyasal güçlerin katıldığı ve üzerinde uzlaştığı bir seçim sistemi olması halinde düşünülmemelidir.

ise, bu yarışmaya uygulanacak yöntem ve kuralları ifade eder. Bir yarışmanın kurallarını, yarışmacılardan sadece birisi belirliyorsa, artık onun eşit, âdil ve demokratik olduğunu söylemek son derece zorlaşır.

MUKAYESELİ HUKUKTA BASIN HÜRRİYETİNİN DÜZENLENİŞİ

Yrd. Doç. Dr. Tayfun AKSOYAK (*)

GİRİŞ

Basın hürriyeti temel hak ve hürriyetlerin teminat altına alındığı bir sistemde anahtar unsurlardan olarak kabul edilmektedir. Gelişimi, demokrasi ve hukukun üstünlüğü yolunda yapılan mücadelede tamamlayıcı rol oynamıştır. Matbaanın icadı, karanlık çağlardan kurtuluşa ve düşüncelerin daha geniş sosyal gruplara yayılmasına hizmet etmiştir. 19. yy'da basının sanayileşmesi ve modern haberciliğin gelişmesi toplumların demokratikleşmesine ve kitle demokrasisinin fikri ve tatbiki olarak yerleşmesine yardımcı olmuştur. Halkın bilgi kaynağı olmak, bir toplumdaki müessese uygulamalarını tenkid, hükümetin suistimallerini teşhir ve genellikle mevcut kuvvet merkezleri manasında dengeleyici bir unsur olmak açısından basın, zaruri bir fonksiyon ifa etmektedir. Gerçekten de, bir toplumun ne kadar açık ve demokratik olduğu büyük ölçüde o toplumda basının ne kadar hür ve tesirli olduğuna bakılarak tayin ve tesbit edilebilir.

Demokratik toplumlarda basının oynadığı bu rol, birtakım faktörlere bağlanabilir. Evvela, basın geçmişten günümüze kadar geçirdiği değişiklikler çerçevesinde, münhasıran hususi veya partizan menfaatlere hizmet eden bir müessese olmaktan kamu menfaatlerine hizmet eden bir müessese olmaya temayül göstermiştir. Basının amme menfaatlerine hizmeti amaçladığı fikri, basın hürriyetinin muhafazasının hukuki mesnedini oluşturmaktadır. Yasama organlarında, bilimsel çevrelerde ve halk arasında basının gördüğü destek, onun kamuoyunun oluşmasına bağımsız ve dinlenmeye değer seslerle katkıda bulunacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde, basının hükümet baskısından masun tutulması gerektiğine ilişkin anayasal teminatlar, hür basına demokrasimizdeki vazgeçilmez görevini yerine getirebilmesi için bahşedilmiştir. Basın id-

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Öğretim Üyesi.

recilere değil de, idare edilenlere hizmet etmekle görevlidir. Hükümetin basın üzerindeki sansür yetkisi, basın hükümeti ebediyete kadar hür bir surette tenkid edebilsin diye kaldırılmıştır. Basın, hükümetin sırlarını açığa çıkarmak ve halkı bunlardan haberdar etmek maksadıyla hür kılınmıştır. Halkı bilgilendirme görevini, ancak, hür ve baskıdan uzak basın başarabilir.

Basın bir müessese olmak itibariyle idari ve şahsi yetkilerin keyfi surette kullanılmasına engel olabilmesi için hür ve bağımsız olması gerekmektedir. Devletin yetkilerinin genişlemesi, hükümet dışındaki güç odaklarının gitgide büyümesi ve basının büyük ölçüde bu güç kaynaklarıyla ilişki içinde bulunmak durumunda olması, tabiiyle basının bunlardan müstakil ve bağımsız bir konumda görevini ifa edebileceği düşüncesini zayıflatmaktadır. Yine de basın kendi başına bir kuvvettir. Seçim neticelerine tesir edebilir, kamuoyu oluşturabilir, idari veya hususi güç odaklarını faaliyette bulunmaya sevkeden sebeblere yön verebilir. Basın hükümet tarafından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı ve demokratik usuller tatbik edildiği takdirde siyasi olsun olmasın, görevin devamında mühim bir kuvvettir. Nihayet, basının muhafaza ve müdafaa eden anayasal ve hukuki düzenlemeler ve doktrinlerin cihansümul kaideler suretinde tezahür ettikleri hatırdan çıkarılmamalıdır. En azından teorik olarak, basının bütün kesimlerine mütealliktirler. Basına sağlanan imtiyaz ve haklardan bütün görüş ve düşüncelerin yararlanması sağlanmalıdır. Basının hukuki düzenlemesi, azınlığında sesini yükseltmesine ve tesirini arttırmasına cevaz verecek nitelikte olmalıdır. Bu sebeplerle, basın hürriyeti herhangi demokratik bir toplumda temel bir ihtiyaç mahiyetindedir. Bu manada toplum hür teşebbüsü veya kollektivist düşüncüyü temel almış olması ehemmiyet arz etmez.

Basın müesseseleri faaliyet gösterdikleri sahalarda toplumla ahenk içinde görev yapmaya mecburdur. Fakat, basın, milli güvenlik, özel hayatın gizliliği, şahsi itibarın muhafazası gibi içtimai meselelerde ihtilaf ve çatışma mevzuu olmaktadır. Bunun yanısıra hükümetin çeşitli şekillerde teşvik ve himayesi de mümkündür. Buna mukabil, ekonomik olumsuzlukların giderilmesi için, bir başka deyişle tekelleşmeyi önlemek için antitröst kanunların çıkarılması sistemin verimli bir surette işlemesi için elzem kabul edilebilir.

1 — Genel Bilgiler

Basın fonksiyon itibariyle, şahsi düşünceleri ve haberleri kitlelere ulaştırmak görevini ifa maksadıyla doğmuş, teknik ilerlemeler

neticesi bir kitle haber aracı haline gelmiştir. Basının kitlelere hitap eden bir araç haline gelmesiyle de kamu görevi ifa ettiği kabul görmeye başlamıştır (1).

Kişisel yönü ağır basın basın hürriyetinden, kamusal yönü ön plana çıkan basın hürriyetinin kabulü, devlet müdahalesi ve düzenleme ihtiyacını daha çok hissettirmeye başlamıştır. Kişiye tanınan serbesti elbette ki sınırsız olamayacaktır. Hem hürriyetin korunması hem de kullanılmasının kolayca sağlanabilmesi için bir düzenlemeye tabi tutulması da tabiidir. Kişiye tanınan serbesti ve yetkinin, toplum menfaatiyle çatışmadan kullanılabilir hale getirilmesini ifade eden hürriyet düzenlemesi, aynı zamanda hürriyetin teminata kavuşturulmasını da ifade etmektedir. Bu itibarla hürriyetin düzenlenmesi hukuk devleti anlayışına uygun "kanuni teminatlar"dan olmaktadır. Düzenleme ve sınırlandırma gerçeği yanında asıl mesele, hukuki düzenlemenin demokratik devlette hangi esaslar ve usullerle yapılacağıdır (2).

Demokratik ülkeler, keyfiliği önlemek için, anayasalara temel normlar koymakta ve bu normlara uygun olmak şartıyla da kanuni düzenlemelere gitmektedirler. Anayasal normlar hukuki düzenleme yönünden üstün ve uyulması gereken temel normlar olmaktadır.

Basın Hürriyeti bir hak konusu olduğuna göre bir icrai hareketin mevcudiyetini de beraberinde taşır ki, bu da hukuki düzenlemeyi gerektirmektedir. Düzenleme, bazen sadece anayasa ile yapılmaktadır. Kanaatimizce, sadece anayasal düzenleme tek başına yeterli olmayacaktır. Bu sebeple, hakkın kullanılmasının çağın kanunlarla düzenlenmesi mecburiyeti gerekli olmaktadır. Anayasal düzenleme, kanuni düzenlemelerle hakkı ortadan kaldıracak uygulamaları engelleyecek nitelikte olması yeterlidir. Özellikle anayasa yargısı söz konusu değilse, anayasal düzenleme tek başına yeterli teminatı sağlamayacağı da aşikardır. Bu durumda anayasal hükümler sembolik ve moral bir değer taşımaktan öteye gidemeyecektir. Üstelik, anayasanın hürriyetlerle ilgili hükümleri uygulama kuralı olmayıp, kuramsal bir anlam taşıdığı da bir gerçektir. Bu itibarla, anayasal normlara uygun olmak şartıyla kanuni düzenlemenin bulunması da gereklidir (3).

(1) SIEBERT Fred. S., PETERSON Theodore, SCHRAMM Wilbur, Four Theories of the Press, University of Illinois Press, Urbana, 1963, s. 73 - 74.

(2) LAHAV, Pina, Press Law in Modern Democracies, Longman, Inc., New York & London, 1985, s. 354.

(3) NIMMO, Dan, Political Commination and Public Opinion in America, Goodyear Publishing Company, Inc., Santa Monica, California, 1978, s. 70.

Bu gün çoğu ülke anayasalarında basına ilişkin hükümler bulunmakla birlikte, sırf basın ile ilgili hukuki kurallar bütünü olan basın kanunları mevcuttur. Basın, demokratik hukuk devletinde kamu hizmeti ifa ettiği ve basın hürriyetinin anayasal bir kavram olması sebebiyle "kamu hukuku niteliğinde" olduğu kabul edilmektedir. Yine, basın hürriyeti özel hukukla ilgili hususları da ihtiva eden, basın müessesesine bağlı ve varolması gereken bir hürriyet olarak anlaşılmaktadır.

İngiltere ve İsrail'in Anayasaları olmadığı gibi basın hususunda sarıh bir düzenlemeyi ihtiva eden temel bir tasarruf da yoktur. Fransa, Almanya ve İsveç, basının hukuki statüsünü tarif ve tayin eden kanunlara sahiptirler. Bütün bunlara rağmen bütün bu ülkeler genellikle demokratik olarak telakki edilmekte ve basın hürriyetinin mevcudiyetinin bu ülkelerde varolduğu kabul olunmaktadır (4).

19. yy'da otoriter basın rejimi Avrupanın tipik rejimlerinden olmuştur. Otoriter basın rejiminin belli başlı özelliklerini kısaca şöyle açıklayabiliriz.

Yayımcıdan, yayıma başlamadan evvel devletden izin alması talep edilmektedir. Herkes editör ve yayımcı olamamaktadır. İzinler, otoriter rejimin taleplerini yerine getirmek şartıyla verilmekte, aksi takdirde iptal edilmektedir. İdari makamlar yayımı tehir edebilir ve nüshalara el koyabilirdi. Muayyen mahkumiyetler neticesinde ek bazı cezalar söz konusu olabilmekteydi. Basın faaliyetinden men etmek gibi (5). Basının görevini kötüye kullanmasını önlemek için yapılacak düzenlemeler hususunda tereddütler mevcuttur. Yapılacak düzenlemelerin otoriter rejime yeşil ışık yakacağından korkulmaktadır. Bu gün, modern basın kanunları basının sosyal mesuliyet teorisine cevap vermektedirler. Theodore Peterson tarafından geliştirilen teoriye göre: Hürriyet bir takım mükellefiyeti de beraberinde getirir ve siyasi iktidar altında bazı imtiyazlara sahip olan basın muassır toplumda bir toplum için lazım gelen asgari gerekleri ifa ile mükellefidir. Basın mesuliyetlerini idrak ettiği, onları faaliyetlerine esas aldığı takdirde hürriyetçi toplumun ihtiyaçlarını temin eder. Basın görevlilerinin farkına varmalarına bir diğer vasıta kitle iletişimin gereklerinin yerine getirildiğini görmeleridir (6).

(4) LAHAV, Pnina, "Intrkoduotion", (Ed: LAHAV, Pnina, Press Law In Modern Democracies, Longman Inc., New Yor & London, 1985), s. 1.

(5) Lahav, a.g.m., s. 346 - 347.

(6) Siebert, Peterson, Schramm, a.g.e., s. 74.

Kanaatimizce, demokratik hukuk devletinde basın kanunları, basını devletin otoriter yönetiminden koruyacak bu teoriyi münasip hukuki terimlerle ifade edebildikleri ölçüde ihtiyaca cevap verebilecektir.

2 — Kollektif Hürriyetler ve Sosyal Haklar Açısından Basın Hürriyetinin Yeri

Basın hürriyeti kollektif bir hürriyet ve sosyal bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu anlayış basının kamusal nitelikli bir hak olarak kabulünün bir neticesi olmaktadır. Teknik gelişmeler bu yöndeki düşünceleri çok daha geçerli hale getirmiştir. Basın hürriyetinin sosyal bir hak ve kollektif bir hürriyet olarak kabul edilmesi birtakım hukuki neticeler doğurmuştur. Bu anlayışla, hürriyetin gerçekten varolması için, kanun önünde eşitlik ve fırsat eşitliğinin varlığı şart olmaktadır. Bir başka deyişle, hürriyetin kullanılması imkanının kişilere eşit olarak sağlanması gerekmektedir. Kişilere tanınan bu hak, devlet için ise bir ödev olmaktadır (7).

Devletin görevi basın hürriyetinin fiilen ortadan kalkması veya sadece belirli sermaye ve nüfuz gruplarının yararlanabildiği sınırlı hürriyet haline gelmesini önlemek olmalıdır. Aksi takdirde, hukuken varolan bu hürriyet, fiilen kullanılan ve varolan bir hürriyet olmaktan çıkacaktır. Öyleyse, devlet basın hürriyetinin kullanılmasına engel teşkiledecek davranışlardan kaçınacaktır. Bu devletin hürriyetler karşısındaki "olumsuz tutumu" diye nitelendirilmektedir (8). Sözüünü ettiğimiz dokunulmaz alanın varlığı için devletin bazı tedbirler alması, bazı imkan ve araçları sağlaması da gerekmektedir. Bir başka deyişle, devletin aktif bir tutum takınması lazımdır. Basın faaliyetinin bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesi sebebiyle, devlet bu kamu hizmetine kayıtsız kalamayacaktır. Aksine, basın hürriyetini sağlamak için sözkonusu faaliyete yardımcı olacaktır. Bu olumlu tutum, basın hürriyetinin kollektif bir hürriyet ve sosyal bir hak olmasının neticesidir (9).

3 — Anayasa Hukuku Açısından Mukayeseli Hukukda Basın Hürriyetinin Düzenlenişi

Basın hürriyeti ile ilgili düzenlemeler bütün demokratik ülkelerde mevcut olmakla birlikte, kontrolün türü, şekli ve özü itibariyle düzenlemeler farklılıklar arz etmektedir. Şekil itibariyle, bazı de-

(7) DÖNMEZER, Sulhi, "Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi", İÜHFİM, c. XXVIII, sy: 3 - 4, 1963, s. 431.

(8) SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ankara, 1968, s. 182.

mokratik ülkelerde yazılı anayasa metinleri mevcut olmadığı gibi basın hürriyeti ile ilgili normatif anayasal düzenlemeler de yoktur (10). Bu tür ülkeler yaşayan bir anayasalarının olduğunu ileri sürerken, basın ve ifade hürriyetini de bu geleneğin bir parçası olarak mütalaa ederler. Tatbikatta bu İngiliz örneğinde olduğu gibi mahkemelerin ifade hürriyetini zedeleyen tasarrufları iptal edemeyeceği manasına gelir. Fakat, söz konusu tasarrufun tefsirinde bir rehber olmak itibariyle ifade hürriyetini engelleyici işlemlerin hükümsüz kılınması için bir vasıta olabilir. Bu itibarla kanun yolu açık olmasa da ifade hürriyetini korumakta kararlı olan mahkeme, tefsir vasıtasıyla kanunun tesirini azaltabilmektedir (11).

Şeklen bir anayasaya sahip olan ülkeler, mesela ABD, İsveç ve Türkiye basın ve ifade hürriyeti konusunda normatif düzenlemelere sahiptirler. Anayasal düzenlemeleri basın hürriyeti konusundaki felsefi, fikri ve anayasal gelişmelerinin bir yansımasıdır. Çeşitli türdeki şekli düzenlemeleri birbirinden ayıran hususlardan birisi de düzenlemenin yapıldığı tarihi süreçler arasındaki farklılıktır. 18. yy'ın sonlarında ve 19. yy başlarında yapılan ABD, İsveç ve Fransız Anayasaları ile tipik 20. yy anayasaları olan Federal Almanya Anayasasının kaleme alınış biçimleri farklıdır.

Tarih itibariyle önce gelen anayasal düzenlemeler yirminci yüzyılın ayrıntılı ve sarıh anayasal düzenlemelerine kıyasla daha mücerret, genel ve kısa bir mahiyet arz etmektedir. Farklılık sosyo-politik gelişmeyi yansıtmaktadır. 20. yy. anayasa metinleri tafsilatlı, bürokratik ve gelişmiş hükümet şeklinin bir ifadesi iken, 18. yy. sonlarına ait metinler daha basit mahiyettedir. Bununla birlikte 20. yy. düzenlemeleri ifade hürriyetini farklı biçimde düzenlemelerinin sebebi gelenekleri üzerine bina etmiş olmalarındandır. Fransız ve Amerikan düzenlemelerinde olduğu gibi 1781 Amerikan Haklar Bildirisi, 1789 Fransız İnsan Hakları Deklerasyonu ve ABD anayasasındaki ilk tashih mutlak ve menfi bir ifadeyle kaleme alınmıştır. ABD'de Kongre ifade veya basın hürriyetini kısıtlayan tasarruflarda bulunamaz (12). İfade hem basını kısıtlayacak normatif tasarrufları yasaklarken mutlak, hem de ifade hürriyetini teyit etmek yerine bu

(9) GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Haberleşme Hukuku, Ankara, 1970, s. 18 - 19.

(10) SUPPERSTONE, Michael., "Press Law in the United Kingdom", (Ed: Lahav Pnina, Press Law in Modern Democracies, Longman, Inc., New York & London, 1985), s. 10.

(11) Lahav, a.g.m., s. 339.

(12) BRASCH Walter M., ULLOTH Dana R., The Press and The State: Sociohistorical and Contemporary Studies, University Press of America, Inc., Lanham & New York & London, 1986, s. 186 - 187.

hak üzerindeki kısıtlamaları menederken menfi bir düzenleme şeklindedir.

Fransız Deklerasyonunun 11. maddesi tam aksine ifade hürriyetinin toplum hayatındaki önemini teyit ederken müsbet ve aynı zamanda mevsuf bir ifade kullanmıştır (13). Kişinin en değerli haklarından olan inanç ve ifadelerin baskı altına alınmaksızın açıklanması, her kişinin bunu kötüye kullanmasından mesul olması kaydıyla, kanunların tesbit ettiği ölçüde tanınması yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmektedir (14). Amerikan düzenlemesinin menfi ifade şekli, örfi hukukun pragmatik ve ampirik olarak geleneksel ruhunu ifade eder ki, bu Amerikan hukuki düşüncesine yön verir. Bu ise yazılı hukukun teorik ve belirli kalıplara dayalı ruhu ile tezat teşkil etmektedir. İlk tashihin men edici ifade tarzı ile ifade hürriyetinin mahfuz olduğunu belirten bir düzenlemeye gitmiştir. Buna karşılık Fransız deklerasyonu ifade hürriyetini kıymetli bir hak olarak zikretmiştir. Kıta Avrupası modelinde basın hürriyetinin mutlak korumayı öngören Amerikan formülünün aksine daha mutedir bir suretle kanunlaşmasını çok mühim bir farklılık olarak addedilmektedir. Düzenleme mutlak bir ifade ile kaleme alınmış da olsa fiiliyatta mutlakiyet arz etmemektedir. Liberal bir sistem bünyesinde hiç bir hak mutlak değildir (15).

Basın hürriyeti, özel hayatın masumiyeti, itibar ve milli güvenlik gibi diğer bazı eşit düzeyde emredici prensiplerle çatışma halindedir. Amerikan hukuki bünyesi itibariyle basın üzerindeki muayyen sınırlamaları beraberinde getirmiştir. Hukuki mülahaza olarak, her iki modelde liberalizm bünyesi dahilinde tabii hukuk geleneğine dayanmaktadır. Modern demokrasinin temeli "bütün insanların eşit yaratıldığı" dolayısıyla siyasi karar alma mekanizmasına katılmaya ehil olduğu fikrine dayanır. Tabii hukuktan kaynaklanan bu anlayış ile liberal görüşün ifade hürriyetini müdafaa etmesi arasındaki bağlantıyı kurmak zor değildir. Amerikan İlk Tashihi ve Fransız Deklarasyonunun 11. maddesi aynı tabii hukuk geleneğinden kaynaklanmalarına rağmen hukuk sistemi itibariyle farklılık arz ederler. Bunda model seçiminde farklılıklar önemli bir etkidir. Fransız ihtifali çoğunluğun idaresi ve halkı temsil eden yasama organının

-
- (13) ERRERA, Roger, "Press Law in France", (Ed: LAHAV, Pnina, Press Law in Modern Democracies, Longman Inc., New York & London, 1985), s. 139.
- (14) EISENDRATH, C. R., "Press Freedom in Fonce: Private Ownership and State Controls", (Editör: CURRY, Leftwich Jane & DASSIN, Joan R., Press Control Around The World, Prager Special Studies, New York, 1982) s. 63; Errera, a.g.m., s. 140.
- (15) Lahav, a.g.m., s. 341.

faaliyetine saygı fikrine dayanıyordu. İfade hürriyetinin daha mu- tedil bir surette düzenlemelere yansımaları ile birlikte toplum için faydalı ve zararlı olan şeyleri ayırmaya muktedir olduğuna inani- lan bir yasama organı faaliyet gösterecektir. Demokratik bir seçim- le işbaşına gelen yasama organı tarafından kabul edilen kısıtlama- lar ifade hürriyetinin korunmasına yönelik faaliyetler olarak telak- ki ediliyordu (16). Amerikan hukuk sistemi bunun aksine kazai kuv- vete dikkate değer bir kıymet vermemiştir. Dahası, Amerikan siyaset bilimi kontrol ve dengeleri esas alan ve her kuvvetin diğerini den- geleyebileceği bir sistem kabul etmiş, bundan dolayı İlk Tashihin mutlak ifadesi, ifade hürriyeti ile alakalı sınırlamaların sümülünü kongre, eyalet meclisleri, mahkemeler ve diğer dengeleyici kuvvet- lere bırakmıştır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kıta Avrupasında ba- sının hukukuna ilişkin bir rejimin mevcudiyetine karşılık İngiltere ve ABD'de böyle bir rejim sözkonusu değildir. Fransa, İsveç ve Federal Almanya gibi ülkeler basın kanunlarına ve hususiyetle basınla ilgili mevzuata sahiptirler. Anglo-Amerikan hukuki düşüncesinin herke- se uygulanan kanunların bünyesi dahilinde mahkemeler tarafından basınla alakalı olarak yapılacak kazai faaliyet doğrultusunda dü- zenlemeyi kabul ederken, Kıta Avrupası yasamanın düzenleme yap- masını kabul etmesi de önemli bir farklılık olarak karşımıza çık- maktadır.

A — ABD'de Basın Hürriyeti

Birleşik Devletler'de basın hürriyeti meşru bir kavramdan çok daha fazladır. Neredeyse dini bir akidedir. Birleşik Devletler Ana- yasası; Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlandığı üzere, ger- çekten kutsal bir metindir. İlk ıslah sisteminin bölünmez bir par- çası olarak kabul edilmiştir. Birleşik Devletlerdeki hür basına olan saygı John Milton ve John Stuart Mill tarafından İngiliz geleneği- nin neticesi olarak gelişmiştir. Buna rağmen Amerikalılar basın hür- riyetinin temellerini Thomas Jefforsan ve James Madison'ın yazı- larında görmekte-dirler (17).

Amerikan basını diğer ülke basınlarına oranla kanuni tazyik- lerle daha az yasaklanmıştır. Her vatandaşın haber alma ve farklı düşünceler açısından dileğini seçme hürriyeti basit Amerikan fer- diyetçiliğinin özüne yakındır. Gerçekten, basın hürriyetine dayanan

(16) Lahav, a.g.m., s. 342.

(17) Brasch, Ulloth, a.g.e., s. 90 - 93.

hukuki hadiselere karışan iddialar hemen hemen tamamıyla bir yir-
minci yüzyıl olayıdır ve bu olaylarda basın hep korunmuştur. 1791
Anayasasına konulan Ek 1 ile (first Amendment) "Kongre söz veya
basın hürriyetini sınırlayan kanun yapamaz" hükmüyle basın hür-
riyetini açık ve seçik biçimde teminat altına almıştır. Böylece, Ame-
rika Birleşik Devletleri basın hürriyetini Anayasal teminata kavuş-
turan ilk ülke olmuştur (18). Birleşik devletlerde basın hürriyetine
ilişkin tartışmalar, 1791 Anayasası'nda İlk İslah ile başlamıştır. İlk
İslah, ifade ve basın hürriyetine her hangi bir kanun tahdidini ya-
saklar (19). Buna rağmen, Amerikan Yüksek Mahkemesi bu hürri-
yetin de her hürriyet gibi mutlak olmadığı ve sınırlanabileceğini ka-
bul etmiştir. Basının hayati rolünün demokraside toplum için bir
haber kaynağı olmak kadar, hükümet faaliyetleri ve suistimalleri
üzerinde bir kontrol sağlamaktır. Bu "kontrol fonksiyonu" özel im-
tiyazların bir anayasal garantisini temin edebilir. Çünkü, basın top-
lum için bir vekil veya yediemin gibi hizmet verir. Bu fikirler bası-
nın anayasal imtiyazlardan faydalanması için yeterlidir. Bu sorumlu
basın sorumsuz basın tartışmalarını da beraberinde getirir. Bu ayı-
rımın kolay yapılamayacağı da açıktır. 1972'den beri muhabirlerin
imtiyazlarına ve haber kaynaklarına ulaşmak bakımından basına
diğer şahıslardan farklı muamele yapılması fikrini Anayasa Mah-
kemesi bir kaç kararında reddetmiştir. Mutlak Hürriyeti reddeder-
ken İlk İslahın nasıl anlaşılması gerektiğini de ifade etmiştir. "Ba-
ğımsızlığımızı kazananlar şuna inanmışlardır ki; devletin nihai so-
nu insanlığının kabiliyetlerinin geliştirilmesi ve hükümet içinde-
ki müzakereye ait güçlerin keyfi olarak hüküm sürmeleridir. Onlar
hürriyeti hem bir son, hem de bir anlam olarak değerlendirmişler-
dir. Hürriyet mutluluğun sırrı olacaktır. Olduğunuz gibi düşünmek
ve düşündüğünüz gibi konuşmak hürriyetinin politik gerçeğin bu-
lunmasında ve yayılmasında bir zarurettir. Buna karşın, hür konu-
şma ve hükümet etmekle zararlı doktrinlerin yayılmasına karşı uy-
gun korunmanın sağlanacağı hürriyete karşı en büyük tehdidin ha-
reketsiz bir toplum olduğundan Birleşik devletlerin temel prensibi
hür düşünce olmaktadır" ifadesiyle hürriyet prensibini açıklamıştır.
Mahkeme her fikrin bir teşvik olduğunu, fikir ile teşvik arasındaki
tek farkın "netice için konuşmacının coşkuluğu" olacağını ileri sür-
müştür. Bu itibarla basına bir teşebbüs olmaktan öte imtiyazlar ta-

(18) İÇEL, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul, 1977, s. 27.

(19) GRABER, Doris A., Mass Media and American Politics, Congressional
Quarterly Press, Washington, 1980, s. 113.

nınamayacağını ifade etmiştir (20). Buna rağmen Birleşik Devletlerde hakikatin fikirlerin açık ve serbest ortamda oluşacağına inanılır. Mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, First Amendment söz hürriyetini mutlak olarak vazetmiştir. Birleşik Devletlerde basılı kitle iletişim araçlarının sansüründe resmi bir sistem yoktur. Hakim Hugo Black, bir kararda şu gerekçelerle first Admendment'in anlamını ifade etmiştir. Hugo Black'e göre, "Hükümetin basını sansür etme gücü kaldırılmıştır. Basın hükümeti kontrol etmede her zaman hür olmuştur. Bu korunmuştur, bu yüzden hükümetin sırlarına malik olabilir ve toplumu haberdar edebilir". Sansüre karşı Amerikan geleneği kadar güçlü ve kat'i bir kural yoktur. Öyleyse hükümet sulh ve nizama aykırı fiiller ika edenlere müdahale etmekle yetinmelidir (21). Hükümet, ancak gayrı kanuni fiilleri cezalandırabilecek, sözlere ise müdahale edemeyecektir. Hakimler belirli sayıdaki kategorileri tamamen ilk islah koruması sahasında hariç tutarlar. Bu hariç tutma dört kategoriye ihtiva etmektedir. Bunlar: Müstehcen yayımlar, iftira ve hakaret cürümleri, Devleti dahili karışıklıklar ve tecavüzlere karşı korunmak için getirilen yasaklardır. Keza; atomik, askeri ve istihbarat bilgileri gibi bir kaç kategoriye kasten ifşa etmek federal bir suçtur (22).

ABD'deki düzenleme, her vatandaş, devletin müdahalesi olmaksızın haberleri olma ve neşretme haklarına sahiptir. Fakat bu hak da Yüksek Mahkeme tarafından mutlak olarak kabul görmemiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, demokratik bir sistemin mevcut olabilmesi için basın ve söz hürriyeti şarttır. Toplumda her insanın, söz ve yazı ile düşündüklerini, hissettiklerini serbestçe ifade etmek hürriyetinin tam olması gerekir. Bu serbesti, suç mahiyetini iktisap edecek şekilde ifade edilmiş söz ve yazılardan dolayı cezasız kalmayı icap ettirmez. Basın hürriyetinden anlaşılması gereken, sadece basının önceden tahdide tabi tutulmamasıdır. Basını önceden mücade ve tahdide tabi kılmak demek, ifade hürriyetini bir tek şahsın veya muayyen birkaç şahsın keyfine tabi kılmak demek olur ki, müsaade vermek mevkiinde olanlar, sahip oldukları geniş takdir yetkisini suistimal edebilirler (23).

(20) EMERY, Edwin, EMERY, Michael, *The Press and America An Interpretive History of the Mass Media*, Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1984, s. 51.

(21) COOPER Kent, *The Right to Know*, New York, 1956, s. 41 - 42.

(22) SOIFER Aviam, "Freedom of the Press in the United States", (Ed: LAHAV, Pnlua, *Press Law in Modern Democracies*, Longman Inc., New York & London, 1985, s. 97.

(23) Soifer, a.g.m., s. 99.

Bu sebeple çare, herkesi düşündüğü ve hissettiği kanaatleri ifade etmede serbest bırakmaktır. Bu serbestinin suistimal edilerek kamu düzeninin bozulmasını engellemek içinde sorumluluklarının belirlenmesi gerekmektedir. Bunlardan anlaşılacağı üzere, yüksek mahkeme basın hürriyetinin, ancak istisnai hallerde ve kamu düzeninin korunması ihtiyacı hasıl olması durumunda sınırlandırılmasını kabul etmektedir (24). Bunun kıstası ise, açık ve halen mevcut tehlike kıstasıdır.

Anayasa mahkemesi hakimleri basının kanuni düzenleme kadar, kendi sözleri ve fiilleri ile de korunduğuna inanmaktadırlar. Birleşik Devletlerde basın mensuplarının hapsedilmesi çok nadir olarak görülür. Rahatlıkla söylenebilir ki, mahkemeler hakkında yayınladıkları hoş olmayan şeyler yüzünden basın mensuplarını cezalandırmaya yönelik genel bir güç yoktur. Gerçekte basın bazen kendisini ifade edemeyenler için konuşabilen tek müessese olarak müdafaa edilir. Basın hürriyetinin temeli olan İlk Islah'ın mahkemelerce yorumlanmasında, basının kamuya ve hükümete tesir etmek isteklerinde hür olması gerektiği neticesine varılmıştır (25). Bu itibarla tahdit edilmesine müsaade edilmemektedir. Thomas Jefforson, "hürriyetimiz basın serbestisine bağlıdır ve kaybedilmeden takdir edilmez" sözleriyle bunu vurgulamıştır (26).

Tornillo'da Miami Herald Publishing Co. davasında Mahkeme, basının korunması gerekliliğini belirlemiştir. Baş yargıç Burger'ın çoğunluk kararı demiştir ki, "Sorumlu bir basın şüphesiz ki makbul bir hedeftir, fakat basının sorumluluğu Anayasa ve kanunlaştırılmamış diğer birçok meziyetlerle emir altına alınmıştır". İlk Islah ve Mahkeme kararları ki, bunlar ABD Anayasasının demokratik ruh ve hususiyetlerinin temellerini oluştururlar; basın müteşebbis ve serbest bir konumdadır. Amerika'daki basın hukukunun en önemli görüntüsü basına büyük bir himaye tanınmasıdır (27). Basın Hürriyeti mevcut demokratik sistemlere nazaran ABD'de en ziyade teminata bağlandığını ve en mükemmel teknik vasıta ve tekniklere malik olduğunu kabul edebiliriz. First Amendment, Kongrenin söz ve basın hürriyetini sınırlandıracak herhangi bir kanun yapmasını menetmiştir. Buna rağmen hükümetin söz ve basın hür-

- (24) LÜTEM, İhan, **ABD Fikir Hürriyeti Bakımından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Murakabesi**, Ankara, 1956, s. 26.
(25) Emery, Emery, a.g.e., s. 89 - 90.
(26) RIVERS, William L., **The Other Government**, Universe Books, New York, 1982, s. 22; BRADLEY, Duane, **The Newspaper: Its Place in a Democracy**, D. Van Nostrand Co., Inc., Princeton, 1965, s. 7.
(27) Nimmo, a.g.e., s. 117.

riyetini sınırlandıran tasarruflarda bulunduğu da görülmektedir(28). Mahkemeler haber yapılması usulünün en önemli düzenleyicisidirler. Basın hürriyetinin sınırlarını tarifleyerek mahkemeler haber derleme ve haberlerin idaresi hususunun meşru sınırlarını da tesbit etmektedirler (29). ABD'de mahkemeler, basının neyi basıp neyi basmayacakları hususunda karar verme hürriyetine sahip olduklarına karar vermişlerdir. Basın kasti hareketten ve iftiradan uzak kaldığı ölçüde ve çok gizli belgeleri zikretmedikçe kanuni denetimlere maruz kalmaksızın nelerin yayınlanacağına karar verme hakkına sahiptir. Basının kasti hareketten ve iftiradan uzak kaldığı ölçüde ve çok gizli belgeleri zikretmedikçe kanuni denetimlere maruz kalmaksızın nelerin yayınlanacağına karar verme hakkına sahiptir. Basının bilgiyi yaymak ve bunun engellenmesi hususunda sahip olduğu hürriyet 1974'te Federal Mahkeme kararında ifade edilmiştir. Dava Florida Eyaletinde, kamu görevini ifa eden şahıslara bir saldırı olursa cevap hakkına sahip olma hususunda bir imtiyaz tanınmasının anayasayla ilgisiydi. Saldırıya uğrayan şahıs, saldırıya uğradığı harflerin karakteriyle, aynı sayfa, yer ve pozisyonunda cevap vermek istediğinin gazete tarafından reddedilmesi üzerine dava açtı.

Yüksek Mahkeme ittifakla, gazetenin istediğini basmakta, istediğini basmamakta serbest olduğunu belirtmiştir. Gazete yazı işlerinin neyin gazetede haber olacağına karar vermede sınırsız hakka sahip olduğuna karar vermiştir. Böylece, cevap hakkı bahşeden kanun anayasaya aykırı bulunmuş oldu. Özel şahıslar her hangi bir hususun yazılmasını rica edebilirler. Bu ricaları kabul edilebilir. Ancak, kişilerin bir hususun yayınlamasını talep hakları mevcut değildir (30).

Kişiler, hakarete uğramaları halinde mevcut hükümler vasıtasıyla ceza ve hukuk davası açmak suretiyle yayıncının mesuliyetine gidebilecektir. Fakat ön denetim hiç bir zaman mümkün değildir. Basın hürriyeti tarihi bir değere haizdir ve böyle mütala edilmesi gerekmektedir. Anayasada yer alarak temel bir kurala bağlanmıştır. Anayasa ile basın hürriyeti, sansürden ve ön denetimden müstesna tutulmuştur (31).

(28) GÜRKAN, Ülker, "Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti", AÜHF Dergisi, c. XVII, sy: 1 - 4, 1960, s. 181.

(29) Graber, a.g.e., s. 90.

(30) FRIENDLY, Fred, W., *The Good Guys, the Bad Guys and the First Amendment: Free Speech vs. Fairness in Broadcasting*, Random House, New York, 1976, s. 192 - 198.

(31) HYND, Ernest C., *American Newspapers in the 1970s*. Communication Arts Books, Hastings House, Publishers, New York, 1975, s. 214.

B — İngiltere'de Basın Hürriyeti

İngiliz basın tarihi, 16. yy.'da Londra'da bazı bilgilerin yazarlarca "haber bültenleri" halinde başka şehirlerdeki abonelere yollanmalarıyla başlar. Haber bültenleri daha sonraları matbaada basılmış haftalık gazeteler halini almıştır. 1695'te parlamento, matbu her şeyin hükümet müsadesi alınmasını, icap ettiren kanunla basın hürriyeti kanunen teessüs etmiş oluyordu. Bu dönemde basın hürriyetinin iki engeli mevcuttu. Bunlardan birincisi hakarete ilişkin kanun, ikincisi de vergilerdi. 19. yy. ikinci yarısındaki liberal hareketler bu durumu değiştirdi. 1861'de bütün vergiler kaldırıldı. Bu gelişme İngiliz basının bugünkü statüye kavuşmasında önemli rol oynamıştır (32).

İkinci dünya savaşı ile birlikte yanlış haberleri veya savaşı tehlikeye düşürecek haberleri önlemek için "Defence of Realen Act" ile hükümete bu tip haber veren gazeteleri kapatma yetkisi verilmiştir. Savaş sonrasında bu yetki kaldırılmıştır (33). İngiliz basının en önemli hususiyetlerinden biri hürriyet duygusudur. İngiliz düşünürleri için en temel hürriyetlerden biri olarak görülen basın hürriyeti, uzun mücadeleler neticesi, kesin olarak ancak 18. yy. sonlarında elde edilebilmiştir (34).

İngiliz hukukunun şahsına münhasır hususiyetleri basın hukuku sahasında da görmekteyiz. İngiltere'de basın hürriyeti, diğer esas hürriyetlerde olduğu gibi, muayyen bir hakkın tanınmamasına değil de, umumi adalet prensiplerinin hakimiyetine dayanır. Basının hususi imtiyazları mevcut değildir. Basın, hususi bir rejime de tabi değildir. Takibat açısından kanunlar karşısında vatandaşlar ve diğer teşekküllerden farklı muameleye tabi olmamaktadır. Kara Avrupa ülkelerinin aksine yazılı anayasaları mevcut olmadığı gibi hususi basın kanunu da yoktur. Basın da şahıslar gibi hakaret, iftira, küfür, isyana tahrik ve mütehcenlikle ilgili kanunlara tabidir. 1695'de "Ruhsat Kanunu"nun sona ermesinden beri sansür de yoktur. Hükümet herhangi bir şekilde basını kontrol yetkisine sahip değildir. İstisnası savaş zamanında parlamentonun ona özel yetki vermesi durumudur (35).

Son yıllarda bazı kanunlara yalnız basını alakadar eden mad-

(32) Superstone, a.g.m., s. 9.

(33) BERTAN, Suat, "İngiltere, Fransa, Belçika, İsviçre ve İtalya Basın Mevzuatı Hakkında Rapor", AD, yıl: 39, sy: 12, 1948, s. 1307.

(34) DENEYOR, Pierre, *Modern Basın*, (Çev. Adnan CEMGİL), İstanbul, 1963, s. 55.

(35) Bertan, a.g.m., s. 1309.

deler ilave edilmiştir. Bunlar basın mensuplarının belediye toplantılarına alınmaları, boşanma vakalarının neşriyatının sınırlandırılması, çocuk mahkemelerinde muhakeme olan çocukların isimlerinin açıklanmaması gibi meselelere aittir. Mahkemeyi tahkir, hakimlerin veya mahkemelerin adil olmadığını ima edici mahiyette bir yazı basan mahkemeden önce veya mahkeme müddetince, karara tesir edebilecek herhangi bir yazı veya haberi basan gazeteler ve gazetenin mesulleri cezalandırılır. Hükümet veya kanun aleyhinde veya halkın muhtelif sınıfları arasında düşmanlık veya kötü niyeti körüklemek suretiyle, sivil harbe, ayaklanmaya veya kargaşalığa müncer olması tasarlanan veya doğrudan doğruya sivil savaş, ayaklanmaya veya kargaşalık yaratmağa matuf beyanat veya yazılar veya hareketleri yayınlamak yasaktır. Küfürü ve müstehcen neşriyat, amme ahlakına aykırı addedilmektedir (36). Netice itibariyle rahatlıkla ifade edebiliriz ki, basın yayınına faydalı saydığı bütün hususları mesuliyet kendisinde olmak kaydıyla yayımlayabilir ve bunlardan hakaret ve iftira teşkil edenler hakkında mahkemelere hesap vermekle yükümlüdürler (37).

İngiltere'de basın demokratik sistemin vazgeçilmez unsuru olarak kabul edilmektedir. Basın hürriyeti, hukukun uygun gördüğü yayıncıların gazetelerini idare etmek hususundaki hakları (inhisarı) olarak düşünülmektedir. Sınırlamaların istisnai olduğu, serbestinin asıl olduğu kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, basın hürriyeti dokunulmaz bir hak olduğundan dolayıcıdır ki, ancak istisnai sınırlamalar getirilebilecek ve bu yapılırken hususiyetleri tayin, teyid ve tesbiten imtina edilmemiştir (38). Basın hürriyeti anlayışının İngiltere'de hak ettiği yeri aldığını kolayca müşahade etmekteyiz. Neşir yukarıda sözünü ettiğimiz sınırlar dışında sonsuz bir hürriyet havası içinde cereyan eder. Basını şu veya bu şekilde takyitlere tabii tutan bir basın kanunu bulunmayışı dolayısıyla en mükemmel ifadesini bulan basın hürriyeti karşısında, basın yoluyla işlenen suçların kamu hukuku kaidelerine göre yerleşmiş bulunan bir kazai kuvvet tarafından gerektiği şekilde tecyiz edildiğini görmekteyiz. Mahkemeler kendilerine tanınan takdir yetkilerini kullanmakta serbestirler. Böylece, hür bir basın ve bunun kötüye kullanılmasını önlemek için mahkemelere verilen yetkilerle gerekli hürriyet ortamı ve denge sağlanmış olmaktadır (39).

(36) Supperstone, a.g.m., s. 12.

(37) DAWSON, Thomas, "İngiliz Basın Hukuku", (Çev. ATALAY Selahattin), AD., yıl: 52, sy: 6, 1961, s. 601.

(38) Supperstone, a.g.m., s. 26.

(39) AKKAN, Kutbettin, "Fransa, İngiltere, Belçika ve İsviçre'de Basın Hürriyeti", AD., yıl: 55, sy: 3-4, 1964, s. 293.

İngiltere'de basın hürriyeti, diğer esas hürriyetlerde olduğu gibi, muayyen bir hakkın tanınmasına değil de, umumi adalet prensiplerinin hakimiyetine dayanır. Basının hususi imtiyazları yoktur, fakat tıpkı şahıslar gibi, kanuna aykırı olmadıkça istediğini yapmakta ve söylemekte serbesttir. Gazetelerin tescile dair olan maddeler hariç hususi basın kanunu yoktur ve basın da şahıslar gibi hakaret, iftira, küfür, isyana tahrik ve müstehcenlikle ilgili kanunlara tabidir. 1695'den bu tarafa sansür yoktur. Hükümet, her hangi bir şekilde basını kontrol yetkisine sahip değildir, meğer ki harp esnasında olduğu gibi, parlamento ona özel yetki vermiş olsun (40).

C — Fransa'da Basın Hürriyeti

Fransız ihtilali bütün kişi hürriyetlerini ve bu arada basın hürriyetini kurmuştur. Basın hürriyeti İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinin 11. maddesi, 1793 Anayasasından önce çıkarılan Bildiride basın hürriyeti tarif edilmiştir. Bildiri, basın hürriyetini, "Fikir ve düşüncelerini gerek basın yolu ile gerek diğer herhangi bir suretle, açıklamak hakkı, sükunetle toplanabilmek, dinini serbestçe icra edebilmek hakları yasaklanamaz" ifadesiyle yürütme gücü ve kanun koyucuya karşı korumuş bulunmaktadır (41).

Bildirilerde ve Anayasalarca düzenleme konusu yapılan basın hürriyeti 1810'da yayınlanan bir kararname ile kısıtlanmıştır. 1830'da basın hürriyeti ile ilgili yayınlanan metinler de hürriyeti teminat altına almaktan uzak kalmıştır. 1848 tarihli Anayasanın 8. maddesinde, "Vatandaşların düşüncelerini basın yolu ile veya diğer suretle açıklamaya hakları vardır. Bu hakların sınırı ancak başkalarının hürriyeti ve kamu güvenliğidir. Basın hiçbir suretle sansüre tabi tutulamaz" hükmüyle hürriyetçi bir basın hürriyeti rejiminin temelini atmıştır. Cumhuriyetçiler iktidara geldikten bir kaç yıl sonra basın hürriyetinin temellerini atan 29 Temmuz 1881 tarihli kanunu meclisten geçirmişlerdir. 1881-1901 tarihleri arasında, kamu hürriyetlerinin hukuki temellerini teşkil eden bir dizi hukuki düzenlemelere gidilmiştir. Toplanma hürriyeti, dernek kurma hürriyeti ile ilgili kanunlar gibi. Basın hürriyetinin kurulmasıyla ilgili kanunun

(40) İkinci Dünya Harbi boyunca basın, Müdafaa kararnamelemesine göre tabii-kata uğramak tehlikesine maruzdu ve kendisine rehber olarak hükümet dairelerinin müdafaa haberlerini alıyordu. Herhangi bir kanunî mecburiyet olmamasına rağmen, düşmana faydalı olabilecek her hangi bir şeyi neşretmemek için Basın ihtiyari olarak haber ve yazıları Hükümet Sansüründen geçirmeyi kabul etmişti. Resmi müsaade ile basılan yazı ve haberler, müdafaa kararnamelemesine göre sorumlu tutulamazlardı.

(41) DÖNMEZER, Sulhi, *Basın ve Hukuku*, İstanbul, 1976, s. 44.

meclsten geçmesi yüzyılın başından beri hükümet basın arasındaki mücadeleden neticesi olmuştur. Bu düzenlemeden önce basın hürriyeti bir takım hukuki düzenlemeler vasıtasıyla sınırlandırılmıştı. Gazetenin yayımlanmasından önce sansür ve baskı, teminat yatırma şartı öngörülmüştür. Vergi kanunları ile gazete üzerinde dolaylı baskı yapılmıştır. Tabiidir ki, gazete fiatı artmış, traj düşmüş ve her şeyin ötesinde yazı işleri müdürleri ve basın mensupları aleyhine davalar ve cezalar sözkonusu olmuştur. 1881'deki basın kanunu büyük bir itina ile hazırlanmıştır. Basın hürriyeti üzerinde de önemli bir anlamı mevcuttur. 1881 Basın Kanunu adeta basın hürriyetinin herşeyini hazırlamıştır (42).

Bütün mevkuteleri kapsayan 1881 tarihli Basın Kanunu ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Kanun yazı işleri müdürlerinin yazılardan sorumluluğunu öngörmüştür. Basın işletme finansmanlarına ahlaki değerler taşıyan standartlar getirilmiştir. Yeni finans kaynakları bulunmaya çalışılmış ve bu amaçla fon kurulmuştur. Yabancılar bu fonlardan yararlanmamaktadır. Fransız vatandaşlarına imtiyazlar getirilmiştir. Basın tekelleri kırılmaya çalışılmıştır. Diğer Anayasalar aksine 1958 (5. Cumhuriyet) Anayasası hak ve hürriyetlerle ilgili açık bir maddeye yer vermemiştir. İlk bakışta basın hürriyeti ile ilgili madde bulunmayışı pek dikkat çekmiyor. Bununla birlikte, dolaylı da olsa basın hürriyeti bir teminat altındadır. Temayüller neticesi açıkça tanınmasa da diğer hürriyetler gibi basın hürriyetinin varlığı mevcuttur (43).

1789 Vatandaş ve İnsan Hakları Deklerasyonu 11. maddesinde, "Fikir ve düşüncelerin serbest bir biçimde yayımlanması ve aktarılması insanın en değerli haklarından biridir; her vatandaş kanun tarafından belirtilen hallerde bu hürriyetinin sorumluluğunu taşımak kaydıyla, hür olarak söyleyebilir, yazabilir ve tab'edebilir" ifadesiyle basın hürriyeti düzenlemiştir. 1958 Anayasasının dibacesinde bunun anayasal değeri olduğu öngörülmüştür.

1958 Anayasasının dibacesinde 1946 Anayasasına atıfda bulunuyor. Bu Anayasada Cumhuriyetin kanunlarınca kabul edilen temel prensiplerinden bahsedilmektedir. Bu prensipler anayasal değerlere haizdir. Anayasa Konseyi bir çok kararında bunu belirtmiş ve böylece bu hürriyet geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu itibarla genel olarak ifade, özel olarak da basın hürriyeti iyice pekiştirilmiştir. Şimdiye kadar anayasa konseyinin basın hürriyeti ile ilgili bir mesele

(42) Errera, a.g.m., s. 138.

(43) Errera, a.g.m., s. 139.

gelmedğinden herhangi bir kararı mevcut değildir. Başka konularla ilgili kararlarında bu konuya değinmiş ve burda basın hürriyetinin anayasal teminatından bahsetmiştir (44).

Basın hürriyeti hususunda Fransız teminatı, ABD Anayasası First Amendment ile tanınan teminattan farklı bir mahiyet arzeder. Fransa'da mahkemeler anayasaya aykırı kanunları uygulamama yetkisine sahip değildirler. Bu yetkiye ancak Anayasa Konseyi sahiptir. Parlamento kanunu kabul ettikten sonra Konsey bu kanunu gözden geçirmek zorundadır. Bu inceleme yetkisi kanunun isdarından önce olmak zorundadır. 1958'den önce meclisten geçirilen kanunlar Anayasa Konseyi'nin denetleme yetkisinde değildir. İdari karar ve düzenlemeler Danıştay ve İdari Mahkemeler tarafından denetime tabi tutulmaktadır. Anayasal teminatlara ek olarak daha alt düzeydeki hukuk, ceza ve idare mahkemeleri mer'i hukuku basın hürriyeti ilkeleri açısından yorumlamaktadırlar. 1881 kanunundan sonra basın hürriyetini kısıtlayan bir çok kanun yürürlüğe girmiştir (45). Genel bir ifadeyle Fransa'da ifade ve basın hürriyeti insanların en değerli ve vazgeçilmez temel haklarından kabul edilmekte ve kanunla ileri sürülen şartlar dahilinde her vatandaş yazma, konuşma ve yayınlama hakkına sahiptir (46).

Basın hürriyetinin sınırları ise, suç işlemeye tahkir; bazı suçların övülmesi; isyana teşvik ve tahkir; müstehcen yayımlar; hakaret ve sövme; anarşi propagandası; askerleri itaatsizliğe tahrik; yalan haber; askeriyenin moralini bozacak; verimliliğini azaltacak; kanunun değerlerini zedeleyecek; ahlaki ve halkın sefaletine ilişkin asılsız ve kamu güvenliğine ilişkin yalan haberler; adaletin tarafsızlığını ya da adaletin otoritesini ihlal edebilecek surette yazılar; parlamento tahkik komisyonlarının çalışmaları veya müzakereleri hakkında her hangi bir haber yayımlanması, doğum aleyhine yayınlardır (47). Görüldüğü üzere Fransız Basın hukukunda evvela geniş bir hürriyetin temin edilmiş olduğu, bilahare bu hürriyetin suistimal edilerek başkalarının hak ve hürriyetlerine, şeref ve haysiyetlerine, amme nizamına, tecavüz etmesi halinde tatbik edilecek hükümler vaz edilmek suretiyle hukuki sınırlarının tayin edilmiş olduğunu görmekteyiz.

(44) Errera, a.g.m., s. 140.

(45) Errera, a.g.m., s. 139.

(46) Eisendrath, a.g.m., s. 63.

(47) Eisendrath, a.g.m., s. 64.

D — Federal Alman Cumhuriyeti'nde Basın Hürriyeti

Genellikle baskı ve sansüre karşı mücadeleyle geçen Alman basın hürriyeti tarihi dört döneme ayrılabilir. Birinci Dönem, 1450'lerde bilinen adıyla Gutenberg'in yazılı basını icadıyla başlamıştır. Bu dönem dini egemenliğin hakimiyetindeydi. Sansür bu dönemin en tipik özelliklerindedir.

İkinci dönem, 18. yy. sonları ile 19. yy. başlarında başlamıştır. Sansürcülük bu dönemde yine önemli bir kanun olarak kalmaya devam etmiştir. Aydın düşünce, düşünce ve fikir hayatındaki yeni değişimlerde önemli etkileri olmuştur. Basın ve söz hürriyeti, politik hayatın gelişmesi ve aynı zamanda kişisel ve toplumsal fikirlerin mübadelesine imkan sağlayan bir mahiyet arz etmeye başlamıştır. Buna rağmen sansürcülüğe ek engellerle basın ve ifade hürriyeti sıkı bir denetim altına alınmaya başlanmıştır. 1848 Reichs Anayasası'nın 143. maddesi her Almanya ifade hürriyeti hakkı vermiştir. Bununla hür bir ortamın oluştuğu kabul edilmiştir. Daha sonra görülmüştür ki, basın hürriyeti hiç bir şekilde ve hiç bir durumda kısıtlayıcı ölçüler, sansürcülük, izinler, kefalet, eyalet tarafından konulan vergiler, yayıncılar için kurallar, posta ile ilgili yasaklar ve baskılar Hitler rejimine kadar sözkonusu olmamıştır. Bu dönem basın hürriyetine doğru atılmış önemli bir adım olarak kabul edilmiştir. 1848 Anayasası 1. bölümünde şöyle denmiştir: "Basın hürriyeti yürürlükteki kanun için yapılan ve onun tarafından kabul gören sınırlar içinde tek konudur. Bu düzenleme şekli, gelişmelerle birlikte 8 Ağustos 1919 Weimar Anayasası'nın 118. maddesinde yer almıştır (48).

Üçüncü dönem Nazi Almanya'sı dönemidir ki, 28 Şubat 1933'te Hitler'in iktidara gelmesiyle başlar. Nazilerin iktidara gelmeleriyle birlikte basın hürriyeti ortadan kaldırılmıştır. Bütün sosyalist ve komünist gazeteler kamulaştırıldı. 22 Eylül 1933'deki "Reichskulturkammergesetz" ile tüm diğer basının sesi kısıldı. 4 Ekim 1933'deki Schriftleitergesetz, propaganda bakanına halkın iyiliği sebebiyle herhangi bir gazeteciyi görevden el çektirme hakkını verdi. Basın, sadece Nazi ideolojisinin program ve fikirlerinin teşviki şeklinde halka olan görevini yapmakta hür kılınmıştır (49).

Dördüncü Dönem, II. Dünya Savaşı sonrasına rastlar ve bu dönemde demokratik basının yapılması sözkonusu olmuştur. 1949

(48) KOHL, Helmut, "Press Law in the Federal Republic of Germany", (Ed: LAHAV, Pnina, Press Law in Modern Democracies, Longman Inc., New York & London, 1985), s. 186 - 187.

(49) DUESENBERG, Albert, The Press in Germany, M. School, Publishers, Boon, 1960, s. 14 - 15.

tarıhli Federal Anayasa demokratik basının temelini atmıştır. 5. madde 1. fıkrada basın hürriyeti hususunda; "Herkes kendi fikirlerini kelime yazı ve resim ile ifade etmek ve başkalarına anlatmak ve kullanılabilen tüm kaynakları kullanarak kendi fikrini duyurmak hakkına sahiptir. Radyo ve film yolu ile haber ve basın hürriyeti garanti altına alınmıştır. Hiç bir şekilde sansürçülük yapılamaz" hükmünü getirmiştir. Basın hürriyetinin garantisi, hür düşünce üzerindeki Nazi baskısına tepkidir. Temeli ise demokrasi talebidir. Federal Anayasa Mahkemesine göre, "özellikle periodik ve politik basın hürriyeti modern demokrasi için zarurettir. Eğer vatandaşın politik karara varması isteniyorsa her şeyden tam olarak haberdar edilmelidir. Basın genel tartışmaları teşvik eder, yorumlar verir, bilgilendirir, değişik grup ve toplulukların talepleri ve fikirlerini toplar, toplumda tartışılmasını sağlar ve bunları parlamento ve hükümetin dikkatini çekecek biçime sokar ve böylelikle bunların hareketlerini ölçebilir". Kısacası basın, toplumun düşüncelerinin biçimlendirilmesi işleminde önemli bir role sahiptir. Federal Anayasa Mahkemesi demokrasi ile basın hürriyeti arasındaki yakın ilişkiyi vurgularken, basının sosyal değişiklik için hayati önem taşıdığını, dolayısıyla hükümet basın hürriyetinin sosyal değerini tanıtmak ve teşvik etmek zorunda olduğunu belirtmiştir (50).

Anayasa, hükümetin basın üzerindeki kontrolünü yasaklamıştır. Bununla birlikte çok sayıda kanun ve özellikle basın için idari düzenlemeler mevcudiyetini devam ettirmiştir. Basın kanunu sadece basın hürriyetini temin etmek için kanuni ana hatları teşkil ederler. Anayasanın 12. Bölüm 75. maddesinde, basın ile ilgili konuların detayları hakkındaki yasama gücü, merkezi hükümetten eyaletlere verilmiştir. Hamburg ülkenin yayıncılık merkezi olduğu için, ilk basın kanunu 1965'te bu eyalette kabul edilmiş ve konuyla ilgili en önemli örnek olarak diğer eyalet düzenlemelerine yardımcı bulunmuştur (51).

Basın kanunundaki 1 ve 3. paragraflar, Anayasanın 5. maddesinde garanti altına alınan hürriyetleri açıklar. 4. paragraf bilme hakkını düzenler. 5. paragraf cezai işlemlerle alakalı dökümanların ve iddianamelerin yayınlanmasını yasaklar. Ceza Kanunu'nun 353. maddesinde de, bu tip dökümanların yayımı suç yarattığı için bu paragraf tekrar mahiyetinde olduğundan gereksiz bulunmaktadır. 6. paragraf haberlerin doğruluğunun araştırılması görevini, 7. paragraf, kanunlar dahilindeki yayıncılık çeşidini açıklamıştır. Pa-

(50) Kohl, a.g.m., s. 188.

(51) GÜRBÜZ, Yaşar, Anayasalar, İstanbul, 1981, s. 74; Kohl, a.g.m., s. 188.

ragraf 8, süreli yayınların her sayılarında yazarın ve yayıncının adını ve adresini yayınlama mecburiyetini bilirler. 10. paragraf yayıncıdan, yayının hangi parçası için para ödenliğini belirlemesini istemiştir. Cevap hakkı paragraf 11'de tanınmıştır. Paragraf 12, 18 ve 22. basın ürünlerine el koyma ve basının delilleri sunmama hakkını düzenleyen kuralları ihtiva eder. Diğer paragraflar sınırlamalar ve teknik meseleleri düzenler. Özetle eyaletlerin basın kanunları günlük işlerde çok fazla hantal olmayan basın üzerinde kesin yükümlülükler yüklemiştir. Bunlar teoride fikir mübadelesini ihlal edecek kurallar oluşturmuşlardır, fakat pratikte bir baskıya sebep olmamış ve böylece diğer kurallar anayasal garantiye alınmıştır (52).

Basının rolünü etkin bir biçimde yapabilmesi için bilgiye ulaşması gerekir. Demokraside tüm önemli tartışmalar, toplantılar halka açık olan parlamentoda yapılır. Modern parlamenter demokrasi de bir çok konunun parlamentoya ulaşmadan çözüme kavuşturulduğu da aşikardır. Alman kanunlarına göre, basın hükümetten bilgi talep ettiği zaman, hükümet anayasal görev olarak buna cevap vermekle görevlidir. Bu cevap görevi, son ürüne kadar sınırlanmayan gazete ve dergilerin ortaya çıkması için gerekli olan "araştırma ile başlayan bilgiye ulaşan ve dağıtımı ile biten" basın hürriyetinin anayasal garantisinin temel taşıdır. Bilme hakkı ile hükümet yararı arasında eşitlik basın kanunu ile çizilmiştir. Hükümet genel olarak cevap verme ve cevap verilmeyenler için sebebini açıklayan listeyi sunma konusunda yükümlülük altındadır. Hükümet, ceza, sivil veya disiplin mahkemelerinin işlemi peşin hüküm haline gelesekse, tartışmaya yol açacak gizlilik gerektiren normlarsa veya açıklanması toplum ya da özel kişilerin menfaatlerine zarar vermeye zorlayacak ise cevap vermek zorunda değildir (53). Aynı şekilde, mahkeme işlemleri kamuya açıktır ve o suretle basına da açıktır. Bunun bir kaç istisnası da mevcuttur. Örneğin, Gerichtsverfassungsgesetz (GVfG)'in 189 kısmının 2. bölümü, mahkeme üyelerinin bağımsız kararlarına müdahale eden veya takibata engel olacak yayımları yasaklamaktadır.

Bugün Alman basın hukukunda en katı ve geleneksel anlamda geniş bir tartışma alanı vardır. Bu meselenin çoğu ileri mütalaaları icap ettirecek kadar önemli olmakla birlikte devlet, basın ve basının ferdle ilişkisinin mevcut serbest tartışma süreci içinde yeterli şekilde sağlandığı ve basın hürriyetinin demokratik toplum gereklerine

(52) Kohl, a.g.m., s 193.

(53) Kohl, a.g.m., s. 205 - 206.

uygun bir statüye sahip olduğu konusunda bir fikir birliği vardır (54).

E — İsviçre'de Basın Hürriyeti

Basın hürriyetinin eşsiz bir serbesti ve mana kazandığı memleketlerin başında gelen İsviçre'de basın hürriyeti ilk defa olarak 1798 Anayasası'nın 7 nci maddesinde, "basın hürriyeti bilgi iktisap etmek hakkında doğar" ifadesiyle öngörülmüştür. 1830 yılına kadar Fransa hakimiyetinde kalan İsviçre'de basın sansüre tabi tutulmuştur. Bu tarihten itibaren basın hürriyeti de teminat altına alınmıştır. 1848 Anayasasının 45 inci maddesi "basın hürriyeti sağlanmıştır" hükmüyle basın hürriyetini açıkça ilan etmiştir. 1874'de anayasa tadil edilirken madde yeni anayasanın 55 inci maddesini teşkil etmiştir (55).

Anayasanın basına tanımış olduğu hak ve imkanlara paralel olarak hak ve yetkilerin suistimali halinde basının sorumluluğu da öngörülmüştür. Basının sorumluluğu, İsviçre Ceza Kanunu'nun 27 inci maddesinde vazedilmiştir. Bu madde hükmüne göre, basın yoluyla işlenip ve basın yoluyla tamamlanmış olan suçun faili yazının sahibi olmaktadır. Basın yoluyla işlenen suçlardan dolayı açılacak tazminat davalarında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiille ilişkin 41 inci maddesi ile şahsiyet haklarına tecavüze ilişkin 28 ve 49 uncu maddeleri uygulama imkanı bulmaktadır. İsviçre'de anayasa teminatı altında bulunan basının büyük bir hürriyete sahip bulunduğu, basın mensuplarının kendilerine tanınan hak ve hürriyetlere karşılık olarak vazifelerini kanuni düzenleme ve basın ahlakına uygun hareket ettiği kabul edilmektedir. İsviçre Basın Hukuku netice olarak, basın hürriyetine büyük bir teminat ve serbesti tanımakla birlikte şahsiyet haklarına tecavüz ve devletin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek hareketler bakımından sınırlar ve müeyyideleri de tesbit etmiş bulunmaktadır (56).

F — Türkiye'de Basın Hürriyeti

Ülkemizde ilk anayasa metni niteliğindeki 1839 Gülhane Hattı'nda basın hürriyetinden bahsedilmemiştir. Türkiye'de ilk gazetenin 1860 yılında yayımlandığı düşünülecek olursa (57), tarihi gelişimin

(54) Kohl, a.g.m., s. 218.

(55) ARTUS, Amil, "İsviçre'de Basın Hürriyeti", AD, yıl: 39, sy: 7, 1948, s. 792-793.

(56) AKKAN, Kutbettin, "Fransa, İngiltere, Belçica ve İsviçre'de Basın Hürriyeti", AD, yıl: 55, sy: 3-4, 1964, s. 296.

(57) KABACALI, Alpay, Başlangıçtan Günümüze Türkiye'de Basın Sansürü, İstanbul, 1990, s. 24.

basın hürriyeti açısından oldukça yeni olduğu apaçık görülecektir (28). "Tercüman-ı Ahval"ın yayınlandığı 1860 yılında, mevkute çıkartılması açısından kanuni bir sistemin bulunmadığı ve işlemlerin siyasi iktidarın takdir ve keyfine kaldığı da muhakkaktır (59).

Osmanlı İmparatorluğu döneminde basına ilişkin ilk metin, 1864-1909 yılları arasında yürürlükte kalan "Matbuat Nizamnamesi"dir. Nizamname, mevkute yayınlanmasını hükümetin iznine bağlamıştır (60). Nizamname ile, mahkeme kararı olmaksızın hükümetçe alınan idari kararlar, süreli yayınların geçici ya da kesin olarak kapatılması mümkündür. Devletin iç güvenliğini ve asayiş bozucu bir suçun işlenmesini kışkırtan basın hükümetçe geçici ya da kesin olarak kapatılır. Saltanat, padişah, hanedan hakkında uygunsuz sözler ve deyimler kullanan, hükümet aleyhinde taarruzda bulunan, nazırlara hakaret eden, devletin dostu ve müttefiki olan hükümdarlara dokunan söz ve deyimler kullanan gazete hükümetçe bir ay süreyle kapatılır. Yine aynı nizamnamede deniyor ki, iki yıl içerisinde mahkemece üç kez aleyhte hüküm giyen gazete ya da süreli yayınlar hükümetçe geçici ya da kesin olarak kapatılır (61). Görüldüğü üzere bu kısa süre içerisinde basın, büyük ölçüde geleneksel ve otoriter bir çerçevede yayın hayatına devam etmiştir (62). 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi, III. Napoleon'un imparator olunca hazırladığı 1852 tarihli Fransız Basın Kanunu'ndan çevrilmiştir (63). Bütün sertliğine ve basın hürriyetini bir istisna haline getirmesine rağmen, hukuki düzenleme fikrine ilk defa yer vermiş bulunan söz konusu nizamname, fiili değerini, Hükümete basınla ilgili bir türlü tedbiri almak hakkını bağışlayan 1867 tarihli "Kararname-i Ali" ile kaybetmiştir. Bununla da yetinilmemiş, Hükümet kararıyla sansürün konması yoluyla, Türk basınının karanlık bir dönemde yaşaması sağlanmak istenmiştir (64).

1876'da Birinci Meşrutiyet ilan olunduğu zaman, Türk toplumunun ilk yazılı anayasası olan Teşkilatı Esasiyenin 12. maddesinde basın hürriyeti, "Matbuat kanun dairesinde serbesttir". ifadesiyle

-
- (58) İSKİT, Server R., Türkiye'de Matbuat Rejimleri, İstanbul, 1939, s. 5.
(59) ERTUĞ, Hasan R., Basın ve Yayın Hareketleri Tarihi, İstanbul, 1960, s. 45 vd.
(60) İSKİT, Server R., Türkiye'de Matbuat İdareleri ve Politikaları, Ankara, 1943, s. 7 - 8.
(61) ORAL, Fuat Süreyya, Türk Basın Tarihi, Osmanlı İmparatorluğu Dönemi, 1728 - 1922, Ankara, 1968, s. 68 - 70.
(62) İNUĞUR, M. N., Basın ve Yayın Tarihi Ders Notları, İstanbul, 1976, s. 96 vd.
(63) Kabacalı, a.g.e., s. 26; BALKANLI, Remzi, Basın Hürriyeti, Ankara, 1961, s. 23.
(64) Kabacalı, a.g.e., s. 30 - 32.

öngörölmüştür. Bu hükümle, basın hürriyetinin teminat altına aldığı da söylenemez. Çünkü yasama organına sınırsız bir düzenleme yetkisi vermiştir (65). Buna rağmen, idari kararlarla basın hürriyetinin sınırlanamayacağını düzenlemiş ve böylece basın hürriyetini hiç olmazsa yürütme gücüne karşı teminat altına almış olmaktadır. Hürriyeti, keyfilikten kurtarıp kanun teminatına bağlanması yönünden bir gelişme olarak kabul etmek gerekir (66). Bu hükmün gereği olarak hazırlanan 1877 tarihli "Matbuat Kanunu" devrin padişah Abdülhamit tarafından yürürlüğe konmamıştır. Zamanın Liberal anlayışına uygun olarak düzenlemeler getiren bu anayasanın teminat ve müeyyideden yoksun oluşu en belirgin niteliklerindedir (67). Nitekim, padişah kendisine olağanüstü yetkiler veren 113. maddeye dayanarak Kanuni Esasi'yi yürürlükten kaldırınca, basın hürriyeti de askıya alınmış ve hazırlanan Matbuat Kanunu yürürlüğe girmemiştir.

Bu dönemi takiben Liberal anlayışın ürünü sayılan 1909 tarihli "Matbuat Kanunu" kabul edilmiştir. Basın hürriyeti açısından önemli bir merhale teşkil eden bu kanun, önceden izin alma yerine beyanname sistemini getirmiş ve böylece bir gazetenin çıkarılması için ihbar yeterli sayılmıştır. 1881 Fransız Basın Kanunu'na dayanan Matbuat Kanunu, basın hürriyetine doğru bir adım olarak kabul edilmiştir. Ancak, bu hürriyetçi sistem uzun sürmemiştir. 1913 yılında çıkartılan bu kanun ile Matbuat Kanunu değiştirilerek, gazete çıkartılabilmesi belirli bir paranın depo edilmesine bağlanmıştır. Ayrıca adı geçen kanununun 23. maddesi ile hükümete "iç ve dış güvenlik" sebepleri ile gazete kapama yetkisi tanınmıştır. 1914 yılında yapılan bir değişiklik neticesinde her türlü haber uygulama 1923 yılına kadar bütün yayınlar için aralıksız olarak uygulanmıştır (68). 1923 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi İcra Vekilleri heyeti yayınladığı bir kararname ile sıkıyönetim ve sansürü ortadan kaldırmıştır (69).

Cumhuriyet'in ilanını takiben 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 77. maddesi, "Matbuat, kanun dairesinde serbesttir ve neşir edilmeden evvel teftiş ve muayeneye tabi değildir" hükmüyle basın hürriyetini teminata almaya çalışmıştır. 4 Mart 1925 tarihinde çıkarılan "Tahrir-i Sükun Kanunu" ile basın hürriyetine kayde de-

(65) Danışman, a.g.e., s. 6.

(66) Dönmezer, a.g.e., s. 160.

(67) KAPANİ, Münci, İngiliz Demokrasisine Bakışlar, Ankara, 1960, s. 14.

(68) Kabacalı, a.g.e., s. 84 - 85.

(69) Dönmezer, a.g.e., s. 163.

ger sınırlamalar getirilmiştir. Anılan Kanununun 1. maddesi, "irtica, isyana ve memleketin nizamı içtimaisini ve huzur ve sükunünü ve emniyat ve tahrikat ve teşvikat ve teşebbüsat ve neşriyatı hükümet, Reiscumhurun tasdiki ile re'sen ve idareten men'e mezundur" hükümüyle sınırlama sebepleri ve sınırlayacak makam belirlenmiştir.

Cumhuriyet döneminin ilk ve çok tartışılan "Matbuat Kanunu" 1931 yılında kabul edilmiştir. Bu kanun hem basılmış eser, hem de matbualar ile ilgili düzenlemeler getirmektedir. Kanun ilk şeklinde beyanname verilmesi gazete veya mecmua çıkarmak için yeterli idi. Ancak 1938'de yapılan değişiklik ile siyasi nitelikte gazete ve dergiler için "para depo etme" şartı, tüm dönemsel yayımlar için ise, "ruhsatname alma sistemi" getirilmiştir (70).

1931 Matbuat Kanunu'nun 50. maddesine göre "Memleketin umumi siyasetine dokunacak neşriyattan dolayı icra vekilleri Heyeti kararı ile gazete veya mecmuanın neşrine devam edenler hakkında 18. madde hükmü tatbik edilir. Bu suretle kapatılan bir gazetenin mes'ulleri tatil müddetince başka bir isim ile gazete çıkaramazlar" hükmüyle basın hürriyetinden yararlanmak, idarenin iznine bağlı tutulmuştur. Görüldüğü üzere "memleketin umumi siyaseti" gibi istenildiği şekilde yorumlanmaya müsait bu hüküm karşısında basın hürriyetinden söz etmek imkansızdır. Ancak, totaliter sistemlerde görülen bu tip düzenlemeler 1946 yılında değiştirilerek kanunun ilk şekline dönmüştür (71).

Çok partili demokratik düzene geçildikten sonra 1950 yılında iktidar değişmiştir. Bu ise hürriyetçi bir yönelişi siyasi hayata getirmiştir. Yeni iktidarla birlikte 5680 sayılı Basın Kanunu, Liberalist görüşün basın hürriyeti alanındaki genel ilkelerine geniş ölçüde yer veren hürriyetçi bir kanun olarak kabul edilmiştir (72).

İlhamını liberal rejimden alan bu kanun ile gazete yayınlama izne bağlı olmaktan çıkarılmış, idareye tanınan yetkiler asgari haddede indirilmiş, yayın yasakları daraltılmış ve cevap hakkı basın lehine düzenlenmiştir. Kanun bütün bu demokratik niteliğine rağmen, "basın suçlarını içermesi", "Hürriyeti bağlayıcı cezalara yer vermesi", "Cevap hakkının geniş kapsamlı düzenlemesi" ve "Mahkeme tarafından belirli suçların işlenmesi durumunda kapatma hakkının bulunması" yönüyle eleştirilmiştir. Bütün bu eleştirilere rağmen Ba-

(70) Danışman, a.g.e., s. 8.

(71) İÇEL, Kayıhan, "Haberleşme Özgürlüğü", İÜHF Mecmuası, c. XLI, sy: 1-2, 1975, s. 82.

(72) BALKANLI, Remzi, Mukayeseli Basın ve Propaganda, Ankara, 1966, s. 32-33.

sın Kanunu ilk şekliyle, basın hürriyeti açısından köklü değişme ve gelişme sağlanması bakımından önemli bir adım olarak kabul edilmektedir (73).

5680 sayılı kanun ilk şekliyle bugün dahi uygulanabilir hükümler taşımaktaydı. Eleştiri konusu olan değişiklikler, 1960 yılında 143 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Bu değişikliklerle bazı hükümleri dışında bu kanunun ilk şekline uygun bir basın rejimi ihdas edilmiştir. 1961 Anayasası ise basın hürriyeti alanında anayasal bir düzenleme getirmiştir.

A — 1924 Anayasasında Basın Hürriyeti

1924 Anayasasında tek maddede düzenlenen basın hürriyeti gerekli teminatı sağlamaktan uzak bir nitelikteydi. 1924 Anayasası 77. maddesinde "matbuat, kanun dairesinde serbesttir ve neşredilmeden evvel teftiş ve muayeneye tabi değildir" ifadesiyle 1876 ve 1909 Kanunu Esasilerindeki hükmün aynısını tekrarlarlarken, basın hürriyeti açısından klasik telakkiyi ifade etmiştir (74). Bu itibarla, 1924 Anayasasındaki düzenleme açısından basın hürriyetinin kapsamını belirlemek oldukça güçtür. Esasında, kapsamdan ziyade, basın hürriyeti anayasal düzenlemeye tabi tutulmuştur ifadesini kullanmak daha yerinde olacaktır.

Sınırlı bir teminat getiren 1924 Anayasası döneminde çıkarılan 1931 tarihli Matbuat Kanunu, Türk basınının totaliter bir düzen içerisinde yaşamaya mahkum etmiştir. Bunu da sağlayan, Matbuat Kanunu'nun Gazetelerin Kapatılmasına ilişkin 50. maddesidir. 1946 yılında yapılan değişiklikle gazete kapatma yetkisi Bakanlar Kurulu yerine mahkemelere bırakılmıştır. 1950 yılında 5680 sayılı Basın Kanunu çıkarılmıştır. Eleştirilere rağmen, basın hürriyetinin sağlanması yönünde bir adım olarak nitelendirilmiştir (75).

1924 Anayasası döneminden 1961 Anayasası dönemine gelinceye kadar geçen 37 yılda tam 18 basın kanunu çıkarılmış veya değişiklik yapmak yoluna gidilmiştir. Bu da göstermektedir ki, 1924 Anayasası gerekli teminatı sağlamaktan uzak olmuştur. Bu dönemdeki edinilen tecrübeler neticesinde, basın hürriyetini siyasi iktidara karşı korumanın gerekliliği kabul görmeye başlamıştır. Bu itibarla, basın hürriyeti 1961 Anayasasında ayrıntılı bir düzenlemeye tabii tutulmuştur (76).

(73) İskit, a.g.e., s. 4 - 5.

(74) DÖNMEZER, Sulhi, "Yeni Anayasamızda Basın Hürriyeti", İÜHF Mecmuası, c. XXVIII, sy: 3 - 4, 1963, s. 571.

(75) ÖZEK, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul, 1978, s. 17.

(76) Dönmezer, "Mevzuat", s. 439.

B — 1961 Anayasasında Basın Hürriyeti

Anayasamız, demokratik hukuk devleti ve sosyal hayatın vazgeçilmez bir şartı olan haber, düşünce ve basın hürriyetini bir hak olarak kabul etmiş ve geniş bir düzenlemeye tabii tutmuştur. Adeta bir tatbikat kanunu gibi, basın hürriyetini ana hatları ile düzenleyerek, kanun koyucuya karşı dahi bu hürriyeti korumuştur (77). Buna rağmen, dünyadaki siyasi, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesi anayasa hükümlerinin yeterli olmadığı ve açıklığa kavuşturulması gereği ileri sürülmeye başlamıştır. Hukuki teminat yanında ekonomik teminatlar getirilmiştir. Gerçekten, siyasi iktidara karşı kazanılan bildirilerde, anayasalarda kabul edilen basın kanunlarında ifade bulan basın hürriyeti, teknolojik gelişmeler neticesi ortaya çıkan ekonomik gelişmeler ve bu gelişmelerin yarattığı ekonomik eşitsizliklerle ihlal edilmektedir. Basın hürriyetinin hukuki teminatlarına siyasi iktidarca müdahaleler pek görülmektedir. Daha çok, ekonomik müdahaleler baskı aracı olarak kullanılmaktadır. Günümüzde basın işletmelerini siyasi ortamdan çok ticari ortamda değerlendirilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir (78). Batı ülkeleri anayasa düzenlemeleri gözönüne alındığında, anayasamızdaki düzenlemelerin yerinde ve basını teminata kavuşturur nitelikte olduğu açıkça görülmektedir (79). Basın ve haber alma hürriyeti açıkça belirtilen istisnalar dışında, prensip itibarıyla kanunla dahi sınırlandırılmayacaktır. Basın hür olmasının anlamı, anayasa ve kanunlar dışında önceden herhangi bir kayıt ve sınırlamaya gidilememesidir.

Gazete ve dergiler prensip olarak toplatılmayacaktır. Gazete ve dergi çıkarma her Türk Vatandaşı için serbesttir. İdari müsaade alma ve mali teminat yaratma şartlarına tabii tutulamayacaktır. Basın mesleğinin icrası ile ilgili hükümlerin bir kanunla düzenlenmesi lüzumludur. Bu kanunla basın hürriyeti siyasi, iktisadi, mali ve teknik bir takım kayıtlarla esaslı surette sınırlandırılmayacaktır.

Basın araçları zapt ve müsadere olunmayacaktır. Basın hürriyetine vurulacak en büyük darbe basın araçlarına ve özellikle de basımevine el koymaktır. İktidar, geçici de olsa basımevlerini faaliyetten alıkoymak ve böylece gazeteleri fiilen baskı altına almak yoluna gittikleri zaman zaman karşılaşılan yöntemlerdendir. Bu sebeptendir ki, yeni anayasalarda basın araçlarının müsadere ve zapt

(77) Dönmezer, a.g.e., s. 153; Gölcüklü, a.g.e., s. 48.

(78) Danışman, a.g.e., s. 9.

(79) Dönmezer, "Yeni Anayasa", s. 572.

edilemeyeceği ve işletilmekten alıkonulamayacağını, yahut da bu tedbirlere son derece istisnai hallerde bu yola gidileceği belirtilmektedir. Matbaaların kapatılması yöntemine başvurulduğu ülkemizde, anayasanın bu hükmü ile bu yolu kapatılmış olmaktadır. Basın hürriyetinin fertlerin kişilik ve haysiyetini gölgelememesi için, bir çok ülkenin anayasalarında olduğu gibi gerçeklere aykırı yayınlara karşı düzeltme ve cevap hakkı sağlanmıştır. Bu hakkın kötüye kullanılmasını engellemek için de hakim kararının gerektiği hükmü getirilmiştir. Bu dönem içerisinde 12 Mart ara rejimi ile 1971, 1973 ve 1974 Anayasa değişiklikleri olmuştur. Basın hürriyeti ile ilgili 22. madde ve basın dışı haber alma araçlarından yararlanma hakkına ilişkin 26. madde değiştirilmiştir (80).

Anayasanın 22. maddesi "devletin ülkesi ve milleti ile güvenliğinin gerektirdiği gizliliği veya genel ahlakı koruma alanında kanunla sınırlanabilir" şeklinde düzenlenmiştir. 26. madde ise, "bu konudaki kanuni düzenleme yapılırken devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, insan haklarına dayanan milli, demokratik, laik ve sosyal cumhuriyetin milli güvenlik ve genel ahlakın korunması dışında kalan bir sebebe dayanarak halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaate ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtların konamayacağı" şekline getirilmiştir. Bu değişikliklerle basın hürriyetinin tahdit edildiği ve bir geriye dönüş anlamına geldiği iddiası ile eleştirilmiştir (81).

1961 Anayasası'nın kabulünden 1971 Anayasa değişikliğine kadar ki dönemde basın hürriyeti gerek düzenleniş ve gerekse kullanılması bakımından altın yıllarını yaşamıştır (82). Bunda bilinçli bir kamuoyu ve düşünceyi açıklama hürriyeti varlığı yanında Anayasa mahkemesinin varlığı etkili olmuştur.

C — 1982 Anayasasında Basın Hürriyeti

1982 Anayasasında hür ve sorumlu basınla ilgili teminat ve sorumluluklar geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Düzenlemenin kapsamını ise, haber, fikir, düşünceleri toplamak, bunlara ulaşmak, yorumlamak, yazılı ve basılı eser haline getirmek ve dağıtmak hakları oluşturmaktadır. Kurumsal bir hürriyet olan basın hürriyeti düzenlenirken basının sorumlulukları da belirlenmiştir. Düzenleme, hem hür basının varlığını korumak, hem de basının sorumluluk içinde hareket etmesini sağlayacak niteliktedir. Basın hürriyeti sı-

(80) Bu madde 20.9.1971 tarihli ve 1488 nolu kanunla değiştirilmiştir.

(81) Kapani, a.g.e., s. 130.

(82) ARÇAYÜREK, Cüneyt, *Demokrasi Sürecinde Basın*, Ankara, 1984, s. 85.

nırları ve kullanma alanını geniş ve ayrıntılı şekilde düzenlemesi, 1961 Anayasası döneminde "basın yoluyla" düşünce ve fikir açıklamalarının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışmasını da sona erdirmiştir.

Basın hürriyetinin kapsamı geniş olarak Anayasamızın 28. maddesinde düzenlenmiştir. Birinci fıkrasında, basının hür olduğu, ön denetime tabi tutulamayacağı ifade edilmiş ve basın hürriyetinin temel unsurlarından biri olan "matbaa serbestisi" teminat altına alınmıştır. 1961 Anayasasından farklı olarak kanunla yasaklanmış dilde yayın yapılamayacağı hükmü eklenmiştir.

Basın hürriyetinin sınırlandırılmasında anayasanın 26. ve 27. madde hükümleri uygulanacaktır. Gerçekten basın hürriyeti düşünce açıklama hürriyetinin belli bir kullanım şeklini ve hatta yaygın bir araç olması sebebiyle uzantısını teşkil etmektedir. Bu itibarla, düşünceyi açıklama hürriyetine ilişkin genel esasların ve sınırlamaya ilişkin özel sebeplerin, basın hürriyetine uygulanması tabiidir. Zira, basın hürriyeti kaynağını düşünceyi yayma ve açıklama hürriyetinden almaktadır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma ve isyana teşvik eder nitelikte olan veya devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber ve yazıyı yazan, basan, yayan ve dağıtanların sorumlu olacağı maddenin beşinci fıkrasında belirtilmiştir.

Yayın yasağı konamayacağı ilkesi ve bu kurala getirilen istisna altıncı fıkrada belirtilmiştir. Bu istisna, kanunda belirtilecek sınırlar içerisinde hakim kararlarıdır. Yayın yasağı, basın hürriyetini en az sansür kadar tehdit eden "önleyici" tedbirdir. Bu sebeple uygulama alanının dar tutulması gerekir. Aksi bir tutum basın hürriyetinin varlığını ortadan kaldıracabilecek sonuçlar doğuracaktır.

Yedinci fıkra, süreli ve süresiz yayınların toplatılması hususunu düzenlemektedir. Toplatma kararını, kural olarak hakim verecektir. Bununla birlikte adli kovuşturmanın başlamadığı ve gecikmesinde de sakınca bulunan hallerde, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi mülahazalarıyla kanununun açıkça yetkili kıldığı mercii emri ile de, toplatma kararı verilebilecektir. Olağanüstü bir tedbir niteliğindeki bu yetki yine yargı denetimine tabii tutulmuştur. Yetkili mercii kararını 24 saat içinde ilgili hakime bildirecek, hakim en geç 2 gün içinde onaylamaz ise, karar hükümsüz olacaktır.

Sürelî ve süresiz yayınların zapt ve müsaderesinde ceza ve CMUK genel hükümlerinin uygulanacağı sekizinci fıkrada belirtilmektedir. Gerekçesinde belirtildiği üzere, "toplama" tedbiri bir anlamda yayın organının "zaptı" niteliğinde ise de suç kovuşturması açısından ayrıca düzenlenmesi yararlı olacağından yerindedir. Çünkü, bir ceza hukuku müessesesi olarak "zapt ve müsadereye" ilişkin genel hükümlerin basın yoluyla suç işlenmesi durumunda uygulanabilirliği tartışılmıştır. Bu itibarla, bu fıkra hükmü getirilmiştir. Zaten, basının anılan hüküm dışında tutulmasının makul bir gerekçesi de yoktur.

Maddenin son fıkrası ise, sürelî yayınların, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, cumhuriyetin temel niteliklerine, milli güvenliği ve genel ahlaka aykırı mahkumiyet durumunda mahkeme kararıyla kapatılacağını hükme bağlamıştır. Devamı niteliğindeki yayınlar da yine hakim kararıyla toplattırılacaktır. Görüldüğü üzere hüküm kişiyi değil sürelî yayını hedef alan ayrı bir müeyyide olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasamızın 29. maddesi sürelî ve süresiz yayım hakkı şartlarını birlikte ve basın hürriyetine uygun olarak düzenlemiştir. Sürelî ve süresiz yayınlarla ilgili kanuni düzenlemeler yapılmasını da öngörmüştür. Bunun yanısıra, sürelî yayım şartları ile haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasının engelleyici veya zorlaştırıcı siyasi, ekonomik, mali ve teknik şartlara bağlanamayacağını belirtmiştir. Hürriyet yahut hakların kullanılmasında "izin" sisteminin hürriyet kavramıyla bağdaşmadığı açıktır. "Mali teminat" ise, yayım için daima bir engel tehdidi teşkil ettiği cihetle gene bir önleyici tedbir olarak yasaklanmış bulunmaktadır. Buna göre sürelî yayınların yayınlanması sırasında basın, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkanlarından eşitlik esaslarına göre yararlanacaktır. Bu sayede demokratik rejimin gereği olan çoğulculuk mümkün olacaktır. Farklı düşünce ve kanaatlerin seslerinin kısılması neticesi ortaya çıkabilecek "tek yönlü yayım" önlenecektir.

Demokratik yönetimlerde üstlendikleri önemli görevler sebebiyle basın araçları da özel koruma tedbirlerine konu olmuşlardır. Bu tedbirlerden biri de, bunların suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilmemeleri ve işletilmekten alınmamalarıdır. Anayasamızın 30. maddesi de korunmaya layık basın araçlarının, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, cumhuriyetin temel ilkeleri ve milli güvenlik aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkum olma

hariç, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemeyeceğini ve işletilmekten alıkonulamayacağını hüküm altına almıştır.

Basın hürriyeti ile ilgili 31. madde, kamu tüzel kişilerinin ellerindeki basın dışı haberleşme araçlarından yararlanmayı öngörmekte ve aynı zamanda bu araçların fonksiyonunu dolaylı bir ifade ile belirtmektedir. Anılan hüküm ile anayasanın 13. maddesinde yer alan genel sınırlama sebebi dışında bir sebebe dayanarak sınırlama yapılamayacaktır. Kamu tüzel kişilerinince ellerindeki araçların fonksiyonu, kamuoyunun serbestçe oluşmasıdır. Bu fonksiyonun oluşması için de kişiler bu araçlarla haber alacak, düşünce ve kanaatlere ulaşacaktır. Devlette bunu engelleyici herhangi bir sınırlandırma koyamayacaktır.

Anayasamızda yer alan basın hürriyetine ilişkin son düzenleme, 31. maddedeki "düzeltme ve cevap hakkı"dır. Basın organlarının hizmet gereklerinden biri de kamuoyuna doğru haber ve bilgi sunmaktır. Bu bilgileri sunarken, kişilerin haysiyet ve şereflerine saygılı olmakla yükümlüdürler. Anayasamızın 32. maddesi birinci fıkrasıyla, cevap ve düzeltme hakkı sınırlanmakta, kişilerin haysiyet ve şerefleri de korunarak gerçeğe aykırı yayınlar düzeltilmekte veya cevaplanma hakkı öngörülmektedir. Bu hakkın kullanılma şartlarının kanunla düzenlenmesini de hükme bağlamıştır. Düzeltme yapılmaz veya cevap yayınlanmaz yahut da düzeltme ve cevap hakkını kullandığını iddia eden kişi ile yayımcı arasında görüş ve değerlendirme farkı olabilir. Bu durumda ihtilaf bağımsız ve taraf-sız hakimler tarafından çözülecektir.

1982 Anayasası basın hürriyetinin varlığı için gerekli hukuki teminatlar yanında, basının sorumluluklarını artırmıştır. Yeni anayasa ile basının devlet, millet ve milli bütünlüğünün korunmasına, basın hürriyetinin ihlal ve istismarına engel olunmak istenmiştir. Batı demokrasilerinin basın hürriyeti için öngördükleri teminatlar yeni anayasamızda kayda değer farklılıklar olmamak üzere yer almıştır. Bu dönem içerisinde basın için en önemli baskılar, yalnızca devletten gelmemektedir. Ekonomik olumsuzluklar da en ağır baskı aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Kağıt fiatlarına sık sık yapılan zamlar ve teknolojik gelişmelerin getirdiği mali yükü kaldıramayan basın tekelleşme eğilimine girmiştir. Kendi kendine yetmez hale gelen basın, sermaye gruplarının kontrolüne girerek fonksiyonlarından uzaklaşmaya başlamıştır. Basının hür, tarafsız, objektif düşünce ve haber üretmesi zorlaşmıştır.

Harp, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, basın hürriyeti anayasa gereği olarak sınırlı ve kısıtlı olarak uygulanabilmek-

tedir. 15. madde gereği milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla hak ve hürriyetler kısmen veya tamamen durdurulabilir veya anayasada öngörülen teminatlara aykırı tedbirler alınabilmektedir. Bu bakımdan, olağanüstü dönemlerde uygulayıcılar tarafından alınan karar ve talimatlar kanun yerine geçmekte ve anayasaya aykırı dahi olsa uygulanmaktadır. Bu tedbirler kullanılırken durumun gerektirdiği ölçüler içinde kalınması gerekmektedir.

1982 Anayasası döneminde olağanüstü durumlarda, anayasaya aykırı sayılacak biçimde, sınırlama ya da kısıtlama ortamı yaşanmamıştır. Anayasa çerçevesinde ve anayasa hükmü olarak kısıtlama ve sınırlamalar sözkonusu olmuştur. Bu itibarla, bu dönemde anayasa dışı uygulamalar sözkonusu değildir.

4 — Anglo - Amerikan ve Kıta Avrupası Basın Hukuklarının Anahatları ile Mukayesesi

İngiliz basın hukuku unsurları ile Amerikan basın hukuku unsurları bir paralellik arz etmektedir. 19. yy. ünlü İngiliz bilim adamı A. V. Dicey "Esas Teşkilat Hukuku Üzerine Çahşmaya Giriş" adlı eserinde, Fransız İhtilalcilerinin, basın hürriyeti ile ilgili fikirlerini İngilizlerden aldıklarını, ifade ve basın hürriyetinin İngiliz hukukunun temel doktrini olduğunu ifade etmiştir. Dicey, İngiltere ve Fransa arasında tarihi benzerlikler mevcut olmakla birlikte önemli farklılıkların mevcudiyetine dikkat çekmiştir. İngiltere de ifade hürriyeti hususunda anayasal bir düzenleme mevcut olmamasına rağmen, ifade hürriyeti siyasi kültürün bir parçası olmuştur. Fransa'da ise, ifade hürriyeti hususundaki şekli düzenlemenin mevcudiyetine rağmen otoriter bir yaklaşım mevcut olmuştur (83).

İngiltere'de basın hürriyeti hukukun ülkeye tahakkümünün bir neticesi olarak telakki edilmektedir. Bu fiiliyatta hususi bir İngiliz basın rejiminin olmaması anlamına gelmektedir. İngiltere basına ne hususi ödevler yüklemiş ne de imtiyazlar tanımıştır. Evvela İngiliz hukuku sansürü kabul etmemekte ve neşriyattan sonra vaki olacak cezalandırmayı öngörmektedir. Yayına izin verilmesi için yayıncıdan bir önşart olarak depozite talep edilmesi olayı da sözkonusu değildir. Yayın hükümet tarafından müsadere edilemediği gibi, tehir kararına da konu olmamaktadır. Basının takibi ise alalade mahkemeler ve hakim tarafından yapılmaktadır.

(83) Lahav, a.g.m., s 344.

İngiliz basın hukukunun bu hususiyetleri Fransa'da mevcut değildir. 19. yy. Fransası ruhsat, müsadere ve tehir gibi önleyici tedbirlere iltifat etmemiştir. Basın ile ilgili suçları hususi mahkemelerde muhakeme ediyordu. Bu durum, basın için hususi bir rejimin mevcut olmayışı ve basın hürriyeti ile irtibatlı olduğu ve bunun yanı sıra hukukun üstünlüğü ile İngiltere'de, Fransa'ya oranla basın hürriyeti ile alakalı olarak nisbetten daha müsamahakar bir tutum izlenmiş olmasına sebep teşkil etmiştir. Fransa, Federal Almanya ve İsveç'de basın hususi bir mevzuatla düzenlenmiştir. İngiltere ve ABD'de ise basın ile diğer şahıs ve müesseseler arasında herhangi bir fark görülmemekte ve ifade hürriyeti ile kanunu bütün bu alanlara aynı surette uygulamaktadırlar. Basın rejimini ifade hürriyetine bir engel kabul edilmiştir. Hususi bir basın mevzuatının kendi içinde basın hürriyeti açısından bir tehdit unsuru olduğu fikri, sadece hususi basın rejimine otoriter bir mahiyet atfedildiği takdirde doğrudur. Aksi halde bu yöndeki bir düşüncenin bir anlamı olmayacaktır (84).

İsveç'de hem şeklen bir anayasal düzenleme hem de hususi bir basın mevzuatı mevcuttur. Bu yöndeki düzenleme İsveç siyasi hayatında basın hürriyeti müessesesi açısından bir mahsur yaratmamıştır. Hatta, İsveçliler hususi basın rejimini basın hürriyetinin hem teminatı, hem de ifadesi mahiyetinde kabul etmektedirler (85). Şunu hemen ifade edelim ki, basın rejimlerinin çeşitli türleri mevcuttur. Bir çok ülkede hakim olan otoriter bir basın rejimi mevcuttur. Tarafsız hatta müsamahakar İsveç modeli çoğu ülkelerde tatbik edilen bir tipdir. Otoriter model basın hürriyetinin ruhuna tezat teşkil etse de bir demokraside her ikisinde mevcut olabilmektedir.

A — Basınla İlgili Kanuni Düzenlemelerin Demokratik Değerler ve Millî Devletle Olan İlişkisi ve Etkileri

Modern demokrasilerde basın hukuku iki farklı, fakat irtibatlı çatışmayı aksettirir. Demokratik değerler ve devlet arasındaki ilişki, millî devlet veya kollektif menfaatler uğruna ifadeyi durdurmak hususunda yapılan tartışmaların tipik konusunu teşkil etmektedir. İkinci olarak, partizan basın ile kamu görevi gören meslek olması itibarıyla basın arasındaki çatışmayı aksettirir. Gazetecilik manasında basın, demokratik sistemde bir baskı grubu mevhumu sure-

(84) Lahav, a.g.m., s. 346.

(85) STRÖMBERG, Hakan, "Press Law in Sweden", (ED: LAHAV, Pnina, Press Law in Modern Democracies, Longman Inc., New York & London, 1985), s. 232 - 233.

tinde olup, bu yönüyle bir kamu görevi ifa etmesi sebebiyle siyasi bir karaktere haizdir. Öte yandan basın mensupluğu mevhumu, mesleki açıdan tarafsız ve objektif olunmasını ifade etmektedir.

Devlet fikri, liberalizm ve hukukun üstünlüğü mevhumunu gündeme getirmiştir. Aydınlanmadan önce devletin basın karşısındaki tavrı otoriterdi. Matbaanın icad edilip, potansiyelinin öneminin anlaşılmasıyla birlikte devlet basını kendi anlayışı doğrultusunda hizmet ettirecek bir vasıta olarak telakki etmeye başlamıştır. İktidarı elinde bulunduranlar amme menfaatini idarecilerin şahsi menfaatleri ile özdeşlendikleri cihetle, basın idarecilerin fikirlerine ve nüfuzuna hizmet eden bir mevhum olarak telakki edildi. Diğer fikirler veya hükümet tarafından benimsenmeyen bilgiler tehlikeli, gayri meşru ve yayıma konu teşkil etmek bakımından kıymetsiz addedildi (86). Otoriter basın mevhumunun yanında, basını devlet bünyesinde kamu hukukunun bir vasıtası olarak telakki eden düşünce, netice itibarıyla, basın üzerinde ruhsat, sansür, tehir ve ceza metotları vasıtasıyla tesirli bir kontrolü öngören hukuki bir sisteme vücut vermiştir. Bu sınırlamanın felsefi temelini ise otoriter anlayış teşkil etmiştir. Bu itibarla, ifade devlet tekelinde olmalı, neyin amme menfaatine hadim olduğunu idareciler kararlaştırmalı ve resmi siyasete aykırı her hangi bir fikir engellenmelidir (87).

Aydınlanmanın tesiri ile iki mühim gelişme basına etki etmiştir. Evvela, ifade hürriyeti hususunda hürriyetçi teoriler geliştirilmiştir. Hürriyetçiler, basının hükümet kontrolünden masun tutulması gerektiğini ileri sürdüler. Basın hürriyetinin meşruiyeti için delil olarak da, kişinin kendini geliştirme, gerçeği bilme ve kendini idare hakkı gibi mefhumları kullandılar. Hürriyetçi-Anayasal teori olarak da adlandırılan teoriye geçişi gösteren en mühim değişim, basın üzerindeki sınırların yayımdan önceki safhaya nüfuz edemez ilkesinin kabul görmeye başlaması olmuştur. Bu sebeple otoriter rejimlerin karakteristik özelliği olan ruhsat verme ve sansürlenme mekanizmaları gayri meşru olarak nitelendirilmiştir. Bu anlayış, basın hürriyetini, hür bir devletin tabiatı açısından elzem kabul etmiştir. Her hür vatandaş bir hak olarak, ammenin buna müdahale etmesinden önce fikrini açıklama hürriyetine sahip olmalıdır. Buna mani olunması basın hürriyetinin tahribidir. Fakat, mahsurlu, illegal veya zarar verici olanı yaparsa fikrin neticesine de katlanmalıdır. İfade hürriyeti prensibi bu doktrinin muhtevası dahilindedir. Şu manada ki, doktrin şahısların önceden herhangi bir idari kont-

(86) Siebert, Peterson, Schramm, a.g.e., s. 9.

(87) Lahav, a.g.m., s. 348.

rol vaki olmaksızın arzu ettikleri fikri beyan edebilmeleri esasına dayanıyordu. Bu anlayış, mevzuat vasıtasıyla ifadelerin düzenlenebileceğini fakat idari düzenlemelere konu teşkil edemeyeceğini ileri sürüyordu (88).

Doktrin, Amerikan ve İngiliz basın hukukunun mihenk taşı oluşturmıştır. Bu anlayışa yakın fikirler, değişik şekillerde de olsalar İsveç, İsviçre ve Fransa'da ortaya çıkmıştır. Her üç ülkede de sansüre karşı bir tavra sebep olmuş, yasama ve muhakeme usulünden ibaret olarak telakki edilen hukukun, sadece meşru bir surette basını sınırlandırabileceği hususunda ısrar olunmuştur. Federal Almanya Temel Kanunu'nda bu prensip şu anda yer almaktadır (89). Hükümetler gerçeğe, şeklen de olsa yeni felsefeye uyum sağlayarak ulaşmışlardır. Ya hükümete basını sınırlayıcı tedbirleri almak hususunda geniş takdir yetkisi vermişler veyahutta neşir yoluyla hakarete ilişkin kanuni unsurlar ve kötü temayülün muhalefetine engelleyecek surette kanunu kullanmak yoluna gitmişlerdir (90).

Basının düzenlenmesi hukukun üstünlüğü fikri ile uyum sağlamaya yöneliktir. Bu sadece şeklen değil, esasa müessir olarak da -kazai üstünlük ve genel yasama faaliyeti bir kenara bırakılacak olursa- idari takdir yetkisinin şumulü normlar olmak itibarıyla ne basın hürriyetinin sosyal kıymetini ne de anayasal nizamın demokratik değerlerini aksettirecek mahiyette değildir. Modern demokrasiler de, otoriter ve hürriyetçi anayasal anlayışlar arasındaki çatışma, milli devlet ve demokratik değerler arasındaki çatışma olarak yeniden tezahür etmektedir. Devlet, milli güvenlik ve amme nizamı mülahazalarını ileri sürerek basını kontrol altında tutabilecek daha geniş takdir yetkisini elde etme yolları aramaktadır. Basın demokratik değerlere atfen bu temayüllere karşı koymaktadır.

Siyasetin demokratikleşmesi, modern gazetelerin büyümesi, pazar ekonomisinin gelişmesiyle orta sınıf insanın daha fazla siyasette söz sahibi olmasıyla modern basın hukukunun gelişmesi arasında tarihsel bir bağlantı mevcuttur. Demokratik kitle toplumunun meydana gelmesi ve bu toplumun bilgi ihtiyacını artıran ölçüde basından karşılamak durumunda bulunması, basının bir kurum olarak gelişmesine ve hükümetle halk arasında, halkı hükümetten, hükümeti de halktan kimin ne istediği ve düşündüğünü veya asıl meselenin ne olduğu hususunda vazgeçilmez bir vasıta haline gelme-

(88) Lahav, a.g.m., s. 349.

(89) Kohl, a.g.m., s. 213.

(90) Lahav, a.g.m., s. 350.

sine sebep olmuştur. Bu açıdan bakıldığında basın, kendisini demokratik pazarda bir aktör veya toplumun diğer bir baskı grubu olarak görmektedir (91).

Dengelerin değişmesi ve basının yarattığı imaj dialektik yeni bir çatışma yaratmıştır. Tarihi açıdan basına devlet içinde hususi bir statü tanınmıştır. Hükümetin basını potansiyel bir tehdit olarak telakkisi basın için hususi bir düzenlemeyi beraberinde getirmiştir. Bu dönemde basın negatif bir statüye sahipti ve vatandaşlara tatbik edilenlerden daha sert şartlara ve düzenlemelere tabiydi. Liberal devletin doğuşuyla birlikte, basın bu hususi statüden kurtulmak için mücadele vermiştir. Basının da herkese yapıldığı şekilde takibata tabii tutulması hukukun üstünlüğü fikriyle alakalı bir gelişme emaresi göstermiştir. 20. yy. ikinci yarısından itibaren bu telakki değişmiştir. Siyasi ve sosyal rolün demokrasideki öneminin farkında ve bundan emin olan basın, imtiyazlı statüler talep etmeye başlamıştır. Basının, mutlak bir hür basın mefhumu talebi, hukukun üstünlüğü ile basın mensuplarının normal vatandaşlar gibi takibata uğramaları anlayışına ters düşmektedir. Demokratik devletlerde bunun yansıması da farklı olmaktadır. Mesela, Federal Almanya'da belirli bir imtiyaz mevcutken, ABD'de basın kanunları muhabire imtiyaz ve dokunulmazlık sağlarken, kanuni cevap hakkı mahkemelerce anayasaya aykırı sayılmıştır (92).

B — Basınla İlgili Kanuni Düzenlemelerin Siyasi ve Mesleki Basınla Olan İlişkisi ve Etkileri

Basının sanayileşmesi, onu siyasi bir partinin fikirlerini yayan önemsiz bir araç olmaktan kurtarmış, bağımsız bir müessese haline dönüştürmüştür. Aynı zamanda, gazetelerin büyümeleri profesyonel olarak gazetecilerin itibarını artırmıştır. Basının, haberleri gerçeklere uygun, objektif, şahsi menfaatlerine değil, kamuya hizmet verdikleri şuuruyla ve sosyal sorumluluk sahibi olmaları şeklindeki anlayışla hareket etmesi kamu oyunun basına olan güvenini artırmıştır.

Basın bir yandan ticari ve siyasi bir organ, öte yandan, objektif ve tarafsız bir vasıta. Basının kamuoyu tarafından güçlü bir organ olarak algılanmasının yarattığı şuur, kamuoyunun basın muhatabiyetinin, basında tekelleşme önlenerek şahsi masumiyetin ve itibarın basın tarafından ihlaline mani olacak kanunlar çıkarılarak

(91) Lahav, a.g.m., s. 352.

(92) Kohl, a.g.m., s. 210; Soifer, a.g.m., s. 115.

ve cevap hakkını teminat altına alan düzenleyici tasarruflar da bulunmak suretiyle sağlanması hususunda baskı yapılmasına sebep olmuştur. Basın bu tanzime yönelik çabalara direnmekte, bunun basınla ilgili eski otoriter anlayışın devamı niteliğinde ve netice itibarıyla ifade hürriyetinin ortadan kalkmasına yol açacak bir faaliyet mahiyetinde olduğu hususunda uyarılarda bulunmaktadır. Aynı zamanda, objektif rolünün önemini vurgulamakta ve sosyal mesuliyetini ileri sürmektedirler. Buna rağmen basın, kamuoyuna objektif bir vasıta ve siyasi bir organ olma hususlarında güven verememiştir.

Bütün bu çalışmaların bir diğer yönü de, basın tekelinin bir çok demokratik ülkede fikir çeşitliliğini aldatıcı bir mefhum haline getirdiği yolundaki artan endişelerdir. Devlet ne zaman bir düzenleme yapacak olsa basın muhalefetiyle karşılaşmaktadır. Basın bu fikirlere karşı çıkarken, ancak, güçlü bir merkezi basının kamuoyuna karşı olan ödevlerini yerine getirebileceği ve bürokrasi karşısında siyasi ve malî güce bu surette sahip olarak ayakta durabileceğini ileri sürmektedir. Benzer şekilde, basın kişi masuniyetini koruyan veya cevap hakkı veren düzenlemelere muhalefet etmektedir. Bu değerler, modern demokrasilerde basın hukukunun tipik özelliklerindedir. Siyasi olarak basın, partizan düşünce ve profesyonel olarak gazetecilik arasındaki çatışma bütün modern demokratik basın hukuk sistemlerine tesir etmiştir. Çeşitli sistemler, çatışmanın çözüm şekli açısından bir diğerinden ayrılır. Meselâ, Kıta Avrupasında kanuni cevap hakkı mevcutken, ABD Yüksek Mahkemesi, cevap hakkını İlk Tashih'in ihlali olarak telakki etmektedir (93).

Çağdaş basın düzenlemeleri hem otoriter düşünceyi hem de hürriyetçi ideal fikirleri aksettirmektedir. Tarihi olarak basın hürriyeti, otoriter düşünce ve düzene karşı yapılan mücadele neticesinde elde edilmiştir. Modern demokrasilerde basının sahip olduğu yer, basının devlet tarafından düzenlemeye tabii tutulması taleplerini canlandırmıştır.

(93) Errera, a.g.m., s. 169; Strömberg, a.g.m., s. 242; Soifer, a.g.m., s. 112.

SONUÇ

Hürriyetçi demokratik rejimlerin temel unsurlarından birinin "hür basın" olduğu tartışmasız kabul edilen esaslardandır. Bu tür toplumlarda devletin görevi temel hak ve hürriyetleri korumak ve geliştirmektir. Toplum için aydınlatıcı, yol gösterici ve fikri inkişafı sağlayıcı bir unsur olması sebebiyle basın, toplum için bir zarurettir. Aynı zamanda basın, çoğulcu demokrasilerde temel hak ve hürriyetlerin savunucusu, fikir ve düşünce hürriyetinin ayrılmaz bir parçası ve bu hürriyetlerin kullanma aracıdır. Geniş kapsamlı, kolektif bir hak olması sebebiyle basın hürriyeti demokrasinin temelini, anayasalarda basın hürriyetinin temellerini oluşturmaktadır. Anayasalarda teminat altına alınan basın hürriyeti yalnızca basın için değil aynı zamanda toplum için de önemli bir teminat olarak kabul edilmektedir.

Her hürriyet gibi basın hürriyetinin de kötüye kullanılması mümkündür. Bu itibarla, bütün diğer hürriyetlerde olduğu gibi basın hürriyetinin kötüye kullanılmasını engelleyici sınırların belirlenmesi gerekmektedir. Ancak, basın hürriyetini düzenleyen sınır hiç bir şekilde onun fonksiyonlarını yerine getirmesini engellememeli ve bu hürriyetin alanını daraltmamalıdır. Siyasi ve sosyal düzenin korunması ve milli güvenliğin sağlanması maksadıyla olağanüstü hallerde, basın üzerinde önleyici tedbirlerin alınması genellikle kabul edilmektedir. Olağan zamanlarda, basın hürriyetinin varlığının ilk şartı ve teminatı sansür yasağı teşkil etmektedir. Bu yasağın mutlak olarak uygulanması, milletlerarası belgeler ve demokratik ülke anayasalarının hemen hemen hepsinde kabul edilmiş temel ilkelerindedir. Basını fazla hukuki mevzuat ile sınırlandırmak, fikir hürriyetinin temel espirisi ile bağdaşmayan bir husustur. Elbette ki, basın hürriyetinin kötüye kullanılması önlemek için hukuki düzenlemeler yapılacak ve sınırlar çizilecektir. Sınırsız hürriyetin olamayacağı münakaşa kabul etmez bir gerçektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus sınırın hürriyetin kullanılmasını engelleyici bir düzeye gelmemesidir.

1982 Anayasası'nda, "Basın hürdür, sansür edilemez. Devlet, basın ve haber alma hürriyetini sağlayacak tedbirleri alır" hükmüyle, basın hürriyetini anayasa teminatı altına almıştır. Anayasa 28 inci

maddesinde, "Türk basını, Devleti, ülkesi ve milletiyle bütünlüğünü, kamu düzenini, milli güvenliği ve milli güvenliğin gerektirdiği gizliliği, genel ahlakı, kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüzü korumakla, suç işlemeyi kışkırtmayı önlemek, yargı görevinin amacına uygun yerine getirilmesini sağlamak, insan hak ve hürriyetlerine dayanan milli, laik ve sosyal cumhuriyet ilkelerine uygun neşriyatta bulunmakla görevli ve sorumludur" ifadesiyle, basın hürriyetinin sınırlarını çizerken, aynı zamanda nelere dikkat etmesi gerektiğini belirlemiştir. Bu yönüyle, hukuki düzenleme bakımından anayasanın demokratik hukuk devleti ilkelerine uygun düzenlemeler getirdiğini rahatça ifade edebiliriz.

Basın, kağıt dağıtımının hükümet tekelinde oluşu, makine teçhizatı ve malzeme dövizinin hükümet elinde oluşu, gazete ilanlarının tekel rejimi ile dağıtım gibi bazı ekonomik zorluklar içerisindedir. "Basın asla sansür edilemez" gibi kurumların günümüzde basın hürriyetinin varlığı için tek başına yeterli olmadığı artık herkesçe bilinmektedir. Teknolojik gelişme ve ekonomik faktörlerin etkisiyle basın, çağımızda büyük sermayeyi gerektiren sektör haline gelmiştir. Tekelleşme eğilimi ve tehlikesi de bundan doğmaktadır. Basında hukuki düzenlemelerin ekonomik tedbirlerle desteklenmediği takdirde, yayın organları holdinglerin, iş çevrelerinin tekeline girecek ve böylece tarafsızlığını yitirerek sadece bu çevrelerin kullanabildiği bir baskı ve nüfuz aracı haline gelecektir. Bunun engellenmesi için devlet bir takım ekonomik tedbirleri bir an önce alması gerekmektedir. Bu gereklilik sosyal devlet ilkesinin bir tezahürü olarak devlete yüklenmiş bir mükellefiyettir. Tekelleşmenin önlenmesinde tedbir olarak başvuru sınırlandırmanın demokratik devletlerin bir çoğunda çözüm getirmemiş, devletin çeşitli yollardan basına yaptığı yardımlarda basının ekonomik meselelerini düzeltmede tek başına yeterli olmamıştır. Başarı sağlanamamasında, ekonomik tedbirler alınırken basının ekonomik ve sosyal şartlarına dikkat edilmemesi yanında, bu tedbirlerin zamanında alınmaması etkili olmuştur. Basını ekonomik çıkmazdan kurtaracak çözüm, kanaatimizce ilan ve reklam gelirleriyle birlikte okuyucu sayısını artırıcı teşvikler yanında, basının niteliğine uygun bir statüye bir an önce kavuşturulmasıdır. Ancak, bu durum da basın denetim, eleştiri, alternatif, yorum ve değerlendirmeler yaparak kamu görevi fonksiyonunu icra edebilir. Bu basın için bir hak olduğu kadar aynı zamanda da bir görevdir. Gazete bilgisine bağımlılığın çok azla olduğu ülkemizde basına düşen görev ve sorumluluklarda daha da büyük ve önemli olmaktadır. Bu yönüyle de basın, iktidarlar üzerinde etkili bir baskı unsuru olmakta ve toplum üzerinde büyük te-

siir icra etmektedir. Bu tesirler olumlu olabileceği gibi, anarşı ve buhranları teşvik ve tahrik etmek suretiyle olumsuz da olabilmektedir. Bu olumsuzluğu basın ahlakını yerleştirecek ve koruyacak etkili bir basın konseyi kurulmasıyla olacaktır. "Sorumlu ve hür basın" şartları ve ortamının hazırlanması aynı zamanda basının, siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel yönden gelişmesine de katkıda bulunacaktır.

Basında teknik gelişme hızlı bir seyir takip etmesine, hukuki teminatların yeterli düzeyde olmasına rağmen fikri gelişme aynı düzeyde olmamıştır. Bu sebeptendir ki, basın kamuoyuna kendisinden bekleneni veremediği gibi sorumluluk konusunda da tam ve müsbet bir gelişme içinde değildir. Özel çıkarlar için basın işletmelerine sahip olan patronlarla, yalnızca resmi ilan alabilmek için basılan gazeteler, bugün, basın için en büyük problemdir. Haberlerde doğruluk, ciddiyet ve mesleğin gerektirdiği ahlaki kurallara uymak en azından mesleğin şartıdır. Prensip bu olmakla birlikte aynı haberin basında değişik şekillerde yayınlandığı görülen ve bilinen gerçektir. Bunun önlenmesi ise basın ahlakının yerleştirilmesi ile olacaktır. Bunda en etkili rol ise basında oto kontrol vazifesi yapacak kurumların kurulmasıdır.

Basın hürriyetinin varlığı hukuki tedbirler yanında, ekonomik ve sosyal şartları hazırlamakla korunabilir. Bütün bu tedbirler yanısıra kanaatimizce, basın hürriyetinin bir toplumda layıkıyla gerçekleşebilmesi için başta gelen şart, o toplumun bu hürriyetin anlamasını - basın hürriyeti sadece basın mensuplarına tanınan bir "imtiyaz" olmayıp, bütün vatandaşları ilgilendiren "haber alma hürriyeti"nin bir gereği olduğunu - bütün gerçekleriyle kavrayabilecek kültür seviyesine ulaşmalarıdır.

**ULAŞIMA ELVERİŞLİ OLMAYAN AKARSULARIN HUKUKİ
REJİMİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLER VE ULUSLARARASI
HUKUK KOMİSYONU 1994 TASLAĞI**

Yrd. Doç. Dr. Enver BOZKURT (*)

GİRİŞ

Milletlerarası akarsu deyimi; iki veya daha çok devleti geçen veya iki devlet arasında sınır oluşturan akarsuları anlatmaktadır. Bu tür akarsularda genelde iki veya daha fazla sayıda devletin menfaatleri sözkonusu olduğundan, devletler arasında uyumsuzluklar çıkmaktadır. Ulaşım elverişli akarsularda başlayan bu uyumsuzluklar günümüzde ulaşım elverişli olmayan akarsularda da görülmektedir.

Günümüzde, su kaynaklarının hızla tükenmesi veya kirlenmesi sonucu akarsuların önemi daha da artmıştır (1). Bilhassa az gelişmiş veya gelişmekte olan devletlerdeki hızlı nüfus artışı da devletler arasında su uyumsuzluklarına neden olmaktadır (2). Bu uyumsuzlukların temel nedeni sahildar devletlerin, bu akarsulardan op-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğr. Üyesi.

(1) Çeşitli Uluslararası Strateji Araştırma Enstitüleri 2000 yıllarında, günümüzdeki savaşların nedeni olan petrolün önemine suyun sahip olacağı belirtmektedirler; AKMANDOR, Neşet, "Su Sorununun Fiziksel Boyutları", Orta Doğu Ülkelerinde Su Sorunu (TESAV), Ankara 1994, s. 10 (Yeni Forum, C. 15, S. 304, s. 38) (Bundan sonraki atıflarda Yeni Forum ile TESAV yayını aynı olduğundan sadece TESAV'in yayınına atıf yapılacaktır.)

(2) BEAUMONT, Peter, "Transboundary Water Disputes in the Middle East", Transboundary Waters in the Middle East Conference, 2 - 3 September 1991, Bilkent University, p.2. (Bilkent Üniversitesinin düzenlemiş olduğu Konferans metinlerini bana sağlayan Bilkent Üniversitesi Öğretim Üyesi Sayın, Prof. Dr. Ali L. KARAOSMANOĞLU hocama teşekkür ederim.)

timum düzeyde yararlanma istekleri bulunmaktadır (3). Devletler de ulaşım elverişli olmayan akarsularla ilgili olarak çeşitli iddialarda bulunmaya başlamışlardır. Bu iddiaların uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu akarsuların veya su yollarının paylaşımındaki getirilmesi gereken düzenlemeler incelenmeye çalışılacaktır.

I — Tanım :

Birden çok devlet ülkesini kesip geçen, devletler arasında sınır oluşturmayan ve üzerinde ulaşım yapılamayan akarsular ulaşım elverişli olmayan akarsulardır.

Önceleri milletlerarası akarsu tanımlanırken ulaşım elverişlilik unsuru ele alındığından, ulaşım elverişli olmayan akarsular milletlerarası akarsu kapsamı kapsamında içerisindedir sayılmamaktaydı (4). Ancak günümüzde ulaşım dışı faydalanma hukuki rejiminin milletlerarası hukuk tarafından incelenmesi ve milletlerarası hukuk tarafından bunların eylemlerinin çoğalmasından dolayı bu tür akarsular da milletlerarası akarsular kategorisine almak zorunluluğu doğurmuştur (5).

(3) İNAN, Yüksek, "Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları" (Fırat ve Dicle), SBFD, C. 49, S. 1 - 2 (1994) (Prof. Dr. İlhan Öztürk'a Armağan), s. 243, Yazar sınıraşan sularla ilgili anlaşmazlıklar olarak şunları saymaktadır:

- Lanoux Gölü (Fransa - İspanya);
- Columbia Akarsuyu (Uruguay - Arjantin);
- İndus Akarsuyu (Hindistan - Pakistan);
- Colorado ve Tijuana akarsuları (ABD - Meksika);
- Çad gölü ve havzası (Kamerun - Çad - Nijer - Nijerya);
- Nil Akarsuyu (Mısır - Sudan).

(4) Uluslararası Sürekli Adalet Divanı 1929 yılında Oder Akarsuyu olayı nedeniyle yaptığı tanımda iki değişik kriter kullanmıştır. 1) Ulaşım elverişlilik, 2) Akarsuyun iki veya daha fazla devletin ülkesini katetmesi ya da iki veya daha fazla devlet arasında sınır oluşturmasıdır. Günümüzde ulaşım kriteri kapsam dışı kalmıştır denilebilir. İNAN, a.g.m., s. 245.

(5) Günümüzde uluslararası akarsu veya su yolunun gerek tanımında gerekse kapsamının belirlenmesinde değişik görüşler bulunmaktadır. Biz bu konulara girmiyoruz. Fakat son zamanlarda bilhassa uluslararası toplantılarda yeraltı suları da bu kapsama alınmaya çalışılmaktadır. Bazı yazarlar yeraltı sularını da bu kapsamda kabul ediyor. (Örneğin İNAN, a.g.m., s. 246) fakat, bu konuda genel veya özel anlaşma bulunmadığı gibi; uluslararası bir örf ve adet kuralının da oluştuğuna dair tam veriler bulunmamaktadır. Uluslararası su kavramı tanımlanırken, birbirleriyle bağlantılı olan, aynı varış noktasına yönelik suların bir bütün olarak incelenmesi Birleşmiş Milletler çalışmalarında görülmektedir. (PAZARCI, Hüseyin, "Su Sorununun Hukuksal Boyutları", Orta Doğu Ülkelerinde Su Sorunu, TESAV, Ankara 1994, s. 44 (Yeni Forum, C. 15, S. 304 (1994), s. 48, bundan sonra TESAV'ın yayını olan esere atıf yapılacaktır. Çünkü metinler aynıdır). Fakat bunlar henüz kurullaşmadığından biz klasik ayırım çerçevesinde konuyu inceleyeceğiz.

Ulaşımaya elverişli akarsuların hukuki statüsü 1921 Barcelona Sözleşmesi (6) ile serbest geçiş rejimi olarak düzenlenmiştir (7). Ulaşımaya elverişli olmayan akarsuların hukuki rejimi ulaşımaya elverişli akarsuların hukuki rejimi kadar kolay tesbit edilememektedir. Bu konuda değişik görüşler ileri sürülmektedir.

II — Hukuki Rejim ile İlgili Görüşler

A. Mutlak Ülke Egemenliği Görüşü

Genel bir tanımla yukarı sahildevletinin, aşağı sahildevletinin etkilenmesini gözönüne almadan akarsularını dilediği gibi kullanması, dilediği gibi havzasını değiştirebilmesidir. Yani, yukarı sahildevletine her türlü su kullanımının gerçekleştirilmesi özgürlüğünü veren görüştür (8). Bu görüşe göre, yukarı sahildevletinin akarsuyu tüketici faaliyetlerde bulunabileceği gibi; aşağı sahildevletinin talep ve zararlarını da dikkate almak zorunda değildir. Mutlak egemenlik görüşü, her devletin kendi ülkesinde bulunan uluslararası nitelikteki sularda istediğini yapabileceği sonucuna varmaktadır (9). Bu görüş Harmon doktrini olarak da adlandırılmaktadır.

İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri - Meksika arasında Rio Grande Akarsuyunun Amerika Birleşik Devletleri tarafından havzasının değiştirilmesiyle ilgili olarak 1894-1895 yılları arasındaki uyuşmazlıkta bu görüş Amerika Birleşik Devletleri tarafından ileri sürülmüştür (10). Dışişleri Bakanlığındaki General Harmon kendisine sorulan soru üzerine Amerika Birleşik Devletleri'nin Rio Grande üzerinde kendi toprakları içerisindeki kısım bakımından egemenlik hakkı olduğunu, milletlerarası hukukun Amerika Birleşik Devletleri'ne akarsuyun suyunu paylaşmada bir yükümlülük getirmediğini, ya da akarsuyun yatağının değiştirilmesinden doğacak zararları ödeme gibi bir mükellefiyet yüklediğini söylemiştir (11). Daha

(6) Metin için bkz. SİCİLLİ KAVANİN, C. 10, s. 624 - 639.

(7) Bu akarsuların hukuki rejimi ile ilgili geniş bilgi için bkz. ÇELİK, Edip F., Milletlerarası Hukuk İkinci Cilt, İstanbul 1982, s. 161 - 162; PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, 3. Baskı, Ankara 1993, s. 238-240.

(8) AKMANDOR, a.g.m., s. 15.

(9) PAZARCI, a.g.m., s. 42.

(10) Bu akarsuyla ilgili uyuşmazlık 1944 yılında imzalanan bir andlaşma ile çözülebilmıştır, BİR, Mustafa, Akarsulardan Faydalanma ve Türkiye'nin Uluslararası Hukuku İlgilendiren Akarsuları, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1986, s. 75; SAR, Cem, Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara 1970, s. 106.

(11) GRIFFIN, William L., "The Use of Waters of International Drainage Basins Under Customary International Law", AJIL, Vol. 53 (1959), p.50; SAR, a.g.e., s. 107 - 108.

sonra ABD, Kanada ile arasındaki St. Mary, Milk ve Michigan Gölü ile ilgili uyuşmazlıklarda da Harmon doktrini ileri sürmüştür (12).

Bu görüş yukarı sahildevletlerce belirli süreçlerle benimsenmiş bir görüştür. Çünkü yukarı sahildevlet su kaynaklarının kendi sınırlarına dahil olduğunu ve tüm yetkilerin kendilerinde olduğunu ileri sürmektedir (13). Örneğin; Amerika Birleşik Devletleri uzun süre komşuları Meksika ve Kanada'ya karşı; Hindistan Indus Akarsuyuna ilişkin uyuşmazlıkta Pakistan'a karşı; Avusturya'da Bavyera'ya karşı ileri sürmüşlerdir.

Amerika Birleşik Devletlerinin bu görüşü terketmesi XX. yüzyılın ikinci yarısında olmuştur. Terketme sebebi ise eğer bu doktrini benimserse kendisine yukarı sahildevletlerin buna mukabil uygulamalarla kendisini zarara uğratma tehlikesini görmüş olmasıdır (14). Bilhassa, Colombia Akarsuyunun kullanılmasıyla ilgili olarak Kanada ile arasında çıkan uyuşmazlıkta bu tehlikeleri görmüş ve bu görüşü terk etmiştir (15).

Andlaşmalara baktığımızda; genel nitelikteki belgeler olan 1923'te Cenevre'de imzalanan "Birden Fazla Devleti İlgilendiren Hidrolik Enerjinin Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme", Amerikan Devletleri Teşkilatının konuyla ilgili çalışmaları neticesi 1933'te Montevideo Konferansında kabul edilen "Milletlerarası Akarsuların Endüstriyel ve Tarımsal Kullanıma İlişkin Bildiri" ve aynı teşkilatın resmi kodifikasyon çalışmaları sonucunda son şeklini alan 1965 tarihli "Milletlerarası Akarsu ve Göllerin Endüstriyel ve Tarımsal Kullanımı Hakkında Sözleşme Tasarısı" bu doktrini benimsememektedir. Birkaç özel andlaşma dışında yine bu görüşün özel andlaşmalarda da benimsenmediği görülmektedir (16).

Mahkeme kararlarında ise, milletlerarası ve milli mahkeme ka-

-
- (12) GRIFFIN, a.g.m., p. 53; ABD, sulama amacıyla St. Mary'nin Kanada ise Milk akarsuyunun sularını saptırmıştır. ABD St. Mary olayında Harmon doktrini savunduğu için Milk olayında aşağı sahildevlet olarak itiraz edememiştir. Bu uyuşmazlık 1909 tarihli "Sınır Sularına ve İki Hükümet Arasında çıkan ilgili sorunlara ilişkin Andlaşma" ile Harmon doktrinine uygun olarak sonuçlanmıştır. Michigan gölünün sularının saptırılması ile ilgili çıkan uyuşmazlık üzerine açıkça olmasa bile zımni olarak Harmon doktrininin kabul edildiği söylenebilir, BİR, a.g.e., s. 76 - 77.
- (13) BEAUMONT, a.g.m., p. 3.
- (14) BİR, a.g.e., s. 77 - 79; SAR, a.g.e., s. 122 - 123.
- (15) BİR, a.g.e., s. 78.
- (16) BİR, a.g.e., s. 81; SAR, a.g.e., s. 149.

rarları arasında (17) bu görüşü destekler nitelikte bir kararın olmadığını görmekteyiz.

Bu görüşü benimseyen devletlerin yazarları da aynı görüşü teyid edici açıklamalar yapmaya çalışmıştır. Ayrıca çeşitli bilimsel kuruluşlar bu doktrini destekler bir tutum takınmamışlardır (18).

Harmon Doktrini, herşeyden önce sadece tek bir devletin mutlak egemenliğini benimsediğinden oldukça eleştirilmiştir. Çünkü, diğer komşu devletin hakları, bu doktrinde bir kenara itilmiş olmaktadır. Egemenliğin sadece haklar vermeyip, yükümlülüklerde getirdiği dikkate alınmamaktadır (19). Yukarı sâhildar devletin bu konudaki egemen haklarının belirli ölçüde sınırlandırılması ile aşağı sâhildar devletlerin korunması ve hakkaniyetin sağlanması amaçlanmıştır (20).

B. Sınırlı Ülke Egemenliği Görüşü

Bu görüş uyarınca, milletlerarası hukukta ülke egemenliğinin, devletlerce mutlak ve sınırsız bir hareket özgürlüğü tanımadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, devlet kendi ülkesinde ülke egemenliğine dayanan hak ve yetkilerini kullanırken, milletlerarası hukuk kurallarının getirdiği sınırlamalara uymak zorundadır. Bu sınırlamanın başında ise, ülke egemenliğine dayanan hakların, başka devletlerin çıkarlarına zarar verecek şekilde kullanılmamasını öngören ve "hakkını ve malını başkasına zarar vermeden kullanmalısın" sözü ile anılan genel nitelikteki teamüli kural gelmektedir. Devletin sorumluluğu milletlerarası hukukta bir hakkın kötü kullanımı neticesinde doğmaktadır. Bu bir devletin kendi hakkından gelişigüzel faydalanması diğer devlete zarar verecek bir şekilde ve meşru bir avantaj olmasının doğrulanamayacağı bir durumda olmaktadır. Devletin yükümlülüğü komşu devletin zararına olacak şekilde akarsuyun akışına müdahale etmek değildir (21).

Bu ilke milletlerarası yargı kararlarında yer almıştır (Örneğin; Trail Dökümhanesi hakemlik kararında). Bu kararda hakemlik mahkemesi; hiçbir devlet kendi toprağını dumanların kirliliğiyle başka bir devleti, mülkü veya kişileri zarara uğratacak şekilde kullan-

(17) İstisnai bir karar sadece Ulusal Mahkeme kararları içinde mevcuttur. Leitha Akarsuyuna İlişkin Avusturya Kralliyet İdare Mahkemesi Kararı, BİR, a.g.e., s. 82; SAR, a.g.e., s. 164 - 167.

(18) BİR, a.g.e., s. 83 - 84; SAR, a.g.e., s. 172 - 181.

(19) BİR, a.g.e., s. 84 - 85.

(20) İNAN, a.g.m., s. 249.

(21) SAR, a.g.e., s. 211 - 212; GRIFFIN, a.g.m., p. 59.

ması ve kullanılmasına izin verme hakkına sahip değildir, şeklinde sonuca varmıştır (22).

Ayrıca bu görüşe genel milletlerarası anlaşma olan Moskova'da 5 Ağustos 1963'te imzalanan "Atmosfer'de, Fezada ve Su Altında Nükleer Silah Denemelerinin Yasaklanması Hakkındaki Anlaşma" da yer verilmektedir (23).

C. Doğal Durumun Bütünlüğü Görüşü

Doğal durumun bütünlüğü görüşü, aşağı sahildevletleri, milletlerarası akarsulardan faydalanmasına imkan vermek amacıyla ortaya atılmıştır. Kökeni "Common Law Sistemi"ndeki "Sahildar Hakları" doktrinine dayanmaktadır. "Sahildar Hakları Doktrini"ne göre, sahildevletleri, arazisine giren akarsuyun doğal durumunu koruyarak, hiç bir değişikliğe uğratmadan akmasını sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Uluslararası akarsuların da katettikleri devletlerin ülkelerinden geçerken, doğal durumlarını bozmamak zorundadırlar. Bu görüş tamamen aşağı sahildevletleri korumaktadır. Yani, bu şekliyle yukarı sahildevlete, akarsuyun doğal akışını değiştirmemek, olduğu gibi muhafaza etmek yükümlülüğü getirmektedir. Bu görüşe göre, yukarı sahildevletin yapacağı değişiklikler için aşağı sahildevletin rızasını alması gerekmekte ve aşağı sahildevlete bir çeşit veto hakkı tanımaktadır. Ayrıca, aşağı sahildevletin gelecekteki kullanımlarının korunması da bu görüşün diğer bir özelliğidir (24).

Doğal durumun bütünlüğü ile ilgili olarak Mısır - Sudan arasında Nil Akarsuyu ile ilgili olarak Mısır tarafından ve Fransız - İspanya arasında Carol Akarsuyu ile ilgili olarak İspanya tarafından ilk başlarda ileri sürülmüştür. Carol olayının hakemlik mahkemesine sunulması üzerine, hakem mahkemesi vermiş olduğu kararda doğal durumun bozulmasının tek başına hukuka aykırılık oluşturmayacağına karar vermek suretiyle bu görüşü kabul etmemiştir (25).

Uygulamaya baktığımızda bu doktrini benimseyen özel ya da genel nitelikte bir anlaşmaya rastlanılmamıştır. Genellikle akarsularla ilgili anlaşmalarda sahildevletlerinin akarsularda "önemli değişiklik" yapamayacakları ya da "önemli zarar" veremeyeceklerini belirten benzer hükümler vardır. Aksine yorumla, anlaşmalardaki bu tür hükümlerden, doğal durumun deği-

(22) SAR, a.g.e., s. 212; GRIFFIN, a.g.m., p. 61.

(23) SAR, a.g.e., s. 213.

(24) BİR, a.g.e., s. 85 - 86; SAR, a.g.e., s. 216 - 219.

(25) BİR, a.g.e., s. 87 - 88.

şiminin yasaklanmadığı, aksine zimni olarak, akarsularda bazı değişikliklerin yapılabileceği görüşünü yansıttığı anlaşılmaktadır (26).

Mahkeme kararlarına baktığımızda ise, yukarı sahildarların milletlerarası akarsuların doğal niteliklerini değiştiremeyecekleri iddiası ile ilgili olarak milletlerarası alanda verilmiş mahkeme kararları da mevcuttur. Bu kararlardan en önemlisi Lanoux Gölü Hakemlik Mahkemesi kararıdır. Diğer kararların çoğu federal devletler arasında konuyla ilgili çıkan uyuşmazlıklarla ilgilidir (27).

Gerek özel bilimsel kurumların konuyla ilgili kararları ve gerekse yazarların büyük çoğunluğu, doğal durumun bütünlüğü doktrinini kabul etmemektedirler (28).

D. Ön Kullanımın Üstünlüğü Görüşü

Bu görüş iç hukuktan milletlerarası hukuka aktarılmış ve bilhassa ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir (29).

Bu görüşe göre, arazisindeki suları diğer sahildarlara göre daha önce kullanmaya başlayan malikin, bu kullanımı devam ettiği sürece; bu sular üzerinde bir çeşit kazanılmış hakkı bulunmaktadır. Diğer sahildarların, aynı sulardan yararlanırken ilk kullanan sahildarın bu mutlak kazanılmış hakkını etkilememeleri gerekir. Bu kavram "doğal ya da tarih", "kazanılmış" ve "kadim" haklar gibi değişik terimlerle de ifade edilmektedir (30).

Ön kullanımın üstünlüğü görüşü herhangi bir sahildar devletin diğerlerinden önce başlattığı faydalanmalara mutlak hak tanımaktadır. Böylece sözkonusu devletler, akarsudan önce faydalanmaya başladıkları için, kazanılmış bir hak elde ederler. Ancak bu kazanılmış hak kapsamına ülke sularına akan bütün sular girmez. Sadece fayda sağlayan, başka bir ifadeyle, fiilen ön kullanıma konu olan sular girer. Ancak burada önemli bir husus kazanılmış hak kapsamına, andlaşma ile kazanılmış haklar girmemektedir. Eğer sahildarlar arasında andlaşma var ise sahildar devlet faydalanma hakkını diğer sahildara karşı ileri sürerken doktrine değil andlaşma hü-

(26) BİR, a.g.e., s. 86; İnceleyebildiğimiz andlaşmalar arasında rastladığımız istisnai bir andlaşma hükmü olarak İsveç - Norveç arasında 1905'de imzalanılan ortak göl ve derelerle ilgili andlaşmanın 2. maddesidir. GRIFFIN, a.g.m., p. 55.

(27) BİR, a.g.e., s. 89; SAR, a.g.e., s. 232 - 239.

(28) BİR, a.g.e., s. 90; SAR, a.g.e., s. 239 - 244.

(29) BİR, a.g.e., s. 91; SAR, a.g.e., s. 271 - 272.

(30) BİR, a.g.e., s. 91; SAR, a.g.e., s. 272.

kümlerine dayandırması gerekir. Doktrinin özünü oluşturan kazanılmış haklara zarar vermeme yükümlülüğü genelde yukarı sahil-
dar devlet içindir (31). Aşağı sahil-
dar devletler kendilerinin bu akar-
sularından yüzlerce hatta binlerce yıldan bu yana faydalandıklarını
ve su kaynaklarının kendi sınırları içinde bulunduğunu iddia et-
mektedirler (32).

Bu görüşü savunanlar, bir yandan "kazanılmış haklar" ilkesine
diğer yandan bu yöndeki milletlerarası örf ve adet kurallarına da-
yanmaktadır (33).

Milletlerarası hukukta "kazanılmış haklar"ın milletlerarası
Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde sayılan "uygar milletler-
ce kabul edilmiş hukukun genel prensipleri" arasında yer aldığına
şüphe yoktur. Milletlerarası hukukta kazanılmış haklara saygı il-
kesi ancak ahdi yoldan ya da devletlerin birbirlerine halef olması
sonucu ortaya çıkabilir (34). Fakat uluslararası hukukta böyle bir
kazanılmış hakkın olacağı kabul edilmemektedir (35).

Devletlerin uygulamalarına baktığımızda birkaç örnek olay dı-
şında bu görüşü benimseyen olay yoktur (36).

Yine andlaşmalara (genel-özel) mahkeme kararlarına baktığı-
mızda devletlerin uygulamalarıyla paralellik arz etmektedir. And-
laşmalar arasında Mısır ile İngiltere arasında imzalanan 1929 tarihli
andlaşma önemli bir örnektir. 1925'de Sudan'daki İngiliz Yüksek Ko-
misyon üyeleri Mısır Dışişleri Bakanına, İngiliz hükümetinin Mı-
sır'ın tarihi ve doğal haklarını Nil'in sularının kullanımı konusunda
eskiden daha kötü olmamak şartıyla Mısır'a teminat vermiştir. Bu
teminat 1929 Nil Suları Andlaşmasında tekrar edilmiş, böylece Mı-
sır'ın onayı olmadan İngiliz kontrolündeki topraklarda, Mısır'ın
menfaatlerine bir zarara neden olabilecek, gerek Mısır'a varan su-
yun miktarının azaltılması gerek varış tarihinin değiştirilmesi ya
da seviyesinin düşürülmesi neticesini doğuracak eylemlerden kaçıl-
macaktır (37).

Doktrinde ise, bazı yazarlarla birlikte Bilimsel Kurumlar ara-

(31) BİR, a.g.e., s. 91 - 92; SAR, a.g.e., s. 275.

(32) BEAUMONT, a.g.m., p. 3.

(33) BİR, a.g.e., s. 92; SAR, a.g.e., s. 276.

(34) BİR, a.g.e., s. 92.

(35) PAZARCI, a.g.m., s. 50.

36) Devletlerin örnek uygulamaları için bkz. BİR, a.g.e., s. 93 - 95.

37) BİR, a.g.e., s. 94; SAR, a.g.e., s. 283 - 291; GRIFFIN, a.g.m., p. 56.

sında bu görüş yalnızca Amerikalılararası Barolar Derneği tarafından benimsenmiştir (38).

E. Hakkaniyete Uygun Kullanım Görüşü

1 — Genel Olarak

Adil kullanım doktrini olarak da adlandırılan bu görüşe göre; her havza devletinin, kendi ülkesi içinde, milletlerarası akarsuların sularından faydalanmasında makul ve hakkaniyete uygun bir hakkı bulunmaktadır (39). Uluslararası hukuka bu ad altında ilk yerleştiren Amerikalı hukukçu Eagleton'dır (4).

Bu görüş, günümüzde uluslararası hukukun bir kuralı haline gelmektedir. Hakkaniyet ise, yukarı sahildevletlerin faydalanırken, aşağı sahildevlete veya devletlere esaslı zararlar vermeme şeklinde anlaşılmalıdır. (14).

Hakkaniyetin ölçüsü, her özel durumda bir devletin elde ettiği fayda ile fayda getiren eylemin diğer devlete verdiği zararın karşılaştırılması ile elde edilmektedir. Bütün yarar ve zararlar gözönünde tutulmalıdır. Örneğin, bir hidrolik tesisin inşasıyla ilgili olarak, inşa eden devletin enerji, drenaj, ulaşım, balıkçılık vb. gibi konulardaki menfaati ile diğer devlet veya devletlerin su kaybı gibi konulardaki zararlarını gözönünde tutmak gerekir. Eğer, faydalanma eylemine girişen devlet, vermiş olduğu zarara oranla daha fazla bir fayda sağlıyorsa, bu faydalanma eylemine, zarar gören devlet itiraz edemeyecektir (42).

2 — Uluslararası Hukuk Derneğinin Hakkaniyete Uygun Kullanım Görüşü ile İlgili Çalışmaları

Uluslararası Hukuk Derneğinin 1966'da almış olduğu Helsinki kararlarındaki en önemli gelişmedir. Bu kararların Uluslararası Hu-

(38) BİR, a.g.e., s. 95; SAR, a.g.e., s. 295.

(39) Adil kullanım görüşünün değişik tanımları için bkz. GRIFFIN, a.g.m., p. 69 - 72.

(40) BİR, a.g.e., s. 98; Bu ilkenin uygulandığı uyumsuzluklar olarak; Colorado ve Tijuana uyumsuzluğu; Rio Grande uyumsuzluğu; Columbia Akarsuyu uyumsuzluğu; İndus Akarsuyu uyumsuzluğu; Nil Akarsuyu uyumsuzluğu sayılmaktadır, İNAN, a.g.m., s. 250.

(41) İNAN, a.g.m., s. 250.

(42) LAYLIN, John G. / BIANCHI, Rinaldo L., "The Role Of Adjudication In International River Disputes The Lake Lanoux Case", AJIL, Vol. 53 (1959), s. 48; BİR, a.g.e., s. 96; VERSAN, Rauf "Güneydoğu Anadolu Projesi ve Hukuk Açısından Türk - Arap İlişkileri", Su Sorunu, Türkiye ve Ortadoğu (Ed. Sabahattin Şen), İstanbul 1993, s. 444.

kuk derneğinin, uluslararası akarsularla ilgili 1956, 1958, 1960 ve 1966 Helsinki kuralları vardır. Bilhassa 1966 Helsinki kurallarında tavsiye niteliğinde önemli kurallar getirilmektedir. Bu çalışmalarda Sınıraşan sular, su toplama havzaları çerçevesinde ele alınmıştır. Sınıraşan havza sularının hakça ve makul bir şekilde kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Hakça ve makul kullanımla ilgili düzenlemeler 2. maddesinde ilgili faktörler şu şekilde belirtilmektedir :

“Gözönünde tutulacak ilgili faktörler arasında, tahdidi olmakla birlikte; şunlar vardır :

- a) Her havza devletinin ülkesine düşen drenaj alanının oranı da dahil olmak üzere, havzanın coğrafi durumu;
- b) Her havza devletinin su katkısı da dahil olmak üzere, havzanın hidrolojik durumu;
- c) Havzayı etkileyen iklim;
- d) Mevcut kullanımlar da dahil olmak üzere, havza sularının geçmiş kullanımı;
- e) Her havza devletinin ekonomik ve sosyal ihtiyaçları;
- f) Her havza devletinde, havza sularına bağımlı nüfus;
- g) Her havza devletinin ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılayacak alternatif imkanların maliyetlerinin karşılaştırılması;
- h) Diğer kaynakların mevcudiyeti;
- i) Havza sularının kullanılmasında yersiz israftan kaçınma;
- j) Kullanımlar arasındaki çatışmaları uzlaştırma çaresi olarak, bir veya daha çok havza devletine tazminat verme imkanları; ve
- k) Havza devletinin ihtiyaçlarının, diğer bir havza devletine ciddi zarar verilmeden, karşılanabilme derecesi” (44).

Helsinki kuralları 17 maddeden oluşan bir taslaktan ibarettir. Milletlerarası hukuk bakımından sınıraşan akarsular ve su yolları konusunda milletlerarası bir kodifikasyon girişimidir (45). Yani çoğu devletin kabul ettiği kuralların bir derlemesinden ibarettir.

(43) AKMANDOR, a.g.m., s. 17.

(44) PAZARCI, a.g.m., s. 48; BİR, a.g.e., s. 97 - 98; SAR, a.g.e., s. 301.

(45) BULLOCH, John / DARWISH, Adel, (Çev. Mehmet Harmancı), Su Savaşları Ortadoğuda Beklenen Çatışma, İstanbul 1994, s. 149 - 150.

3 — Milletlerarası Hukuk Komisyonunun Hakkaniyete Uygun Kullanım Görüşü ile İlgili Çalışmaları

Birleşmiş Milletler Teşkilatında uluslararası akarsularla ilgili çalışmalar 1959 yılında başlamıştır (46). Genel Sekreter tarafından 1970 yılında bir rapor yayınlanmıştır. Birleşmiş Milletlerin uluslararası hukuk kurallarını kodifikasyon ve tedvin organı olan Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından da konu bu tarihten itibaren incelenmeye başlamıştır. 1978, 1989, 1991, 1994 raporlarının yayınlandığı görülmektedir (47).

Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 1991 milletlerarası su yollarıyla ilgili tasarısında 6 madde hükmü adil kullanım ile ilgilidir. Tasarıda geçen 6. madde hükmü şöyledir :

1 — "Sahildar devlet kendi toprakları içinde bir milletlerarası su sistemini adilane ve uygun bir şekilde kullanır. Bir milletlerarası su sistemi bu sistemin içindeki devletler tarafından en iyi şekilde fayda elde edilecek surette kullanıp geliştirilmelidir. Ve sistemin yeterli korunmasıyla tutarlı bir kullanım sözkonusu olmalıdır.

2 — Sahildar devletler kullanıma, sistemin adil ve uygun bir gelişim ve korunmayı sağlayarak katılmalıdırlar. Bu tür bir katılım suyun madde 1'de ifade edildiği gibi kullanım hakkı ve madde 9'da ifade edilen işbirliğiyle korunma ve geliştirme yükümlülüğünü içermektedir" (48).

1991 tasarısında ayrıca sahildevletinin bir yatırım yapacağı zaman bunu diğer sahildevlete veya devletlere haber vereceği, eğer altı ay içerisinde bundan bir sonuç alınamazsa haber veren sahildevletinin kendi planlarını uygulayabileceği tasarının üçüncü bölümünde karara bağlanmıştır (49).

1991 Haziranında 43. toplantıda 17 maddelik taslak 32 maddeye

(46) Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu çalışmalarının temel itibarıyla 1966 Helsinki Konferanslarından sonra başladığı belirtilmektedir, BULLOCH DARWISH, a.g.e., s. 146; Hukukçular tarafından konunun 1911 yılında Milletlerarası Hukuk Enstitüsünün Madrid'de yaptığı toplantı ile ele alındığı belirtilmektedir, VERSAN, a.g.m., s. 443.

(47) AKMANDOR, a.g.m., s. 17.

(48) Mc CAFFERY, Stephen C., "The International Law Commission and its Efforts To Codify The International Law of Waterways", *Annuaire Suisse de Droit International*, Vol. XLVII (1990), p. 49 - 49.

(49) Mc CAFFERY, The International Law Commission p. 47-48; Mc CAFFERY, Stephen C., "The Non-Navigational Uses of International Watercourses" *Proceeding 84 th Annual Meeting The American Society Of International Law*, Washington D. C., 26-31 March 1990, p. 230; PAZARCI, a.g.m., s. 50-51.

yükseltmiş eşit ve mantıklı kullanım ve önemli ölçüde zarar vermeme ilkeleri de işlenmiştir (50).

1991 raporunun 5., 6., ve 7. maddeleri paylaşım ile ilgili hükümler getirmektedir. 5. maddeye göre; "Taraflar ülkeler, ülkeler arası bir akarsuyun (veya akarsu sisteminin) kendi ülkelerinde kalan bölümünü hakça ve akılcı bir şekilde kullanacaklardır. İlgili ülkeler uluslararası akarsuyu (veya sistemi) gerekli koruma koşullarına uygun olarak, optimum yararlanmayı sağlayacak bir biçimde kullanacak ve geliştirecektir" diyerek, sahil devletlerine hakça, akılcı, optimum yarar sağlayacak kullanma durumu getirmekte ve suyun israfına yol açmayacak yöntemlerle, akılcı, optimum fayda sağlayacak şekilde kullanılması düzenlenmektedir (51).

Hakça, akılcı ve optimum kullanım nasıl ve hangi usullerle gerçekleştirileceği 6. madde ile düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu usuller tahdid olmamakla birlikte, devletlerin nüfusu iklimi, diğer su imkanları, gelişmişlik düzeyi, teknolojik durumu, hidrolojik özellikleri ve en önemlisi de ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamak için başka imkanlarının olup olmadığına bakılacaktır (52). Faydalanma yapılırken devletlerin birbirlerine kayda değer zarar verecek hareketlerden kaçınmaları ve işbirliğine gitmeleri de 7. madde ile düzenlenmiştir (53):

Hakkaniyete uygun kullanım doktrinine göre, fayda ve zarar her özel durumun şartları içinde tesbit edilir. Her özel durumda bütün ilgili faktörler bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmelidir. Hakkaniyete uygun kullanım doktrini, sahil devletlerinin değişik kullanımları arasında bir uyum sağlayarak azami faydayı amaçlar. Bu doktrin, sahil devletlerinin kullanımlarının "faydalı" olmasında öngörür. Yani bir kullanımın makul olabilmesi için, onun her durumda kullanan sahil devletine ekonomik ve sosyal fayda sağlaması gerekir. Bu doktrinden çıkan diğer bir önemli sonuçta, kullanımın en faydalı biçimde olmasının gerekmediğidir. Kullanımın makul derecede faydalı olması yeterlidir (54).

Görüldüğü gibi, hakkaniyete uygun kullanım doktrini, aşağı ve yukarı sahil devletleri ayrımı yapmadan her ikisinin de eş değerde faydalanma hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Bu ilkedeki hareket-

(50) BULLOCH/DARWISH, a.g.e., p. 150 - 151.

(51) AKMANDOR, a.g.m., s. 18.

(52) İNAN, a.g.m., s. 251; AKMANDOR, a.g.m., s. 18 - 19.

(53) AKMANDOR, a.g.m., s. 18 - 19.

(54) BİR, a.g.e., s. 96; SAR, a.g.e., s. 300.

le, sahildevletlere makul ve hakkaniyete uygun bir faydalanma hakkının tanınmakta ve bu tür faydalanma eylemlerine zarar verilmesi yasaklanmaktadır (55).

Uygulamaya baktığımızda ise genel ve bölgesel anlaşmalarda bu görüşün benimsenmediğini, ancak son yıllarda özellikle Birleşmiş Milletler Teşkilatı çerçevesi içinde yürütülmekte olan çalışmalar sırasında bu görüşe geniş yer verildiğini görmekteyiz. Özel anlaşmalar içinde ise bu görüşe açıkça yer veren anlaşmalar bulunmaktadır (56).

Mahkeme kararları arasında, hakkaniyete uygun kullanım doktrinine açık olmamakla birlikte, yer veren milletlerarası mahkeme kararı, Lanoux Gölü meselesine ilişkin Hakemlik Mahkeme kararıdır (57).

Hakkaniyete uygun kullanım görüşü, zarar vermeme ilkesiyle bütünleştirilirse daha yararlı olacağı görüşündeyiz. Şöyle ki, zarar vermeme ilkesi 1991 tasarısının 8. maddesinde sahildevletlere aynı su sistemi içerisinde kendilerine verilen hakları kullanırken diğer sahildevletlere zarar vermeyecek şekilde kullanılması gerektiği görüşü hakimdir (58). Fakat bu zarar ciddi şekilde olmayacaktır. Bu gelişme 1966 Helsinki kararlarında da açıkça yer almasa da günümüze yansımından ibarettir (59).

Doktrinde ise son yıllarda bu görüşün ağırlık kazandığı görülmektedir (60).

III. Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1994 Taslağı ve Hakkaniyete Uygun Kullanım Görüşü Açısından Değerlendirme

2 Mayıs - 22 Temmuz 1994 tarihleri arasında Uluslararası Hukuk Komisyonunun kabul ettiği ikinci okuma metninde kabul edi-

(55) BİR, a.g.e., s. 97 - 98; SAR, a.g.e., s. 300.

(56) Bu anlaşmalar için bkz. BİR, a.g.e., s. 101 - 102.

(57) GRIFFIN, a.g.m., p. 62 - 65; LAYLİN/BIANCHI, a.g.m., p. 34 - 35; BİR, a.g.e., s. 102 - 103; SAR, a.g.e., s. 305 - 306; Lanoux gölü hakemlik mahkemesi kararında zararı kimin tespit edeceği ile ilgili meseleye de ışık tutmaktadır. Bu karara göre, projeyi uygulayan devletin önceden haber vermesi onu sorumluluktan kurtarmamaktadır, her devlet kendisi zarar görüp görmediğine karar verecektir. VERSAN, a.g.m., s. 445.

(58) Zarar vermeme ilkesinin geçirdiği evreler ve anlaşılış biçimi için bkz. PAZARCI, a.g.m., s. 49.

(59) Mc CAFFERY, The International Law Commission, p. 49-50ç Mc CAFFERY, International Watercourses, p. 231.

(60) PAZARCI, a.g.e., s. 273.

len metnin 1. maddesinde; hazırlanan hükümlerin uluslararası su yollarının ve bunların ulaşım dışı amaçlarla kullanımına ve bunların korunması ile işletilmesi düzenleme altına alındığı, ulaşım ile ilgili kullanımların bu hükümlerin dışında olduğu düzenlenmiştir. 2. maddesinde uluslararası su yolu değişik ülkelerde bölümleri bulunan su yolu anlamına geldiği; su yolu kavramının bütünlük arz ettiği ve buna yeraltı sularının da dahil olduğu; su yolu devleti topraklarının bir bölümü uluslararası bir suya kıyı olan devlet anlamına geldiği tanımlanmıştır. 3. maddede su yolu anlaşmaları; 4. maddesi su yolu anlaşmalarının tarafları ile ilgili düzenleme getirmektedir (61).

Hakkaniyete uygun kullanma ise 5. madde ile düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, su yolu devletleri kendi ülkelerinden geçen uluslararası su yollarını makul ve eşitçe bir tarzda kullanacaklardır. Özellikle, uluslararası bir su yolu, su yolu devletlerince bundan optimal yararlanma ve fayda elde edilirken bu su yolunun da korunması sağlanarak kullanılacaktır. Su yolu devletleri eşit ve makul bir usulle uluslararası bir su yolunun korunmasını, geliştirilmesini ve kullanmasını birlikte sağlayacaklardır. Bu ortaklık ilgili mevcut maddeler gereği, hem kullanma hakkına, hem de su yolunun korunma ve geliştirilmesinde görevlerine yöneliktir (62).

Tasarının 6. maddesinde hakkaniyete uygun kullanımla ilgili unsurlar düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, bir uluslararası su yolunun 5. maddede gösterilen hakkaniyete uygun bir şekilde kullanımını etkileyen unsur ve durumlar şunlardır:

- a) Coğrafi, hidrolojik, iklimsel, ekolojik ve doğal yapının diğer etkenleri,
- b) Su yolu devletlerinin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar,
- c) Her su yolu devletinde su yoluna bağımlı nüfus,
- d) Su yolunun bir su yolu devleti tarafından kullanımının ya da kullanımlarının diğer su yolu devletine etkileri,

(61) Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1994 Taslağını gönderen Sayın Prof. Dr. Hüseyin PAZARCI hocama teşekkür ederim.

UNITED NATIONS - Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses Adopted on Second Reading by the International Law Commission at its Forty-Sixth Session, p. 1 - 2; UNITED NATIONS, The Law of The Non-Navigational Uses of International Watercourses, p. 4 - 12.

(62) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 2 - 3; UNITED NATIONS - The Law, p. 25 - 38.

e) Su yolunun mevcut ve potansiyel kullanımı,

f) Su yolunun su kaynaklarının muhafazası, korunması, geliştirilmesi ve ekonomik kullanım ve bunların maliyeti,

g) Planlanan veya mevcut bir kullanımın maliyetinin karşılanması veya bunun alternatiflerinin uygulanabilirliği, hakkaniyete uygun kullanımda su yolu devletine gerektiğinde işbirliği içerisinde görüşmelere gireceği düzenlenmektedir (63).

Hakkaniyete uygun kullanım görüşünü tamamlayan önemli ilkelerden biri olan zarar vermeme ilkesi 7. madde ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, su yolu devletleri bir uluslararası su yolundan yararlanmaya yönelik faaliyetlerini diğer su yolu devletlerine zarar vermeyecek şekilde yürüteceklerdir. Bu faaliyetlere bağlı olarak başka bir su yolu devletinin zarar görmesi durumunda, kullanımı zarara yol açan devletin, bu kullanımı sonucu zarara ilişkin bir anlaşmanın yokluğu halinde, kullanımın; a) 6. maddede sayılan faktörler içinde yer alan eşit ve makul kullanım (hakkaniyete uygun kullanım) olup olmadığına, b) Kullanımına neden olunan zararın belirlenmesine, giderilmesine veya azaltılmasına yönelik bir ad hoc yargıçğa konu olacağı düzenlenmektedir (64).

İşbirliği ve yardımlaşmayla ilgili olarak 8. ve 9. maddeler düzenlenmektedir. 8. maddeye göre; su yolu devletleri bir uluslararası su yolunun korunması ve optimal kullanımın sağlanması yönünde faydayı, ülkesel bütünlüğü, egemen eşitliğin temellerini sağlayacak şekilde işbirliği içinde bulunacaklardır. 9. maddeye göre; 8. maddeye bağlı olarak su yolu devletleri su yolunun hidrolojik, meteorolojik, hidrojeolojik ve ekolojik durumlarıyla ilgili düzeni, bilgi ve haber alışverişi içinde olacaklardır. Bir su yolu devletinin diğer bir su yolu devletinden istediği bilgi veya haber henüz hazır değilse, o devlet isteği yerine getirmek için mümkün olan çabayı gösterecek, bunun karşılığında da istekte bulunan devlet bu tür bilgi veya haberin elde edilmesinden doğan maliyeti üstlenecektir. Su yolu devletleri bu bilgi ve haberlerin sağlanması sırasında bunları kullanacak tesislerini, birbirleriyle ilişkide tutacaklardır (65).

10. maddede değişik kullanım arasındaki ilişkiler düzenlenmiştir (66).

(63) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 3.

(64) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 3 - 4.

(65) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 4.

(66) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 4.

Sahildar devletler arasında çeşitli projeler ve önlemlerle ilgili düzenlemeler 3. bölümde 11.-19. maddeler arasında düzenlenmiştir. 11. maddeye göre, su yolu devletleri bir uluslararası su yolunun şartlarına ilişkin alınan planlı önlemler ile ilgili görüşmeleri aralarında yapacaklar ve bilgi alışverişinde bulunacaklardır (67).

12. maddeye göre, bir su yolu devleti diğer su yolu devletlerine zararlı etkileri olabilecek planlı önlemler alınmadan önce, bu devletleri zamanında haberdar edecektir. Bu haberlendirme (ihbar) devletlerin muhtemel etkileri değerlendirebilmelerini sağlayacak haber ve teknik bilgilerin sağlanmasıyla olacaktır (68).

13. maddeye göre aksine sözleşme yapılmadıkça; 12. maddeye göre ihbarda bulunacak bir su yolu devleti ihbar edilen devletlere muhtemel etkileri değerlendirmek, üzerinde görüşmeler yapmak ve çalışmak üzere 6 aylık bir süre tanıyacaktır. Bu süre, ihbar edilen devletin durumunun zorluğuna göre önlemleri değerlendirebilmek üzere talebi halinde 6 ayı geçmemek üzere uzatılacaktır (69).

14. maddeye göre, 13. maddede belirtilen süre içinde, ihbar eden devlet ihbar edilen devletlerle işbirliğine girecek, talep gelmesi halinde değerlendirme için gerekli ve yardımcı, mümkün olan, tüm ek bilgiyi sağlayacak ve ihbar edilen devletlerin rızası olmaksızın planlı önlemleri (projeleri) uygulamayacaktır (70).

15. maddeye göre, ihbar edilen devletler kararlarını ihbar eden devlete mümkün oldukça çabuk bildirecektir. İhbar edilen bir devlet planlanan önlemlerin 5. ve 7. maddeleri hükümleriyle bağdaşmadığına karar verirse, bu kararını 13. maddede gösterilen süre içerisinde kararının gerekçelerini ve açıklamasını içeren bir dökümanla birlikte ihbar eden devlete bildirecektir (71).

16. maddeye göre, 13. maddede gösterilen süre içerisinde ihbar eden devlet, 15. maddenin 2. paragrafındaki gibi bir cevap alamazsa planlanan önlemleri ihbar edilen devlete yaptığı bildirim ve sağladığı diğer bilgi ve haberlerle uyumlu şekilde uygulayacaktır. Cevap vermeyen ihbar edilen devlet, ihbar eden devletin 13. maddede gösterilen süre içinde cevap alamaması sonucu giriştiği hareketler nedeniyle maruz kaldığı zararların maliyetine katlanacaktır (72).

(67) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 5.

(68) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 5.

(69) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 5.

(70) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 5.

(71) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 6.

(72) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 6.

17. maddeye göre, 15. maddenin 2. paragrafına uygun bir bilgi alışverişi sağlanmışsa ihbar eden ve ihbar edilen devletler konsültasyonlara girecek, gerekliyse, durumun değerlendirilebilmesi için kararlar almak üzere görüşmeler yapacaklardır. Konsültasyonlar ve görüşmeler her bir devletin, diğer devletin haklarını ve meşru menfaatlerini gözetecek şekilde iyi niyetli olmaları temeli üzerine oturtulacaktır. Konsültasyonlar ve görüşmelerin yürütülmesi sırasında ihbar eden devlet, ihbar edilen devlet tarafından talep edilmişse, altı ayı geçmeyecek bir süre için planlanan önlemleri uygulamaktan kaçınacaktır (73).

18. maddeye göre, eğer bir su yolu devleti diğer bir su yolu devletin zararlar doğurabilecek önlemleri planladığına ilişkin inandırıcı ciddi sebepleri varsa, birincisi ötekinden 12. madde hükümlerine uymasını isteyebilir. Bu talep gerekçeli bir açıklamayla ileri sürülecektir. Devletin 12. maddeden kaynaklanan planladığı önlemleri ihbar etmesini bir yükümlülük olarak görmemesi halinde diğer devlete kararını gerekçeleriyle açıklayarak haberdar edecektir. Bu kararı diğer devleti tatmin etmezse, iki devlet, ikincisinin talebiyle, hemen 17. maddenin 1. ve 2. paragraflarında gösterilen şekilde konsültasyon ve görüşmelere gireceklerdir. Konsültasyon ve görüşmeler süreci sırasında önlemleri planlayan devlet, diğer devlet tarafından konsültasyon ve görüşmelere başlanması talebi gelmişse, altı ayı geçmeyecek bir süre için bu önlemleri uygulamaktan kaçınacaktır (74).

19. maddeye göre ise, planlanan önlemlerin uygulanmasında kamu sağlığı kamu güvenliği ve diğer benzer menfaatlerin korunması bakımından önemli aciliyet gereken durumlarda önlemleri planlayan devletler 5. ve 7. maddeleri konu olacak, acilen 17. maddenin 3. paragrafı, 14. madde hükümlerine tabii olmaksızın uygulamaya girecektir. Böyle durumlarda, önlemlerin aciliyetine ilişkin şekli bir deklarasyon, 12. maddede yer alan ilgili bilgi ve haber ulaştırılmasına olduğu gibi diğer su yolu devletlerine yöneltilecektir. Önlemleri planlayan devlet, 2. maddede söz edilen devletlerden herhangi birinin talebi üzerine, 17. maddenin 1. ve 2. paragraflarında gösterilen, şekillerde hemen konsültasyon ve görüşmelere girecektir (75).

IV. bölümde koruma muhafaza ve işletme ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. 20. maddede ekosistemlerin korunması ve muhafaza-

(73) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 6.

(74) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 7.

(75) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 7.

sı (76), 21. madde, kirlenmenin önlenmesi, azaltılması ve kontrolü (77), 22. madde, yabancı veya yeni türden maddelerin girişini (78), 23. madde, suyun çevresinin korunmasını (79), 24. madde işletme (80), 25. madde, düzenleme (81), 26. madde, tesisat (82) ile ilgili hükümler getirmektedir.

V. bölümde olumsuz koşullar ve acil durumlarla ilgili düzenleme getirilmiştir. 27. madde, zararlı koşulların giderilmesi ve hafifletilmesi (83), 28. madde, acil durumlarla (84) ilgili hükümlerden oluşmuştur.

VI. bölümde çeşitli hükümler düzenlenmiştir. 29. madde savaş zamanında uluslararası su yolları ve tesisler (85); 30. madde dolaylı yöntemler (86), 31. madde milli savunma ve güvenlik için önemli bilgi ve haber (87); 32. madde ayırım gözetmeme (88) ve 33. madde uyuşmazlıkların çözülmesi (89) ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

Ayrıca, Uluslararası Hukuk Komisyonu sınır oluşturan sularla ilgili de bir düzenleme getirmiştir. Burada da yeraltı suları kapsama dahil edilmekte ve ulaşım elverişli olmayan akarsularla ilgili düzenlemelerin sınır oluşturan akarsularda da uygulanabileceğini belirtmektedir (90).

-
- (76) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 7.
(77) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 8.
(78) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 8.
(79) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 8.
(80) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 8 - 9.
(81) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 9.
(82) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 9.
(83) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 10.
(84) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 10.
(85) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 10.
(86) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 11.
(87) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 11.
(88) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 11.
(89) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 11 - 12.
(90) UNITED NATIONS, Draft Articles, p. 13.

SONUÇ

Yaptığımız inceleme sonucunda, ulaşım dışı uluslararası akarsularla ilgili yeknesak ve tam kurallar bütünü bulunmamaktadır. Fakat uluslararası platformda kurallar oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda büyük devletlerin rolü önemlidir. Çünkü bu devletler ekonomik, siyasi güçlerini bu kuralların oluşumunda kullanmaktadır. Fakat bu kullanım diğer devletlerin egemenliklerini etkilememelidir. Örneğin, Türkiye nasıl ki Meksika ile ABD arasındaki bir uyuşmazlığa karışmıyorsa; ABD'de Türkiye - Irak veya Suriye arasındaki su yolunun hukuki statüsü ile ilgili müdahalede bulunmamalıdır.

İncelemiş olduğumuz görüşlerden bugün gerek uygulamada gerekse doktrinde hakkaniyete uygun kullanım görüşü zarar vermemesi gibi bir takım ilkelerle desteklenmek suretiyle uygulanabilir hale gelmiştir. Bu görüş devletlere su yolları üzerinde mutlak egemenliği ne aşağı sahildevlete ne de yukarı sahildevlete vermektedir. Devletlerin kullanım hakkına bir takım sınırlamalar getirmektedir. Bunlar temel itibariyle diğer sahildevletlere önemli ölçüde zarar vermemektir. Sahildevletlerin birbirlerine haber vermeleri ve işbirliği yapmaları da bu ilkenin bir sonucudur.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun yaptığı çalışmalar önemli gelişmelere sebep olmaktadır. Örneğin su yolunun tanımında ve su yolunun kapsamında yeraltı sularının dahil edilmesi gibi. Fakat, bunun sonuçlarının ve devletlere getireceği yarar ve zararların iyi hesaplanması gerekmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1994 ikinci okuma belgesi devletlerin görüşlerine sunulmuştur. Eğer bu tasarı devletler tarafından büyük ölçüde tasvip edilecek olursa, Hukuk Komisyonu ortaya bir taslak çıkaracaktır. Bu taslak devletler ve Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilirse ya imzalanacak ya da bir konferansta tartışıldıktan sonra belki bir çerçeve anlaşma haline gelecektir. Uzun bir süreç olmasına rağmen yapılan çalışmaların uluslararası hukuka katkılarının büyük olduğu kuşkusuzdur.

Çeşitli devletlerin uluslararası akarsularla ilgili savaş senaryoları yazmasının ve kışkırtıcı rolünün önlenmesi için uluslararası hukukta bunların hukuki rejimin yeknesak hale getirilmesi gereklidir.

BİBLİYOGRAFYA

- AKMANDOR, Neşet, "Su Sorunun Fiziksel Boyutları", Orta Doğu Ülkelerinde Su Sorunu (TESAV), Ankara 1994, s. 5-37 (Yeni Forum, C. 15, S. 304. (1994), s. 36-46).
- BEAUMONT, Peter, "Transboundary Water Disputes in the Middle East" Transboundary Water in the Middle East Conference, 2-3 September 1991, Bilkent University, p. 1-29.
- BİR, Mustafa, Akarsulardan Faydalanma ve Türkiye'nin Uluslararası Hukuku İlgilendiren Akarsuları, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1986.
- BULLOCH, John / DARWISH, Adel, (Çev. Mehmet Harmancı), Su Savaşları Ortadoğuda Beklenen Çatışma, İstanbul 1994.
- ÇELİK, Edip, F., Milletlerarası Hukuk, İkinci Cilt, İstanbul 1982.
- GRIFFIN, William L., "The Use of Waters of International Drainage Basins Under Customary International Law", AJIL, Vol. 53 (1959), p. 50-80.
- İNAN, Yüksel, "Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları", SBFD, C. 49, S. 1-2, (1994), (Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan), s. 243-253.
- LAYLIN, John G. / BIANCHI, Rinaldo L., "The Role of Adjudication in International River Disputes The Lake Lanoux Case", AJIL, Vol. 53 (1959), p. 30 - 49.
- Mc CAFFERY, Stephen C., "The Non-Navigational Uses of International Watercourses", Proceeding 84 the Annual Meeting The American Society of International Law, Washington D. C., 26-31 March 1990, y. 228-236 (International Watercourses).
- Mc CAFFERY, Stephen C., "The International Law Commission and Its Efforts To Codify The International Law of Waterways", Annuaire Suisse de Droit International Law, Vol, XLVII (1990), p. 32-55 (International Law Commission).
- PAZARCI, Hüseyin, "Su Sorununun Hukuksal Boyutları" Orta Doğu Ülkelerinde Su Sorunu (TESAV), Ankara 1994, s. 39-54 (Yeni Forum, C. 15, S. 304 (1994), s. 46-51.
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, 3. Baskı Ankara 1993.

SAR, Cem, Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara 1970.

UNITED NATIONS, Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses Adopted on Second Reading by the International Law Commission at Its Forty-Sixth Session.

UNITED NATIONS, The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses.

VERSAN, Rauf, "Güneydoğu Anadolu Projesi ve Hukuk Açısından Türk-Arap İlişkileri", Su Sorunu Türkiye ve Ortadoğu (Ed. Sabahattin Şen), İstanbul 1993, s. 435-447.

KISALTMALAR

age	adı geçen eser
agm	adı geçen makale
AJIL	American Journal of International Law
bkz	bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
Ed.	Editör
p.	page
s.	sayfa
S	Sayı
SBFD	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Vol.	Volume

POZİTİF HUKUK UYGULAMASINDA ADALET İDESİ

Dr. M. Emin EMİNİ (*)

I — POZİTİF HUKUK KURALLARININ ÖZELLİKLERİ

1 — GENEL OLARAK

İnsan aklı daima soyutlama yapmak ve genel kavramlara varmak eğilimindedir. Bu eğilim doğal olaylarda olduğu gibi, sosyal olaylarda da kendisini gösterir (1). Hukuk kurallarının temelinde de genellik ve soyutluk özellikleri mevcuttur.

Hukuk bir toplum içerisinde insanların davranışlarını, birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen bir takım kurallardan, normlardan oluşur. İnsanların davranışını gösteren yürürlükteki kurallar bir temel norma dayanmaktadır. Bu temel norm ise bir kaziyeden (önermeden) hareket etmektedir. Yürürlükteki hukuk kurallarının dayandığı temel normun geçerlik ve isabet derecesi deneylerde tayin edilmemiştir. İşte yürürlükteki kurallara dayanan dogmatik hukukun en önemli sakıncası buradadır (2).

Hans Kelsen'in düşündüğü gibi normların geçerliğinin temel norm - varsayımına dayandığı ve bir toplumda normlar sisteminin ve bu sistemin dayandığı temel normun "minimum bir etkinliğe" sahip olması gerekli ve - şarttır (3).

"Normlar varlık ve geçerliliklerini daha üstün bir normdan (olması gereken'den) alırlar. Nitekim bir hukuk düzeninde yönetmelikler tüzüklerden, tüzükler yasalardan, yasalar ise anayasadan çıkarlar; geçerliliklerini, alttan yukarıya doğru bir dizi izleyerek, daha üstteki bir norma borçludurlar. Ancak, bir hukuk düzeninin (pozi-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğr. Gör.

(1) Çağlı, Orhan Münir, Hukuk Metodolojisi Dersleri, Üçüncü Baskı, İstanbul 1962, S. 107, Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, 7. Baskı, Ankara, 1990, S. 27.

(2) Göger, Erdoğan, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1972, S. 14.

(3) Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, S. 32, Keyman, Selahattin, Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara 1981, S. 43-45.

tif hukukun) geçerlik ve yürürlüğüne ilişkin soruyu cevaplandırmak konusundaki girişimi anayasaya kadar çıkarıp orada kesmek, rasyonel düşünceye aykırıdır. Çünkü anayasa da pozitif bir hukuktur ve bu yüzden o da geçerlik ve yürürlük nedeni bakımından araştırılmaya tabidir. Bu araştırmanın ise bizi, toplum içindeki insan davranışlarının değerlendirmelerinden ibaret olan hukukun son (nihai) temeli, tüm hukukun çıktığı kaynak olarak, adalet'in kabulüne götürmesi zorunludur" (4).

2 — ÖZELLİKLERİ

Pozitif hukuk, hukukun normatif yönünü göstermektedir. Pozitif hukuk kuralları emri bir önermedir. Kişilerin nasıl davranmaları gerektiğini gösteren, emir eden kuralları pozitif hukuk getirmektedir.

Pozitif hukuk kuralları soyut, genel, sürekli, objektif ve kişisel olmayan kurallardır (5). Hukuk kuralları belli bir kişiye veya olaya değil kapsamına giren bütün kişilere ve olaylara uygulanır. Kişilerin iradesinin kuralın uygulamasında rolü yoktur. Kural kapsamına giren davranışta bulunan herkese uygulanır.

Hukuk normunun içerdiği değer yargıları objektif olgularca denenebilir. Bu nedenle bunların hukuk düzeni içinde bir değere sahip olduğu söylenebilir (6).

Pozitif hukuk kuralları kuvvet (geçerlilik) dereceleri bakımından belli bir hiyerarşiye tabidir. Bu sıralamada soyutluk, genellik ve somutluk, özellik vasıflarına dayanarak yapılmaktadır. En başta anayasa, ondan sonra - kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliktir. Bunların hapsine yazılı hukuk kuralları veya mevzuat denir.

II — ADALET KAVRAMI, İÇERİĞİ

1 — ADALET KAVRAMI

Hukuk idesine varabilmek için deney öncesi (Apriori) bir fikri çalışma gereklidir. Deney ve gözlem yardımıyla uzak, insanların fikri çalışması sonucunda olması gereken hukuk (hukuk idesi) bulunacaktır.

(4) Aral, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul 1983, S. 45.

(5) Soyut, genel, sürekli ve kişilik dışı kurallar hukuk kurallarının ilkesi olup bireye yöneticiler karşısında büyük güven sağlar ve keyifliği önler. Bu kuralın istisnaları vardır. Bu istisnalara şeklen hukuk kuralı denir.

(6) Güriz, H. F., S. 342.

Olan hukukun erişmek istediği hukuk idesi soyuttur. Bu soyut ide olan hukukun amacıdır. Soyut ideyi ifade edebilmek için doğruluk, fazilet, adalet, eşitlik, hakikat, rasyonellik, hayır gibi kavramlar kullanılmıştır. Bunlar arasında en çok adalet ilkesi, adalet sorunu insanın düşüncesini çekmiş ve uzun zamandan beri canlılığını korumuştur. Ancak çağlar boyu süren ve hala da devam eden bu çekicilik, ilgi ve çabalar adaletle ilgili objektif ve geçerli bir kriterinin bulunmaması gerçeğidir.

“Adaletin ne olduğu konusunda değişik görüşlerin varlığının nedeni yalnızca insanların psikolojilerinin ve eğitimlerinin farklılığı ve sosyal gruplar arasında çıkar ve inanç çatışması değildir. Bunun bir nedeni de, hukukun yöneldiği ve kapsadığı amaçların ölçülemeyecek derecede değişik ve çok olmasıdır. Hukukun gerçekleştirmeye yöneldiği amaçlar - aynı zamanda adalet idesinin kapsamını belirlediğine göre, bu amaçların - çokluğu ve hem nitelik, hem de nicelik yönünden farklılığı adalet konusundaki fikirlerde de istensin veya istenmesin etkili olmaktadır” (7).

“Adalet fikri toplumların hayatında büyük bir etkinliğe sahip bulunmaktadır. Bu fikir kişiyi haklı saydığı bir dava için mücadeleye götürür. Sadece iç hukukta haklılık ve haksızlık tartışması yapılmaz. Devletlerarası ilişkilerde de haklılık ve haksızlık tartışması sürekli olarak görülür. Devletlerarası savaşlarda savaşan taraflar, adalet için savaştıklarını veya adaletin kendi yanlarında olduğunu ileri sürerler. Toplum içi siyasal mücadelede de siyasi partiler ister iktidarda, ister muhalefette olsunlar, kendi görüşlerinin adalete uygun ve haklı, karşı - tarafın durumunun adalete aykırı ve haksız olduğunu savunurlar. Toplum içi hayatla ve devletlerarası ilişkilerle ilgili bu örnekler adalet - fikrinin etkili bir güç olduğunu kanıtlamaktadır. Alf Ross diyor ki: Adalet kavramının çok güçlü olduğu her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Adalet için bir amaç için uğraş vermek kişinin gücünü ve heyecanını çoğaltmaktadır. Bütün savaşların adalet amacı için yapıldığı ileri sürülür. Sosyal hayattaki mücadelelerde de “adalet” kavramına sık sık başvurulduğu unutulmamalıdır” (8).

Pozitif hukuk kuralları değerlendirilirken de insanlar adalet kavramının etkin çekiciliğinden yararlanmayı çoğu kez isterler. Unutmamak gerekir ki, hukuku hukuk yapan, onun niteliğini karanlıktan aydınlatan, meşruluğunu ve devamını sağlayan adalettir.

(7) Güriz, H. F., S. 69.

(8) Güriz, Adnan, Adalet Kavramı, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, S. 59-73.

Hukukun asıl amacı adalettir. Hukuk insanın değerlendirci niteliğinden ötürü, toplum içindeki ilişki ve olaylara adalet ölçüsünü uygulamak, onları bu ölçüye göre değerlendirmek ihtiyaç ve amacından doğmuştur. Bu bakımdan, adalete yönelmeyen bir hukuktan söz etmenin anlamı yoktur (9).

Adalet kavramı insanların hukuksal ve toplumsal yaşam ilişkilerinde en çok kullanılan kavramdır. Çeşitli anlamlarda kullanılan bu kavram, aile içinde, işçi-işveren ilişkilerinde, kamu yönetim kademelerinde, mal ve bedel dengesinde, mahkeme kararlarında ve nihayet yasaların iyiliği kötülüğü anlamında adaletli veya adaletsiz oldukları tartışılmakta ve değerlendirilmektedir (10).

2 — ADALET KAVRAMININ İÇERİĞİ

Adalet kavramı değer ölçüsünde olduğu gibi kapsam ve içeriği bakımından da en çok tartışılan ve değişik görüşleri içeren bir konudur.

Yunan düşüncesinde adalet, ahlak ve hukuk kavramları ile birlikte ele alınmış ve adalet iyilik sevgisi olarak anlaşılmıştır.

Sokrates'e göre, "bireyi ve toplumu mutluluğa eristirecek olan nesne insanların ahlaklı (faziletli, erdemli) davranışlarıdır. Erdemli davranabilmek için de insanın kendini ve ahlaki değerleri tanıması, böylece kendisiyle ve toplumla uyum içinde olması gerekir. Toplumla ve dolayısıyla Devletle uyum içinde olmak ise yasaların buyruklarını yerine getirmek anlamına gelir. Bilgisizlik haksızlıkların ve kötülüklerin kaynağıdır. Sadece değerler üzerinde bilgisi olan kişi doğruyu ve adaletli olanı bulabilir. Bu anlamda adalet iyiyi kötüden ayıran bilgi ve hukuk duygusunda beliren erdemdir" (11).

Adalet sübjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılır. Öznel veya sübjektif adalet kişisel bir nitelik taşır. Fazilet, erdemlik anlamında kullanılan bu özellik kişinin erdemliğini, sürekli bir biçimde haklı olana yönelmesini, hakkı yerine getirmeye uygun bir zihniyet ve tutumu gösterir (12). Nesnel veya objektif adalet ise, kişiler arasındaki ilişkilerin niteliğini, vasfını gösterir. Başka bir deyimle objektif adalet, kişinin bir özelliğini değil, tersine onun bu özelliğine uy-

(9) Aral, H. F., S. 46.

(10) İzveren, Adil, Hukuk Felsefesi, Ankara 1988, S. 152.

(11) İzveren, S. 153, Del Vecchio, Giorgio, Hukuk Felsefesi Dersleri, Çev.: Sahr Erman, İstanbul 1952, S. 37-39.

(12) Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Dördüncü Baskı, İstanbul, 1983, S. 37.

gun olarak somut durumlarda yerine getireceği ilişki biçiminin bir özelliğini gösterir (13).

Objektif ve sübjektif adalet ayrımından başka bir de kanun adaleti ya da kanuni adalet (hukuki kararların, mahkeme kararların ya da kanun koymanın hukuk kurallarına uygunluğu); kanun öncesi ve kanun üstü adalet (hukukun son amacı olan hukuk idesi)ten söz etmek mümkündür (14).

Aristoteles'e göre, adaletin dar ve geniş anlamları vardır. Geniş anlamda adalet fazilet demektir. Fazilet insanın beşeriyet uğrunda gereken görevleri yerine getirmesidir. Dar anlamda adalet ise iki yönden değerlendirmiştir. Bunlardan biri dağıtıcı adalet, diğeri denkleştirici adalettir. Denkleştirici (düzeltici) adalet hukuken eşit kişiler arasında eşitlik sağlamaktır. Buradaki eşitlik kanun önündeki mutlak eşitliktir (15). Örneğin, haksız fiil işleyenin zararı ödemesi, haksız şekilde zenginleşenin iktisap ettiği edimi geri vermesi, suç işleyenin hak ettiği cezayı çekmesi denkleştirici adaletin gereğidir (16). Dağıtıcı adalet ise, şeref ve malların paylaşılmasında herkesin yeteneğine ve toplum içindeki durumuna göre kendisine düşeni almasıdır (17).

Görüldüğü gibi dağıtıcı adalet mutlak değil, nisbi (görelidir). Dünyadaki mal, mülk, rütbe ve mevki, kişilerin başarı, çalışkanlık ve kabiliyetlerine göre dağılımı, dağıtıcı adalete göre yapılmaktadır.

Adaletle ilgili ünlü düşünürlerin bazılarının görüşleri aşağıdadır:

Tanınmış Roma hukukçusu Ulpian'a göre, adalet "herkese kendi payına düşeni vermek hususundaki sonsuz ve sürekli çabadır" (18).

Hollandalı hukukçu Hugo Grotius, adaleti "söze bağlılık" olarak değerlendirmiştir (19).

Hobbes'e göre sözleşmeye uymamak adaletsizliktir (20).

Alman düşünürü Kant ise konu ile ilgili üçlü bir görüş ileri sür-

(13) Göger, S. 31, Aral, H. B., S. 37.

(14) Aral, H. B., S. 37, Göger, S. 31.

(15) Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1986, S. 162.

(16) Göger, S. 31.

(17) Göger, S. 31, Güriz, H. B., S. 162.

(18) Güriz, H. B., S. 163.

(19) Güriz, H. B., S. 163.

(20) Güriz, H. B., S. 163.

müştür, "Şerefli yaşa; kimseye zarar verme; herkese payını düşeni var" (21).

Konfüçyüs'ün adaletle ilgili görüşleri uzak doğu düşüncesinin adaleti ahlak çerçevesinde değerlendirdiğini göstermektedir. O'na göre, adalet belirli ahlaki ilkelerle birlikte ve onlar sayesinde anlam kazanabilir. Konfüçyüs diyor ki, "Kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma" "kendinize nasıl davranılmasını istiyorsanız başkalarına da öyle davranınız", "İyiye iyilikle kötüye adaletle davranınız" (22).

Platon'a göre adalet, her insanın kendi yeteneklerine göre kendi hayat - süresi içinde kendine düşeni yapmasıydı. Her toplum üyesinin kendine göre ödevi vardır ve ödevini yerine getirmek durumundadır. Bazı insanlar yönetecek, bazıları koruyucu, üretici ve tüccar olarak yöneticilere yardım - edecektir (23).

John Stuart Mill, adalet ve fayda kavramları arasındaki ilişki-den - yanadır. Onun kanısına göre, adalet ve fayda eş anlamlı kavramlar değildir. Ancak adalet kavramı soyut manada anlamlı sayılmaz. İçerik kazanmak ve geçerli olmak için adaletle fayda arasında ilişki kurmak şarttır. "Adalet duygusu" adalet ve fayda kavramları arasında bağlılığı sağlar. "Adalet - duygusu" insanı doğru bulmadığı davranışları kınamaya ve hatalı davranışlara karşı misillemeye götürür (24).

"Tabii hukukçular adalet sorunu üzerinde dururken adaletle eşitlik, adaletle güvenlik, adaletle genel iyilik arasında ilişki kurmak hususunda çaba göstermişlerdir. Hobbes, güvenliği tabii hukukun temel ve yüce kanunu kabul ederken, Kant, hürriyeti tabii hukukun özgün ve temel belirme biçimi olarak değerlendirmiştir. Tabii hukukun yandaşları, adaletin - bazan insan tabiatından bazan insanın akıl yeteneğinden, bazan da insan sezgisinden çıkarılabileceğini ileri sürmüşlerdir. İnsan tabiatı, insan aklı ve insan sezgisi yoluyla adalete ulaşma çabalarının genellikle -sübjektif nitelik taşıdığı ve adalet konusunda kalıcı çözümler sağlamaktan uzak bulunduğu bu vesile ile belirtilebilir" (25).

Hukuki pozitivizmin adalet anlayışı sübjektiftir ve hukuk biliminin dışında oluşur. Bu akımın görüşüne göre, adil ve adil olmaya-

(21) Güriz, H. B., S. 163.

(22) Güriz, Adalet Kavramı.

(23) Güriz, Adalet Kavramı.

(24) Güriz, Adalet Kavramı.

(25) Güriz, Adalet Kavramı.

nın sübjektif değer yargılarına göre değiştiğini, bu konularda objektif ve akla - davalı kararlar verilemeyeceği gerçeğidir (26). Bir bakıma, insan davranışlarının, bütün insanlar yönünden tatminkar ve herkesi mutlu kılacak - biçimde düzenlenmesi anlamına gelen adalet, toplumsal mutluluk olarak - nitelenebilir. Oysa ki bu anlamda adil, yani herkese mutluluk getiren bir düzen kurmak mümkün değildir (27). Çünkü "bütün çıkar çatışmalarını, herkesi mutlu kılacak biçimde çözen adil bir toplumsal düzen özlemi, gerçekçi olmayan bir tutumdur. Her çıkar çatışması, iki çıkardan birinin diğerine feda edilmesi veya bunlar arasında bir uzlaşma sağlanması yolu ile çözülebilir. Her iki halde de, tarafların çıkarları tamamen veya kısmen feda edilmiş olacaktır. Esasen hangi çıkarın daha üstün ve korunmağa değer - olduğunu, akıl yolu ile saptamayız. Bunun gibi çıkarlar arasında uzlaşma sağlamanın en haklı ve adil usul olduğunu da bilimsel bakımından kanıtlamak mümkün değildir. Akıl ancak, ortada bir çıkar çatışması olduğunu gösterir; fakat bu çatışmanın objektif ölçülerle nasıl çözüleceği konusunda birşey söylemez. Çıkarların karşılıklı önemi sorunu, niteliği itibariyle sübjektif ve sadece değerlendirmeyi yapan bakımından geçerli olabilen - değer yargıları aracılığı ile çözülebilir. Bu gibi değer yargılar hukuku değil de felsefe, sosyoloji, ahlak gibi başka bilim dallarının konusuna - girer. Öyle ise adaletin içeriği sorunu hukukun konusu dışında kalmaktadır" (28).

Hukuki pozitivizm, kanuni (biçimci) adalet anlayışını da kabul etmiştir. Kanuni adalet fikri en saf biçimde pozitif kanunu sırf kanun olduğu için adil olarak benimsemesidir. Adalet ile kanunun geçerliliğini aynı sayan yani geçerli olan her kanunu tartışmasız adil kabul eden bu formül, artık çok az sayıda kişi tarafından kabul edilmektedir (29). Kanuni (biçimci) - adalet fikri, geçerli olmak şartı ile, adil olmayan kanunlara da itaat - edilmesinin gerekli olduğunu savunmaktadır. Norma uygun davranış olarak anlaşılan adalet, herşeyden önce, düzen gereksinmesine uygun düşer. Nitekim düzen kuralların şu veya nitelikte olmasını değil de, bunlara uyulmasını gerektirir. Her hukuk düzeninin altında yatan ve kanunlara itaat edilmesi yükümlülüğü koyan ilkenin anlamı budur (30).

(26) Keyman, S. 59.

(27) Keyman, S. 59.

(28) Keyman, S. 60.

(29) Keyman, S. 59-60-61.

(30) Keyman, S. 61-62.

Kanuni adalet kavramının bu kesin niteliğine karşı, kuralın içeriği itibarı ile adil olup olmadığını tespit etmek çok zor bir iştir. Bu konuda tek ölçü, kuralın keyfi olmaması, kendini haklı gösterebilmesi, normatif bir sistemden doğması gereğidir. Ancak her normatif sistem belli ölçüde keyfilik unsurunu içerir. Bu keyfilik, her düzeninin temelinde var olan ve kendisi doğrulamaya elverişli bulunmayan değer (yargı)dan ileri gelmektedir. Böyle bir keyfiligi mantiki olarak ortadan kaldırmağa imkan yoktur (31).

Adalet ve eşitlik arasında yakın bir ilişki bulunduğu herkesce bilinir. Adalet için yapılan mücadele çoğu kez eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için yapılan mücadele olarak karşımıza çıkmıştır (32). Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, eşitlik amacına yönelen bu mücadeleler, mutlak anlamda eşitlik anlayışına dayanmadığı gibi, mutlak anlamda eşitlik sağlanması sonucunu da meydana getirmemiştir. Kanunların kimlerin eşit, kimlerin farklı olduklarını; hangi benzerlik ve ayrılıkların hukuken nazara alınmasının gerekli bulunduğunu objektif biçimde belirleyebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle ahlaki ilkelere saygılı adil bir hukuk düzeni ile böyle olmayan hukuk düzenleri arasında bir ayırım yapmak yanlıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, insan davranışlarının genel kurallarla düzenlenip, bu genel kuralların mahkemeler tarafından eşit biçimde uygulandığı her düzende asgari bir adalet gerçekleşmiş demektir.

Adalet kavramı rasyonellik unsuru da içermektedir. Rasyonellik kişiye yapılacak uygulamanın belirli kurallarla önceden belirlenmesi ve kişinin keyfi bir muameleye maruz kalmaması anlamını taşır. Bu nedenle adaletin özünde düzenli ve rasyonel uygulamanın bulunduğu söylenebilir (33).

Çağdaş sosyal hukuk devletinin ortaya çıkışıyla sosyal adalet kavramı da yeni boyutlar kazanmıştır. Sosyal adalette toplumsal ilişkilerin ortaklaşa iyiliğinin gerçekleştirilmesi amaç edinmiş olur (34). Sosyal adaletle ekonomik (maddesel) yönden güçlüler ile güçsüzler arasında sosyo-ekonomik bir denge kurularak toplumsal gerçeğe uygun adaletli bir düzen yaratılmış olur (35).

(31) Keyman, S. 62.

(32) M. Ö., V. Yüzyılda Pleb'lerin Patrici'lere karşı, Roma toplumunda, Roma vatandaşı olan ve olmayanlar arasında, Fransız devrimi, burjuvazinin feodal ayrıcalıklara karşı, 1776 Amerikan devrimi Kolonilere karşı İngiliz yönetiminin yaptığı haksızlıklara karşı verilen mücadeleler, Bkz. Güriz, Adalet Kavramı.

(33) Güriz, H. B., S. 164.

(34) Aral, H. B. Ü., S. 42.

(35) İzveren, S. 158.

Sosyal adalette dağıtıcı adalette olduğu gibi bireyin kendi yeteneği ile değil, herkese bütünü bir üyesi olarak düşen hak ve ödevlerin ne olduğu belirlenir. Bu hak ve ödevlerin belirlenmesinde ölçü, bütünü iyiliği, ortaklaşa iyiliğidir (36).

III — ADALETİN UYGULAYICISI OLAN YARGI ORGANLARI, HUKUKÇULAR

Siyasal iktidarın yargısal bir otorite tarafından doğrudan denetlenmesinin ülkemizdeki geçmişi kısadır. Özellikle 19. yüzyılın başından beri iktidarın yetkilerini sınırlamaya yönelik çeşitli Anayasal düzenlemelerin gerçekleştirildiği, ancak bunların siyasal iktidara benimsenme ve toplumda etkinlik kazanmalarının pek kolay olmadığı da bilinmektedir (37).

Adaleti yerine getirmek, hakkı söylemek genellikle hukukçunun ve özellikle yargıcın tarafsız olmasını, görev yaparken hiç kimseyi kayırmamasını kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesini, duygularına kapılmamasını, kişisel görüşlerinin ve önyargılarının etkisi altında kalmamasını gerektirir (38).

Hukukçu, yargıç, görevini yaparken yalnızca taraflardan birinin değil, kendi çıkarını da gözetmemeli, yalnızca taraflarla değil, önündeki sorunla ilgili kişisel duygu, görüş ve önyargılardan da uzaklaşmalı, sıyrılmalıdır. Çünkü, hukukçu, yargıç önüne gelen sorunları çözerken kendi çıkarını gözettiği veya kişisel duygularının, görüşlerinin ve önyargılarının etkisinde kaldığı zaman, artık olaya ve taraflara yabancı bir kişi, yani hak arayan, yargılayan olmaktan çıkar (39). Hukukçu, yargıç, hakkı ararken, adaleti yerine getirirken "tarafsızlık" yerine, onu da içeren "objektiflik" teriminin kullanılması gerekir. Tarafsızlık, objektifliğin yalnızca bir yönüdür ve hukukçunun, yargıcın taraflar bakımından sübjektif davranmamasını ifade eder. Hukukçunun, yargıcın taraflara yabancı bir kişi olması ve taraflardan birinin olumlu veya olumsuz etkisi altında kalmaması gerekir. Objektifliğin ikinci yönü ise hukukçunun, yargıcın

(36) Aral, H. B. Ü., S. 42.

(37) Ünsal, Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (Siyasal sistem tedrisi açısından Türk Anayasa Mahkemesi) Ankara, S. 46.

(38) Öden, Merih, Anayasa Yargısında yargıcın davaya veya işe bakmaması, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 43, 1993, Sayı 1-4, S. 61-124.

(39) Öden, a.g.m.

kişiliğinden sıyrılması, yani kendi bakımından sübjektif davranmasıdır (40).

Türk hukuk sistemi yargı bağımsızlığı ile ilgili yasal güvencele-ri Anayasal düzeyinde hükme bağlamıştır. 1924 Anayasamız kuvvetler birliği sistemini dayandığı halde yargı organını bir kuvvet olarak belirtmektedir (41). 1961 ve 1982 Anayasalarımız yargı organının bağımsızlığını benimseyerek hakimlik görevlerini güvence altına almıştır. (1961 Anayasası, madde 132-133, 1982 Anayasası madde 138-139).

Yargı bağımsızlığı ve adaletin uygulaması ile ilgili Anayasa Mahkemesinin kararı şöyle: "Anayasa'nın kurmaya hedef tuttuğu demokratik hukuk devletinin temeli ve teminatı adalettir. Adaletin dağıtılmasında ise, hakimlerin görevlerinde bağımsızlığı ilkesinin yeri ve önemi meydandadır. Anayasa koyucusu bu ilke üzerinde titizlikle durmuştur. Gene Anayasa komisyonu raporunun genel gerekçe kısmının yargı bölümünde de bu konuya ayrıca değinilmiş ve bütün Devlet faaliyetlerinin kazai denetime tabii tutulduğu, bu denetimi yapacak olan organların bağımsızlığının bu denetiminin ciddi ve tesirli olmasının şartı bulunduğu, bu bakımdan hakimler ve mahkemeler üzerinde her türlü etkileri önleyici hükümlerin tasarıya konulduğu ve mahkemelerin yasama ve yürütme organları karşısında tamamiyle bağımsız hale getirildiği belirtildiği gibi Anayasa'nın 132. maddesindeki açık ve kesin hükümlerle de hakimlerin bağımsızlığı korunmuştur" (42).

Hukukun soyut ve genel kurallarına göre yapılan uygulama adaletin gereklerine uygundur. Bu soyut ve genel kurallar ancak adaletli ve objektif bir değerlendirme ile somut hale gelerek gerçeklik kazanabilir. Çünkü hukukun özü yasa maddeleri değil, hukukun özü hak duygusudur. ve adalet bilincidir. Bu duygu ve bilinçte formal kurallar, mekanik aletler işlenemez ve uygulanamaz. Adalet

(40) Öden, a.g.m., Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dah olarak Ceza Muhakeme Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş, 9. Baskı, İstanbul, 1989, S. 346, 356, 357.

(41) 1924 Anayasasında Yürütme ve Yasama fonksiyonları hakkında vazife, yargı hakkında kuvvet olarak vasıflandırılması sadece Anayasamıza özgüdür. Bkz. Kapani, Munci, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, Ankara 1956, S. 20. Ayrıca, 1924 Anayasasında Yargı Organı Hk. Bkz. M. Emin Emni, S. Ü. Ata Dergisi, Yıl 1991, Sayı 2, S. 105-113.

(42) 1963/330, 1964/15 Sayılı Karar, Resmi Gazete, 14.4.1964, ayrıca bkz. Azgur, Fuad, Anayasa Mahkemesinin Kararlarına Göre "Anayasa Nizamı", Ankara 1969, S. 273.

idesi, hak duygusu ancak doğru değerlendirme ve takdir ile uygulanabilir (43).

Hukukun amacı toplumsal düzeni sağlamak, insanları mutlu kılmaktır. Bu düzeni sağlamak için herkesin uyması, ona uyum sağlaması ile mümkündür. Hukuku uyum ise sadece hukuka özgü maddesel nitelikte yaptırımlarla sağlanamaz. Bu maddesel yaptırımların yanında hukuka uyum ve saygınlık kazandıran önemli tinsel güç; hukukun üstünlüğü, kutsallığı yani adalet ilkesidir (44). Gerçi, hukuk toplumsal, siyasal ve ekonomik realitelerin vücudu getirdiği bir ortamda ve zaman içinde oluşur, dışlar, fakat kökü, menşei daha çok derinlerde; mahiyeti ve menşei fikridir, tinsel (manevi) - dir.

Hukuk kaba kuvvetin ifadesi olmadığı gibi münhasıran formal, harici bir nizam da değildir. Hukuku hukuk yapan tinsel (manevi) bir unsurun da bir hayır unsurunun da bulunması gerekir. Bu hayır unsuru hukukun ahlakıdır, adalet ve insaniyettir (45). "Bu bakımdan gerek yasa koyuculara ve gerekse hukukun uygulayıcılarına (ve hukukçuyum diyenlerin tümüne) büyük töre bilimsel (ahlak - vicdan) ödevler ve sorumluluklar yüklenmektedir, yeterki hukukun koyucularında ve uygulayıcılarında, burada belirtilen anlamda "Törebilimsel hukuk bilinci" ve hak duygusu dolayısıyla gerçek hukukçuluk yeteneği gelişmiş olsun. Ancak bu sayede, bir toplum, kötü hukukçunun şerrinden (yani hukukçu görüntüsündeki hukuk canbazlarından) kurtulur" (46).

Hukukun amacı adalettir. Adaletin amacı ise tinsel kıymetlerin, vicdanlar dahilinde gerçekleşmek suretiyle gelişmesidir. Adalet bir sosyal düzen olarak hukuku keyfi veya beklenmedik bir uygulamadan korumak ve önceden tespit edilmiş veya hiç değilse rasyonel kurallarla uygulanmasını sağlamaktır (47).

Hukuk ile adalet, otorite ile hürriyet arasındaki denge mahkemeler için sağlanması en nazik, en güç ve değişken olan bir dengedir. Bilinen odurki hiç bir mahkeme gerici, adalet uymayan bir hukuk düzeni veya rejimden yana olamaz; ve yine hiç bir mahkeme yeni bir rejim icad edip uygulayamaz. Hukuku uygulayanların en önemli görev ve sorumlulukları realite ile idealitenin, ide ile amprik

(43) Çobanoğlu, Rahmi, Hukukta Gaye Problemi, İstanbul, 1964, S. 38-39.

(44) İzveren, S. 161.

(45) Çağal, Orhan Münir, Hukuk ve Hukuk Bilimine Giriş, İstanbul 1971, S. 60.

(46) İzveren, Adil, Toplumsal Törebilim (Sosyal Ahlak), Ankara, 1980, s. 110.

(47) Çobanoğlu, s. 47.

hayatın daima çatışmasından doğan anlaşmazlıklara adilane çözmek ve ahenkleştirmektir. Sosyal, siyasal ve ekonomik amaçlar hukuk kurallarının yaratılması, yorumlanması ve uygulanmasında önemli yeri işgal etmektedir. Adalet siyaseti sabit kalıplar halindeki hukuk kurallarının toplumun sosyal, ekonomik ve siyasal ihtiyaçları ile ahenkli kılınmasına çalışmaktadır.

IV — SONUÇ

Hukuk sistemi pozitifleşmekle beraber aşırı derecede karmaşıklaşmakta ve büyük zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır. Hukukun karmaşıklığının artmasını zorlayan toplumsal baskılar onun karar verme mekanizmalarını son derece zorlamakta ve doğasında bozulmalara yol açmaktadır. Ortaya çıkan zorluklar hukukun adalet problemi olarak ifade edilebilir ve bu zorluklar ancak adalet, hakikat, doğruluk, emniyet, amaca uygunluk yorumlarıyla çözülebilir ve ayakta kalabilir.

Adalet kavramı, tinsel ve hukuksal nitelikte bir ide ve buyruk olarak dağıtıcı, denkleştirici ve bağdaştırıcı fonksiyonları ile bir düzen unsurudur. Bu düzeni sağlamak ve ileriye götürmek için başta kanun koyucu olmak üzere yargıçlar ve bütün hukuk uygulayıcılarına büyük ödev ve sorumluluklar yüklenmektedir.

Uunutmamak gerekir ki, insan ne kadar yüksek değerlere (adalet, hakikat, etik, estetik ve tinsel sahip olursa ve içini onlarla doldurursa o denli insan olur ve onların gerçekleştirilmesi insanı o derecede özgürlük ve mutluluk getirir. Adalet kavramı değer ölçüsü ve kapsamı ne kadar tartışmalı, değişik ve değişken olursa olsun hukukun son amacıdır; adalete yönelmeyen bir hukuk anlamını yitirir, hukuk olma özelliğini kaybeder.

İSLÂM VE OSMANLI ÇEVRE HUKUKUNA GİRİŞ

Arş. Gör. Osman KAŞIKCI (*)

Giriş

Çevre hukuku, son yüzyılda doğup gelişen bir hukuk dalıdır. Bunun nedeni basittir. Fabrika bacaları ve sanayi atıkları, artan nüfusun çöpleri ve sair çevreyi kirleten şeylerin çoğunluğu son yüzyılın eseridir. Zamanla sanayinin yaptığı tahribata dur denmezse, insanlara akla hayale gelmedik kolaylık ve mutluluk getirdiğine inanılan fabrikaların çarkı artık tersine dönüp, insanlığı yok etmek için dönmeye başlayacaktır (1). Bunun farkına varan insan-öğlü artık bir tedbir almak zamanının geldiğine hatta geçmek üzere olduğuna inanmaktadır. Bu nedenle günümüzde çevre temizliği ve bunun mantıklı bir sonucu olan çevre koruması üzerinde çeşitli ilmi makaleler ve eserler yazılmakta ve konferanslar, seminerler verilmekte ve gazetelerde sayfalar ayrılmaktadır. Çevre kirlenmesinin şu veya bu şekilde önüne geçilmezse, bu pislikler ileride leviathan (2) gibi bir şeyi alt-üst edecektir. İnsanoğlu güzel ve sağlıklı bir çevrede yaşayabilmek için geç kalmadan önlem almanın zorunlu olduğunun farkına varmıştır. Çevre meselesine sahip çıkılacak, bu devin önüne durulacaktır, ama nasıl? Bu hususta hukuk tarihimizde bize ışık tutacak uygulamalar var mıdır? İşte araştırmamızda bu soruya cevap aramaya çalışacağız.

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dah.

(1) Jean Jacques Rousseau'yu üne kavuşturan "Bilimlerin ve Sanatın Gelişmesi İnsanları Daha İyi, Daha Mutlu Kılmıyş mıdır" konusunda yapılan yarışmada devrin ileri gelen bilim adamlarının aksine bu soruya olumsuz cevap verip tezini makul gerekçelere dayandırması idi. (Akm, İlhan : Kamu Hukuku, İstanbul 1987, s. 157). Gerçekten çevre kirlenmesinin önüne geçilmezse insanlık kendi elleri ile tedricen intihara doğru gitmektedir. Başka bir ifade ile Rousseau haklı çıkacaktır.

(2) Leviathan, tek başlı fakat gövdesi bir çok yaratığın birleşmesinden meydana gelmiş korkunç bir canavardır. Thomas Hobbes, 1651 yılında bastır-dığı kitaba bu ismi vermiştir. Hobbes bununla her şeyi elinde bulunduran devleti kastedmektedir (Akm, 103).

Eski hukuk sistemlerinden yararlanmak bir zaruretin neticesidir. Çünkü onlar bize, geçmişin engin tecrübesini aktarırlar. Bu sayede biz geleceğin hukuk siyasetini daha sağlam temellere oturtmuş oluruz (3). Nitekim hemen her konunun incelenmesine tarihi gelişiminden başlanması ilmi bir gelenek haline gelmiştir. Zira hiçbir hukuk kuralı veya hukuk müessesesi birdenbire ortaya çıkmış değildir. Mutlaka tarihin sık süzgecinden geçmiş ve günümüzdeki haline gelinceye kadar tarihte sonu bazen kanla biten çok büyük mücadelelere sebep olmuştur (4). Başka bir ifade ile, her müessese ve kuralın gelişmesi mutlak surette hayati bir zaruretin sonucudur (5). Ancak hemen belirtelim ki, biz genel olarak çevre hukukunun ortaya çıkışı ve gelişimini değil, ilgi alanımız gereği sadece eski hukukumuzda çevre ile ilgili hususlar ve bunların tarihi gelişimi üzerinde duracağız.

1. Düzenleniş Şekli

Çevrenin eski hukukumuzda düzenlenmesine geçmeden önce eski hukukumuzun sistem ve metodu üzerinde kısaca durmak gerekir. Çünkü eski hukukumuzun sistem ve metodu bilinmeden bir hususun orada düzenlenip düzenlenmediğine karar vermek bizi hatalı sonuçlara götürebilir. Hemen belirtelim ki, eski hukukumuzun kaynakları asli ve tali olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Asli kaynaklar Kitap, sünnet, icma ve kıyas olarak sıralanmakta, tali kaynaklar ise, istihsan, amme maslahatı, istishab, eski hukuk sistemleri, sahabelerin hukuki görüşleri, genel hukuk prensipleri, sedd-i zeraî ve örf-adet kurallarından ibaret bulunmaktadır (6). Bu kaynaklar bir hiyerarşiye tabi olup yukarıdaki hüküm bulunmadığı takdirde aşağıda bulunanına başvurulur. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu kaynaklar bugünkü anlamda birer mevzuat değildirler. Eski hukukumuzun niteliği gereği bu kaynak-

- (3) Çağrı O. Münir: Hukuk Tarihinin Kıymet ve Ehemmiyetine Dair Bazı Düşünceler, İHFM, 1952, C. XVIII, S. 3 - 4'üncü Nüshadan ayrı basım, s. 1 vd.; Mahmut Esat: Tarih-i İlm-i Hukuk, İstanbul 1915, s. 3 vd.; Arsal S. Maksudi: Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1941, s. 3 - 4; Okandan, R. Galip: Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1951, s. 7.
- (4) Rudolf von Jhering: (Çev. R. Yeğenil) Hukuk Üçrunda Savaş, İstanbul 1935, s. 7 vd.
- (5) Ali Kemal: Ticaret-i Bahriyeyi Tevhide Doğru Bir Hata, DFHFM, S. XI, 1338, s. 26.
- (6) İslâm hukukunun asli ve tali kaynakları hakkında daha geniş bilgi için bkz. Zeydan, Abdülkerim: El-Medhal Li DirasetiŞ-Şeriat'il-İslamiyye, Amman 1411, s. 155 vd.; Karaman, Hayreddin: Anahatlarıyla İslam Hukuku, C. I, İstanbul 1984, s. 110 vd.; Cın Halil/Akgündüz, Ahmet: Türk - İslâm Hukuk Tarihi, C. I, İstanbul 1990, s. 121 vd.

larda inanca, ibadetlere ve hukuka ilişkin hükümler dağınık bir şekilde incelenmiştir. Bu hükümleri sistematize etmiş olan fıkıh kitaplarında konular ibadât, muamelât (medeni, borçlar, ticaret ve usul hukuku), münakehat (aile hukuku) ve ukûbât (ceza hukuku) şeklinde bölümlere ayrılmaktadır (7). Bu ayırım nazara alındığında ibadât hariç diğerlerinin hukuki düzenlemeler getirdiği görülmektedir (8). Bununla birlikte söz konusu ayırım kesin ve net değildir. Çünkü hukuki ilişkiler içinde yer alması gereken mesela çevre hukuku dağınık bir şekilde inanca, ibadet ve muamelata ilişkin hususlar içinde yer alabilmektedir. Bu nedenle eski hukukumuzda bir meselenin hukuki dayanağını (meşruiyeti) incelemek için söz konusu kaynakları sıra ile gözden geçirmek gerekir. Bu kısa açıklamalardan sonra şimdi sırasıyla bu kaynakları tarayarak çevre ile ilgili hüküm bulunup bulunmadığını araştıralım.

a) Kitab'ta Çevre

Buradaki kitaptan maksadın eski hukukumuzun ilk ve en önemli kaynağı olan Kur'an olduğu herkesçe bilinmektedir. Kur'an'da inanca, ibadetlere, ahlaka ve hukuka ilişkin hükümler dağınık bir şekilde bulunmaktadır. Kur'an'da yer verilen hükümleri genel-özel şeklinde bir ayırma tabii tutmak mümkün değildir. Başka bir ifade ile, bir kısım hükümler genel yine bir kısım hükümler oldukça ayrıntıdır. Bununla birlikte şöyle bir ayırım yapılabilir. Yere ve zamana göre değişmeyen hususlara Kur'an'da yer verilmiştir (9). Zaten niteliği itibariyle Kur'an'daki hükümlerin değiştirilmesi mümkün değildir. Hemen belirtelim ki, Kur'an'da inceleme konumuz olan çevre ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kur'an'ın hüküm koyma metodundan hareketle dolaylı da olsa Kur'an'da çevre ile ilgili hükümlere yer verildiği söylenebilir (10). Gerçekten Kur'an'da üzerine yemin edilen bir kaç şeyden birisi de ağaçtır (11). "İşte su ile, sizin için hurmalıklardan, üzümlüklerden nice bahçeler, bağlar yaptık ki, içinde sizin için bir çok yemişler vardır" (12). Yine cennet tasvir edilirken genellikle üzerinde durulan

(7) Köprülü, Fuat: Fıkıh, İslam Ansiklopedisi; Bilmen, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiye Kamusu, C. I, İstanbul 1985, s. 14.

(8) Ali Haydar: Esbab-ı Mucibe, Dürer'ül-Hükkam Şerh-u Mecellet'il-Ahkam C. I, İstanbul 1330, s. 3.

(9) Mecellerin ifadesi ile "Ezmanın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkar olunamaz". Yani ayrıntıya ilişkin hükümler zamana ve yere göre değişebilir (m. 39).

(10) Temel, A. Rıza: İslama Göre İnsan Çevre İlişkisi, İnsan ve Çevre, İstanbul 1992, s. 69.

(11) Kur'an, Tin, 1, 2.

(12) Kur'an, Mü'minün, 19.

konulardan birinin ağaç, gölge ve meyve olması kayda değer bir husustur (13). Mesela bir ayette, "Takva sahiplerine vaad edilen cennetin sıfatı şudur: Onun altından ırmaklar akar, yemişleri ve gölgesi daimidir" (14). Yine Kur'an'da eski toplumların refah ve mutluluğu anlatılırken sık sık ağaç ve bahçe unsuruna yer verilmiştir (15). Bununla birlikte Kur'an'da hukuki anlamda çevre ile ilgili herhangi bir tanım ve müeyyideye rastlanmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında Kur'an'da doğrudan çevre ile ilgili herhangi bir hüküm yoktur denilebilir. Ancak dolaylı olarak çevre ile ilgili hükümlere rastlamak mümkündür.

b) Sünnet'te Çevre

Eski hukukumuzun ikinci kaynağı olan sünnette çevre ile ilgili birden çok hükme rastlamak mümkündür. Bilindiği gibi sünnet, Hz. Peygamberin söz fiil ve yapılan hareketler karşısındaki susma (ikrar)larına denmektedir (16). Konumuzla ilgili hadisleri şu şekilde sıralamak mümkündür: "Temizlik imandandır" (17), "İman yetmiş küsur şubedir. Bunun ilki kelime-i şehadet getirmek ve sonuncusu ise, yollardan eza veren şeyleri kaldırmaktır" (18), "Allah temizdir, temiz olanı sever" (19), "Sakın hiç biriniz durgun, yani akmayan suda küçük abdest bozmasın" (20), "Avlularınızı ve meydanlarınızı temiz tutunuz" (21). Bütün bu ve buraya alamadığımız onlarca hadis nazara alındığında sünnette çevre temizliğine büyük önem verildiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere, Kitap'ta olmasa bile sünnet'te çevre hukukuna açıkca yer verilmiştir. Eski hukukumuzdaki prensip gereği bu iki kaynaktan birisinde hüküm bulunması halinde artık diğer kaynaklara başvurulmaz. Mecelle bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: "Mevrid-i nâs'da içtihada mesâğ yoktur" (22). Ayrıca eski hukukumuzda yukarıda yer verilen kaynakların sistematize edilmiş şekli olan fıkıh ve fetva kitaplarında mutlaka taharet temizlik ile

(13) Misal kabilinden bkz. Kur'an, İnsan (Dehr) Suresi.

(14) Kur'an, Rad, 35.

(15) Misal kabilinden bkz. Kur'an, Sebe, 15 - 16.

(16) Mustafa Sıbal: (Terc. Kamil Tunç), İslam Hukukunda Sünnet, İstanbul 1989, s. 49; Zeydan, 160 vd.; Karaman, I/114 vd.; Cın/Akgündüz, I/124.

(17) Müslim, B. Haccac K.: Sahih-i Müslim, İstanbul 1329, Tahara, 1.; Bilmen, Ö. Nasuhi: Büyük İslâm İlimihali, İstanbul 1991, s. 48.

(18) Sindi: Haşiyetü İbn-i Mâce, C. I, İstanbul 1990, s. 138 - 139.

(19) Actuni: Keşfü'l-Hafa, C. I, Beyrut 1351, s. 224.

(20) İbn-i Mâce: (Terc. Haydar Hatiboğlu) Sünen-i İbn-i Mâce, C. I, İstanbul 1992, s. 536.

(21) Actuni, I/224.

(22) Mecelle, m. 14; Ali Haydar, I/25 - 26.

(23) Misal kabilinden bkz. İbn-i Mâce, I/435 vd.; Bilmen, Büyük, 47 vd.

ilgili bir bölümün bulunması, hatta ilk konu olması (23) bir bütün olarak eski hukukumuzda konuya verilen önemi belirtmesi açısından yeterlidir.

2. Konusu ve Tarifi

Eski hukukumuzda çevre hukukunun konusunu hava, su ve toprak oluşturmaktadır. Bunun yanında psikolojik ve metafizik duygu ve düşüncelerin saf ve temiz tutulması da en az yukarıda sayılan hususlar kadar önemlidir (24). İnsan kirlenmesi diyebileceğimiz bu hususla ilgili olarak Kur'an'da birden çok hüküm bulmak mümkündür. Bunların başında şüphesiz "Allah tevbe edenleri ve çok temizlenenleri sever" (25) hükmü gelmektedir. Aslında önemli olan insan kirlenmesidir. Çünkü kirli insanların temiz bir çevrede yaşamaya, her şeyden önce, hakları yoktur. Bu nedenle önce insanların metafizik duygu ve düşüncelerinin saf ve temiz olmasına önem verilmesi gerekir. Ancak biz meselenin bu yönü üzerinde durmayacağız. Sadece çevrenin maddi anlamda konusunu oluşturan hava, su ve toprak üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Bilindiği üzere hava, içinde yaşadığımız, teneffüs ettiğimiz gaz tabakasıdır (26). Su ise, gerek içtiğimiz gerek kullandığımız gerekse kullanmadığımız göller, nehirler ve denizleri içine almaktadır. Toprak de-

(24) Özönder, Hasan: Çevrecilik Açısından Süleymaniye Vakfıyesi, Selçuk Üniversitesi, Çevre, Eylül 1993, s. 15.

(25) Kur'an, Bakara, 222.

(26) Gerçekten havanın nasıl kirleneceğine dair Kur'an da ayetler vardır: Mîsal kabîlinden burada bir kaçını zikretmekte fayda mülahaza ediyoruz: "Ey Muhammed, göğün, insanları bürüyecek ve gözle görülecek bir duman çıkaracağı günü bekle, bu can yakıcı bir azabdır." (Kur'an, Duhan, 10-11). İslam alimleri bu ayetleri, deliği olmayan bir evde ateş yakılması haline benzeterek tefsir etmişlerdir (Elmalılı, H. Yazır: Hak Dini Kur'an Dili, C. VI, İstanbul T.siz, s. 4298). Bu durum gerçekten günümüzdeki bazı büyük şehirlerin haline çok benzemektedir.

İbn-i Haldun'da bir şehir kurulurken göz önünde bulundurulması gereken hususları sıralarken şu bilgileri vermektedir.

"Şehri kurarken riayet edilmesi gereken cihetlerden biri de şehrin sağlık durumudur. Şehrin havasının hoşluğu ve sağlığa tesiri göz önünde tutulmalıdır. Çünkü şehir havası, durgun yahut hastalıklı ve zararlı olan sular veyahut pis kokulu su yatakları ve rutubetli ve pis çayırıklar yanında kurulursa, o şehirde yaşayan insan ve hayvanlar çarçabuk hastalığa tutulmaya mahkumdurlar. Bu gözle görülmüş hallerdir. Havasının hoşluğu ve temizliği dikkate alınmadan kurulan şehirler çoğunlukla hastalıklıdır... Cisim ve maddelerde ufuneti sıtma ve veba gibi hastalıkları doğuran sebep ekseriyetle havanın durgunluğudur. Rüzgar eserek havayı harekete getirir, sağa sola dağıtırsa, ufunet ve ufunet sebebiyle türeyen hastalıklarda o nisbette azalır... şehirler kurulurken dikkat edilecek hususlardan biride ırmağa, yeşil alanlara ve ormana yakın olmasıdır (İbn-i Haldun: Mukaddime, C. II, İstanbul 1970, s. 234 vd).

yince de, üzerinde yaşadığımız, bitkileri ve hayvanları da içeren yüzü anlaşılmaktadır (27). Şüphesiz burada da en önemli unsur ağaçlardır. Gerçekten çevre sağlığı açısından ağaçları ne kadar önemli olduğunu belirtmeye bile gerek yoktur (28). Konu ile ilgili olarak Hz. Peygamber'den birden fazla hadis nakledilmiştir. "Bir müslüman ağaç dikerde bunun meyvesinden insan, ehli veya vahşi hayvan veya kuş yiyecek olsa, yenen şey onun için sadaka hükmüne geçer" (29), "Her kim ağaç dikiminde bulunursa, onun için ağaçtan hasıl olan ürün miktarınca Allah sevap yazar." (30), "Yedi şey vardır, kişi kabirde bile olsa, onlardan hâsıl olan ecir mütemadiyen kendisine ulaşır: "... halkın istifadesi için akıtılan su, açılan kuyu, dikilmiş ağaç..." (31), "Elinizde bir ağaç filizi varsa, kıyamet kopmaya başlasa bile, eğer onu dikecek kadar zamanınız varsa mutlaka dikin" (32).

Görüldüğü üzere eski hukukumuzda maddi açıdan çevre deyince akla hava, su ve toprak, toprağın içinde de özellikle de ağaç gelmektedir. Bu açıklamalardan sonra eski hukukumuzda çevre hukukunu, "çevrenin kullanılması, temiz tutulması, kirlenmekten korunması ve kirlenen çevrenin temizlenmesi gayesiyle alınan tedbirleri düzenleyen hukuk kurallarının tümüdür" şeklinde tarif edebiliriz (33).

3. Hukuki Niteliği

Eski hukukumuzda göre hürriyet, kişinin kendisine ve başkasına zarar vermeyecek herşeyi yapabilmesidir (34). Çevrenin kirletilmesinde ise kişi, hem kendisine hem de başkalarına zarar vermektedir. O halde burada hürriyeti ihlal söz konusudur. Yani çevreyi kirleten kimse, başkalarının sağlık hakkına veya sağlıklı bir çevrede yaşama haklarına, hatta yaşama haklarına tecavüz etmektedir.

O halde eski hukukumuzda çevre, her şeyden önce bir haktır. Ancak hakkın niteliği tartışılabilir. Yaşama hakkı olarak nitelendirilebileceği gibi, sağlık hakkı veya sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olarak ta nitelendirilebilir. Eski hukukumuzda çevre temizliği

(27) Canan, İbrahim: İslam'da Çevre Sağlığı, İstanbul 1986, s. 24 vd.

(28) Ölçer, Y. Sami: Çevre ve Orman, Selçuk Üniversitesi, Çevre, Eylül, 1993, s. 19.

(29) Müslim, Müsakat, 7, 8.

(30) Ahmed İbn-i Hanbel: Müsned, C. V, Kahire 1950, s. 415.

(31) Münavi, IV/87 (Armağan, Servet: İslâm Çevre Hukukunun Genel Esasları, İnsan ve Çevre, İstanbul 1992, s. 254).

(32) Buhari, Ebu Abdullah: El-Edebü'l-Müfred, Kahire 1379, s. 168.

(33) Armağan, 244 vd.

(34) Akgündüz, Ahmet: İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi, İstanbul 1991, s. 16 - 17.

üzerinde durulurken, meseleye genelde insan sağlığı açısından yaklaşılmıştır (35). Bu nedenle çevreyi sağlık hakkı içerisinde kabul ettiğimiz takdirde, sağlık hakkının kamu haklarından olması nedeni ile çevre hakkı da bir kamu hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle eski hukukumuzda çevre, her şeyden önce bir kamu hukuku kavramıdır (36). Bunun sonucu olarak devlete bir takım görevler yüklenmektedir. 'Çöplerin toplanması, ağaçların korunması, suların temiz tutulması gibi. Bununla birlikte sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşamak için kişilere de yüklenmiş görevler vardır. Onlar da devletin bu görevinin yerine getirilmesinde yardımcı olacaklardır. Zaten eski hukukumuzda ibadet için kişilerin çevre temizliğine dikkat etmeleri gerekmektedir (37). O halde çevre, ibadet edilebilecek temizlikte olmalıdır (38).

Yine eski hukukumuzdaki hukuki olmasa bile dini anlamda mülkiyet ile emanet aynı anlama gelmektedir. Çünkü gerçek malik Allah'tır. İnsanlar sadece hayatları süresince bunlar üzerinde belirli ölçüler içerisinde tasarruf etme hakkına sahiptirler. Çevre gibi kamuyu ilgilendiren bir durumda da kişinin tasarrufu kendisine ve başkasına zarar vermemek şartına bağlıdır. Hele bu başkaları gelecek nesiller olunca ayrı bir önem kazanmaktadır. Çünkü çevre bize atalarımızdan miras kalmamış, gelecek nesillerden emanet alınmıştır. O halde gelecek nesillere yaşanabilecek bir çevre bırakmak, devletin ve kişilerin en önemli görevlerinden birisidir. Yani kişiler kendilerini düşünmeseler bile gelecek nesilleri düşünmek zorundadırlar (39).

4. Hukuk Tarihinde Çevre İle İlgili Uygulamalar

Burada eski hukukumuzun tali kaynakları arasında yer alan ve eski hukukumuzda hakim olan iki genel prensip ve bunların uygulanmasından söz edeceğiz. Bunlar kaynak olmaktan ziyade uygulamaya yöneliktirler. Başka bir ifade ile uygulamanın zoru ile ortaya çıkmışlardır. Bu iki prensip, kamu yararı ve zararın giderilmesidir.

a) Kamu Yararı

Bu prensibe eski hukukumuzda "Mesâlih-i Mürsele" denmekte-

(35) İbn-i Kayyim El-Cevzi: Tıbb-ı Nebevî, Beyrut 1976, s. 216.

(36) Armağan, 246.

(37) Bilmen, 47 vd.

(38) Maksudoğlu, Mehmet: İslam ve Çevre, İnsan ve Çevre, İstanbul 1992, s. 91.

(39) Burada M. Akif'in şu ifadesini zikretmek gerekir:

Merhametin yok diyelim nefsin;

Merhamet etmez misin evladına? (Safahat, İstanbul 1987, s. 269).

dir (40). Kamu yararı olarak günümüz diline aktarabileceğimiz bu kavramı, devletin en önemli fonksiyonlarından birisi olan devletin vatandaşlarını koruması anlamına gelmektedir. Gerek sağlık sebepleri ile olsun gerekse iktisadi ve kültürel sebeplerle olsun ve gerekse gelecek nesillere daha sağlıklı, yaşanabilir bir çevre bırakmak amacıyla olsun çevrenin temiz tutulmasında, şayet kirlenmiş ise temizlenmesinde ve bir daha kirletilmemesi için gerekli tedbirlerin alınmasında kamu yararı olduğu açıktır. O halde devlet, kamu yararının olduğu hususlarla ilgilenecek ve mümkün olduğu kadar vatandaşlarını koruyacaktır. İslâm hukukunda bu prensip gereği temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşamak için gerekli önlemler devlet tarafından alınmıştır (41).

Eski hukukumuzun ilk uygulayıcısı şüphesiz Hz. Peygamber'dir. Gerçekten o, yukarıda yer verilen sünnetlerini aynen uygulamıştır. Ayrıca Medine etrafından bir beridlik (yaklaşık 30 km) sahayı koru ve orman alanı ilan etmiş ve buradan ağaç kesilmesini yasaklamıştır. Onun için bu bölgeye yasak (harem) bölge denmiştir (42). Peygamber'den sonra gelen halifeler ve İslâm devlet başkanları da çevreye zamanlarına göre gereken önemi vermişlerdir. Biz bunlar üzerinde ayrıntılı bir şekilde duracak değiliz. Sadece bizi yakından ilgilendiren Osmanlı Devletinde çevre hukuku ile ilgili uygulamalardan bir ikisine işaret etmek istiyoruz.

Bilindiği gibi Osmanlı Devleti bütün yönleri ile İslâm hukukunu tatbik etmiştir (43). Osmanlı hukukundaki fazlalık, İslâm hukununun devlet başkanına (ülül-emr'e) tanımış olduğu sınırlı yasama yetkisinin kullanılmış olmasından ibarettir (44). Osmanlı sultanları İslâm hukukunun kendilerine tanıdığı bu sınırlı yasama yetkisini kullanarak gerek devletin idaresi yani kamu hukuku gerekse özel hukuk ile ilgili çeşitli düzenlemelere gitmişlerdir ki, bu durum örfi

(40) Zeydan, 170; Karaman, I/125 vd.; Cin/Akgündüz, I/178.

(41) Armağan, Servet: İslam Çevre Hukukunun Genel Esasları, İnsan ve Çevre, İstanbul 1992, s. 247.

(42) Ebu Davud, Sünen-i Ebu Davud, Mısır 1371, s. 96. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Canan, 50.

(43) Cin, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Baskı, Konya 1992, s. 9; Akgündüz, Ahmet: İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986, s. 144; Akgündüz, Ahmet: Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahilleri, C. II, İstanbul 1992, s. 3.

(44) Barkan, Ö. Lütfi: Kanunnâme, İslâm Ansiklopedisi; Barkan, Ö. Lütfi: Osmanlı İmparatorluğunda Teşkilat ve Müesseselerin Şer'iliği Meselesi, İHFM, C. XI, S. 34, s. 203 - 224; İnalçık, Halil: Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları, SBFĐ, C. XIII, 1958, S. 2 den ayrı basım, s. 1 vd.

hukuk ismi ile ayrı bir hukukun oluşmasına neden olmuştur. Bu düzenlemelere "Kanunnâme" dendiği bilinmektedir (45).

Bilindiği gibi Osmanlı Devleti, idari yapı olarak eyalet, sancak (livâ), kaza, nahiy ve köylere ayrılmakta idi (46). Bu idari merkezlerde o yerin emniyet ve asayişini temin, maddî ve manevî temizliğini muhafaza görevlerini üstlenen ve kendilerine subaşı denen hususî memurlar bulunurdu (47). Köy ve nahiyelerdekine ilk subaşı naibi, diğer büyük merkezlerdekilere de şehir subaşları denirdi (48). Bu memurlar zabıta, emniyet müdürü ve kısmen de belediye memurlarının vazifelerini ifa ederler ve teşrifatta kadılardan sonra gelirlerdi (49).

Yine Osmanlı devletinde subaşının görevlerinin çokluğu nedeni ile özellikle çevre ile ilgili hususlarda yetkili olmak üzere çöplük subaşı ismi ile ayrı bir memur daha atanmıştır (50). Evliya Çelebi, çöplük subaşlarının yol ve sokakların temizlik işlerine baktıklarını, bu kişilerin yönetimi altındaki çöp toplayıcı ve taşıyıcı esnafın garib görünen kıyafetleri bulunduğunu belirtmektedir (51).

1539 tarihli bir nizamnamede çöplük subaşının görev ve yetkileri şu şekilde sıralanmaktadır :

... Yasakname-i Hümâyunumu verdim ve buyurdum ki,

— İlan ve yasak ede, bundan sonra hiç bir evin ve dükkanların etrafını pis tutmayıp çöplük ve onun emsalinden nesne vaki' olma-ya, olursa gidereler.

— Zikredilen subaşı bu hususta çok dikkatli olup, çarşı ve mahallelerde dökülen çöpleri, kimin evine ve bahçesine yakın olursa, onun döktüğü bilinirse temizletdire. Biz etmedik derlerse edeni buluvereler, onun yasağı ona ola.

(45) Barkan, Teşkilat, 203 vd.; Kanunname, İslam Ansiklopedisi; İnalıcık, 2 vd.; Velidedeoğlu, H. Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat'ın yüzüncü yıldönümü münasebetiyle neşredilmiş kitaptan alınmış ayrı baskı, İstanbul 1940, s. 18; Akgündüz, Kanunnameler, I/78.

(46) Cin/Akgündüz, 217 vd.; Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1991, s. 164 vd.

(47) Pakalın, M. Zeki: Osmanlı Tarih Deyimleri, ve Terimleri Sözlüğü, C. III, İstanbul 1971, s. 259; Türk Hukuk Lügatı, Subaşı maddesi, Ankara 1991.

(48) Kramers, J. H.: Sü-Başı, İslam Ansiklopedisi.

(49) Akdağ, Mustafa: Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi, 1243, 1453, C. I, Ankara 1961, s. 234; Cin/Akgündüz, I/234; Üçok/Mumcu, 224.

(50) Akgündüz, Ahmet: Belgeler Gerçekleri Konuşuyor, C. III, İzmir 1991, s. 73.

(51) Evliya Çelebi: Seyehatname, C. III, İstanbul 1992, 151.

— Kervansarayların çöplerinin kervansaraycıya çıkardub boş yerlere götürteler.

— Hamamların çirk-âb (pis su) yolları çöpler ile kaplanmış olursa, kimin evine ve bahçesine ve meskenine yakın olursa temizletdireler. Biz etmedik derlerse, edeni buluvereler ve ona temizletdireler.

— Ve çirk-âb yolları üzerinde tuvalet yaptırmaya. Yaparlarsa şehir subaşısı kaldırtıra. Şehir subaşısı dahi ona bu babda muavin ola.

— Ve bohçacıların ve kan ahçıların kanların ve çirk-âbların umuma ait yollara dökmekden men' edüb, boş ve تنها yerlere götürteler.

— Ve boyacıların ve aşçıların ve başçıların ve semercilerin ot-ların ve gübrelerin yol üstüne dökmekden tamamen men' ve yasak edüb boş ve تنها yerlere götürteler.

— Ve yasak ede ki, arabacılar sığırların nalband dükkanında aleflemeyüb (yemlemeyip) evvelden nerde alefler ise bundan sonra da orada ede. Eğer zaruret olursa, nalband dükkanlarında aleflemelü olursa, onlara temizlettire. Ve çöplükten ve sığırların pislüğinden ne olursa dışarıda ve boş yerlere götürte.

— Ve açık makbereleri (mezar) yasak edüb ördüre. Ve at ve it ve kedi ve onun gibi cife ve pis olan nesneleri kabir arasına bırakmakdan men' ede, yapanın hakkından gele.

— Ve arabacılar yasak edüb öküzleri halkın evleri önünde ve havluları dibinde kondurmayub bağlatmayalar. Eskiden konageldikleri yere varub ora bağlayalar ve ora konalar. Ve konageldikleri yerde dahi gübreden ve çöplükten ne ederlerse, boş mahallere götürtüb temizlettireler.

— Ve hem onat vechile yasak ede ki, evlerde eibise yıkadıkları suyun yol üstüne saçmayalar ve dökmeyeler. Ve bu hususu dahi men' edüb ettirmeyesin, edenin hakkından gele.

— Dahi onat vechile görüp gözetip cifeden ve sair çöplükten temizlettire. Ve at ölüsün ve sair davar cifesin halk incindiği yerde kondurtmaya. Gereği gibi yasak edüb men' eyleye. Her kim ki, uymayub temerrüd ederse, ol cifenin başın kesüb bırakan kimesnenin boynuna takub şehri teşhir edüb men' ederler. Uymayanı yazub bildire.

— Ve kapı halkından kimesne temerrüd etmeyüb ve yasağıma mani' olmayanlar, olurlarsa Dergah-ı Muallâma arz oluna, hakkından geline. Ve kadı ve şehir subaşı mezkura yardımcı olub ihmal etmeyeler, şöyle bileler. "Safer 946 (1539)" (52).

Bu nizamnameden başka konumuz açısından önemli bir başka tarihi belge de Fatuh Sultan Mehmet'in ölümüne yakın yapmış olduğu vasiyetidir. Bu vasiyetnamede ise şu hususlara yer verilmektedir :

FATİH SULTAN MEHMET'İN VASIYETNAMESİ

"Ben ki, İstanbul Fatihi abd-i âciz Fatih Sultan Mehmet bizâtihi alun terimle kazanmış olduğum akçelerimle satın aldığım İstanbul'un taşlık mevkiinde kâim ve ma'lûm'ül-hudût olan 136 bap dükkanımı aşağıdaki şartlar muvacehesinde vakf-ı sahih eylerim. Şöyle ki;

— Bu gayrimenkulâtımdan eide olunacak nemalarla, İstanbul'un her sokağına ikişer kişi tayin eyledim. Bunlar ki, ellerindeki bir kab içerisinde kireç tozu ve kömür külü olduğu halde günün belirli saatlerinde bu sokakları gezeler. Bu sokaklara tükürenlerin, tükrükleri üzerine bu tozu dökeler ki, yevmiye 20'şer akçe alsınlar.

— Ayrıca 10 cerrah 10 tabib ve 3 de yara sarıcı tayin ve nasb eyledim. Bunlar ki aynı belli günlerinde İstanbul'a çıkalar bilâ istisnâ her kapuyu vurular ve o evde hasta olub olmadığını sorular. Var ise ve orada şifası mümkün ise, şifayâb edeler. Değil ise, kendilerinden hiç bir karşılık beklemezsizin Dârü'l-acezeye kaldırarak orada salah bulduralar.

— Maâz-Allah herhangi bir gıda maddesi buhranı da vâki olabilir. Böyle bir hal karşısında bırakmış olduğum 100 silâh, ehl-i erbâba verile, bunlar ki hayvanât-ı vahşiyenin yumurtada veya yavrudada olmadığı sıralarda balkanlara çıkub avlanalar ki, zinhar has-talarımızı gıdasız bırakmayalar.

— Ayrıca külliyyemde bina ve inşa eylediğim imarethanede şehid ve şehedanın harimleri ve medine-i İstanbul fukarası yemek yiyeler. Ancak yemek yemeye veya almaya bizatihi kendüleri gelmeyenlerin yemekleri güneşin loş ve karanlığında kimse görmeden kapalı kaplar içerisinde evlerine götürüle." (53).

(52) Sül. Küt. Beyazid Veliiyüddin Ef. No: 1970, Varak, 101 vd. (Akgündüz, Belgeler, III/75 - 77).

(53) Beyazid Devlet Kütüphanesi, Fatih'in Vakfiyeleri, Vrk. No: 31493.

Burada belirtmeden geçemeyeceğimiz bir diğer husus da, Osmanlı Devleti'nde Şeyhülislâmların vermiş olduğu fetvaların çevre hukuku ile ilgili hükümleridir. Soru-cevap şeklinde kısa ve özlü hükümler içeren ve merkez müftüsü şeyhülislâm tarafından verilip bütün kadıları ve bunlara bağlı olarak çalışan yetkilileri bağlayan fetvaların Osmanlı devletinde önemli rol oynadığı bilinmektedir (54). Meşhur Osmanlı Şeyhülislâmı Ebussu'ud'un konumuzla ilgili olarak vermiş olduğu fetvalardan bir kaç tanesini misal kabilinden buraya almayı yararlı görüyorum (55) :

Mes'ele : Zeyd-i Arab cenâbetle amkı yirmi dört zirâ' ve arzı altı zirâ' olan su kuyusuna düşüb yine hayy iken çıkarılsa, sunun (suyun) cümlesi çıkmakda dahi usra olsa, ne tarik ile tathîr oluna? El-Cevâb : Tevâtür ile suyu çeküb-döküb bir zirâ' su aşağı inince meselâ elli koğa (kova) döküldü ise, bin ikiyüz koğa çeküb dökülmek gerekdir ki, tathîr olunmuş ola.

Mes'ele : Zeyd-i ekmekçi derya kenarından su alub etmek (ekmek) pişirse, deryanın kenarı mezbele (çöplük) olsa, câiz olur mu? El-Cevâb : Evsâf-ı selâsenin (Suyun üç vasfı = tad, koku, renk) birinde tağyîr var ise, olmaz.

Mes'ele : Amkı yirmibeş buçuk karış olan kuyuya murdâr sel gelüb, doldurub nâpâk eylese, delv-i mutavassıt ile ne mikdâr çekmek ile pâk olur? El-Cevâb : Murdâr sel oluncak cümle suyu dökülmek lâzımdır. Eğer muayyen olub yıkılmaz ise, suyu yirmi beş buçuk karışa olıcak bir muayyen koğa ile su bir karış ininceye değin kaç koğa çektiği sayalar. Meselâ on koğa döküldü ise, yirmi beş buçuk kere on koğa çekeler ki, cümle ikiyüzellibeş koğa olub suyun yarısı bâki ise dahi cümlesi çekilmiş olur, bâki yeni sudur, evvelki su cümle gitmiş olur.

Mes'ele : Kadîm'ül-eyyâmdan debbâğlar bir azim mâi cârîde deri temyizleye gelseler, hâlâ ba'zı kimesneler suyu murdâr edersiz deyü men'a kâdir olurlar mı? El-Cevâb : Mâi azim olıcak murdâr olmaz.

Mes'ele : Bir kuyu ile ebhâne ortası kaç zirâ' gerekdir. El-Cevâb : Mikdâr-ı muayyen yokdur. Salâbetine ve rehâvetine göre takdir olunmak lâzımdır.

(54) Uzunçarşılı, İ. Hakkı: Osmanlı Devletinin İmiye Teşkilatı, Ankara 1938, s. 173 vd.; Mardin, Ebulûlâ: Fetva, İslam Ansiklopedisi; Erk, H. Basri: Meşhur Türk Hukukçuları, İstanbul 1954, s. 585.

(55) Ebussu'ud Efendi: (Derl. Veli B. Yusuf), Mecmeal-Feteva, Süleymaniye Kütüphanesi, Mihrimah Sultan, No: Vrk. 625.

Yine Kırkçeşme sularını Sarıyer ormanlarından uzun bir izale hattı ile İstanbul'a ileten Mimar Sinan, boru hattının her iki tarafına eksenden itibaren 20'şer mimar arşınından toplam 40 arşın bir mesafe içine bina, mandıra, ahır yapımını ve gübre yığılmasını bir ferman ile yasaklattırmıştır. Sözü edilen Kırkçeşme suları 1960'lardan sonra bakımsız kalmış ve üzerine pek çok bina inşa edilmiştir. Aynı şekilde Haliç'e bakan tepeler ve sırtlar Fatih Sultan Mehmet'in bir fermanı ile koruma altına alınmıştır. Böylece Haliç'in açık bir lağım haline gelip dolması asırlarca geciktirilmişse de daha sonra bu emre uyulmaması neticesinde bugünkü hazin tablo ortaya çıkmıştır.

Burada Osmanlı devletindeki çevre hukuku ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus ta çevrecilikte etkin bir yol olan mükafatlandırma ya da muaf tutma yoludur. Haliç'te biriken ve erozyonla gelen çamurlar çömlük, testi vb. eşyaların yapımında kullanılıyordu. Devlet, bu işle uğraşan imalathanelerden vergi almıyordu. Başka bir ifade ile bu imalathaneleri vergiden muaf tutuyordu. Böylece tarihte ilk kez İstanbul'da çevre korumacı sanayi teşvik ediliyordu (56).

1719 tarihinden itibaren ücretleri dükkan ve ev sahipleri tarafından verilmek suretiyle şehir ve kasabalarda ferraş-ı mezbele (süpürücüler) istihdam edilmeye başlanmıştır. 1827'de İhtisab (Belediye) Nezareti kurulunca çöplük subaşılığı ilga edilmiş ve görevleri muhtesiblere verilmiştir. İhtisab Nezaretine bağlı olarak çalışan muhtesib, bugünkü kısmen belediye kısmen emniyet teşkilatının görevlerini üstlenen kişidir (57). İhtisab Nezareti, şehirdeki zabıta, emniyet müdürlüğü, kısmen valilik hizmetlerinin yerine getirilmesi ve denetlenmesi ile görevlidir (58). Şehrin temizlik işlerinden, fiyat ve kalite kontrollerine ve şehrin emniyet ve sükununa kadar her türlü kamu işlerini bu teşkilata bağlı muhtesibler görürdü (59). 1855'de İstanbul'da şehremaneti teşkilatı kurulmuştur. Bu tarihten itibaren temizlik işleri, sokak süpürülmesi ve çöp taşınması açık eksiltme yoluyla müteahhide verilmeye başlanmıştır. Diğer şehirlerinden bazılarında şehremini, bazılarında şehir naibliği veya şehir kahyalığı müessesesi kurulmuş, şehir ve kasabaların temizliği ve kanali-

(56) Kor, N./Öztürk, İ./Borat, M.: Çevre Kirlenmesinin Tarihi Gelişimi, İnsan Çevre, İstanbul 1992, s. 151.

(57) Türk Hukuk Lügati, İhtisab, İhtisab ağası, İhtisab emini maddeleri.

(58) Türk Hukuk Lügati, İhtisab Nezareti.

(59) Levy, R.: Muhtesib, İslam Ansiklopedisi; Zambuar, E. V.: Hisbe, İslam Ansiklopedisi; Cin/Akgündüz, I/286.

zasyon işleri bu makâmı dolduran görevlilerce yerine getirilmeye çalışılmıştır (60).

b) Zarar Vermemek ve Zararları Gidermek

Başkasına zarar vermemek, şayet zarar verilmiş ise gidermek eski hukukumuzun temel prensiplerindedir. Eski hukukumuzun bir kısmının kodifikasyonu olan Mecelle'de (61) bu konu ile ilgili birden çok madde bulunmaktadır. "Zarar ve mukabele-biz'zarar yoktur" (62), "Zarar izale olunur" (63), "Bir zarar kendi misliyle izale olunamaz" (64).

Araştırma konumuz açısından bu maddelere bakıldığında çevrenin temiz tutulmasında kamunun yararı olduğu gibi, kirletilmesinde de kişiye ve topluma ve eşyalara zarar vardır. Yukarıda zikredilen genel prensibe göre bu zarar giderilecektir. Giderilecekten maksat, zarar veren şeyin önlenmesi ve zararın tazmin ettirilmesidir. Eğer zarar veren tek başına zararı giderebilecek ise kendisine, yok eğer kendisinin zararı gidermesi mümkün değilse devletin gidermesi gerekecektir. Bir misal vermek gerekirse, başkasının tarlasına pis bir suyu akıtan kimse bundan men' edilir ve karşı tarafa bir zarar vermişse, zarar kendisine tazmin ettirilir. Buna mukabil bir kişinin fiili sonucunda bir mahalle yanmışsa, veya su basmış ise, zararı devlet giderecektir.

Yine bir şey, topluma zarar veriyor ve o zararın giderilmesi için bir kişiye zarar verilmesi gerekiyor olsa bile, toplumun zararı def' edilecektir. Bu husus, Mecelle'nin genel prensipleri arasında şu şekilde yer almaktadır. "Zarar-ı âmîni def' için zarar-ı has ihtiyar olunur" (65), "Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur" (66). Mesela bir mahallenin çöplerinin şehir dışına götürülmesi için bir yerde toplanması gerekiyor ve toplanan yerin yakınında olanlar da bundan rahatsız oluyorsa ve başka bir şekilde bu meselenin çözülmesi de mümkün değilse, iki şekilde hareket etmek gerekecektir. Ya söz konusu mahalle sakinleri başka bir yere nakledilecek ya da bu zarara katlanmak zorunda kalacaklardır.

(60) Ergin, N. Osman: Türkiye'de Şehirciliğin Tarihi İnkişafı, İstanbul 1936, s. 3 vd.; Tümerkant, S.: Türkiye'de Belediyeler, İstanbul 1946, s. 26 vd.

(61) Onar, S. Sami: İslâm ve Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Kodification'u Mecelle, İHFM, C. XX, S. 1 - 4, s. 61 vd.

(62) Mecelle, m. 19.

(63) Mecelle, m. 20.

(64) Mecelle, m. 25.

(65) Mecelle, m. 26.

(66) Mecelle, m. 27.

Sonuç

Çevre hukuku içinde yaşadığımız yüzyılın başlarından itibaren dünya gündemine gelmeye başlamıştır. Bu nedenle 1400 sene evvel vaz' edilen hükümler arasında modern anlamda çevre ile ilgili düzenlemelerin bulunması düşünülemez. Bununla birlikte genel hükümler ve İslâm'ın temizliğe verdiği önem açısından meseleye yaklaşıldığında kaydadeğer hususlara rastlamak mümkündür. Eski hukukumuzun birinci kaynağı olan Kur'an'da doğrudan olmasa bile dolaylı olarak çevreyi ilgilendiren hükümler bulunmaktadır. Yine ikinci kaynağı olan sünnet'te de çevre hukuku ile ilgili çok sayıda hüküm bulmak mümkündür. Gerek bu iki kaynaktan gerekse diğer kaynaklardan yararlanılarak ilmi eser şeklinde hazırlanan fıkıh kitaplarındaki taharet kısmının çoğunluğu çevre hukuku ile yakından ilgilidir. Ayrıca eski hukukumuzda hakim genel prensipler nazara alındığında çevre ile ilgili ihmal edilemeyecek kadar çok kaynakla karşı karşıya gelinmektedir. Buna ilaveten eski hukukumuzda temizliğin hem maddi hem de manevi temizlik şeklinde anlaşıldığını da burada belirtmek gerekir. Eski hukukumuzda çevrenin sağlık hakkı içinde dolayısıyla da kamu hukukunda yer aldığı söylenebilir. Bununla birlikte sadece devlete değil vatandaşlara da önemli ölçüde mükellefiyetler getirilmiştir. Her şeyden önce ibadet için temiz bir çevreye ihtiyaç vardır.

Eski hukukumuzda çevre meselesi sadece teoride kalmamış önemli sayılabilecek ölçüde pratiğe dökülmüştür. Hz. Peygamber'in ağaç dikmeyi tavsiye etmesi ve kesmeyi yasaklaması, durgun suların pisletilmemesini emretmesi bunun en güzel misalidir. Ayrıca çevre, insana verilen emanetlerdendir. Ancak buradaki emanet hukuki anlamda olmayıp dini anlamdadır. Emanet veren yaratıcı veya günümüzdeki yaklaşım ile gelecek nesillerdir. Herkes kendini düşündüğü kadar başkasını da düşünmek zorundadır. Bununla birlikte kişiler, çevrede tasarruf edebilir, ondan diledikleri şekilde yararlanabilirler. Ancak kişiler bu haklarını kötüye kullanamaz başka bir ifade ile çevreye zarar veremezler. Zarar verenler bunu tazmin etmek zorundadırlar. Güçleri yetmezse devlet bu zararı öder. Kamunun yararı kişilerin yararından üstün tutulmuştur. Zararın giderilmesi için başka birisine mutlak surette zarar verilmesi gerekiyorsa en az zarar veren yol tercih edilmelidir.

Bu genel prensipler, Osmanlı devletince de benimsenip uygulanmıştır. Çevrenin temiz tutulması için yerleşim alanlarında görevliler bulundurulmuş, vakıflar kurulmuş, su izale hatlarına ve kuyularına yakın çöplük ve bina yapımı yasaklanmıştır. Sel suları ile pis-

lenen haliç'in temizlenmesi için bu birikintileri sanayide kullanan imalatçılar vergiden muaf tutulmuştur.

Sonuç olarak, günümüz çevre hukukunun gelişmesi için geçmişten alınacak önemli dersler vardır. Bunları şu şekilde özetlemek mümkündür: Öncelikle çevrenin önemi anlatılmalı, insanlığın bu leviathan ile yaşamasının mümkün olmadığı hususu zihinlere yerleştirilmelidir. Bunun için ilkokuldan üniversiteye, televizyondan gazetelere kadar her yerde ve herkese görev düşmektedir. İkinci olarak temizlik, ağaçlandırma ve yeşili sevib koruma, düzenli şehirleşme ve altyapıya gerekli önem verilmelidir. Üçüncü olarak mükafatlandırma, çevre ile ilgili çalışmalar yapanları, atıkları her ne şekilde olursa olsun değerlendirenleri vergiden muaf tutma gibi yöntemlerle insanlar ve kuruluşlar teşvik edilmelidir. Son olarak ise, çevre ile ilgili düzenlemelere uymayanlara etkili bir ceza sistemi uygulanmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

- 1 — Acluni : Keşfül-Hafa, C. I, Beyrut 1351.
- 2 — Ahmed İbn-i Hanbel : Müsned, C. V, Kahire 1950.
- 3 — Akdağ, Mustafa : Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, 1243 - 1453, C. I, Ankara 1961.
- 4 — Akgündüz, Ahmet : Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, C. II, İstanbul 1990.
- ★ İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyesi, Diyarbakır 1986.
- ★ İslâm'da İnsan Hakları Beyannamesi, İstanbul 1991.
- ★ Belgeler Gerçekleri Konuşuyor, C. III, İzmir 1991.
- 5 — Akın, İlhan : Kamu Hukuku, İstanbul 1987.
- 6 — Ali Haydar, Hocaeminefendizade : Dürer'ül-Hükkam Şerh-u Mecellet'il-Ahkam, C. I, İstanbul 1330.
- 7 — Ali Kemal : Ticaret-i Bahriyeyi Tevhide Doğru Bir Hata, DFHFM, S. XI, 1338.
- 8 — Armağan, Servet : İslâm Çevre Hukukunun Genel Esasları, İnsan ve Çevre, İstanbul 1992.
- 9 — Arsal S. Maksudi : Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1941.
- 10 — Barkan, Ö. Lütfi : Osmanlı İmparatorluğunda Teşkilat ve Müesseselerin Şer'iliği Meselesi, İHFM, C. XI, S. 34.
- ★ Kanunnâme, İslâm Ansiklopedisi.

- 11 — Bilmen, Ömer Nasuhi : Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu, C. I, İstanbul 1985.
- ★ Büyük İslâm İlmihali, İstanbul 1991.
- 12 — Buhari, Ebu Abdullah : El-Edebü'l-Müfred, aKhire 1379.
- 13 — Canan, İbrahim : İslâm'da Çevre Sağlığı, İstanbul 1986.
- 14 — Cin, Halil : Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3. Baskı, Konya 1992.
- 15 — Cin, Halil / Akgündüz, Ahmet : Türk - İslâm Hukuk Tarihi, C. I, İstanbul 1990.
- 16 — Çağıl O. Münir : Hukuk Tarihinin Kıymet ve Ehemmiyetine Dair Bazı Düşünceler, İHFM, 1952, C. XVIII, S. 3-4'üncü nüshadan ayrı basım.
- 17 — Çantay, Hasan Basri : Kur'an-ı Hakim ve Meal-i Kerim, C. I - III, İstanbul 1981.
- 18 — Ebu Davud : Sünen-i Ebu Davud, Mısır 1371.
- 19 — Ebussuud Etendi : (Derl. Veli B. Yusuf) Mecmeal-Feteva, Süleymaniye Kütüphanesi, Mihrimah Sultan, No. Vrk. 625.
- 20 — Elmalı, H. Yazır : Kur'an Dili, C. VI, İstanbul T.siz.
- 21 — Ergin, N. Osman : Türkiye'de Şehirciliğin Tarihi İnkişafı, İstanbul 1936.
- 22 — Erk, H. Basri : Meşhur Tür kHukukçuları, C. II, İstanbul 1954.
- 23 — Ersoy, M. Akif : Safahat, İstanbul 1987.
- 24 — Evliya Çelebi : Seyehatname, C. III, İstanbul 1992.
- 25 — İbn-i Haldun, Mukaddime, C. II, Ankara 1970.
- 26 — İbn-i Kayyim El Cevzi : Tıbb-ı Nebevi, Beyrut 1976.
- 27 — İbni Mace : (Ter. Haydar Hatiboğlu), Sünen-i İbn-i Mace, C. I, İstanbul 1992.
- 28 — İnalçık, Halil : Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi - Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları, SBFD, C. XIII, 1958, S. 2'den ayrı basım.
- 29 — Karaman, Hayreddin : Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1984.
- 30 — Kor, Nevzat / Öztürk, İzzet / Borat, Mehmet : Çevre Kirlenmesinin Tarihi Gelişimi, İnsan Çevre, İstanbul 1992.
- 31 — Köprülü, Fuat : Fıkıh, İslâm Ansiklopedisi.
- 32 — Kramers, J. H. : Sü-Başı, İslâm Ansiklopedisi.

- 33 — Levy, R. : Muhtesib, İslâm Ansiklopedisi.
- 34 — Mahmut Esat : Tarih-i İlm-i Hukuk, İstanbul 1915
- 35 — Maksudoğlu, Mehmet : İslâm ve Çevre, İnsan ve Çevre, İstanbul 1992.
- 36 — Mardin, Ebulûlâ : Fetva, İslâm Ansiklopedisi.
- 37 — Mustafa Sıbai : (Terc. Kamil Tunç), İslâm Hukukunda Sünnet, İstanbul 1989.
- 38 — Müslim, B. Haccac K. : Sahih-i Müslim, İstanbul 1329.
- 39 — Okandan, R. aGlip : Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1951.
- 40 — Onar, S. Sami : İslâm ve Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Hısmının Kodification'u Mecelle, İHFM, C. XX, S. 1-4.
- 41 — Ölçer, Y. Sami : Çevre ve Orman, Selçuk Üniversitesi Çevre, Eylül 1993.
- 42 — Özönder, Hasan : Çevrecilik Açısından Süleymaniye Vakfiyesi, Selçuk Üniversitesi, Çevre, Eylül 1993.
- 43 — Pakalın, M. Zeki : Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, C. III, İstanbul 1971.
- 44 — Rudolf ve Jhering : (Çev. R. Yeğenil) Hukuk Uğrunda Savaş, İstanbul 1935.
- 45 — Sindi : Haşiyе İbn-i Mâce, C. I, İstanbul 1990.
- 46 — Temel, A. Rıza : İslâma Göre İnsan Çevre İlişkisi, İnsan ve Çevre, İstanbul 1992.
- 47 — Tümerkant, S. : Türkiye'de Belediyeler, İstanbul 1946.
- 48 — Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1991.
- 49 — Uzunçarşılı, İ. Hakki : Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı Ankara 1988.
- 50 — Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet : Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1991.
- 51 — Velidedeoğlu, H. Veldet : Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat'ın yüzüncü yıldönümü münasebetiyle neşredilmiş kitaptan alınmış ayrı baskı, İstanbul 1940.
- 52 — Zambuar, E. V. : Hisbe, İslâm Ansiklopedisi.
- 53 — Zeydan, Abdülkerim : El-Medhal Li Dirasetiş-Şeriat'il-İslâmiyye, Amman 1411.

SIYASAL DEMOKRASİ VE ANAYASAMIZ

Reyhan SUNAY (*)

GİRİŞ

Çağımızın en önemli gelişmelerinden biri hiç şüphesiz demokrasi düşüncesinin yayılması ve evrensel bir kabul görmeye başlamasıdır. Ne var ki bu gelişmeye rağmen, demokrasi üzerinde henüz bir görüş birliği bulunduğu söylenemez.

Bugüne kadar demokrasi çok değişik şekillerde algılanmıştır. Bazıları onu hürriyetin ve adaletin bulunduğu toplum düzeni olarak ele alırken, bazıları ekonomik şartlardan yola çıkarak onun kapitalizm ve sosyalizmle olan ilişkisi üzerinde durmuşlardır. Öte yandan demokrasi siyasi yapılanma biçimi yanında bir hayat tarzı olarak da düşünülmüştür. Ayrıca bugün, sosyal demokrasi, sanayi ve iktisadi demokrasi gibi siyasallığı ikinci derecede kalan demokrasi-lerden sözedildiği görülmektedir.

Bu değişik yorumların varlığı başlangıçta, bir zenginlik olarak değerlendirilebilir. Fakat sonuçta kesinlikle bir kavram kargaşasına yol açılması kaçınılmazdır. Bugün demokrasinin karşı karşıya kaldığı durum budur. Oysa demokrasi konusunda söylenecek sözlerin sağlam bir tabana oturtulabilmesi için öncelikle onun kavram karışıklığından kurtulması gerekir.

Biz bu çalışmamızda demokrasiyi bir siyasal sistem olarak ele almaktayız. Çünkü siyasal demokrasi mevcut değilse iktisadi, sosyal ve sanayi gibi, nitelermeli demokrasilerin ne anlamı ne de varlığı sözkonusu olacaktır. Bu doğrultuda ilk başta, siyasal demokrasi konusunda yapılan çeşitli tanımlardan birkaçına yer verecek ve bunları çeşitli yönleriyle incelemeye çalışacağız. Daha sonra ise ağırlıklı olarak, demokrasiyi ifade etmede daha yararlı olduğunu düşündüğümüz tanım üzerinde duracak ve bu tanımın unsurları çerçevesinde Anayasanın ilgili düzenlemelerini gözden geçireceğiz.

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

I — DEMOKRASİ KAVRAMI

1 — İdeal ve Ampirik Demokrasi Ayrımı

Demokrasi sözkonusu olduğunda onu anlatmanın en yaygın yolu kelime karşılığını söylemektir. Kelime anlamına göre demokrasi, halkın yönetimi daha açık olarak yönetimin halkta olması demektir. Ne var ki iktidarın halka dayanması, halkın kendi kendini yönetmesi gibi ifadeler demokrasiyi anlama konusunda fazla bir açıklık içermemektedirler (1). Herşeyden önce, yönetimden anlaşılan bir kişi ya da bir grup üzerinde yönetimdir. Eğer tüm halk yönetice olacaksa, yönetimin kimin üzerinde uygulanacağı bu tanıma göre cevapsız kalan sorulardan biridir (2).

Kelime anlamına uygun demokrasi uygulamasının ilk olarak Atina şehir devletinde ortaya çıktığı söylenir. Ancak 19. yüzyıldan itibaren siyasal yapılarda hem coğrafi hem de nüfus yönünden bir ölçek değişikliği sözkonusudur. Şehir devletinin yerini imparatorluk onun yerini de ulus-devlet almıştır. Dolayısıyla demokrasi tartışmasını, doğum yeri olduğu söylenen şehir devletinin dışına çıkarmak gerekir. Öte yandan kelime anlamında demokrasinin eski Yunan şehir devletlerinde uygulama alanına girdiği şüpheli iken, sosyal, ekonomik ve siyasal farklılıkların yüksek oranda belirginleştiği günümüz toplumlarında bu çeşit demokrasinin başarıyla uygulanabileceğini düşünmek de oldukça zordur (3).

İşte klasik teorinin bu varsayımlarının gerçeklerle bağdaşmadığını belirten bazı siyaset bilimciler, II. Dünya savaşından sonra demokrasi konusunda yeni bir değerlendirme ve tanımlama çabasına girişmişlerdir (4). Bu çalışmalarda, siyasal kararların halk tarafından alınmadığı, halkın rolünün kendisini yönetecek azınlığılarıyla iş başına getirmekten ibaret olduğu görüşleri ortaya kon-

(1) COHEN, Carl, *Democracy*, University of Georgia Press, Athens 1971, s. 1.

(2) BARRY, Norman P., *An Introduction to Modern Political Theory*, 2nd edition, Macmillan Education, London 1989, s. 261.

(3) HELD, David, "Democracy: From City-States to A Cosmopolitan Order", HELD, David (ed.), *Prospects for Democracy (North South East West)*, Cambridge 1993 s. 23.

(4) Böyle bir çabada siyaset bilimi alanında, olayların ve davranışların gözlemine dayanma (pozitif bir bilim olma) yolundaki gelişmenin büyük bir etkisi vardır. Bkz. KÖKER, Levent, *İki Farklı Siyaset (Bilgi Teorisi-Siyaset Bilimi İlişkileri Açısından Pozitivizm ve Eleştiriler Teori)*, Ayrıntı Yayınevi, İstanbul 1990, s. 41.

muştur. Bu görüşler, ampirik ya da revizyonist demokrasi teorileri adı altında toplanmaktadır (5).

Böylece demokrasi tartışması yeni bir boyut kazanmış ve halkın kendi kendini yönettiğini ileri süren görüşlerle (ideal demokrasi, normatif yaklaşım), halkın seçimler sonucu belirlenen azınlık tarafından yönetildiğini ileri süren görüşler (ampirik yaklaşım) karşı karşıya gelmiştir (6). 1970'lere kadar devam eden bu tartışma sonunda ise ideal veya normatif tanım yerine, ampirik, kurumsal ve yöntemsel tanımın demokrasiyi ifade etmede daha yararlı olacağı görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır (7).

2 — Ampirik Demokrasi Teorisi ve Demokratik Elitizm

Ampirik demokrasi teorisi, demokratik sistemin yapısını ve işleyişini sosyo-politik gerçekler açısından ortaya koymaya çalışan bir teoridir. Normatif yaklaşımın tersine, olması gerekeni değil olanı tespit etmeyi amaçlamaktadır. Kim yönetir ve kararlar nasıl alınır sorusu bu teorinin temel hareket noktasıdır (8). Bu teori bünyesinde toplanan görüşlerin ortak özelliği ise, elitist bir anlayışı ifade etmeleridir. Çünkü bu anlayışı savunan yazarlar, tüm toplumlarda karar alan ve emir veren bir azınlık bulunduğunu, toplumun çoğunluğunun bu azınlık tarafından yönetildiğini belirtmektedirler. Böylelikle demokrasinin, demokratik elitizm denilen bakış açısıyla değerlendirilmeye başlandığı görülmektedir (9).

Ampirik demokrasi teorisinin geliştirilmesinde Schumpeter'in Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi adlı eseri bir çıkış noktası olmuştur. Bu eserinde Schumpeter demokrasinin esas itibarıyla bir halk yönetimi olmayıp yönetici kadrolar arasında bir yarışma olduğunu ileri sürmektedir. Onun tanımına göre demokrasi, "kişilerin siyasi kararlara varmak üzere halkın oyu için rekabetli bir mücadele sonucu karar almak iktidarını kazandıkları bir sistemdir" (10).

-
- (5) Bu konuda bkz. KAPANİ, Münci, "Demokratik Teori Alanında Bazı Yeni Görüş ve Düşünceler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara, 1975, s. 206-207.
- (6) BARRY, s. 258 - 259.
- (7) HUNTINGTON, Samuel, P., Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma, Çev. Ergun ÖZBUDUN, Türk Demokrasi Vakfı Yayını, Ankara 1993, s. 4.
- (8) LIVELY, Jack, Democracy, Basılı Blackwell, Oxford 1975, s. 60; PENNOCK, Roland J., Democratic Political Theory, Princeton University Press, New Jersey 1979, s. XVIII - XIX.
- (9) KAPANİ, s. 207.
- (10) SCHUMPETER, Joseph, Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi, c. II (Sosyalizm ve Demokrasi), Çev. Rasin Tınaz, Varlık Yayınevi, İstanbul 1967, s. 180.

Bu tanımda demokrasi, bir amaç olmaktan ziyade bir araç, bir yöntem olarak ele alınmaktadır. Bu yöntemde siyasi kararlar açık bir yarışma sonunda halkın güvenini ve desteğini kazananlar tarafından alınmaktadır. Ayrıca halkın seçimden seçime kendisini yönetecekleri belirlemekten öteye aktif bir fonksiyonu yoktur (11).

Demokrasi tanımında seçim sürecine önemli bir yer veren bir diğer yazar ise Lipset'tir. Lipset'e göre demokrasi yöneticileri değiştirmek için anayasaya uygun düzenli imkanlar sağlayan bir siyaset sistemi ve nüfusun mümkün olan en geniş kısmının siyasi iktidar için yarışanlar arasında bir seçme yaparak önemli kararları etkilemesine izin veren bir sosyal mekanizmadır (12).

Seçim sürecine ağırlık veren ve elitist anlayışı ifade eden görüşleri çoğaltmak mümkündür (13). Bunların tamamı demokrasiyi, liderlerin yarışmacı seçimler yoluyla seçildikleri bir siyasal sistem olarak tanımlamaktadırlar. Yarışmacı seçimlerle kastedilen ise, halkın kendisine sunulan alternatifler arasından genel ve eşit oy hakkına dayanarak bir seçme yapmasıdır (14). Dolayısıyla yarışmacı seçim olgusu demokratik rejimlerle diğer rejimleri ayıran esaslı bir fark olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre toplumun bir bölümünün oy verme hakkının inkar edilmesi, seçimlerde alternatif bir adaya izin verilmemesi, basının sansüre uğratılması, oyların güdümlenmesi ve yanlış sayılması bir rejimin antidemokratik olduğunu gösteren ölçütler olmaktadır (15).

3 — Ampirik Demokrasi Teorisinin Değerlendirilmesi

Yukarıda yaptığımız açıklamalar özetlenecek olursa ampirik teori, demokrasiye, idealler bütünü olmanın ötesinde özel türde kurumlar ve kurallar bütünü olarak yaklaşmaktadır. Bu yaklaşım açık bir tanım ortaya koyması ve tartışmayı siyasal alanla sınırlaması

(11) SCHUMPETER, s. 222.

(12) LIPSET, Martin S., *Siyasal İnsan*, Çev. Mete Tunçay, Teori Yayınları, Ankara 1986, s. 25.

(13) Bkz. SARTORI, Giovanni, *Demokrasi Kuramı*, Çev. Deniz Baykal, Siyasi İlimler Türk Derneği Yayını, Ankara, s. 44 (Tarihsiz); ARON, Raymond, *Demokrasi ve Totalitarizm*, Çev. Vehdi Atay, Kültür Bakanlığı Yayını, İstanbul 1976, s. 121 - 122.

(14) HUNTINGTON, s. 5; MAYO, Henry B., *Demokratik Teoriye Giriş*, Çev. Emre Kongar, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Ankara 1964, s. 54; Demokratik rejimlerdeki seçimlerin ayırdedici özellikleri konusunda ayrıca bkz. KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, AÜHF Yayını, Ankara 1970, s. 129 vd.

(15) HUNTINGTON, s. 5.

bakımından yararlıdır (16). Ancak bu şekildeki bir tanım demokrasiyi seçim olgusu ile sınırlamaktadır ve demokrasi bir yönteme indirgenmektedir (17). Oysa siyasal elitin bulunması gerekip gerekmediği ve bu elitin nasıl seçileceği hususlarına cevap vermek sorunu aydınlatmakta birlikte tamamen çözmeye yetmemektedir. Bugün siyasal demokrasi bakımından asıl sorun siyasal elitin iktidarının nasıl azaltılacağı ya da siyasal elitin nasıl denetlenip nasıl sorumlu tutulacağıdır. Nitekim Bollen, bütün bu hususları içine alacak şekilde demokrasiyi, elitin siyasi iktidarının en aza indirildiği buna karşılık elit olmayanın iktidarının azami dereceye çıkarıldığı bir süreç olarak tanımlamaktadır (18). Yazara göre elit olanlarla olmayanlar arasındaki güç dengesi bir ülkedeki siyasi demokrasinin derecesini belirleyen en önemli unsurdur. Buna göre, elit olmayanların elitler üzerindeki denetimi az ise, siyasal demokrasi derecesi de asgari düzeyde olacaktır. Buna karşılık elitlerin, elit olmayanlara karşı sorumlu olması durumunda, siyasal demokrasinin daha yüksek bir düzeyde olduğundan sözedilebilecektir (19).

Bollen'in demokrasinin iki önemli boyutundan biri olarak görölçütü olarak ise, siyasi haklar ve siyasi hürriyetler kavramını ileri sürmektedir. Yazara göre, bu iki kavramla demokrasi arasında karşılıklı bir ilişki vardır. Fertlere tanınan siyasi hak ve hürriyetler ne derece az olursa, o toplumdaki elitlerin, elit olmayanlar üzerindeki siyasi gücü o derece fazla olacaktır. Bu ise siyasal demokrasinin düşüklüğünün bir göstergesi demektir (20).

Bollen'in demokrasinin iki önemli boyutundan biri olarak gördüğü siyasal hakları genel olarak, vatandaşların siyasal iktidarın kuruluşuna katılmasını sağlayan haklar olarak tanımlamak mümkündür. Siyasi haklar kapsamına seçimler ve seçim yöntemleriyle ilgili hususlar girmektedir. Seçimlerin serbest olması, adiliği, oyların eşit olarak değerlendirilmesi, oy kullanmanın bir hak oluşu, alternatif adaylar arasından seçme imkanı siyasal hakların tipik örnek-

(16) BERGER, Peter L., "Günümüz Dünyasında Demokrasi", Çev. Cevdet Aykon, YAYLA, Atilla (der.), Sosyal ve Siyasal Teori, Siyasal Kitabevi, Ankara 1993, s. 31.

(17) Aynı yöndeki eleştiri için bkz. SCHMITTER, Philippe C., KARL, Terry L., "Demokrasi Nedir Ne Değildir", Çev. Levent Gönenç, Bülten (Türk Demokrasi Vakfı Yayın Organı), sy. 12, Ekim 1992, s. 14; BARRY, s. 268.

(18) BOLLEN, Kenneth A., "Issues in the Comparative Measurement of Political Democracy", American Sociological Review, Vol. 45, June 1980, s. 372.

(19) BOLLEN, Kenneth A., "Political Democracy: Conceptual and Measurement Traps", INKELES, Alex (ed.), On Measuring Democracy Its Consequences and Concomitants, New Jersey 1991, s. 5.

lerindedir. Siyasi hürriyetler ise bireylere ya da gruplara siyasi iktidarın kararlarını desteklemek ya da eleştirmek imkânını veren hürriyetlerdir. Bunlar ifade hürriyeti, hür basın, herhangi bir örgüte katılma ve muhalefet hürriyetleridir. Dolayısıyla, çeşitli siyasi görüşlerin açıklanmasına izin verilmediği, bir ya da daha fazla partinin yasaklandığı ve basının sansür edildiği ülkelerde elit olmayanın gücü azalırken, elit olanın gücü daha da sağlam hale gelecektir (21).

Bollen'in tanımı ile, Schumpeter ve Lipset'in tanımı karşılaştırıldığında, onların demokrasinin iki boyutundan sadece siyasi haklar boyutuna yer verdikleri görülmektedir. Bunun eksik bir tanım olacağı açıktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi seçim unsurunu demokratik bir rejimin gerçekleşmesi yönünden yeterli bir unsur olarak görmek mümkün değildir. İktidarın oluşumu yanında uygulamalar da önem taşımaktadır. Aslında Demokratik bir şekilde işbaşına gelen her iktidar halkın isteklerine ve tercihlerine göre bir yönetim sergileyebilir. Çünkü demokrasi mutlak suretle iyi bir toplum modeli ya da tek kamusal erdem olarak görülemez (22). Ancak burada önemli olan halkın buna karşı olan muhalefetini etkin bir şekilde duyurabilmesi imkanlarının varlığıdır. Halk katılımının sağlanması gerekir. Halkı sistemin işleyişinin dışında tutarak, gerçek bir demokrasiyi yerleştirmek mümkün değildir. Bu bakımdan siyasi hürriyetler fertler bakımından önemli bir güvence teşkil etmektedirler.

Bu çerçevede Dahl'in tanımı gözden geçirildiğinde, hem siyasi haklar hem de siyasi hürriyetler boyutunu ihtiva etmesi yönünden Schumpeter ve Lipset'e göre daha kapsayıcı bir tanım getirdiği görülecektir. Dahl, siyasal demokrasi için yedi asgari öngörmektedir. Bunlar; serbest ve adil seçimler, herkesin iktidar mevkileri için yarışma hakkına sahip olması, genel oy hakkı, siyasetle ilgili kararlar üzerindeki kontrolün seçimle belirlenmiş görevlilere bırakılması, ifade hürriyeti, alternatif bilgi kaynaklarına ulaşma hakkı, siyasi partiler ve baskı grupları gibi çeşitli örgütler kurma hakkıdır (23). Bollen'in belirttiği gibi sayılan bu şartları siyasi hak ve siyasi hürriyet kavramı altında toplamak mümkündür. Nitekim ilk dört şart

(20) BOLLEN, Political Democracy, s. 6.

(21) BOLLEN, Political Democracy, s. 6; BOLLEN, Measurement of Political Democracy, s. 372.

(22) BARRY, s. 259.

(23) DAHL, Robert A., Demokrasi ve Eleştirileri, Çev. Levent Köker, Türk Demokrasi Vakfı Yayını, Ankara 1993, s. 281.

siyasi haklar kategorisi içinde, son üç şart ise siyasi hürriyetler kategorisi içinde değerlendirilebilir (24).

O halde bu açıklamaların ortaya koyduğu gibi, demokrasiyi sadece seçim süreciyle sınırlı bir mekanizma (siyasal haklar boyutu) olarak değil, seçimle gelen iktidarın işleyişi ve denetimi ile (siyasi hürriyetler boyutu) bir bütün olarak değerlendirmek gerekir.

II — DEMOKRASİNİN İKİ BOYUTU SİYASİ HAKLAR VE SİYASİ HÜRRİYETLER YÖNÜNDEN ANAYASAMIZIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1 — Siyasi Haklar Yönünden

Yukarıda siyasi hakları kısaca, vatandaşların siyasi iktidarın kuruluşuna katılmalarını sağlayan haklar olarak tanımlamıştık (25). Bu haklar demokrasinin ayırıcı bir unsuru olan kendi kaderini tayin hakkının gerçekleşebilmesinin ön şartını oluştururlar. Kendi kaderini tayin hakkı için elbetteki öncelikli şart insan haklarının tanınmasıdır. Ancak bu aşamada önemli olan insan haklarının daha ziyade kamusal alandaki uzantısı olan siyasal haklardır. Çünkü kişisel haklar kişinin kendi özel alanında bağımsız olması bakımından zorunlu iken, siyasal haklar bireylerin kamusal alandaki kaderlerini etkileyebilmeleri yönünden zorunlu olmaktadır (26).

Kamusal alandaki kaderin belirlenmesinde başlıca unsur ise seçimlerdir. Demokratik bir rejimde seçimin işlevi, yöneticilerin bir nevi siyasi açıdan yargılanması, iktidara kimin geleceğinin saptanması ve bundan sonra uygulanacak siyasetin hiç olmazsa ana eksenini bakımından belirlenmesidir (27). Bu işlevin yerine gelebilmesi için seçimlerin, çoğulculuğun hakim olduğu bir ortamda, genel, eşit ve gizli oy ilkelerine dayalı olarak yapılması gerekir.

Anayasamızın seçme ve seçilme hakkını düzenleyen 67. maddesinde seçimlerin genelliği, eşitliği ve gizliliği açıkça hüküm altına

(24) BOLLEN, Political Democracy, s. 7.

(25) Bu konuda ayrıca bkz. DAVER, Bülent, "Türkiye'de Siyasal Haklar", Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968), AÜHF Yayını, Ankara 1970, s. 42.

(26) ERDOĞAN, Mustafa, "Demokrasi Laiklik, Resmi İdeoloji", Türkiye Günlüğü, sy. 29, Temmuz-Ağustos 1994, s. 114.

(27) Bkz. LIPSON, Leslie, Demokratik Uygarılık, Çev. Haldun Gülaip-Türker Alkan, İş Bankası Yayınları, Ankara 1984, s. 262; EROĞUL, Cem, Devlet Yönetimine Katılma Hakkı, İmge Kitabevi, Ankara 1991, s. 199; KARA-MUSTAFAOĞLU, s. XIII vd.

alınmıştır. Bununla birlikte özellikle eşit oy ilkesinin, uygulanan seçim sistemleri ve seçim çevrelerinin eşitsizliği nedeniyle zedelendiği görülmektedir. Bugüne kadar seçim sistemleri üzerinde çok sık değişiklikler yapılmıştır. İktidarda bulunan partilerin yeniden seçilmelerini sağlayacak usullerde direnmeleri sonucu belli bir seçim sistemi üzerinde karar kılınamamıştır. Hemen her seçime yeni bir seçim kanunu ile girilmiştir. Bu tür uygulamalar, seçim sonuçlarının, seçmen çoğunluğunun tercihini yansıtmasını ifade eden seçimlerin adilliği ilkesine ters düşen sonuçlar doğurabilmektedir. Bunun sonucunda ise, siyasal meşruluk sorununun doğması kaçınılmaz olmaktadır.

Seçimlerin demokratik olabilmesi için gerekli bir diğer unsur, yöneticilik görevine birden çok adayın talip olması, bunun engellenmemesi ve propaganda kampanyasının serbestçe sürdürülebilmesidir. Çoğulculuk ya da seçimlerin serbestliği olarak adlandırabileceğimiz bu ilkenin seçmenler bakımından görüntüsü, hür siyasal tercih imkanının varlığı ve bunun kısıtlanmamasıdır. Çoğulculuğun egemen düzen tarafından açıkça sınırlandığı ve yalnızca belli görüşleri savunan adayların seçmen karşısına çıkmasına izin verildiği durumlarda seçimin demokratik niteliği tartışılır hale gelir (28).

Seçimlerin serbestliği ilkesi Anayasamızın 67. maddesinde öngörülmektedir. Bununla birlikte Anayasanın kabulünden sonra yapılan ilk genel seçimlerde bu kurala yeterince uyulduğunu söylemek mümkün değildir. Anayasanın 68. maddesi siyasi partilerin önceden izin almaksızın kurulacağını belirttiği halde, bu dönemde izin sistemi işlemiş ve Milli Güvenlik Konseyi tarafından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bunların başında, eski siyasi partilerin yöneticilerine siyasal faaliyette bulunma yasağının getirilmesi ve kurulacak yeni siyasi partilerin ilk genel seçimlere kadar Milli Güvenlik Konseyince veto edilebilmesi gelir. Bu sınırlamaların ardındaki temel felsefe ise, parti düzeyindeki örgütlenmenin merkezin değerlerini yansıtacak şekilde olması, merkez dışındaki herhangi bir alanda örgütlenmenin engellenmesidir. Anayasa referandumunda elde edilen yüksek oranın merkezde bir partide toplanması eğiliminin ağır bastığı böyle bir ortamda sadece MDP (Milliyetçi Demokrasi Partisi), HP (Halkçı Parti) ve ANAP (Anavatan Partisi)'nin kurulmasına ve seçimlere girmesine izin verilmiş, buna karşılık SODEP (Sosyal Demokrasi Partisi), RP (Refah Partisi) ve kapatılan BTP (Büyük Türkiye Partisi) yerine kurulan DYP (Doğru Yol Partisi) Milli Güvenlik Konse-

(28) DAVER, s. 46; Ayrıca bkz. EROĞUL, s. 208-209; KIŞLALI, A. Taner, "Seçimsiz Demokrasi", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, s. 301 vd.

yi tarafından veto edilmiş ve seçime katılamamışlardır. Böylece askeri güç, siyasi iktidarın oluşumunda ağırlıklı bir rol oynamıştır (29). Bu uygulamanın vatandaşların siyasal tercih hürriyetini sınırlandırdığı açıktır. Bu açıdan değerlendirildiğinde 1987 ve 1991 genel seçimlerinin daha çoğulcu bir ortamda yapıldığı söylenebilir. 1987'de yapılan referandumda eski siyasi partilerin yöneticileri hakkındaki siyasi faaliyet yasağının kalkmasıyla bu kişiler, partilerinin başına geçerek seçmenin karşısına aday olarak çıkabilmişlerdir. Siyasi faaliyet yasağının kalkması olumlu bir gelişme olmakla birlikte, seçimin demokratik olma niteliğini sadece bu açıdan ele alıp değerlendirmenin eksik olacağı unutulmamalıdır.

Seçimin serbestliği ile ilgili bir diğer husus, seçmenlerin oylarını, herhangi bir baskı olmadan serbestçe kullanabilmeleri, yani oy kullanmanın bir hak olarak tanınmasıdır. Oy kullanmanın bir hak olarak varlığını sürdürmesi bunun zorunlu bir göreve dönüştürülmemesine bağlıdır (30). Anayasanın seçme hakkını düzenleyen maddesinde oy kullanmayı zorunlu (ödev) sayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 1982'de yapılan referandumdan itibaren seçimlere katılmamayı çeşitli para cezaları ile cezalandıran kanunlar çıkarılmıştır. 1987 yılında ise Anayasanın 175. maddesine bir fıkra eklenerek para cezalarına Anayasal dayanak sağlanmıştır. Bu fıkraya göre, referanduma, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahalli genel seçimlere katılmayı temin etmek için kanunla para cezası dahil her türlü tedbir alınacaktır.

Bu tür düzenlemelerin temelinde seçimlere katılmayı artırma düşüncesi bulunabilir. Fakat zorunlu oy uygulamasının serbest seçimlerle bağdaşabileceğini söylemek mümkün değildir. Elde edilen sadece ceza korkusuyla gerçekleşmiş, yüksek oranda bir yapay katılma olacaktır. Oy kullanmak bir anlam taşıyacaksa, bunun isteğe bağlı olması gerekir (31).

Siyasi haklar yönünden Anayasanın düzenlemeleri özetlenecek olursa, Anayasada yer alan ilkelerin uygulamaya tam olarak yansımadağı söylenebilir. Anayasal gerçek ile uygulamadaki gerçek arasında derin ayrılıklar bulunabilmektedir. Bunun başlıca nedeni,

(29) Bu konuda bkz. TEKELİ, Şirin, "Cumhuriyet Döneminde Seçimler", Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, c. 7, s. 1805 vd.; SOYSAL, İlhami, "12 Eylül Sonrasının Başlıca Partileri", Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, c. 8, s. 2132 vd.; SAVCI, Bahri, "1982'nin Getirdikleri", Fadıl Sur'a Armağan, Ankara 1983, s. 545 vd.

(30) KARAMUSTAFAOĞLU, s. 158 vd.

(31) LIPSON, s. 242.

mevcut siyasi iktidarın kendi siyasi tercihlerini yansıtan düzenlemelere gitmesidir.

2 — Siyasi Hürriyetler Yönünden

Keyfi iktidarın önlenmesi ve yöneticilerin halka karşı sorumluluğunun sağlanması demokrasinin bir diğer özelliğidir. Kendi kaderini tayin hakkının gerçekleşebilmesinin bir yönü, iktidarın kuruluşuna katılmak ise, bir yönü de denetim yoluyla iktidarın işleyişine katılmaktır. Bu amaçla her demokratik devletin mutlaka tanımak zorunda olduğu hürriyet kategorileri vardır. Bunların başında düşünce hürriyeti, basın hürriyeti ve çeşitli örgütler aracılığıyla (dernek, parti, sendika vs.) muhalefet hürriyeti gelir. Bunlar sistemin olmazsa olmaz şartı niteliğindedirler (32).

Kamu meseleleri hakkında tartışabilmek, örgütlenebilmek, iktidarın uygulamalarını eleştirebilmek herşeyden önce düşünce hürriyetinin varlığıyla mümkündür (33). Bu özelliği ile ana hürriyet durumunda olan düşünce hürriyetini, çeşitli yönleri ile ele almak gerekir. Bunlar düşünceyi edinme, düşünceyi geliştirme ve bunu yayma ve açıklama hürriyetidir (34).

Demokratik rejim bakımından önemli olan hiç şüphesiz siyasal düşünce hürriyetinin varlığı ve korunmasıdır. Dolayısıyla her türlü siyasi düşüncenin serbestçe açıklanabilmesi ve tartışılması gerekir. Yalnızca kurulu düzene uygun düşüncelerin açıklanmasına izin verilmesi ve bu amaçla düşüncelerin meşru ya da meşru olmayan, yararlı ya da zararlı diye ayrılması gerçek anlamda bir siyasal düşünce hürriyetinin varlığını tehlikeye sokar. Ancak bu bir demokrasi- nin kendisini korumayacağı anlamına gelmemektedir. Bütün hürriyetlerde olduğu gibi düşüncenin açıklanması bakımından da mutlak bir sınırsızlıktan söz edilemez. Düşünce açıklaması, kamu düzenini, devletin iç ve dış güvenliğini bozmak amacıyla yıkıcı eyleme kışkırtma, zor ve şiddet kullanmaya teşvik niteliğine dönüştüğü takdirde dokunulmazlığını kaybedecektir (35).

Anayasamızda, düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünceyi açık-

(32) MAYO, s. 54; BOLLEN, Political Democracy, s. 6; BOLLEN, Measurement of Political Democracy, s. 372; DAHL, s. 213; COHEN, s. 123.

(33) Bkz. ABADAN, Nermin, "Basın ve Haberleşme Hürriyeti", Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968), AÜHF Yayını, Ankara 1970, s. 89.

(34) Bkz. TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu/1, 2. bası, BDS Yayını, İstanbul 1991, s. 78; EROĞUL, s. 90 vd.

(35) KAPANİ, Müncl, Kamu Hürriyetleri, 7. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 227.

lama ve yayma hürriyeti ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir. 25. madde gerekçesinde bu iki hürriyetin birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklı olduğu, bu nedenle ayrı ayrı düzenlendikleri belirtilmektedir. Bu şekilde bir düzenlemede, 1961 Anayasası döneminde verilen kararların büyük bir etkisi olduğunu söylemek mümkündür (36).

Siyasal düşünce hürriyetini tam anlamıyla sağlamaması ve birçok sınırlamaları ihtiva etmesi, Anayasanın en çok eleştirilen yönlerinden biridir. Anayasa dışında Türk Ceza Kanununda yer almış olan ve düşünce açıklamalarını sınırlayan 141, 142, ve 163. maddelerin kaldırılmış olması bu yönde atılmış olumlu bir adım olmakla birlikte gerek Anayasada siyasi partilerle ilgili hükümlerde gerekse Siyasi Partiler Kanununda (SPK) buna ilişkin yasaklamalar vardır. Öte yandan, Anayasadaki genel sınırlama sebeplerinin (m. 13) ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasına ilişkin kuralın (m. 14), siyasal düşünce hürriyeti bakımından nasıl uygulanacağına dair belli ve sürekli kullanılan bir ölçütün olmaması çeşitli sorunları ortaya çıkarmaktadır. Bu konuda Amerikan hukukunda uygulanan açık ve yakın tehlike kıstasının sorunu çözeceği ve mahkemelerimiz tarafından kullanılması önerilmektedir. Düşüncenin değil suçun önlenmesinin amaç olduğu bu uygulamada, düşüncenin açıklanması ile kişinin ya da devletin korunması bakımından yasak olan eylemler arasında yakın ve açık bir nedenselliğin bulunması halinde sınırlandırma ya da cezalandırma mümkün olabilmektedir (37). Dolayısıyla düşüncenin kendisi anayasal bir güvence altında sayılmakta, açıklanmış biçiminin belli bir olayda açık ve yakın bir tehlike oluşturup oluşturmadığına bakılmaktadır.

Düşünce hürriyeti sorunu, esas itibariyle kanuni düzenlemelerle çözümlenemeyecek kadar çok yönlü bir sorundur. Bu sorunun çözümü, tarihten gelen birikimler, devlet-insan ilişkilerindeki tercihin hangi yönde olduğu, dolayısıyla Anayasaya hakim olan felsefe ve çoğulcu bir yaşayış ortamının oluşturulabilmesi ile yakından ilgilidir. Düşünce hürriyeti, hukuksal engeller bulunmasa bile ancak böyle bir ortamda varlığını sürdürebilir (38).

(36) Bu konuda bkz. TURHAN, Mehmet, "Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası", **DÜHFED**, sy. 4, 1988, s. 98.

(37) Bkz. SOYSAL, Mümtaz, **Anayasanın Anlamı (1982 Anayasasına Bilimsel Yaklaşım)**, 6. bası, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1986, s. 216; TEZİÇ, Erdoğan, "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", **Anayasa Yargısı**, Ankara 1990, s. 36 - 37; TANÖR, s. 80.

(38) TEZİÇ, s. 45.

Hem muhteva hem de fonksiyon yönünden düşünce hürriyeti çerçevesinde düşünülebilecek olan bir diğer hürriyet ise basın hürriyetidir. Basın hürriyetini genel olarak, haber fikir ve düşüncelerin basın yoluyla serbestçe açıklanabilmesi hürriyeti olarak tanımlamak mümkündür (39).

Demokratik rejimlerde basının, kamuoyunun oluşmasını sağlama, kitlelerin siyasi yönden eğitilmesi ve siyasi kültürün yayılmasına hizmet etme ve en önemlisi siyasi iktidarı denetleme ve eleştirme fonksiyonları vardır. Basın, yöneticiler üzerinde bir nevi baskı aracıdır. Bu yönüyle, belli politikaların izlenmesini takip eden hatta belli yönde karar alınmasını sağlayan bir vasıta (40).

Basının bütün bu fonksiyonları ifa edebilmesi için, öncelikle hür olması, herhangi bir baskıya maruz kalmaması gerekir. Anayasamız, basının hür olduğunu, sansür edilemeyeceğini ve devletin basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alacağını hükme bağlamıştır (m. 28). Ancak bunu izleyen maddelerde dağıtımın önlenmesi, yayımın durdurulması ve çeşitli toplatma kararlarının verilmesi gibi çeşitli tedbirlere yer verilmiştir. Basın hürriyetine ilişkin sınırlamaların çoğu ilke olarak her hukuk düzeninde görülebilecek türdendir. Bununla birlikte bazı sınırlamalar, basın hürriyetini ciddi olarak tehdit eden ve farklı yorumlamaya elverişli kavramlara dayanan sınırlamalardır. Örneğin, ülke bütünlüğüne zarar verici, suç işlemeye, isyana teşvik edici haber veya yazıların yazılması durumunda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili mercinin emriyle dağıtımın önlenmesi yetkisi bazen sansür niteliğini alabilmektedir (41). Öte yandan kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yayınların toplatılacağı belirtilmektedir. Bu suçların kovuşturulması bakımından önemli olmakla birlikte, sürekli hale getirilmemeli ve basın hürriyeti zedelenmemelidir.

Basın hürriyeti ile ilgili bir diğer sınırlama dil konusundadır. Anayasaya göre kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz (m. 28/2). Yasaklanmış dil kavramının ne anlama

(39) Bkz. ÖZEK, Çetin, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul 1978, s. 32 - 33; DÖNMEZER, Sulhi, *Basın ve Hukuku*, İstanbul 1976, s. 41; ABADAN, s. 89.

(40) Bkz. SEZER, Duygu, *Kamuoyu ve Dış Politika*, Ankara 1972, s. 110; AKSOYAK, Tayfun, *Basın Hürriyeti*, (Basılmamış Doktora Tezi), Konya 1991, s. 20 vd.

(41) Bkz. TANÖR, s. 102; KABACALI, Alpay, "Türkiye'de Basın Sansürü", *Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi*, İletişim Yayınları, c. 4, s. 966; SOYSAL, s. 220 - 221.

geleceği hayli tartışmalıdır. Anayasanın 3. maddesinde yer alan, devletin dili Türkçedir ibaresi, Türkiye Cumhuriyeti içindeki bütün resmi işlemlerin ve belgelerin Türkçe olmasını ifade eder. Öte yandan Lozan andlaşmasının 29. maddesinde, "Herhangi bir Türk uyruğunun, gerek özel gerekse ticaret ilişkilerinde, din, basın ya da her çeşit yayın konularıyla açık toplantılarında dilediği bir dili kullanmasına karşı hiç bir kısıtlama konulamayacağı" öngörülmektedir. Bu andlaşma Anayasanın 90. maddesi gereğince kanun hükmündedir. Bu hükümler dikkate alındığında resmi işlemler dışında kalan alanlarda, belli bir yasağın konulmasının herhangi bir dayanağının bulunmaması gerektiği söylenebilir (42).

Bu sayılanlar dışında siyasi hürriyetlerin önemli bir kısmını farklı görüş ve menfaat sahiplerinin devletten bağımsız olarak örgütlenmelerini sağlayan hürriyetler oluşturur. Demokratik rejimler birbirinden kopuk bireylerden çok örgütlü insan topluluklarından oluşmaktadırlar. Örgütler hem çıkarları korumanın hem de kamusal yaşama katılmanın en etkin aracı durumundadırlar. Bu nedenle çoğu yazarlar hürriyetlerin en önemli teminatını, anayasal garantilerde veya hukuki tedbirlerde değil toplumun çoğulcu yapısında bulmaktadırlar (43).

Örgütlenme parti, dernek, sendika ve benzeri gruplar düzeyinde olabilir. Bunlardan dernek ve sendika herşeyden önce birer basıkı grubudurlar. Bunlar, siyasi karar organlarını kendi menfaatleri ve amaçları doğrultusunda etkilemeye çalışırlar. Dolayısıyla siyasi kararların alınmasında önemli bir rol oynayarak, aşağıdan yukarıya doğru işleyen bir mekanizmayı ortaya çıkarırlar (44). Örgütlenmenin bir diğer çatısı olan partiler bugün modern demokrasinin temel unsurları olarak değerlendirilmektedirler. Örgütlenme siyasal yaşamı tüm eğilim ve akımlarıyla yansıtmalıdır. Bu özellikle siyasi partiler için daha da önemlidir. Her parti siyasi mücadeleyi yürütürken aslında siyasal ve toplumsal bütünleşmeye katkıda bulunmaktadır. Değişik fikirlerin temsil edilmemesi ve uzlaşma dışı bırakılması toplumsal huzursuzluğa ve siyasal istikrarsızlığa yol

(42) Bkz. TANÖR, s. 99; SOYSAL, s. 223.

(43) Bkz. ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1990, s. 230; HAZİR, Hayati, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, Literatür Yayınları, Konya 1994, s. 158 - 159.

(44) KAPANİ, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 4. bası, Ankara 1988, s. 194 vd.; LIPSON, Leslie, *Politika Biliminin Temel Sorunları (Siyasal Bilime Giriş)*, Çev. Tunçer, Karamustafaoglu, 4. bası, Birlik Yayınları, Ankara 1986, s. 495.

açabilecek bir etkidir (45). Partilerin demokratik rejimin işleyişindeki en önemli fonksiyonları ise siyasal iktidarın icraatlarının kontrol ve eleştirisi olarak nitelendirebileceğimiz muhalefet fonksiyonudur (46). Muhalefet partisinin denetim ve eleştiri görevini yapabilmesi için hakları korunmalı ve ona saygı gösterilmelidir. Bununla birlikte kendisine saygı gösterilen muhalefet, rejimin kurallarını ve değerlerini benimseyen, yani rejime sadık olan muhalefettir. Siyasi partilerin demokratik rejim içinde serbestçe mücadele etme hakları, mevcut düzeni yıkmaya hürriyetini kapsayacak kadar geniş yorumlanamaz. Örgütlenme hürriyeti adına dikta yanlısı bu tür kuruluşlara hoşgörü ile bakmak imkansızdır (47). Demokrasinin de, dayandığı temellerle açıkça çelişkiye düşmemek kaydıyla kendini korumaya hakkı vardır. Militan demokrasi olarak adlandırılan bu anlayışın örneğini totaliter rejim deneyiminden geçmiş İtalya ve Federal Almanya Anayasalarında bulmak mümkündür (48).

Anayasanın örgütler konusundaki yaklaşımı genel olarak incelendiğinde, daha disiplinli bir hürriyeti anlayışıyla hareket edildiği görülmektedir. Örgütlerle ilgili düzenlemeleri, örgütleri kurma, bunlara katılma ve üye olma ve bunların siyasi faaliyetleri olmak üzere üç alanda incelemek mümkündür.

Anayasa, herkese önceden izin almaksızın dernek kurma hakkını tanımıştır. Ancak, silahlı kuvvetler ve kolluk mensupları ile kamu hizmeti görevlilerinin dernek kurma hakları kanunla sınırlandırılabilir ya da yasaklanabilir (m. 33). Madde gerekçesinde, kamu hizmeti görevlileri yönünden getirilen ölçü "dernekleşme yüzünden görevin zarar görmesi olasılığı"dır.

Öte yandan 2908 sayılı Dernekler Kanununda, Anayasadan daha kapsayıcı bir şekilde dernek kurma hakkından sürekli yoksun bırakılanlar belirtilmektedir. Bunlar Yüksek Mahkeme üyeleri, affa uğramış bile olsalar bazı suçlardan mahkum olanlar, resmi ve özel lise ve dengi okulların öğrencileridir (m. 4). Öte yandan, kamu hizmeti görevlilerinin dernek üyelikleri izin koşuluna bağlanmıştır. Bunlardan hakim ve savcılar ilgili kurumlarının ya da Adalet Ba-

(45) KIŞLALI, A. Taner, *Siyaset Bilimi (Giriş)*, İmge Kitabevi, 3. baskı, Ankara 1992, s. 215.

(46) MAYO, s. 56.

(47) KAPANİ, *Hürriyetler*, s. 226.

(48) Bu konuda bkz. TEZİÇ, Erdoğan, *100 Soruda Siyasi Partiler (Partilerin Hukuki Rejimi ve Türkiye'de Partiler)*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 133 - 134; SAN, Coşkun, "Bonn Anayasasına Göre Siyasi Partilerin Kapatılması", *Adalet Dergisi*, y. 57, sy. 4, 1966, s. 293 vd.

kanlığının, üniversite öğretim üyeleri ise kamuya yararlı dernekler dışında ancak Rektörün izniyle bir derneğe üye olabileceklerdir.

Dernekler alanına ilişkin en önemli sınırlamayı, bunların siyasal faaliyetlerine getirilen sınırlamalar oluşturmaktadır. Derneklerin, siyasal amaç gütmeleri, siyasal etkinlikte bulunmaları, siyasal partilerden destek görmeleri ve onlara destek olmaları, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıyla ve vakıflarla siyasal amaçla ortak hareket etmeleri yasaklanmıştır. Madde gerekçesinde, siyasal nitelikli bu yasaklarla, derneklerin son yıllarda Türk siyasal yaşamında tanık olunan ve siyasal yaşamı bir anlamda bozan etkinliklerinin önlenmek istenildiği belirtilmiştir (49). Böyle bir yaklaşımla derneklerin baskı grubu işlevini görmekten alıkonulacağı açıktır. Oysa onların amaçlarına ulaşabilmeleri için çoğu zaman çeşitli siyasal araçlar kullanmaları ve siyasal iktidarın kararlarını etkilemeleri gerekmektedir (50).

Siyasi faaliyet alanındaki yasaklama sendikalar bakımından da sözkonusudur. Sendikaların, partilerden destek görmeleri ve onlara destek olmaları, derneklerle, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile ve vakıflarla ortak hareket etmeleri uygun görülmemiştir. Madde gerekçesine göre, bu düzenlemenin amacı, sendika üyelerinin siyasal bir hareket içinde birleşip toplumda kopukluğa neden olmalarını engellemektir. Aksi düşünce, esnafların, memurların ve öbür grupların da siyasal birleşmelerine yol açabilecektir.

Bu düzenlemeye ilişkin olarak Danışma Meclisi Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde, sendikaların çalışmalarının siyasetten soyutlanmasının mümkün olmadığı, onların menfaatlerini gerçekleştirebilmek için siyasi otoriteler üzerinde mutlaka etki yapmaya çalışacakları bazı üyeler tarafından ileri sürülmüştür. Gerçekten çağdaş demokrasilerde siyasetle uğraşmayan sendikacılık anlayışının bulunduğunu söylemek zordur. Buna karşılık üyelerin bu görüşlerine, siyaset yaşayının bu konudaki genel tutumun bir parçası olduğu, aksi halde diğer grupların da bu yola gideceği şeklinde karşılık verilerek, madde bugünkü şekliyle kabul edilmiştir (51).

(49) Bu düzenlemelerin amacı konusunda daha ayrıntılı olarak bkz. T. C. Devlet Başkanı Orgeneral Kenan EYREN'in Yeni Anayasayı Devlet Adına Resmen Tanıtma Programı Gereğince Yaptıkları Konuşmalar (24 Ekim - 5 Kasım 1982), TBMM Basımevi, Ankara 1982, s. 12, 46 vd.

(50) Bkz. ÖZEROĞLU, Necdet H., "Dernekler ve Siyaset", TİD, y. 61, sy. 385, 1989, s. 97 - 98.

(51) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, c. 7, B. 127, 16.8.1982, s. 569 - 570.

Bu gibi sınırlamalarla, derneklerin ve sendikaların siyasal iktidar karşısında toplumsal bir muhalefet oluşturmalarının engellenmesini söylemek gerekir. Üstelik bu durum Türkiye'de baskı gruplarının gerçek niteliğinin ve fonksiyonlarının pozitif hukuk tarafından gözardı edildiğini açıkça göstermektedir (52). Oysa uygulamada meydana gelen olaylar çoğu zaman Anayasadaki yasakları zorlamaktadır. Gerek derneklerin gerekse sendikaların tamamıyla siyaset dışında kaldıklarını söylemek mümkün değildir. Aslında bu yasaklar siyasal hayatın aldatıcı bir hale gelmesine zemin hazırlamaktadırlar. Çünkü sözkonusu yasakların hukukun izin verdiği başka yollardan ihlal edilebilmesi ihtimal dışı değildir. Böylece rahat ve çoğulcu bir toplum yerine iki yüzlü bir toplum modeli ortaya çıkmaktadır (53). Bu nedenle öncelikle hukuki düzenlemelerle uygulamanın uyumlu bir hale gelmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Anayasanın siyasal partiler konusundaki yaklaşımını da, demokratik bir toplum anlayışı ile bağdaştırabilmek mümkün görünmektedir. Anayasa, siyasi partilerin kurulmasında serbestlik ilkesini öngörmektedir, ancak hem Anayasada hem siyasi Partiler Kanununda bunun önemli istisnaları bulunmaktadır. Üyelik konusunda ise, 68. maddenin I. fıkrasında aranan şart 21 yaşın bitirilmiş olmasıdır. Buna karşılık VII. fıkrafta hakimler ve savcılar, Yüksek öğretim kurulu üyelerinin ve üniversitedeki öğretim elemanlarının, kamuda çalışan memurların, öğrencilerin ve silahlı kuvvetler mensuplarının siyasi partilere giremeyeceği belirtilmekle sadece yaş sınırı arayan kuralla geniş kapsamlı bir istisna getirilmiştir. SPK ile bu istisnalar daha da genişlemektedir. SPK ile yasak kapsamının bu derece genişletilmesi Anayasaya ters düşen bir durum olmakla birlikte, Anayasanın geçici 15. maddesi dolayısıyla bu hükümlerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Derneklere ve sendikalara getirilen yasaklar nedeniyle siyasi faaliyetin yalnızca partiler aracılığıyla yapılabileceği düşünülürse, bu düzenlemelerin siyasal hayata katılmayı olumsuz yönde etkilediği görülmektedir (54).

Siyasal partiler yönünden bir diğer sorun, onların ideolojik çerçevesinin ne olduğu konusundadır. Anayasada partilerin tüzük ve programlarının, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, millet egemenliğine, demokratik ve laik cum-

(52) Bkz. KABAOĞLU, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuki Yapısı Üzerine Bir İnceleme)*, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s. 228.

(53) SOYSAL, s. 279.

(54) Bkz. TEZİÇ, *Siyasal Örgütlenme*, s. 40; EROĞUL, s. 212; TANÖR, s. 158.

huriyet ilkelerine aykırı olamayacağı belirtilmektedir. Buna göre, Türkiye Cumhuriyetinin dışı karşı bağımsızlığının ortadan kaldırılmasını veya ülkenin bir bölümünün ayrılmasını savunan bir parti temelli kapatılacaktır. Aynı şekilde, partiler ülke üzerinde milli veya dini kültür, mezhep, ırk, dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri süremeyeceklerdir (m. SPK 80, 81). Öte yandan laiklik ilkesi ile, devletin din kurallarına dayandırılmaması ve bu amacı güden partilerin kurulamayacağına işaret edilmektedir. Partiler devletin, sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla propaganda yapamayacaklar (m. SPK 87), halifeliğin yeniden kurulması amacını güdemeyecekler (m. SPK 86) ve dini gösteri yapmayacaklardır (m. SPK 88).

Öte yandan Anayasada siyasi partilerin amaçlarına ilişkin olarak, sınıf veya zümre egemenliğini veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayan siyasi partilerin kurulamayacağı belirtilmektedir (m. 68/V). Madde gerekçesinde bu hükmün daha önce yürürlükte olan Anayasanın sağa ve sola ne oranda açık olduğu konusunda yapılan tartışmalara son vermek için getirildiği ve Türkiye’de bundan böyle komünizmi, faşizmi, teokrasiyi ve herhangi bir diktatörlüğü yerleştirmeyi esas alan partilerin kurulamayacağı ileri sürülmektedir. Buna karşılık Anayasanın bu hükmü sosyolojik bir gerçeklik olarak sosyal sınıfları inkar etmediği gibi belli sınıfların menfaatlerini temsil eden siyasi partilerin kurulmasına da engel teşkil etmemektedir. Burada egemenlik ve siyasi iktidar arasındaki farklılığı belirtmek gerekir. Sınıf egemenliği, ülke içindeki üstün gücün tek bir sınıfın elinde toplanması ve diğer sınıfların, egemenliğin kullanılmasından dışlanmalarıdır. SOYSAL’ın belirttiği gibi Anayasanın bu hükmü ile önlenecek iktidarın bir sınıf egemenliği kurmak yolunda kullanılması ve bir tek sınıfın egemenliği ele geçirerek, öbür sınıfları egemenliğin kullanılmasına şüphe ya da bu biçimde katılmaktan alıkoyup kendi durumunu sürekli ve değişmez kılmasıdır (55).

Partilerin amaçlarına yönelik bu yasaklar nedeniyle ülkemiz açısından militan demokrasi anlayışının geniş bir uygulama alanına sahip olduğu görülmektedir (56). Yasakların bulunması bir an-

(55) SOYSAL, s. 184; TEZİÇ, Örgütlenme Özgürlüğü, s. 43 - 44; Aynı hususların belirtildiği Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. E. 1988/2, K. 1988/1, KT. 8.12.1988, AMKD, sy. 24, Ankara 1989, s. 589.

(56) Anayasa Mahkemesinin militan demokrasi anlayışını yansıtan kararları için bkz. ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı, Ankara 1990, s. 72 vd.

lamda zorunlu olmakla birlikte, bu konuda demokratik rejimler yönünden tam bir serbestlik sözkonusu değildir. Getirilen yasaklar ile siyasal partilerin serbestçe faaliyette bulunması kuralı arasında bir dengenin sağlanması gerekir. Örneğin, belli fikirlerin açıklanmasına ilişkin getirilen propaganda yasağı, düşüncelerin serbestçe açıklanmasına engel olmaya kadar varabilir.

Partiler yönünden asıl önemli yasaklama, bunların dernek, sendika, vakıf, kooperatif ve kamu kurumunu niteliğindeki meslek kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde bulunmaları ve bunlardan yardım almalarına yönelik yasaktır. İlgili madde gerekçesinde; 1961-1980 dönemindeki uygulamada partilerin kendilerine destekçi dernekler, sendikalar, vakıflar ve çeşitli birlikler bularak bunları kendi politikalarına alet ettikleri bu olumsuz durumu önlemek için bu düzenlemenin getirildiği belirtilmektedir. Daha önce belirttiğimiz gibi hukuki planda var olan her yasak gibi, bununda uygulamada yeterince varlığını sürdürdüğünü iddia etmek mümkün değildir.

Anayasanın partilerle ilgili düzenlemeleri genel olarak değerlendirildiğinde belirgin bir çelişki ile karşılaşmaktadır. Anayasa hem partileri demokratik yaşamın vazgeçilmez unsurları olarak gören evrensel kuralı benimsemiş hem de bu olumlu başlangıca ters düşecek şekilde sınırlama ve yasaklamalar getirmiştir. Bu durum bu evrensel kurala yalnızca biçim olarak uyulduğunu ortaya koymaktadır. Oysa bir demokratik rejim için, evrensel kuralların yalnızca biçim olarak benimsenmesi yeterli olmamakta, öz (içerik) olarak da bunun gerektirdiği düzenlemeleri yapmak gerekmektedir.

CUMHURBAŞKANINA HAKARET VE SÖVME SUÇU

Arş. Gör. Berrin AKBULUT (*)

GİRİŞ

İnsanların topluluk halinde yaşamaları, o topluluğu yöneten bir kişinin varlığını zorunlu kılmış ve bu kişi diğer insanlara göre birtakım üstün vasıflarla donatılmıştır. Dolayısıyla sözkonusu kişiye karşı işlenen her türlü fiil (hakaret de dahil) daha ağır cezalarla cezalandırılmıştır.

Tarihi gelişim içinde, siyasi yapının niteliğine göre ülkeyi yöneten bu kişiye değişik isimler verilmiş ve çeşitli fonksiyonlara sahip kılınmıştır. Günümüzde ise, yönetim biçiminin gereği olarak devlet başkanı, genelde devleti tek olarak yönetmemekte, yetkilerini bir takım devlet organlarıyla paylaşmak durumunda kalmaktadır. Ancak yine de devletin başı olarak kabul edilmekte ve ona karşı işlenen her tür fiil, devlete karşı işlenmiş suç olarak Ceza Kanunlarında yer almaktadır. Zamanımızda devletin başı olarak kabul edilen bu kişiye bazı ülkelerde (Türkiye'de dahil) rejimin ismi dolayısıyla Cumhurbaşkanı adı verilmektedir.

İnceleme konumuz olan Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu, Türk Ceza Kanunu'nun "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" babının "Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler" faslındaki 158. maddede düzenlenmiştir.

Bu bölümde yer alan hükümlerin amacı, devletin Anayasa ile meydana getirilmiş organlarına karşı yapılacak her türlü hukuk dışı saldırıları cezalandırarak devleti korumaktır. Cumhurbaşkanı da Anayasa ile meydana getirilmiş tek kişilik bir organdır. Üstelik Cumhurbaşkanı devletin, dolayısıyla bütün devlet kuvvetlerinin başı olarak korunması gereken düzeni temsil etmektedir. Bu nedenle en yüksek konumda bulunan kişinin her türlü saygısız fiil ve hareket-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.

lere karşı korunması gerekmiş ve sözkonusu suç "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" babında yer almıştır. Zira Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu, Cumhurbaşkanının kişisel şeref ve haysiyetini ihlâl ettiği gibi, Cumhurbaşkanlığı makamının varlığını ve onurunu da ihlâl etmektedir. Ancak bu menfaat kişisel menfaate üstün tutulmuş ve genel hakaret ve sövme suçundan ayrı olarak başka bir bölümde genel hakaret ve sövme suçunun maddi unsurlarını taşıyan Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu düzenlenmiştir.

I — HAKARET VE SÖVME SUÇLARIYLA İLGİLİ TÜRK HUKUK SİSTEMİ

Toplumsal yaşantı gereği insanlar, birbirlerinin maddî varlığına saygı göstermek zorunda olduğu gibi, manevî varlığına yani şeref ve haysiyetine de saygı göstermek ve bunları ihlâl etmemekle yükümlüdür. Zira açıklanmasında bir hakkın, kamu yararının bulunmadığı hususlarda herhangi bir sınırlama olmaksızın kişilerin birbiri hakkında istediğini söylemesi, şeref ve haysiyetini rencide etmesi ferdin sosyal itibarını zedeleyebileceği gibi toplumun huzurunu da bozacaktır (1). Bu nedenle ceza kanunları kişinin tam anlamıyla korunmasını sağlamak için, vücut ve beden tamlığı yanında şeref ve haysiyete karşı yapılan tecavüzleri de korumuş ve cezalandırmıştır (2).

İşte şeref ve haysiyete karşı vuku bulan tecavüzlerin cezalandırılması sebebi hem şeref ve sosyal itibarı korumak (3), hem de toplumsal huzur ve sükûnu sağlamaktır (4).

Şeref ve haysiyeti ihlâl eden suç tiplerinin bazıları sadece insan şerefine tecavüzü cezalandırdığı halde, diğer bazıları şereften başka manevî değerlere veya hukuki menfaatlere saldırıları cezalandırmaktadır. İnsan şerefine saldırıları cezalandıran suç şekillerine genel tahkir suçları, şereften başka değerlere saldırıları cezalandıran suç şekillerine ise özel tahkir suçları adı verilmektedir (5).

- (1) ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul, (İÜFF Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nâzım Terzioğlu Basım Atölyesi), 1989, s. 2.
- (2) POLATCAN, İsmet, Memur ve Resmî Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul, (Üçdal Neşriyat), 1983, s. 7; ERMAN, s. 2; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler (C. IV), Ankara, (Seçkin Kitabevi), 1985, s. 534.
- (3) DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku, Özel Kısım, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul (Fihz Kitabevi), 1984, s. 219; EREM, s. 534; ERMAN, s. 2; ÖZEK, Çetin, Türk Basım Hukuku, İstanbul, (Fakülteler Matbaası), 1978, s. 143, 144.
- (4) ERMAN, s. 2.

Ceza Kanunumuz da bu sistemi benimseyerek genel tahkir suçları ile özel tahkir suçlarını ayırmış ve değişik bablarda düzenlemiştir. Kanunumuz sistemine göre, genel tahkir suçları, hakaret ve sövme suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (TCK. m. 480-490) (6).

Özel tahkir suçları ise, Ceza Kanunumuzun değişik maddelerinde düzenlenmiştir: Türk Bayrağını, Devletin sair hâkimiyet alâmetini, milli renkleri taşıyan şeyleri tahkir (m. 145); Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme (m. 158); Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevî şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevî şahsiyetini tahkir (m. 159/1). Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi kararlarına sövme (m. 159/3); yabancı devlet başkanını, dost devlet sancak ve armasını, elçileri tahkir (m. 164-167); dinî ve ruhâni memurları tahkir ve tezyit (m. 175, 176); ölü'nün na'sh ve kemiklerini tahkir (m. 178); memura muvacehesinde ve ifa ettiği vazife dolayısıyla veya vazife sırasında hakaret ve sövme (m. 266, 267); adli, idari, siyasi veya askeri bir heyete hakaret ve sövme (m. 268); hâkime duruşma sırasında hakaret ve sövme (m. 268).

Bu tür suçların kanunumuzda ayrıca öngörülmesinin ve cezalandırılmasının sebebi, tahkir fiillerinin mağdurun şeref ve haysiyeti yanında daha üstün başka bir hukuki menfaati de ihlâl etmesidir (7). Zira Ceza Kanunumuz suçları, cürüm ve kabahat diye iki kısma ayırdıktan sonra, sözkonusu kısımları da suçların ihlâl ettiği hukuki menfaatin niteliğine göre değişik bab ve fasıllara ayırmıştır (8).

Örneğin yabancı devlet başkanı ve elçilerine karşı hakaret ve sövme cürümlerinde (m. 164-167), mağdurun şeref ve haysiyeti tecavüze uğradığı gibi Türkiye Devletinin yabancı devletlerle olan uluslararası münasebetlerinin bozulmamasındaki, devamının sağlanmasındaki devlet menfaati de ihlâl edildiğinden (9) ve bu menfaatler kişinin şeref ve haysiyetine üstün tutulduğundan fiil "Şahıslara Karşı Cürümler" kısmında yer almayı "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" babında yer almıştır.

(5) ERMAN, s. 3.

(6) DÖNMEZER, s. 219 vd.; ERMAN, s. 3.

(7) BREM, s. 535; POLATCAN, s. 18; ERMAN, s. 4.

(8) ÖZEK, Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, (Cezaevi Matbaası), 1967, s. 6; ERMAN, s. 4; DÖNMEZER, s. 218.

(9) GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması (C. II), İstanbul, (Kazancı Hukuk Yayınları), (tarihsiz), 5. Bası, s. 361.

Ayrıca şunu da belirtmek istiyoruz ki, hukukumuzda kişilerin şeref ve haysiyetine tecavüzleri cezalandıran hakaret ve sövme cürümleri sadece Türk Ceza Kanunu'nda yer almamış, Askeri Ceza Kanunu'nda (m. 85 ve 116), Bankalar Kanunu'nda (m. 84) ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanunda (m. 1) da düzenlenmiştir.

II — CUMHURBAŞKANINA HAKARET VE SÖVME SUÇUYLA KORUNMAK İSTENEN MENFAAT

Cumhurbaşkanı, siyasi iktidar içinde yer alan ve tek kişiden ibaret bulunan anayasal bir organdır. Çünkü Anayasamıza göre Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla, Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder (1982 Anayasası, m. 104). Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, bütün devlet kuvvetlerinin başı olarak korunması gereken düzeni temsil etmekte ve şahsında kişileştirmektedir (10).

İşte birçok değer ve fonksiyonu bünyesinde toplayan kişinin her türlü saygısız fiil ve eylemlere karşı da korunması gerekmiş (11) ve genel hakaret ve sövme suçlarından ayrı olarak Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu düzenlenmiştir. Çünkü bazı fiiller, kişisel menfaati ihlâl ettiği gibi, failin saiki veya suçtan zarar görenin niteliği dolayısıyla devlete ait menfaatleri de ihlâl edebilir. Cumhurbaşkanına karşı işlenen hakaret ve sövme cürmünde de hem Cumhurbaşkanı'nın kişisel şeref ve haysiyeti ihlâl edilmekte, hem de Cumhurbaşkanı'nın temsil ettiği Cumhurbaşkanlığı makamının yani devletin ve siyasi iktidarın prestiji ihlâl edilmektedir (12). Ancak Cumhurbaşkanı'nın tahkir suçunun ihlâl ettiği kişisel menfaat, devletin menfaati yanında değersiz görülerek sözkonusu suç, Ceza Kanunumuzun "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" babının, "Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler" faslında yer almıştır. Böylece Cumhurbaşkanı'nın moral varlığı korunurken aynı zamanda tüm siyasal yapının yani devletin moral varlığı da korunacaktır (13).

Kısaca, Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçuyla ihlâl edi-

(10) ÖZEK, Çetin, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İstanbul, (Sulhi Garap Matbaası Varisleri Koll. Şti.), 1970, s. 111, 112.

(11) GÖZÜBÜYÜK, s. 220; ÖZEK, s. 181.

(12) ÖZEK, Çetin, "Türk Ceza Kanunu'nun 50 Yılında Devlete Karşı Suçlar", Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul, 1977, s. 520; ERMAN, s. 4.

(13) ÖZEK, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, s. 181.

len menfaat, devletin başı ve milletin birliğini temsil eden Cumhurbaşkanlığı makamının varlığı ve onurudur (14).

III — CUMHURBAŞKANINA HAKARET VE SÖVME SUÇUNDA FAİL VE MAĞDUR

1. Fail

Ceza sorumluluğu olan herkes bu suçun faili olabilir. Çünkü kanun, "Reisicumhura muvacehesinde hakaret ve sövme fiillerini işleyenler" tabiri ile bunu zımnen kabul etmiştir. Bu itibarla, vatandaş, yabancı, belirli görevle yükümlü olan kimsenin, devlet yöneticilerinin suç faili olabilmesi açısından fark yoktur (15). Fakat tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmemiş olduğundan, Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme fiillerinin tüzel kişi tarafından işlenmesi sözkonusu değildir. Bununla beraber hakaret ve sövme suçu basın yoluyla işlendiğinde, tüzel kişinin ceza sorumluluğu 26 Mayıs 1988 tarih ve 3445 sayılı kanunla Basın kanunu'nun 16. maddesine eklenen fıkra ile kabul edilmiştir (16). Bu fıkraya göre "Bu kanun ile diğer kanunların basılı eserin sahip veya yayınlananını cezai ve hukuki bakımdan sorumlu kıldığı hallerde, sahip veya yayınlanan tüzel kişi ise, temsilen bir gerçek kişi gösterilmiş olsa bile, sorumluluk tüzel kişiye aittir." Bu durumda Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu basın yoluyla işlendiğinde, sorumlulardan eser sahibi ile yayınlanan tüzel kişi ise bu kişilerin tüzel kişi sıfatıyla cezai sorumlulukları yoluna gidilebilecektir.

2. Mağdur

Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçundan hem Cumhurbaşkanının kişisel varlığı, hem de devletin varlığı zarar görmekte birlikte suçun mağduru Cumhurbaşkanındır (17). Çünkü Cumhurbaşkanı hem bir kişi hem de bir kurumdur. Bu itibarla kurumun saldırıya maruz kalan varlığı Cumhurbaşkanının kişiliğinde odaklaştığından suçun mağduru doğrudan doğruya Cumhurbaşkanının kendisi olmakta (18) ve bu suç mağdur yönünden mahsus suç niteliği-

(14) BAYRAKTAR, Köksal, Siyasal Suç, İstanbul, (Fakülteler Matbaası), 1982, s. 105; POLATCAN, s. 19; ÖZEK, s. 181, 110 - 112; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler (C. III), Ankara, (Seçkin Kitabevi), 1985, s. 133; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2.4.1990, 9-84/106, YKD, S. 7, s. 1057.

(15) ÖZEK, Çetin, "Devletin Şahsiyetli Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", İÜHFİM, 1967, S. 2 - 4, s. 659, 660; ERMAN, s. 28.

(16) ERMAN, s. 28.

(17) ÖZEK, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, s. 113, 114, 180; EREM, s. 133.

(18) Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2.4.1980, 9-84/106, YKD, 1990, S. 7, s. 1067.

ni taşımaktadır (19). Yani 158. maddedeki bu suçun oluşması için kendisine karşı hakaret ve sövme suçu işlenen kimsenin Cumhurbaşkanı olması zorunludur.

Cumhurbaşkanının yurtdışında bulunmak veya hastalık gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır (1982 Anayasası, m. 106). Bu durumda Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanının Cumhurbaşkanlığı görevini sürdürdüğü süre içinde, kendisine karşı işlenecek hakaret ve sövme fiilleri 158. maddeye göre cezalandırılacak mıdır?

Bazı yazarlara göre, kanunumuz Cumhurbaşkanının fonksiyonlarını korumayıp Cumhurbaşkanının şahsını ve sıfatını korumaktadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı görevini gördüğü halde o niteliği taşımayan kişinin özel hükümlerden yararlanma olanağı yoktur (20).

Diğer bazı yazarlar ise, 158. madde hükmünün Cumhurbaşkanının şahsını korumayıp makamını koruduğunu, dolayısıyla sözkonusu hükmün Cumhurbaşkanlığı makamını geçici olarak yürüten kişilere de uygulanacağını ifade etmektedirler (21). Kanaatimizce de uygun olan görüş budur. Çünkü sözkonusu madde, Cumhurbaşkanının şahsını korumaktan ziyade görevleri ve yetkileriyle bir bütün olan Cumhurbaşkanlığı makamını korumaktadır. Cumhurbaşkanlığına vekâlet eden kişi de bu görevi süresince Cumhurbaşkanının yetkilerini kullanmakta, ona vekâlet etmekte dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı makamını yürütmektedir. Bu itibarla Cumhurbaşkanı makamını geçici olarak yürüten kimseye, hakaret veya sövme fiilinin işlenmesi durumunda fail hakkında 158. madde hükmü uygulanmalıdır.

Yargıtay ise birinci görüşü benimseyerek Cumhurbaşkanlığı görevine vekâlet eden kişi Cumhurbaşkanı sıfatını taşımadığından, sözkonusu kişi aleyhine işlenen hakaret ve sövme suçlarında fail hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinin uygulanamayacağına karar vermiştir.

(19) ÖZEK, s. 113.

(20) ÖZEK, s. 115; KERSE, Ahmet, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, İstanbul, (basım yeri yok), 1973, s. 215; EREM, Faruk, "Cumhurbaşkanına Hakaret", TBB, 1991, S. 1, s. 15.

(21) BAYRAKTAR, s. 142, 143; ARDAĞ, Selami, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, (Olguç Matbaası), 1976, s. 245.

cağına karar vermiştir (22).

Cumhurbaşkanına karşı işlenen hakaret ve sövme fiillerinin, Cumhurbaşkanının başkanlık süresi içinde ve başkanlık fonksiyonlarıyla yükümlü bulunduğu sürede işlenmesi gereklidir (23). Ancak sözkonusu fiillerin görevle ilgili veya görev yüzünden işlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır (24). Bu nedenle başkanlık süresi başlamayan veya süresi bitmiş veya ölmüş devlet başkanına karşı işlenen hakaret ve sövme cürümleri 158. maddeyi ihlâl etmeyip, bu fiiller hakkında genel hükümler tatbik edilir (25). Yani 158. maddenin tatbik edilebilmesi için tahkir edilen kişinin Cumhurbaşkanı sıfatını taşıması gerekmektedir. Eğer tahkir edilen kişi Cumhurbaşkanı sıfatını taşımıyorsa fail hakkında 158. madde hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle Cumhurbaşkanının bu sıfatı ne zaman kazandığının tesbiti gerekmektedir. Doktrindeki yazarlarımıza ve Yargıtay'a göre, **Cumhurbaşkanlığı** sıfatı and içmeyle kazanılır. Çünkü Anayasamızın 103. maddesine göre, Cumhurbaşkanının görevine başlayabilmesinin ön şartı yemin etmiş bulunmasıdır. Dolayısıyla görevine başlayamayan kişi devleti de temsil edemez. Çünkü sıfat, yetki ve görevden soyutlanamaz. Cumhurbaşkanı sıfatının kazanıldığı an, Cumhurbaşkanlığı görevinin ifası ve yetkilerinin de kullanılması gerekir. Bu nedenle Cumhurbaşkanı seçilen ancak yemin ederek görevine başlamayan kişi Cumhurbaşkanı sıfatını kazanamaz (26).

Cumhurbaşkanının ailesine ve yakınlarına karşı yapılan tahkir fiillerinin, Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu teşkil edip etmeyeceği hususu ise doktrinde tartışmalıdır.

Bazı yazarlarımıza göre, Devlet Başkanının yakınlarına ve ailesine karşı işlenecek tahkir fiilleri, vasıtalı bir biçimde Devlet Başkanını ilgilendirse bile 158. maddede belirtilen suç işlenmiş sayılmaz. Çünkü tahkir fiilinin Devlet Başkanını tahkir maksadıyla yapılmış olması gereklidir (27).

Diğer bazı yazarlarımıza göre ise, Devlet Başkanının yakınlarna karşı işlenen suçlarda dolayısıyla hakaret şartları mevcut ise 158. madde hükmü uygulanmalıdır (28).

(22) Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2.4.1990, 9-84/106, YKD, 1990, S. 7, s. 1058.

(23) ÖZEK, s. 114.

(24) GÖZÜBÜYÜK, s. 221; ÖZEK, s. 182.

(25) ÖZEK, s. 180; GÖZÜBÜYÜK, s. 221.

(26) ÖZEK, s. 130; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2.4.1990, 9-84/106, YKD, 1990, S. 7, s. 1058, 1060.

(27) ÖZEK, s. 184.

(28) EREM, III, s. 138, 139. Daha sonra görüşünü kısmen değiştiren yazar, dolaylı hakaretin, Cumhurbaşkanına sirayeti mümkünse gerçekleşeceğini ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. : EREM, "Cumhurbaşkanına Hakaret", s. 16.

Hukukumuzda belirli bir kimseye yönelmiş tahkir fiilinin başka şahsın şerefini ihlâl etmesi haline dolayısıyla hakaret adı verilmektedir (29). İşte hakaret cürmü, Cumhurbaşkanının yakın akrabalarıyla (usul, fûru ve kardeşler), eşi (30) hakkında işlenmişse ve bu suç Cumhurbaşkanının şerefini ihlâl edecek nitelikteyse sözkonusu hakaret suçunun Cumhurbaşkanına karşı dolaylı işlenmiş bir suç sayılacağı kanaatindeyiz. Zira bu durumda Cumhurbaşkanlığı makamına layık olmayan kimsenin bu görevi sürdürdüğü düşünülecek, dolayısıyla Cumhurbaşkanı sıfatı yani devletin manevi şahsiyeti zarar görecektir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının yakınlarına karşı işlenen hakaret cürmü, şartları varsa Devlet Başkanına karşı işlenmiş bir suç kabul edilmeli ve fail hakkında 158. madde uygulanmalıdır.

IV — CUMHURBAŞKANINA HAKARET VE SÖVME SUÇUNUN UNSURLARI

1. Maddî Unsur

Ceza Kanunumuzda 1961 yılında 235 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunun uygulama alanı genel hakaret ve sövme suçlarının unsurları ile sınırlandırılmıştır. Yani 158. maddedeki suçun maddî unsuru genel hakaret ve sövme suçudur (31). Bu nedenle Cumhurbaşkanının tahkir suçuna maddî unsurunu incelerken genel hakaret ve sövme suçunun maddî unsurlarına yer vereceğiz.

Kanunumuz Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunu, Cumhurbaşkanının huzurunda ve gıyabında olmak üzere ikiye ayırmış (32) ve huzurunda hakaret ve sövmeyi, gıyapta hakaret ve sövmeye oranla daha ağır ceza ile cezalandırmıştır.

A — Cumhurbaşkanına huzurda hakaret ve sövme

Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinin 1. fıkrasına göre "Reisicumhura muvacehesinde hakaret ve sövme fiilini işleyenler, ağır hapis cezası ile cezalandırılır". Buradaki Reisisicumhura muvacehe-

(29) ERMAN, s. 84, 85; EREM, IV, s. 544.

(30) "Doktrin ve uygulama ancak pek yakın akrabalarla (usul, fûru ve kardeşler), eşler hakkında dolayısıyla hakaretin sözkonusu olabileceğini kabul etmiştir": ERMAN, s. 85.

(31) ÖZEK, s. 184, 187; EREM, III, s. 138; GÖZÜBÜYÜK, s. 220.

(32) AKDAĞ, s. 245; EREM, s. 139; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 5.6.1988, 2945/5790, YKD, S. 9, s. 1319; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 20.12.1985, 6851/6022, YKD, 1988, S. 4, s. 611.

sinde tabirini, Cumhurbaşkanının huzurunda diye anlamak gereklidir (33).

Hakaret ve sövme suçunu birbirinden ayıran kıstas, şeref ve haysiyete tecavüzün maddei mahsusa tayin ve isnadıyla işlenip işlenmemesidir. Fail mağduru mahsus madde tayin ve isnadıyla tahkir etmişse hakaret suçu, genel olarak şeref ve haysiyeti kırıcı bir tabir kullanarak tahkir etmişse sövme suçu meydana gelmektedir (34). Bu nedenle Cumhurbaşkanına huzurda sövme suçunun unsurları mahsus maddenin isnadı dışında huzurda hakaret suçunun unsurları ile aynıdır. Buna göre önce Cumhurbaşkanına huzurda hakaret suçunun unsurlarına, daha sonra Cumhurbaşkanına huzurda sövme suçunun farklılığına değineceğiz. Cumhurbaşkanına huzurda hakaret suçunun unsurları; mahsus maddenin isnad edilmesi, isnad olunan maddenin tahkir edici olması, mahsus maddenin Cumhurbaşkanına isnad olunması ve tahkir edici nitelikteki fiilin Cumhurbaşkanının huzurunda işlenmesi olmak üzere dört tanedir.

— Mahsus bir maddenin isnad edilmesi

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun oluşması için failin, Cumhurbaşkanına mahsus bir madde (muayyen bir fiil) isnad etmesi gerekmektedir.

Madde (fiil) tabiri, müspet bir hareketi ifade ettiği gibi, menfi bir hareketi de ifade eder. Bu itibarla isnadın vuku bulmuş bir fiile ilişkin olması ve sırf bir vasfı, kötü huyu ifade etmemesi gereklidir. Zira bir vasfı, kötü huyu ifade eden isnadlar fiil olmadığı için hakaret suçunu oluşturmazlar. Ayrıca isnadın hakikate uygun olup olmaması da önemli değildir. Ancak fiilin Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyetini ihlâl etmeye elverişli ve inanılabilir olması gerekmektedir (35).

İsnad edilen fiilin mahsusuğu yani muayyenliği ise, fiili ayırt etmeye yetecek derecede kişiye, konuya, yere, zamana ve şekle ait birtakım tamamlayıcı unsurları gösterilmiş olmasını ifade etmektedir (36). Ancak bütün bu unsurların hepsinin birlikte ve teker te-

(33) EREM, s. 139.

(34) Ayrıntılı bilgi için bkz.: ERMAN, s. 27 vd.

(35) ERMAN, s. 72, 73; DÖNMEZER, s. 220; EREM, IV, s. 538, 539; POLATCAN, s. 170; EREM, Faruk - Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, (Savaş Yayınları), 1994, s. 458, 459.

(36) ERMAN, s. 75-78.

ker söylenmesi lüzumlu olmayıp, fiilin muayyenliği somut olaya göre tesbit edilmelidir (37).

Ayrıca fiilin muayyen olması için fiilin açık ve doğrudan doğruya olması da gerekmemektedir. Dolaylı olarak Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyetini ihlâl edebilecek fiiller de hakaret suçunu oluşturabilir (38).

— İsnad olunan maddenin tahkir edici olması.

İsnad olunan fiilin hakaret suçunu oluşturması için tahkir edici nitelikte yani halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak mahiyette olması gerekir.

Ancak isnad edilen fiilin ne zaman tahkir edici olduğunu tespit etmek zordur. Zira bazı söz ve hareketler herkes tarafından ve her yerde tahkir edici sayıldığı halde, bazı fiiller herkes tarafından ve her yerde tahkir edici sayılmazlar (39). Çünkü fiilin tahkir ediciliği zamana, mekana, bölgeye, sosyal şartlara göre değişiklik arzeder (40).

Bu nedenle bir fiilin tahkir edici olup olmadığını genel örf ve âdete göre tespit edeceğiz. Yalnız tespit edilecek örf ve âdet suçun işlendiği zamanın örf ve âdetidir. Zira örf ve âdet zamanla değişebilir ve tahkir edici sayılan bir fiil zamanla bu mahiyette sayılmayabilir. Ancak isnad edilen fiilin örf ve âdetçe tahkir edici nitelikte sayılması gerekirse de, sözkonusu örf ve âdetin kanuna aykırı olması da gerekir (41). Ayrıca fiilin şeref ve haysiyete dokunacak nitelikte olup olmadığını tespit ederken sözün söyleniş tarzını, söylenildiği yeri, çevre şartlarını da gözönünde tutmak gereklidir (42).

Ancak bütün bunların yanında Cumhurbaşkanının sahip olduğu sıfatın yani siyasi vasfının da dikkate alınması gerekmektedir. Zira normal şahıslara söylenen fakat tahkir edici sayılmayan sözler Cumhurbaşkanına karşı kullanıldığında tahkir edici sayılabilir. Örneğin, bir çiftçiye "bu ne biçim çiftçilik" demek tahkir suçunu oluşturmaz ise de, Cumhurbaşkanına "bu ne biçim Cumhurbaşkanı" demek tahkir suçunu oluşturabilir. Nitelkim Yargıtay, "Senin gibi Reiscumhur, Cumhurreisi çıkaramaz, Cumhurreis isen" sözlerini

(37) POLATCAN, s. 172; ERMAN, s. 76.

(38) ÖZEK, s. 184.

(39) ERMAN, s. 79.

(40) DÖNMEZER, s. 223, 224.

(41) ERMAN, s. 80-83; EREM, IV, s. 540; EREM - TOROSLU, s. 460.

(42) DÖNMEZER, s. 223, 224; ERMAN, not 110, s. 84.

Cumhurbaşkanlığı makam ve şahsına karşı edep ve hürmete aykırı hareket teşkil edebileceğini kabul etmiştir (43).

— Mahsus maddenin Cumhurbaşkanına isnad olunması

Muayyen madde veya fiilin hakaret suçuna vücut verebilmesi için bu maddenin Cumhurbaşkanına isnad edilmesi gerekmektedir. Ancak isnad edilen maddenin Cumhurbaşkanının gördüğü görevle ilgili veya görev yüzünden olması şart değildir (44). Genel olarak yapılan tahkir fiillerinin dahi korunmak istenen menfaate uygun olduğu ve 158. maddeyi ihlâl edeceği belirtilmiştir (45).

Cumhurbaşkanına karşı yapılan isnadın şekli konusunda kanunumuzda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle mektup, telgraf, resim ve benzeri yazılarla veya telefonla yapılan tahkirlerin gıyapta hakaret ve sövme suçunu oluşturacağı belirtilmiştir (46). Yani mektup, telefon, resim veya herhangi bir yazı genel hakaret ve sövme suçunda olduğu gibi huzurda hakaret ve sövme suçunu oluşturmamaktadır.

Bu durumda huzurda hakaret suçuna sebebiyet veren tahkir fiili sözle yapılabilir. Sözle yapılan tahkir fiilinde fail fikrini açıkça ifade edebileceği (Devletin parasıyla oğlunuza araba alıyorsunuz) gibi; telmih, soru, ima, şüphe hatta menfi bir hareketle de açıklayabilir (47).

— Tahkir edici nitelikteki fiilin Cumhurbaşkanının huzurunda işlenmesi

Halkın hakaret ve husumetine maruz bırakacak veya namus ve haysiyetine dokunacak fiilin huzurda hakaret suçunu oluşturması için, tahkir fiilinin isnadı sırasında Cumhurbaşkanının hazır bulunması gerekmektedir. Ancak Cumhurbaşkanının (mağdurun) ne zaman hazır sayılacağı doktrin ve uygulamada tartışmalı olup değişik görüşlere sebep olmuştur.

Bir görüşe göre, suçun mağdurun huzurunda işlenmiş sayılabilmesi için faille tahkire maruz kalan kişinin yüzyüze gelmeleri ve birbirlerini görmeleri şarttır. Eğer mağdur faili işitmesine rağmen bulunduğu yerden onu göremiyorsa suç huzurda işlenmiş sayılmaz (48).

(43) Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 6.1.1951, 16/16; GÖZÜBÜYÜK, s. 224.

(44) EREM, III, s. 138; GÖZÜBÜYÜK, s. 221; ÖZEK, s. 182.

(45) GÖZÜBÜYÜK, s. 221; ÖZEK, s. 182.

(46) EREM, s. 139; ÖZEK, s. 186; Yargıtay 9. Dairesi, 2.11.1988, 3381/7758, YKD, 1989, S. I, s. 134.

(47) ERMAN, s. 87, 89; ÖZEK, 184, 185.

(48) FLORIAN, s. 92 (Zikreden : ERMAN, s. 103).

Çoğunlukla kabul edilen diğer görüşe göre, faille mağdurun birbirlerini görmelerinin şart olmayıp, mağdurun fail tarafından söylenen sözleri işitmesi ve failin de bunu bilmesi yeterlidir (49).

Bu konuda uyumsuzluğa yol açan bir nokta da, mağdurun söylenen sözleri bilfiil duymasının ve anlamasının şart olup olmadığı veya duyma ve anlama imkânının yeterli sayılıp sayılmadığıdır. Bir fikre göre mağdurun tahkir edici fiili bilfiil duyması ve anlaması şart olmayıp duyma ve anlama imkânının varlığı yeterlidir. Diğer fikre göre ise, mağdurun tahkir edici sözleri bilfiil ve aracısız öğrenmesi ve anlaması suçun huzurda işlenmesi için şarttır (50).

Kanaatimizce de, suçun huzurda gerçekleşmiş sayılabilmesi için Cumhurbaşkanının faili görmesi şart olmamakla birlikte söylenen sözleri bilfiil işitmesi ve anlaması şarttır. Ancak failin tahkir edici fiili Cumhurbaşkanının işittiğini bilmesi ve buna isteyerek sebebiyet vermiş olması gereklidir. Eğer fail sarfettiği sözlerin mağdur tarafından duyulduğunu bilmiyorsa huzurda hakaret suçu gerçekleşmez. Ayrıca Cumhurbaşkanı, tahkir edici sözü işitebilecek durumda olmasına rağmen herhangi bir engel sebebiyle tahkir fiilini işitemişse huzurda hakaret suçu yine gerçekleşmez (51).

Cumhurbaşkanına huzurda sövme suçunun, huzurda hakaret suçundan farklı unsurunu ise şöyle belirtebiliriz; her ne suretle olursa olsun yapılan bir hareketin veya söylenen bir sözün bulunması.

Huzurda sövme suçunun işlenebilmesi için, mahsus madde isnad edilmeksizin her ne suretle olursa olsun şeref ve haysiyeti kırıcı bir sözün söylenmesi veya hareketin yapılması gerekmektedir (52).

Bu nedenle fail Cumhurbaşkanına bir fiil isnad etse (belirli olmamak şartıyla) veya bir vasıftan bahsetse dahi huzurda sövme suçu gerçekleşecektir. Örneğin, Cumhurbaşkanının huzurunda sarfedilen "alçak", "korkak" tabirleri kötü huy ve vasfı ifade ettiğinden (53), dolayısıyla şeref ve haysiyete tecavüz niteliği taşıdığından sövme meydana gelecektir.

Kısaca belirtmek gerekirse Cumhurbaşkanına huzurda sövme suçu, muayyen bir fiil isnad etmemek şartıyla her surette işlenebilir.

(49) DÖNMEZER, s. 256; ERMAN, s. 103, 104.

(50) ERMAN, s. 104.

(51) ERMAN, s. 104, 105.

(52) EREM - TOROSLU, s. 492; DÖNMEZER, s. 254; EREM, IV, s. 579, 580; ERMAN, s. 120.

(53) ERMAN, s. 111, 112.

B — Cumhurbaşkanına gıyapta hakaret ve sövme

Ceza Kanunumuzun 158. maddesinin 2. fıkrası "Hakaret ve sövme Reiscumhurun gıyabında vâki olmuş ise faili, bir seneden üç seneye kadar hapis olunur. Reiscumhurun ismi sarahaten zikredilmeyerek ima veya telmih suretiyle vâki olsa bile mahiyeti itibariyle Reiscumhura matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karine-ler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur" hükmünü ihtiva etmektedir.

Gıyapta hakaret ve sövme suçunun unsurları, fiilin Cumhurbaşkanının huzurunda işlenmesi unsuru dışında huzurda hakaret ve sövme suçunun unsurlarıyla aynıdır. Bu nedenle sözkonusu unsurlar hakkında yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Ancak Cumhurbaşkanının gıyabında işlenen hakaret ve sövme suçunun, huzurda işlenen hakaret ve sövme suçundan farklı yönleri bulunmaktadır.

Bu farklılıklardan birincisi, gıyapta hakaret ve sövme suçunda bulunması zorunlu olan ihtilât unsurudur. Yalnız genel hakaret ve sövme suçunda aranan ihtilât unsurunun Cumhurbaşkanının gıyabında işlenen hakaret ve sövme suçu için de aranıp aranmayacağı tartışmalıdır.

Yargıtayımıza göre, 158. maddenin ikinci fıkrasındaki suçun oluşması için ihtilât unsuru gerekmemektedir (45).

Doktrindeki yazarlarımız ise, 158. maddedeki gıyapta hakaret ve sövme suçunun teşekkülü için ihtilât unsurunun zorunlu olduğunu belirtmişlerdir. Zira 1961 yılındaki 235 sayılı Kanun değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme teşkil eden fiiller genel kurullara uygun hareket ve sövmedir. Yani kanun, genel hakaret ve sövme suçunu temel olarak almış ve bu suçun Cumhurbaşkanına karşı işlenmesini özel ceza ile karşılamıştır. Bu nedenle 158. maddedeki suçun oluşması için failin fiilinin, genel hakaret ve sövme suçunun unsurlarını ve bunlardan biri olan ihtilât unsurunu ihtiva etmesi gereklidir (55).

Biz de ihtilât unsurunun varlığının zorunlu olduğu görüşüne yani doktrindeki yazarlarımıza katılmaktayız. Bu itibarla Cumhurbaşkanına gıyapta hakaret ve sövme suçunun gerçekleşmesi için failin, toplu veya dağınık ikiden fazla kimseyle ihtilât etmesi yani en az üç kişinin tahkir edici nitelikteki isnadı öğrenmesi zorunlu-

(54) Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 17.11.1955, 8982/11708; GÖZÜBÜYÜK, s. 224.

(55) ÖZEK, s. 187, 182; EREM, "Cumhurbaşkanına Hakaret", s. 17.

dur (56). Ancak failin ihtilât ettiği asgari üç kişinin değişik kimse-ler olması gerekmektedir. Bununla beraber failin isnadı sözkonusu kişilere aynı zamanda bildirmesi şart olmayıp farklı zamanlarda da illetmesi mümkündür. Önemli olan tahkir edici nitelikteki fiilin aynı veya aynı cinsten olmasıdır (57).

İhtilâta kullanılan vasıtanın ise herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle şeref ve haysiyeti ihlâl edici nitelikteki isnadı üçüncü şahıslara ulaştırmaya elverişli her türlü vasıta kullanılabilir. Örneğin söz, yazı, resim, şarkı, telefon, radyo, telgraf, gazete, sahne eserleri gibi. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, failin en az üç kişi ile ihtilât etmeyi isteyip istemediğidir. Eğer fail Cumhurbaşkanı tahkir edecek fiilini sadece bir kişinin öğrenmesini istemişse, bu şahıs dışında kalan kimselerin sözkonusu fiili failin iradesi dışında öğrenmeleri halinde ihtilât unsuru dolayısıyla gıyapta hakaret ve sövme suçu gerçekleşmeyecektir (58).

Asgari sayının (üç kişinin) hesabında, Cumhurbaşkanı (zira Cumhurbaşkanı'nın ihtilât anında hazır bulunması durumunda gıyapta hakaret ve sövme suçu oluşmayıp, şartları varsa huzurda hakaret ve sövme suçu gerçekleşir), kanunen 11 yaşından küçüklerle, akıl hastaları, yapılan hareketi anlamayacak durumda olan kimseler (konuşulan lisanı bilmeyenler, okuyamayanlar, sağır ve kör olanlar, diğer saikler nedeni ile konuşulanları duymamış olanlar) nazara alınmazlar (59). Ancak sırrı muhafaza etmekle yükümlü şahısların bu hesaba katılıp katılmayacakları hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlarımız, sözkonusu kişilerin ihtilâtın varlığı için gerekli olan sayının hesabında dikkate alınmayacağını (60); diğer bazı yazarlarımız ise, kanunun isnadı yaymaktan değil sadece ihtilâttan bahsettiğini bu nedenle sırrı muhafaza etmekle yükümlü şahısların da asgari sayının hesabında nazara alınacağını ifade etmişlerdir (61).

Ayrıca ihtilât unsurunun gerçekleşmesi için ihtilâtın failinin fiilinden doğması da gerekmektedir. Yani failin fiiliyle, ihtilât arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Eğer aradaki illiyet bağı herhangi bir sebeple (failin iradesi dışında söylenenlerin bir başka şahıs tarafından duyulması gibi) kesilmişse ihtilât unsurunun varlığından

(56) ERMAN, s. 92; EREM, IV, s. 545; EREM - TOROSLU, s. 464.

(57) ERMAN, s. 92, 93; EREM, s. 547; EREM - TOROSLU, s. 466.

(58) EREM, s. 545, 546; ERMAN, s. 93-97.

(59) EREM - TOROSLU, s. 466; EREM, 547, 548; ERMAN, s. 97, 98.

(60) ERMAN, s. 98.

(61) EREM - TOROSLU, s. 465.

söz edilemez. Ancak failin ihtilâtı bizzat gerçekleştirmesi şart olmayıp, vekil aracılığıyla da gerçekleştirmesi mümkündür (62).

Farklılıklardan ikincisi ise, Cumhurbaşkanına gıyapta hakaret ve sövme teşkil eden fiillerin telgraf, mektup, resim ve benzeri yazı (63) (veya telefon) gibi vasıtalarla da gerçekleştirilmesi halidir (64). Ancak bu konuda Ceza Kanunumuzda herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen suçun gıyapta işlenmiş sayılacağı doktrindeki yazarlarca ve Yargıtayımızca (65) tereddütsüz kabul edilmiştir. Oysa genel hakaret ve sövme suçunda olduğu gibi kanunumuzun bu durumu (söz konusu vasıtalarla işlenen hakaret ve sövme suçunun gıyapta işleneceğini) ayrıca nazara alması doğru olurdu (66).

Fail, mektup, telgraf ve benzeri vasıtalarla Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyetini doğrudan ihlâl edebileceği gibi (Cumhurbaşkanına hitaben çekilmiş telgraf veya yazılmış bir yazı ile), dolaylı bir şekilde de ihlâl edebilir. Örneğin Cumhurbaşkanının resmine veya onu temsil eden heykellere veya üzerinde resmi bulunan paralara Cumhurbaşkanını tahkir edecek fiillerin yapılması gibi (67).

Gıyapta işlenen hakaret ve sövme fiillerinde Cumhurbaşkanının ismi sarahaten zikredilmese dahi ima veya telmih suretiyle, Cumhurbaşkanının kastedildiği hususunda tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten gerçekleşmiş sayılır (TCK, m. 158/2). Ancak doktrindeki yazarlarımız bu hükmün anlamsız olduğunu, söz konusu hüküm maddede bulunmasaydı dahi hakaret veya sövme teşkil eden fiilin Cumhurbaşkanına yönelik olup olmadığını hâkimin yine tesbit edeceğini belirtmişlerdir (68).

2. Manevî Unsur

Cumhurbaşkanını tahkir suçunun manevî unsuru kasttır (69). Yani salt hareketin iradiliği yeterli olmayıp neticenin de istenmesi

(62) ERMAN, s. 100, 101; EREM, s. 546; EREM - TOROSLU, s. 465.

(63) Yazı tabiri, kartpostal, basılı eser gibi harflerle tesbit edilmiş olan ve bir irade açıklamasını ihtiva eden bütün kağıt ve diğer şeyleri kapsar: ERMAN, s. 105.

(64) ÖZEK, s. 186; EREM, III, s. 139.

(65) Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2.11.1988, 3381/7758, YKD, 1989, S. 1, s. 134; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 8.6.1988, 2945/5790, YKD, S. 9, s. 1312, 1313.

(66) EREM, s. 139.

(67) ÖZEK, s. 184.

(68) EREM, s. 139.

(69) ÖZEK, s. 191; GÖZÜBÜYÜK, s. 221; EREM, s. 139.

gereklidir (70). Bu nedenle sözkonusu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir (71).

Ceza Kanunumuzun 158. maddesindeki bu suçun kasten işlenebileceği kabul edilmekle birlikte, kasttan ne anlaşılması gerektiği doktrin ve uygulamada farklı görüşlere sebep olmuştur.

Bazı yazarlarımıza göre, suçun oluşması için genel kast yeterli olup ayrıca özel kasta (tahkir kastına) lüzum yoktur (72).

Diğer bazı yazarlarımız ise, hakaret ve sövme suçunun gerçekleşmesi için genel kastın yeterli olmadığını, özel kastın varlığının da gerekli olduğunu belirtmişlerdir. Bu görüş taraflarına göre, Cumhurbaşkanını tahkir suçunun gerçekleşmesi için fail fiili, Devlet Başkanının şeref ve haysiyetini tahkir kastı ile işlemiş olmalıdır. Zira sırf fiilin objektif olarak tahkir edici nitelik taşıması hakaret ve sövme suçunun oluşması için yeterli değildir (73).

Yargıtayımızın bu konudaki görüşlerinde ise tam bir birlik bulunmamaktadır. Bazı kararlarında özel kastı ararken (74), bazı kararlarında (özellikle son kararlarında) genel kastın varlığını yeterli saymıştır (75).

Kanaatimizce, Cumhurbaşkanını tahkir suçunun gerçekleşmesi için genel kast kafidir. Zira fiil objektif olarak (örf ve âdete göre) tahkir edici nitelikteyse ve fail de bunu bilerek ve isteyerek hareket etmişse hakaret ve sövme suçu gerçekleşecektir. Ayrıca failin tahkir edici nitelikteki söz, yazı veya işareti tahkir kastıyla söylemiş, yazmış veya yapmış olması gerekmemektedir. Çünkü fiilin tahkir ediciliğini bilen kimse bundan Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyetinin zedeleneceğini de bilir. Dolayısıyla ayrıca tahkir kastına lüzum bulunmamaktadır. Bunun haricinde tahkir suçlarında özel kastın varlığını aramak faili suç işlemeye sevkeden saike itibar etmek olur (76). Oysa failin Cumhurbaşkanına karşı hakaret ve sövme suçunu gerçekleştirebilmesi için politik bir maksat gütmesi, belirli bir saikle hareket etmesi, Cumhurbaşkanının sıfat ve göreviyle ilgili fiil işlemesi şart değildir (77). Yani 158. maddedeki bu suç açısından saikin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

(70) Kast hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. I), Ankara, (Seçkin Kitabevi), 1984, s. 508.

(71) ÖZEK, s. 191.

(72) EREM, III, s. 139.

(73) GÖZÜBÜYÜK, s. 221; ÖZEK, s. 191.

(74) Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.11.1962, 44/56; AKDAÇ, s. 245.

(75) Yargıtay 9. Ceza aDiresi, 2.11.1988, 3381/7758; YKD, 1989, S. 1, s. 134.

(76) ERMAN, s. 181.

(77) EREM, s. 139; ÖZEK, s. 191.

Ancak failin Cumhurbaşkanını tahkir suçundan cezalandırılması için, fiilin mağduru durumundaki kişinin vasfını yani Cumhurbaşkanlığı olduğunu bilmesi ve buna rağmen fiili isteyerek işlemesi gerekmektedir (78).

Fail fiili kastettiği kimseye değil de başka birine karşı işlemiş, diğer bir ifadeyle şahısta hata yapmış olabilir. Bu durum iki halde sözkonusudur. Ya herhangi bir kimseye işlemek istediği tahkir suçunu Cumhurbaşkanına karşı veya Cumhurbaşkanına işlemek istediği sözkonusu tahkir suçunu herhangi bir kimseye karşı işlemiş olabilir. Bu durumda fail, genel hakaret ve sövme suçundan cezalandırılacaktır (79). Zira şahısta hata hallerinde Ceza Kanunumuzun 52. maddesi gereğince ve kanunumuza uygun olan anlayışa göre, mağdurun veya işlemeyi kastettiği kişinin sıfatından doğan ağırlaştırıcı sebepler faille uygulanmayacaktır (80).

V — CUMHURBAŞKANINA HAKARET VE SÖVME SUÇUNDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Cumhurbaşkanını tahkir suçunun düzenleniş mantığı ve kanunumuz sistematigi içindeki yeri gözönünde tutulduğunda bu suçta hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanmayacağı düşünülebilir. Fakat sözkonusu tahkir suçu açısından hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanmasını engelleyecek herhangi bir hüküm kanunumuzda bulunmamaktadır (81). Bununla beraber biz burada Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçuna etki eden hukuka uygunluk sebeplerinin belirtilmesinde fayda gördüğümüz bir kaçına yer vereceğiz.

1. Haber Verme Hakkı

Haber, fikir ve düşünceleri çoğaltıcı araçlarla serbestçe açıklayabilmek özgürlüğü olarak tanımlanan basın özgürlüğü (82), "haber verme", "denetim ve eleştiride bulunma" ve "yaratma" hakkını ve görevini içermektedir. Ancak basın özgürlüğü hangi hakkı içerirse içersin, ne tür bir araçla kullanılırsa kullanılsın kişilerin, siyasal organların şeref ve haysiyetine saldırı gücünü kimseye vermez. O halde basın özgürlüğünü oluşturan bu hakların belirli sınırları

(78) ÖZEK, s. 117.

(79) EREM, s. 139.

(80) EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. II), Ankara (Seçkin Kitabevi), 1985, s. 75-77.

(81) ÖZEK, s. 120.

(82) DÖNMEZER, Sulhi, Basın ve Hukuku, İstanbul, (Sulhi Garan Matbaası Koil. Şti.), 1976, s. 41; KILIÇOĞLU, Ahmet "Sorumluluk Açısından Basın Özgürlüğünün Özel Hukuktaki Yeri", YD, 1987, S. 1-4. s. 89.

lar içinde kullanılması gerekmektedir. Yalnız yapılacak sınırlar, kamusal değer taşıyan bu hakların zedelenmesi, kullanılmaz hale gelmesi sonucunu doğurmamak durumundadır (83).

Basın özgürlüğünün içeriğini oluşturan haklardan biri olan ve hukuka uygunluk sebebi teşkil eden haber verme hakkı, "haberlere ulaşmayı ve elde edilen haberleri yayınlamak olanaklarını ifade eder. Bu hak aynı zamanda, olayların aktarılması, resimlendirilmesi, olaya katılanlar ve olayın niteliğiyle ilgili bilgi verilmesi imkanlarını da kapsar" (84).

Bu durumda haber verme hakkının sözkonusu olabilmesi için ortada haber niteliği taşıyan bir olayın bulunması lazımdır. Ancak bu olayın haber niteliğini taşıyabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi lüzumu bulunmaktadır.

Şartlardan ilki haberin gerçek olmasıdır. Buradaki gerçeklik, somut gerçeği değil, olayın haberin verildiği andaki belirli biçimine uygunluk şeklinde anlaşılması gerekir (85). Zira haberi veren gazeteci maddi gerçeği araştırmakla yükümlü olmayıp (86), verdiği haberin verilmiş zamanındaki durumunu araştırmakla yükümlüdür (87). Bu konuda gazetecinin yanılığa düşmesi, kusurunun olmaması şartıyla hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir (88).

İkinci şart ise haberin güncel olmasıdır. Basın, vukua gelen olayları okuyuculara çabuk duyurmak ve kamuoyunun oluşmasına katkıda bulunmakla yükümlüdür (89). Ancak bazen eski bir olay toplumsal hayatta tekrar önem kazanabilir. Örneğin bir şahsın Cumhurbaşkanlığına aday olması o şahsın eski davranış ve tutumunun açıklanmasına yol açabilir. Bu durumda haberin güncelliği değil, olayın güncelliği sözkonusudur. Dolayısıyla olayı haber yapan gazeteci bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır (90).

Üçüncü şart kamu ilgi ve yararının bulunmasıdır. Kamu ilgisinin varlığı için yayınlanan haberin, kamunun merakını uyandıran

(83) ÖZEK, Türk Basın Hukuku, s. 141.

(84) ÖZEK, s. 36; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 21.3.1990, 1302/3719, YKD, 1981, S. 5, s. 562, 563.

(85) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 12.4.1979, 9042/4935, YKD, 1980, S. 3, s. 358; ÖZEK, s. 216.

(86) ÖZEK, s. 166.

(87) ERMAN, s. 156.

(88) ÖZEK, s. 222. Aksi kanaat için bkz.: DÖNMEZER, Genel Hükümler, II, s. 29.

(89) ERMAN, s. 160.

(90) ERMAN, s. 160, 161.

bir olay olması gerekmektedir (91). Ancak haberin hak teşkil edebilmesi merakın haklı olmasını da zorunlu kılmaktadır (92). Cumhurbaşkanı da bulunduğu makam itibarıyla, onunla ilgili haberlerin bilinmesinde kamu merakı ve yararı bulunmaktadır.

Son şart ise verilen haberle işlenen suç arasında fikri bir bağ bulunması yani haber verme hakkının sınırlarının aşılmamış olmasıdır. Örneğin Cumhurbaşkanı küçük düşürücü ifadelerin kullanılmasında fikri bağ ortadan kalkmıştır ve fiil hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır (93).

2. Siyasal Eleştiri Hakkı

Basın özgürlüğünün içeriğini oluşturan haklardan biri olan eleştiri hakkı, somut olayın kamuya aksettirilmesi yanında, olay ve olayda geçen kişilerin tutum ve davranışları hakkında düşünce ve değerlendirmelerin açıklanması imkânını ve hakkını ifade eder (94). Siyasal eleştiri hakkını da bu çerçevede düşünmek gereklidir (95).

Siyasal eleştiri hakkı kişiler için olduğu kadar siyasal organların işlemleri için de sözkonusudur. Zira insanlar, ancak bu şekilde siyasal hayatın işleyişi ve tutumlar hakkında bilgi sahibi olabilmek imkânına sahiptirler. Bu nedenle siyasal organların tahkirinin suç olarak kabul edilmesi, bu organların eleştirilmesi hakkını ortadan kaldırmamaktadır (96).

O halde bir kişi ve aynı zamanda siyasal bir organ olan Cumhurbaşkanı'nın siyasal eleştirilere hedef olması demokratik siyasal hayatın kaçınılmaz sonucudur. Hatta Cumhurbaşkanı sahip olduğu sıfat ve makam nedeniyle daha sert eleştirilere maruz kalabilir. Ancak eleştirinin, Cumhurbaşkanlığı makamının tahkiri sonucunu doğuracak şekilde yapılmaması gereklidir (97). Çünkü siyasal eleştirinin konusu, Cumhurbaşkanlığı makamı olmayıp bu makamı dolduran kişinin davranışlarıdır.

Ancak siyasal eleştiri hakkının sözkonusu olabilmesi için bu eleştirinin haber verme hakkının sınırları içerisinde gerçekleştiril-

(91) ÖZEK, s. 163.

(92) ERMAN, s. 162.

(93) ÖZEK, s. 167. Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, haber verme hakkı sövme suçu açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemektedir: ERMAN, s. 167.

(94) ÖZEK, s. 36; ERMAN, s. 170.

(95) ÖZEK, s. 36.

(96) ÖZEK, s. 182, 183.

(97) ÖZEK, s. 192.

mesi lüzumludur (98). Yani tenkide konu olan olayın gerçek olması, güncel bulunması, kamu ilgi ve yararının mevcut bulunması, eleştirilen olayla işlenen suç arasında fikrî bağın bulunması gerekmektedir.

3. Bilim ve Sanat Eseri Yaratma Hakkı

Bilim ve sanat hürriyeti, sadece eserin eleştirisi, incelenmesi, yorumlanması hakkını ifade etmemekte; sanat ve bilim adamına eseri yaratma, özgürce inceleme yapma ve bunları basın yoluyla kamuoyuna açıklama hakkını da kapsamaktadır (99).

Ancak bu hürriyetin hakaret ve sövme suçları açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmediği tartışmalıdır.

Bazı yazarlarımıza göre, eser yaratma hakkı sınırsız olduğundan yaratılan eserin bilimsel ve artistik değeri varsa hukuka uygunluk sebebinden yararlanır (100).

Diğer bazı yazarlarımıza göre ise, bilim ve sanat eseri yaratmak gerekçesiyle hiç kimse, başkasının şeref ve haysiyetini ihlâl edemez. Bu nedenle hakaret ve sövme suçları açısından bu hürriyet bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz (101). Tahkir edilen kişinin Cumhurbaşkanı olduğu gözönünde tutulursa bunun daha da imkansız olduğu görülür. Zira eser yaratma hakkı olayları ve kişileri yapılan eserle eleştirme, küçük düşürme, yani tahkir etme hakkını kapsamaz.

VI — CUMHURBAŞKANINA HAKARET VE SÖVME SUÇUNDA İCRA

1. Suçun Tamamlanması

Cumhurbaşkanına gıyapta hakaret ve sövme suçu, ihtilât unsurunun olduğu yer ve zamanda tamamlanır (102).

Huzurda hakaret ve sövme halinde, suç tahkir fiilinin yapılmasıyla tamamlanır (103).

(98) ERMAN, s. 170; ÖZEK, s. 189, 192.

(99) ÖZEK, s. 208, 209.

(100) ÖZEK, s. 209.

(101) ERMAN, s. 150.

(102) ÖZEK, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, s. 188.

(103) ERMAN, s. 123.

Suçun neşir yoluyla işlenmesi halinde ise, suç neşir (yayın) unsurunun gerçekleşmesiyle tamamlanmış olur (104).

İlave edelim ki, Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunun tamamlanması için kastedilen neticenin meydana gelmesi gerekmektedir (105). Zira gerek hakaret, gerekse sövme suçları tehlike suçlarıdır (106). Bu nedenle tahkir edici söz veya hareketten Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyetinin ihlâl edilmiş olması, devletin prestijinin sarsılması aranmamaktadır. Sadece kastedilen neticenin meydana gelme tehlikesinin mevcudiyeti suçun teşekkülü için yeterlidir.

2. Teşebbüs

158. maddedeki Cumhurbaşkanını tahkir suçu, neticesi hakarete bitişik suç olduğundan tam teşebbüs mümkün olmadığı gibi nakıs teşebbüs de mümkün değildir. Zira suç, huzurda hakaret ve sövme halinde tahkir fiilinin yapıldığı anda; gıyapta hakaret ve sövme halinde ise ihtilâtın gerçekleştiği anda teşekkül ettiği için, söz söylenmemişse, hakaret yapılmamışsa veya ihtilât unsuru gerçekleşmemişse ortada bir suç da yoktur. Çünkü ihtilât unsuru tahakkuk etmiştir ve bu durumda suç tamamlanmıştır veya ihtilât unsuru tahakkuk etmemiştir. Bu durumda da cezalandırılan bir durum sözkonusu değildir (107).

Suçun neşir yoluyla işlenmesi halinde de tam ve nakıs teşebbüs mümkün değildir. Çünkü hakaret ve sövme suçunun yayın yoluyla işlenmesi halinde, suçun teşekkülü yayın unsuruna bağlı olduğundan, Cumhurbaşkanına yönelik hakaret ve sövme unsurlarını içeren bir yazı, eser basılıp dağıtılmadığında yayın unsuru gerçekleşmeyeceği için, basın yoluyla işlenmiş bir suç ve böyle bir suçta teşebbüs sözkonusu değildir (108). Ancak basılmış eser tahkir edici nitelikteyse ve ihtilât unsuru gerçekleşmişse gıyapta hakaret ve sövme suçu teşkil edecektir. Fakat işlenen suç basın yoluyla işlenmiş bir suç olmayacaktır (109).

(104) ÖZEK, Çetin, "Basın Suçlarının İşlenmesi ve Takibi ile İlgili Bazı Problemler", İÜHFED, 1974, S. 1-4, s. 57, 58; ERMAN, Sahir - Çetin ÖZEK, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, (Gülen Ofset), 1991, s. 40 vd.

(105) ÖZEK, s. 188.

(106) ERMAN, s. 124.

(107) ÖZEK, s. 189.

(108) ERMAN - ÖZEK, s. 45; ÖZEK, s. 190.

(109) ÖZEK, "Basın Suçlarının...", s. 57, 58.

3. İçtima

Cumhurbaşkanına karşı işlenen fiil, hem hakaret hem de sövme niteliği taşıyorsa fail tek bir suçtan ceza görecektir. Zira her iki suç da aralarında fark yaratılmaksızın aynı maddede yer almıştır (110). Ancak tahkir edici fiil, başka bir fiili de, örneğin, hükümeti tahkir niteliğini de taşıyabilir. Keza Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme teşkil eden fiil Cumhurbaşkanına tecavüz suçuyla birleşmiş olabilir. Bu durumlarda ortada birden fazla suç vardır ve içtima kuralları uygulanır (111).

4. Temadi ve Teselsül

Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu ani suçlardandır. Bu nedenle mütemadi suç halinin gerçekleşmesi sözkonusu değildir. Zira tahkir fiilinin yapıldığı anda veya ihtilât gerçekleşir gerçekleşmez fiille fail arasındaki bağlantı kesilmiş olduğundan neticenin bir süre devam etmesi sözkonusu değildir (112).

Buna karşılık müteselsil suç halinin gerçekleşmesi mümkündür (113). Örneğin aynı suç işleme kararının etkisi altında failin değişik zamanlarda Cumhurbaşkanına hakaret etmesi gibi.

VII — CUMHURBAŞKANINA HAKARET VE SÖVME SUÇUNDA SUÇA TESİR EDEN SEBEPLER

Suçta tesir eden umumi sebeplerin, Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunda uygulanacağı genel kabul görmesine rağmen (114), genel hakaret ve sövme suçuna ait sebeplerin (m. 481, 485) Cumhurbaşkanını tahkir suçuna uygulanamayacağı hakim fikir olarak karşımıza çıkmaktadır (115).

Cumhurbaşkanına tahkiri düzenleyen 158. madde açısından ise, suçta tesir eden sebep sadece bir tanedir. Bu sebep, hakaret ve sövme suçunun yayın yoluyla işlenmesi halidir. Ancak bazı yazarlarımız (116), hakaret ve sövme suçunun huzurda işlenmesini ağırlaş-

(110) ÖZEK, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, s. 190.

(111) ÖZEK, s. 190.

(112) ERMAN, s. 126.

(113) ERMAN, s. 126.

(114) ÖZEK ise, Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunu düzenleyen 158. maddenin müstakil mahiyet taşıdığını, bu nedenle umumi sebeplerin 158. maddedeki sözkonusu suçta uygulanamayacağı kanaatindedir: ÖZEK, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, s. 192.

(115) EREM, III, s. 139; ÖZEK, s. 192.

(116) ÖZEK, s. 192; EREM, IV, 582; GÖZÜBÜYÜK, s. 221.

tırcı sebep, yani suça tesir eden sebep olarak kabul etmektedirler. Zira huzurda hakaret ve sövme suçunun, gıyapta hakaret ve sövme suçuna oranla daha ağır cezalandırılmasını buna sebep olarak göstermektedirler. Yani suçun basit şekli için gıyapta hakaret ve sövme, ağırlaştırılmış şekli için ise huzurda hakaret ve sövmeyi kabul etmektedirler. Oysa bir ağırlaştırıcı sebebin veya hafifletici sebebin sözkonusu olabilmesi için suçun basit şeklinde yer alan unsurların aynı kalması, fakat bu unsurlara birtakım hususların eklenmesi ile suçun daha hafif veya daha ağır sayılması gerekir (117).

Bu sebeple Cumhurbaşkanının tahkir suçunun ağırlaştırıcı sebebinin yayın (neşir) yoluyla işlenen hakaret ve sövme suçu olduğunu kabul ediyoruz. Yayının ne olduğu ise Basın Kanunumuzun 3. maddesinde açıklanmıştır: "Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı neşir sayılır." O halde yayın, basılmış eserdeki fikri muhtevanın umumun bilgisine sunulması yani aleniyet kazanmasıdır (118). Çünkü yayın, niteliği gereği sayısı sınırlı olmayan yığına aktarılması ve yığına ulaşma imkânının bulunmasıdır. Bu nedenle basılmış eserin belirli makama tevdi mecburiyeti ve tevdi yayın değildir (119).

O halde yayının gerçekleşmesi için, kanunda sayılan hareketlerin herkesin girebileceği veya görebileceği yerlerde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca yayının gerçekleşmesi için fiilen bilgi edinmenin tahakkuku, basılmış esere sahip olunması gerekli olmayıp, basılmış eserin umumun bilgisine hazır tutulması, bilinme ve görülme imkânının varlığı yeterlidir (120).

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunun yayın yoluyla gerçekleşmesi için basılmış eserin varlığı da gerekmektedir. Zira basılmış eser olmadan yayının dolayısıyla tahkir suçunun oluşması mümkün değildir. Basın Kanunumuzun 2. maddesine göre, bir yazı veya resmin basılmış eser sayılabilmesi için, neşredilmek üzere tabii aletleriyle basılması veya her türlü vasıta ile çoğaltılması zorunludur. Bu nedenle sırf saklamak veya birkaç kişiye verilmek üzere bir yazı veya resmin çoğal-

(117) ERMAN, s. 205.

(118) GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Haberleşme Hukuku, Ankara, (Sevinç Matbaası), 1970, s. 155; KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Saldırılarından Hukuki Sorumluluk, Ankara, (AÜHF Yay. No. 466), 1982, s. 23.

(119) ÖZEK, "Basın Suçlarının...", s. 59.

(120) GÖLCÜKLÜ, s. 155; ÖZEK, Türk Basın Hukuku, s. 531.

tilması halinde, yayın amacı olmadığı için ortada basılmış eser olmayacak ve Ceza Kanunu uygulanamayacaktır (121).

Basılmış eser tabirine, süreli ve süresiz yayınlar dahil olduğu gibi madde metni tahdidi olmadığı için yazı veya resme benzeyen şeyler de dahildir (122).

VIII — USUL

Ceza Kanunumuzun 160. maddesinin 2. fıkrasına göre, 158. maddeki Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunun takibi Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Görüldüğü gibi kanunumuz, genel hakaret ve sövme suçlarında olduğu gibi mağdurun rızasını kabul etmemiş, ülkenin siyasal yöneticilerinden birinin iznini aramıştır. Bunun sebebi, siyasi iktidara fiilin mahiyetine göre takdir hakkını tanımak yani politiktir (123).

Bu durumda Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunun işlenmesi halinde Cumhuriyet Savcısı doğrudan dava açamayacak, Adalet Bakanlığının iznini bekleyecek, ancak izinden sonra davayı açıp yürütebilecektir.

(121) DÖNMEZER, s. 254; ÖZEK, s. 529.

(122) DÖNMEZER, s. 244, 245; ERMAN - ÖZEK, s. 28, 30, 31.

(123) ÖZEK, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, s. 194.

SONUÇ

Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu hukukumuzda özel unsurla düzenleme konusu yapılmamış, hükmün uygulama alanı genel hakaret ve sövme suçunun unsurlarıyla sınırlanmıştır. Ancak Cumhurbaşkanını tahkir suçunun genel hakaret ve sövme suçundan farklı yönleri ve özellikleri bulunmaktadır. Zira bu suç devletin şahsiyetine karşı işlenmiş sayılmakta ve devletin menfaati Cumhurbaşkanının kişisel menfaatinden üstün tutulmaktadır. Ayrıca suçun mağdurunun, devletin en yüksek siyasal yöneticisi olması bu suça birtakım özellikler de kazandırmaktadır.

Ceza Kanunumuzun 158. maddesindeki tahkir suçunun teşekkülü için, hakaret ve sövme fiillerinin Cumhurbaşkanının başkanlık süresi içinde ve başkanlık fonksiyonlarıyla yükümlü bulunduğu süre zarfında işlenmesi gerekmektedir. Fakat sözkonusu fiillerin görevle ilgili veya görev yüzünden olması şart değildir. Yani şahsi sebeple hakaret ve sövme fiilinin işlenmesi halinde, fiil 158. maddeyi ihlâl edecek ve fail Cumhurbaşkanına hakaret ve sövmeden cezalandırılacaktır. Ayrıca bu suçun oluşması için, Cumhurbaşkanına karşı sözkonusu suçu işleyen kimsenin Cumhurbaşkanının sıfatını bilmesi gerekmektedir. Zira bu suç mağdur yönünden mahsus suç niteliğini taşımaktadır.

Ancak tahkir suçu işlenen kimsenin ne zaman Cumhurbaşkanı sıfatını kazandığı, Cumhurbaşkanına vekâlet eden Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına vekâlet süresi içinde hakaret ve sövme suçunun işlenmesi ihlâlinde durumun ne olacağı konusunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmakta ve kesin çözüme de kavuşacağı benzememektedir.

Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçu daha çok basın yoluyla işlenmektedir. Zira Cumhurbaşkanı sahip olduğu konum nedeniyle diğer kişilere nazaran daha çok kamuya açılmıştır ve bu oranda da halkın bu kimse hakkında bilgilenme, öğrenme merakı daha fazla bulunmaktadır. Bunu da en iyi sağlayan basın olmaktadır. Ayrıca basının sahip olduğu siyasal eleştiri hakkı tahkir suçunun oluşmasına daha fazla sebebiyet vermektedir. Çünkü Cumhurbaşkanı devletin başı ve siyasal bir organ olarak daha fazla siyasal eleştirilere maruz kalmak durumundadır. Ancak bu yolla halkın bilgilenmek, öğrenmek duyguları tatmin edilebilir ve yapılan davranışların değerlendirmesi mümkün olabilir. Demokratik siyasal hayat da devlet yöneticilerinin her türlü eleştiriye açık olmasını gerektirmektedir. Eleştirinin olmadığı bir yerde demokrasinin olması düşü-

nülemez. Ancak bu eleştirinin belirli sınırlar içinde yapılması gereklidir. Çünkü hürriyetin sınırsız olması aslında böyle bir hürriyetin olmadığını gösterir. Bu nedenle eleştiri hakkı ile tahkir sınırının belirgin bir şekilde tesbit edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Günümüzde 158. maddedeki bu suç dolayısıyla genelde ceza davası açılmamakta, hukuk mahkemelerinde tazminat davası açılmaktadır. Zira bu durumda Adalet Bakanlığının izni gerekmediği gibi, ceza mahkumiyeti de gerekmemekte, maddi yönden daha çok çıkar sağlanmaktadır.

ÖZEL HUKUK

İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA GECİKMiŞ İTİRAZ

Yrd. Doç. Dr. Ömer ULUKAPI (*)

A. GİRİŞ

İcra ve İflâs Hukukunda cebri icra işlemleri için konulmuş sürelerle bu faaliyetin hızlandırılması amaçlanmıştır. Nitekim, İcra ve İflâs Kanunu'nda hemen her işlem için bir süre (1) kabul edilmiştir. Bu süreler ilgililer için konulmuş olabileceği gibi, icra ve iflâs organları için de konulmuş olabilir (2).

İlgililer (özellikle alacaklı ve borçlu) için öngörülen bu (kesin) sürede bir talep veya itiraz hakkının kullanılmaması, ilgilinin kusurundan kaynaklanmayan bir mazeretine dayanıyorsa, aşağıda inceleyeceğimiz şekilde, İcra ve İflâs Kanunu m. 65'de belirtilen "Gecikmiş İtiraz" yoluna başvurarak (3) bu itiraz hakkını kullanabi-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

- (1) Genel olarak "süre", bir yükümlülüğün yerine getirilmesi veya bir işlemin yapılması için kanun, hakim veya ilgili kişi tarafından belirlenen zamandır. Bu konuda bkz. TÜRK HUKUK LÜGATI, B. 3, Ankara 1991, s. 223; YILMAZ, E., Hukuk Sözlüğü, B. 3, Ankara 1985, s. 460.
- (2) İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen sürelerin büyük bir kısmı, icra ve iflâs takibinin tarafları (alacaklı ve borçlu) ve üçüncü kişiler (örneğin, İİK. m. 97 gibi) için konulmuş sürelerdir. İlgililer için konulmuş süreler hak düşürücü nitelikte olup, süresi içinde bir işlemi yapmamış olan (örneğin, genel haciz yolu ile takipte ödeme emrine itiraz etmemiş olan) kişi (ilgili), o işlemi yapma, hakkını kural olarak kaybeder. İcra ve İflâs Kanunu'nun bazı maddelerinde icra ve iflâs organları (icra dairesi, icra tetkik merci, Yargıtay'ın ilgili hukuk daireleri ve genel mahkemeler) için konulmuş sürelerdir. İcra ve iflâs organları için konulmuş süreler hak düşürücü nitelikte olmayıp, bu organların süresinden sonra yapmış oldukları işlemler de geçerlidir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KURU, B., İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler (Prof. Dr. H. C. OĞUZOĞLU'na Armağan), Ankara 1972, s. 621 - 626.
- (3) İcra ve İflâs Kanunu m. 65'de düzenlenen gecikmiş itiraz müessesesinin uygulanması, icra takipleri açısından geçerli olduğu gibi, kambyo senetlerine mahsus iflâs yolunda da Kanun'un açık hükmü karşısında uygulanma kabiliyetini haizdir (İİK. m. 193, IV). Bunun gibi, kusuru olmaksızın bir

engel (mani) sebebiyle zamanında itiraz edemeyen borçluya âdi iflâs yolunda da m. 65'e göre gecikmiş itirazda bulunmak hakkını tanımak zorunluluğu vardır. bkz. KURU, B., İcra ve İflâs Hukuku, B. 3, C. III, Ankara 1993, s. 2700 - 2701; KURU, B., İflâs ve Konkordato Hukuku, B. 2, İstanbul 1988, s. 77 ve 107; ÜSTÜNDAĞ, S., İflâs Hukuku, B. 4, İstanbul 1991, s. 21. Uygulamada Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır, 11. HD., 27.12.1988, 3143/7963: "Davalı banka davacıya karşı âdi iflâs yoluyla takibe girişmiş, ödeme emrine İİK.nun 155. maddesinde öngörülen yedi günlük süre içinde itiraz imkânını bulamadığını ileri süren davacı gecikmiş itirazda bulunmuştur.

Âdi iflâs yoluyla yapılan takiplerde borçlunun gecikmiş itirazda bulunup bulunamayacağı hakkında İİK.nun 155. ve devamı maddelerinde bir hüküm mevcut değildir. Ancak, kambyo senetlerine mahsus iflâs yoluna ilişkin İİK.nun 173/f. III maddesinde öngörülen gecikmiş itiraz imkânının âdi iflâs yoluyla yapılan takiplerde de borçluya tanınması gerekmektedir...

Burada hali gereken, diğer bir sorun iflâs yoluyla takip edilen borçlunun henüz iflâs davasının açılmadığı bu safhadaki gecikmiş itirazını hangi merciye yapacağı hususudur. İİK.nun 173/f. III maddesi borçlunun ticaret mahkemesinde gecikmiş itirazda bulunabileceğini hükme bağlamış ise de mezkûr maddenin başlığından da anlaşılacağı üzere ticaret mahkemesinin bu husustaki görevi görmekte olduğu iflâs davası sırasında ileri sürülen gecikmiş itirazların haline münhasır kalmaktadır. Nitekim İİK.nu değiştiren 538 sayılı Kanun'un 173. maddeyi ilişkin Hükümet Tasarısı Gerekçesinde "...Bu madde ve müteakip maddeler iflâs davasının şeklini ve tâbi olduğu hükümleri tespit etmektedir. İflâs davasının süratle neticelendirilmesi için burada gecikmiş itirazı incelemek yetkisi ticaret mahkemesine verilmiştir..." denilmiş olması da iflâs davasından önce yapılmış gecikmiş itirazların ancak iflâs davasında Ticaret Mahkemesince incelenebileceğini doğrulamaktadır.

Öte yandan İİK.nu gerek âdi iflâs yoluna ait 155. maddesinde gerek kambyo senetlerine ilişkin 172. maddesinde borçlunun her türlü itirazlarını icra dairesine bildirmesi gerektiğini hükme bağlamış, İcra Tetkik Mercii'ne bu hususta bir görev vermemiştir. Şu halde, borçlu iflâs davası açılmadan önceki gecikmiş itirazını da (İİK.nun 173/f. III. maddesinin yollamasıyla İİK.nun 65/f. III. maddesi uyarınca) mâni'nin kalktığı günden itibaren üç gün içinde icra dairesine bildirmeli, iflâs davası açıldıktan sonra davaya bakan Ticaret Mahkemesi bu itirazı inceleyip sonuçlandırmalıdır. Olayımızda borçlu gecikmiş itirazını icra dairesi yerine Ticaret Mahkemesine sunmuş ise de Yasanın farklı yorumlara müsait olan 173/f. III. maddesinin lafzına itibar eden borçlunun ticaret mahkemesine başvurması gecikmiş itirazın sırf bu nedenle reddine yol açmamalıdır...", (ŞİMŞEK, E., İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1989, s. 632 - 633).

- (4) Benzer müesseselere hukukumuzda diğer alanlarda da yer verildiğini görmekteyiz. Nitekim, medeni yargı alanında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 166 - 167 ile ceza yargısı alanında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 41'de "Eski Hale Getirme" müessesesi ile şartların varlığı halinde kaçırılan süreden yararlanma imkânı tanınmıştır. Bu konuda bkz. aşa. B, 2, a ve b.

İcra ve İflâs Hukukunda icra ve iflâs takipleri açısından, gönderilen ödeme emrine karşı borçlu maddi hukuka veya takip hukukuna dayanarak (5) (6) yedi günlük hak düşürücü süre içerisinde itirazlarını bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, borçlu, yedi günlük süre içerisinde itiraz etmemişse, ödeme emri ve bununla icra takibi kesinleşir. Bu itiraz süresinin mutlak hükmüne getirilen tek istisna gecikmiş itirazdır (İİK. m. 65).

- (5) İİK. m. 60/3'e göre, ödeme emrine itiraz borcun tamamına veya bir kısmına itiraz şeklinde olabileceği gibi alacaklının yaptığı icra takibi hakkına yönelik de olabilir. Bu hüküm, bütün itiraz sebeplerini kapsamamakta ise de itiraz sebepleri hakkında genel bir fikir vermektedir. Bkz. KURU, B., Ödeme Emrine İtiraz, AD., 1961, S. 3 - 4, s. 269. Öğretide kabul edildiği şekilde, itiraz sebeplerini maddi hukuka ve takip hukukuna ilişkin itiraz sebepleri olarak belirtmek mümkündür. Bunlardan maddi hukuka dayanan itiraz sebepleri, takip konusu alacağa taalluk eden itirazlardır. Örneğin, talep edilen alacağın hiç doğmadığı, mevcut bulunmadığı veya talep edildiği kadar olmadığı, ödeme, takas, zaman aşımı gibi sebeplerle sona erdiği, tahsil edildiği halde ikinci defa talep edilmekte olduğu şeklindeki itirazlardır. Takip hukukuna dayanan itiraz sebepleri ise, alacaklının icra takibi hakkına yönelik yapılan itirazlardır. Örneğin, alacak miktarının muayyen (belirli) olmadığı, yani ikid bulunmadığı, rehinle temin edilmiş bir alacak bakımından öncelikle genel haciz yoluyla takibin caiz olmadığı (İİK. m. 45), alacaklının bir sözleşme ile icra takibinde bulunmak hakkından vazgeçtiği, yetki itirazı (İİK. m. 50, II), alacaklının aynı alacak için daha önce bir takip yaptığı ve bu takibin devam etmekte olduğu, hakkında borç ödemediği aciz belgesi verilmiş müflis borçlunun yeni mal iktisap etmediği yolundaki itirazı (İİK. m. 251, II) şeklindeki itirazlardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, B., İcra ve İflâs Hukuku, B. 3, C. I, İstanbul 1988, s. 236 - 238; KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E., İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), B. 5, Ankara 1991, s. 118 - 119; ÜSTÜNDAĞ, S., İcra Hukukunun Esasları, B. 5, İstanbul 1990, s. 120 - 121; POSTACIOĞLU, İ. E., İcra Hukuku Esasları, B. 4, İstanbul 1982, s. 145 vd.; BERKİN, N. M., İcra Hukuku Dersleri, B. 2, İstanbul 1969, s. 162; UYAR, T., İcra Hukukunda İtiraz, B. 2, Manisa 1990, s. 92 - 97; POSTACIOĞLU, İ. E., Ödeme Emrine İtirazın Mahiyeti Üzerinde Bir Deneme, İHFM., 1948, S. 1 - 2, s. 277 - 295; POSTACIOĞLU, İ. E., Ödeme Emrine İtirazın Sıhhat Şartları, İHFM., 1950, S. 3 - 4, s. 782 - 798; LENT, F./JAUERNIG, O., Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 18. Aufl., München 1987, s. 48 - 49; ROSENBERG, L./GAUL, H. F./SCHILKEN, E., Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., München 1987, s. 463 - 464; HINDEKLENG, H., Der Inhalt des Rechtsvorschlages, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, 1945, s. 65; JAEGER, C., Schuldbetreibung und Konkurs, Band I - II, Zürich 1911, s. 167 - 168; BLUMENSTEIN, E., Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, s. 247 - 249.
- (6) Takip hukukuna yönelik işlem icra ve iflâs dairelerinin kendiliğinden gözetmesi gereken bir hususa dayanıyorsa, buna aykırılık şikayet yoluyla ileri sürülebilir, bkz. PEKCANTEPEZ, H., İcra - İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s. 26; UYAR, T., İcra Hukukunda Şikayet, B. 2, Manisa 1991, s. 10.

B. GECİKMiŞ İTİRAZIN HUKUKİ NİTELİĞİ İLE BENZER MÜ- ESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1) GECİKMiŞ İTİRAZIN HUKUKİ NİTELİĞİ

a) Genel Olarak

Gecikmiş itiraz, kusuru olmaksızın bir mazeret sebebiyle süresi içinde itiraz edemeyen borçluya, bu (itiraz) hakkının düşmemesi için tanınan bir müessesedir.

Gecikmiş itirazın hukuki niteliği konusundaki görüşleri üç noktada toplamak mümkündür. Bunlar: Gecikmiş itirazın medeni usul hukuku anlamında bir dava olduğu, gecikmiş itirazın medeni usul hukukuna özgü bir kanun yolu olduğu, gecikmiş itirazın icra ve iflâs hukukuna özgü bir hukuki çare olduğu yönündeki görüşlerdir.

Biz, buradaki incelememizde bu görüşlerin herbirini ayrı ayrı belirttikten sonra kendi görüşümüzü açıklamaya çalışacağız.

aa) Gecikmiş İtirazın Medeni Usul Hukuku Anlamında Bir Dava Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, gecikmiş itiraz medeni usul hukuku anlamında bir davadır. İlâmsız icra takibinde (7) kusuru olmaksızın bir mazeret sebebiyle süresi içinde ödeme emrine itiraz edememiş olan borçlu, kanunda öngörülen süreler içinde tetkik merciine başvurarak hem mazeretini bildirir hem de ödeme emrine itiraz eder (8). Gecikmiş itiraz da takip hukuku açısından bir itirazdır (9). Ancak, normal süresi içinde icra dairesine yapılan itirazdan farklı olarak borçlunun tek taraflı irade beyanı icra takibini durdurma fonksiyonuna haiz değildir. Öğretide bu görüş (10) taraftarları, borçlunun gecikmiş itiraz talebinde bulunmakla tetkik merciinde usuli bir dava aç-

(7) Cebri icra sistemimizde yalnız para ve teminat alacakları açısından kabul edilmiş ilâmsız icra prosedüründe, alacaklının elinde bir ilâm bulunmasına gerek olmadığı gibi, alacağın bir senede (belgeye) bağlı olması da şart değildir. Yalnız, ilâmsız icranın başarıya ulaşabilmesi için borçlunun ödeme emrine itiraz etmemiş olması gerekir, bkz. KURU/ARSLAN/YELMAZ, İcra, s. 102.

(8) Süresi içerisinde gerek maddi hukuka gerek takip hukukuna dayanan sebeplerle borçlu ödeme emrine itiraz etmekle icra takibi kendiliğinden durmaktadır. Bu itibarla, ödeme emrine itirazın, başlamış bir icra takibini önleyen ve icra takibi ile alacaklı ve borçlu arasında kurulmuş bulunan usuli ilişkiyi reddeden bir fonksiyonu bulunmaktadır. Bkz. ÖNEN, E., İnşai Dava, Ankara 1981, s. 136.

(9) KURU, İtiraz, s. 287.

(10) BLUMENSTEIN, s. 107; ÖNEN, s. 137.

tiği olgusuna dayanmışlardır. Böyle bir usuli talep karşısında tetkik mercii borçlunun mazeretini kabul edecek olursa, icra takibi durmaktadır. İcra takibinin durması böyle bir usuli dava prosedürünün sonunda gerçekleşmektedir (11) (12).

bb) Gecikmiş İtirazın Medeni Usul Hukukuna Özgü Bir Kanun Yolu Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, gecikmiş itiraz medeni usul hukukuna özgü bir kanun yoludur. Gecikmiş itirazın bu konudaki hukuki nitelendirmesini yapmadan önce, kanun yoluna ilişkin mülâhazalar üzerinde durmak istiyoruz.

Medeni usul hukukunda kanun yolu, bir dava hakkında mahkemelerce verilen kararların tekrar gözden geçirilmesini sağlayan bir imkândır, şeklinde tanımlanmaktadır (13). Kanun yolu, medeni usul hukukunda genel olarak geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde ele alınmaktadır (14). Bunlardan geniş anlamda kanun yolu, aralarındaki uyumsuzluğu dava biçiminde yargı organı önüne getiren taraflara kanun tarafından tanınan, bu dava ile ilgili olarak mahkemece verilen her türlü yargısal kararın tekrar gözden geçirilmesini sağlayan bir imkândır (15). Bu anlamda kanun yolu, mahkeme tarafından verilen nihai kararlarla, yargılamayı yürütmek için alınan ara kararlarına yapılan itirazları da kapsamaktadır.

Dar anlamda kanun yolu ise, henüz şekli anlamda kesinleşmemiş yargısal kararların bir üst mahkemede kontrol ve iptal ettirilmesini sağlayan bir yoldur (16). Bu anlamda kanun yolunu geniş anlamda kanun yolundan ayırt edici iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kararın bir üst mahkemede ele alınması; yani, uyumsuzluğun üst yargı organına aktarılması (Devolutiveffekt); ikincisi

(11) ÖNEN, s. 137.

(12) Öğretide, gecikmiş itiraz prosedürünün icrayı önleyici karakteri nedeniyle bir insai özellik taşıdığı da ifade edilmiştir. Bkz. ÖNEN, s. 37.

(13) KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 4, C. I, Ankara 1979, s. 48, dn. 31; ARSLAN, R., Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 8; ÜSTÜNDAĞ, S., Medeni Usul Hukuku, C. I - II, B. 5, İstanbul 1992, s. 797; KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E., Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), B. 6, Ankara 1994, s. 572.

(14) ARSLAN, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 8; BİLGE, N., Medeni Usul Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973, s. 3; BİLGE, N./ÖNEN, E., Medeni Yargılama Hukuku, B. 3, Ankara 1978, s. 640; BERKİN, N. M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 875 - 876.

(15) ARSLAN, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 8; BİLGE, s. 3.

(16) ARSLAN, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 8; BİLGE, s. 3 - 4.

ise, şekli anlamda kesin hükümün (17) ertelenmesi veya icranın durdurulması (Suspensiveffekt)dir (18). Türk hukukunda öğretide (19) dar anlamda kanun yolunun bu iki özelliği bir arada taşıdığına ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak, öğretideki hakim görüş, dar anlamda kanun yoluna başvurulduğunda her iki sonucun doğması gerektiği yönündedir (20). Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunununda düzenlenen itiraz (21), geniş anlamda kanun yolu ise de dar anlamda kanun yolu olarak kabul edilmemektedir. Bunun gibi, gecikmiş itirazla benzerlik taşıyan (22) eski hale getirme de kanun yolu sayılamaz (23).

Gecikmiş itirazın dar anlamda bir kanun yolu olmadığı mülâhazalarımızı şu şekilde belirtebiliriz. Herşeyden önce gecikmiş itiraz, takip hukukuna ilişkin bir müessese olup, medeni usul hukukunda düzenlenmiş bir müessese değildir. Yukarıda belirttiğimiz şekilde kanun yolu, mahkemece verilen yargısal kararlara karşı bir üst yargı organına başvuru yolu olmasına karşın, gecikmiş itiraz takip hukukuna özgü kabul edilmiş asli icra organlarından icra tetkik merciine yapılmaktadır. Nitekim, icra tetkik mercii (sulh veya asliye hukuk mahkemesi anlamında) bir hukuk mahkemesi olmayıp, icra ve iflâs işleri için kurulmuş özel bir yargı organıdır (24) (25). Bu itibarla, tetkik mercii'nin takip hukuku ile ilgili kararları kesin

-
- (17) Şekli anlamda kesin hüküm hakkında geniş bilgi için bkz. GÜRDOĞAN, B., Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 13 vd.; DOMANIÇ, H., Hukukta Kaziyel Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964, s. 4 vd.; ÇENBERCİ, M., Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965, s. 15; ARSLAN, R., Kesin Hüküm İtirazı ve Yanılma Gerçeği, ABD., 1968, S. 5 - 6, s. 724.
- (18) Bu konuda Alman hukuku öğretisinde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. ROSENBERG, L./SCHWAB, K. H., Zivilprozessrecht, 14. Aufl., München 1938, s. 580 - 581; LENT, F./JAUERNIG, O., Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 1972, s. 212; GILLES, P., Die Berufung in Zivilsachen und die Zivilgerichtliche Instanzenordnung, (Humane Justiz, Die deutschen Landesberichte zum ersten internationalen Kongress für Zivilprozessrecht in Gent, 1977, s. 147 - 169), s. 150.
- (19) Bkz. ARSLAN, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 10.
- (20) Bkz. ARSLAN, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 10; BİLGE, s. 7 - 8.
- (21) Örneğin, HUMK. m. 107 gibi.
- (22) Bkz. aşa. B, 2, a.
- (23) ARSLAN, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 8; ÜSTÜNDAĞ, Usul, s. 797.
- (24) KURU, İcra, C. I, s. 43; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 38.
- (25) Her asliye mahkemesinin yargı çevresinde (her ilçede) bir icra tetkik mercii hakimi bulunur. Ayrıca, işi çok olan yerlerde, yeteri kadar icra hakim yardımcısı yer alır.

hüküm teşkil etmez (26) (27).

Görülmektedir ki, gecikmiş itiraza yönelik icra tetkik mercisinin vereceği karar kesin hüküm teşkil etmemesi nedeniyle, dar anlamda kanun yolu için gerekli unsurlardan kararın bir üst mahkemede ele alınması sonucunu doğurmamaktadır. Ayrıca, gecikmiş itiraz icra takibini kendiliğinden durdurma özelliğine sahip olmaması nedeniyle dar anlamda kanun yolunun ikinci unsuru olan icranın durdurulması şartını da sağlamamaktadır.

cc) Gecikmiş İtirazın İcra ve İflâs Hukukuna Özgü Bir Hukuki Çare Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre gecikmiş itiraz icra ve iflâs hukukuna özgü bir hukuki çaredir. Alman hukukunda kabul gören hukuki çare (Rechtsbehelf), hukuk sistemimizde, nihai olmayan kararlar ile icranın durdurulması etkisini taşımayan kararlar açısından kabul edilmiş bir terim bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde geniş anlamda hukuki çare, dar anlamda kanun yolu dışında kalan bir hakkın gerçekleşmesi için başvurulmuş her türlü usulî araç şeklinde ifade edilmiştir (28). Kanun yolunun aksine hukuki çareler, aynı yargı organı tarafından her türlü kararın yeniden gözden geçirilmesini sağlayıcı bir etkiye sahiptir.

Öğretilerde icra ve iflâs hukukunda şikayet açısından, şikayetin ileri sürülmesinin kendiliğinden işlemin icrasını durdurucu etkiye sahip olmaması nedeniyle dar anlamda bir kanun yolu olmayıp, hukuki çare olduğu ileri sürülmüştür (29).

(26) KURU, İcra, C. I, s. 43; KURU, B., Hukuk Muhakemeieri Usulü, B. 4, C. IV, Ankara 1984, s. 3560; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 22; aynı şekilde bkz. HGK., 27.10.1982, 11/1915-866 (YKD., 1983, S. 5, s. 653 - 655).

(27) İcra tetkik mercisinin verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi demek, bu kararların sonuçlandırdığı uyumsuzlukların yeni bir davanın konusunu teşkil edebileceğini ifade etmektedir, bkz. ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 22. Yoksa, icra tetkik mercisinin takip hukukuna ilişkin kararları, sadece takip hukuku bakımından kesin hüküm teşkil eder, bkz. KURU, Usul, C. IV, s. 3559.

(28) Alman hukuku için bkz. BAUMANN, J./BREHM, W., Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., Bielefeld 1982, s. 205-206; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, s. 421 - 423; İsviçre hukukunda da geniş anlamda kanun yolunun hukuki çareyi de kapsadığı kabul edilmektedir, bkz. HABSCHIED, W. J., Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht, Zürich 1986, s. 397-398; Türk hukukunda da aynı kavramın kullanılacağı hakkında bkz. ARSLAN, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 39; BİLGE, s. 4, dn. 10 ve s. 10; Postacıoğlu ise, gecikmiş itirazın icra hukukuna özgü bir kanun yolu olduğunu ileri sürmektedir, bkz. POSTAÇIOĞLU, İcra, s. 98.

(29) Bu konuda geniş bilgi için bkz. PEKCANITEZ, s. 33 - 35.

Gecikmiş itiraz da niteliği gereği, mazereti sebebiyle süresinde itiraz ileri süremeyen kişiye tanınmış cebri icra hukukuna özgü bir hukuki çaredir. Zira, gecikmiş itirazın doğrudan işlemin icrasını durdurucu etkisi bulunmaması nedeniyle, suspensiveffekt özelliğe sahip değildir. Bu yüzden gecikmiş itiraz dar anlamda kanun yolu olarak da nitelendirilemez (30).

b) Görüşümüz

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız nedenlerle gecikmiş itiraz, icra ve iflâs hukukunda düzenlenmiş kendine özgü bir hukuki çaredir. Gecikmiş itirazı medeni usul hukuku anlamında dava çeşitlerinden birine dahil etmek mümkün değildir. Nitekim, gecikmiş itirazda borçlunun tek taraflı irade beyanı icra takibini durdurmadığı ve dolayısıyla hukuki sonuç doğurmadığı için gecikmiş itirazda bulunmak bir inşai hakkın kullanılması anlamını taşımamaktadır. Dolayısıyla gecikmiş itirazın kabulü tetkik merciinden bir usuli talep neticesinde istenilmektedir.

Gecikmiş itirazı dar anlamda kanun yolu olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Nitekim, yukarıda da izah etmeye çalıştığımız gibi, gecikmiş itiraz, dar anlamda kanun yolunun iki unsuru olan uyumsuzluğun üst yargı organına aktarılması ve icranın durdurulması özelliğine sahip bulunmamaktadır.

2) GECİKMİŞ İTİRAZIN BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Gecikmiş itirazın, amacı kusuru olmaksızın bir mazereti nedeniyle süresi içerisinde ödeme emrine itiraz edemeyen borçluya, bu (itiraz) hakkının düşmemesi için tanınan bir müessese olduğunu belirtmiştik. Hukuk sistemimizde başka yargı alanlarına yönelik aynı amaca hizmet eden müesseseler de yer almaktadır.

Buradaki incelememizde gecikmiş itirazı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda ayrı ayrı düzenlenmiş "eski hale getirme" müessesesiyle karşılaştırmalı olarak ele alacağız (31).

(30) Karş. POSTAÇIOĞLU, İcra, s. 98.

(31) Aşağıda görüleceği şekilde, hukuk sistemimizde yargılama alanlarına ilişkin kanunlarda öngörülen kesin sürelerin genel olarak kusura dayanmayan bir engel sebebiyle kaçırılması halinde, bu süreden yararlanma imkânı getirilmiştir. Oysa, idari yargı alanında İdari Yargılama Usulü Kanununda idari dava açma sürelerinin de mücbir sebeple kaçırılması durumunda bu sürelerin etkilenmesi sözkonusudur. Bu eksiklik Danıştay kararlarıyla giderilmediği gibi, Danıştay'ın birçok kararında mücbir sebep-

a) Gecikmiş İtirazın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Düzenlenen "Eski Hale Getirme Müessesesi" ile Karşılaştırılması

İcra ve İflâs Kanununda olduğu gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen, gerek kanunun gerek hakimin belirlediği kesin süre içerisinde bir işlemin yapılmaması durumunda, o işlem için öngörülen hakkın düşmesi sözkonusudur. Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 163'de "... Bu suretle verilecek olan müddet kat'idir. Bir daha verilemez" şeklinde ifade edilmiştir.

Tarafın iradesi dışında süreyi kaçırmaması durumunda, o kişiye süresinde yapmadığı işlemi sonradan yapma imkânını veren müessesesi olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda "eski hale getirme" (32) kabul edilmiştir. Eski hale getirme şu şekilde tanımlanabilir: Kesin sürelerin kanunda mazeret addedilen sebep yüzünden geçirilmesi halinde, hakkın düşmemesi için ilgililere tanınan son bir imkân olup, aynı süreden tekrar yararlanmayı sağlayan bir müessesedir (33).

Eski hale getirme müessesesinin sadece Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen süreler için sözkonusu olduğu, bunun dışında İcra ve İflâs Kanunundaki süreler açısından geçerli olup olmadığı tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre (34), eski hale getirme müessesesi bir şekilde sadece Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki süreler için sözkonusu edilmişse de, İcra ve İflâs Kanunundaki süreler bakımından da kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Yargıtay'ın eski

lerin dava açma sürelerini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamasının gerekçesi olarak, idarenin istikrarı ve kamu düzeninin korunması amacıyla dava açma süresinde bir farklılık yaratılmayacağı düşüncesine dayandırılmaktadır. Ancak, öğretide ifade edildiği şekilde, nasıl ki İcra ve İflâs Kanunu açısından gecikmiş itiraz müessesesi bu amacı sağlamaya yönelik bir düzenlemeyi içermekte ise, İdari Yargılama Usulü Kanununda da beklenmeyen hal veya mücbir sebeplerle süreyi kaçırmış olan tarafa bu çeşit bir imkânın getirilmesi uygun olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNGÖREN, G., Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri, İstanbul 1990, s. 131.

- (32) "Eski hale getirme" Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda "halî sabıka irca" olarak ifade edilmiştir.
- (33) BERKİ, Ş., Eski Hale Getirme, (S. Ş. ANSAY Armağanı, Ankara 1964, s. 149 - 168), s. 149; benzer tanımlar için bkz. BİLGE/ÖNEN, s. 309; BERKİN, Usul, s. 546.
- (34) BİLGE/ÖNEN, s. 309.

tarihli kararlarında da (35), usuldeki eski hale getirme hükümlerinin icra tetkik mercii kararları hakkında da uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Öğretinin çoğunluğu tarafından kabul edilen görüşe göre ise (36), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş bulunan eski hale getirme müessesesinin genellikle İcra ve İflâs Kanunu ile belirlenmiş veya icra müdürü tarafından verilen sürenin geçirilmesi halinde uygulanmasının sözkonusu olamayacağı ifade edilmiştir. Nitekim, icra ve iflâs hukukunda, kusuru olmaksızın, bir engel nedeniyle süresi içerisinde ödeme emrine itiraz edemeyen borçlu tetkik mercii (37), ancak gecikmiş itirazda bulunabilir. Ancak, istisnai olarak icra tetkik mercii hakiminin temyiz edilebilen kararları (İİK. m. 363) ile ticaret mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz süresinin geçirilmesi halinde sözkonusudur (38) (39). Kanaatimizce de öğretinin çoğunluğu tarafından kabul edilen görüşü benimsemek uygun olur. Zira, icra ve iflâs hukukunda öngörülen kesin sürede, kusuru olmaksızın bir mazereti sebebiyle ödeme emrine itiraz edememiş olan borçlunun ancak gecikmiş itirazda bulunabileceği, buna karşılık, gecikmiş itiraz ile eski hale getirme müesseseleri az çok aynı nitelik ve hukuki fonksiyonu haiz olmakla beraber, tâbi oldukları kanuni şartlar yönünden birbirlerinden farklı bir düzenlemeyi içerdiklerinden eski hale getirme müessesesinin burada uygulanma ka-

(35) Bu konuda bkz. İİD., 15.6.1945, 258/1653 (OLGAÇ, S., Tattbikatta İcra ve İflâs Kanunu, İstanbul 1954, s. 144).

(36) BERKİN, Usul, s. 546 - 547; BERKİ, Eski Hale Getirme, s. 150; BERKİN, İcra, s. 41; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 124; KURU, Müddetler, s. 636; BLUMENSTEIN, s. 202; JAEGER, s. 35 - 36; KURU, İcra, C. I, s. 135; KURU, Usul, C. IV, s. 3785; YESİLTAN, A. T., Eski Hale Getirme, (AD., 1972, S. 3, s. 256 - 271), s. 258.

(37) Kambyo senetlerine mahsus iflâs yolu ile takipte, kusuru olmaksızın bir mazeret sebebiyle süresi içerisinde ödeme emrine itirazda bulunamayan borçlunun, bu itirazını İİK. m. 65'e göre ticaret mahkemesine yapması gerekir (İİK. m. 173, IV).

(38) BERKİN, Usul, s. 547.

(39) Öğretide KURU, şikayet süresinin kaçırılması halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen eski hale getirme müessesesinin burada uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna gerekçe olarak her iki kanunda öngörülen sürenin kaçırılması halinde menfaatler durumunun aynı olduğu, bu nedenle icra ve iflâs hukukundaki sürelerin kaçırılması halinde de medeni usul hukukunda olduğu şekilde aynı şartlar altında eski hale getirme yoluna başvurma uygun olacağı kanısındadır. Hatta, hiç değilse İİK. m. 65'de öngörülen gecikmiş itirazın, şikayet süresi için de kıyasen uygulanmasında herhangi bir engelin bulunmadığını da ifade etmektedir. Bkz. KURU, Müddetler, s. 637; KURU, Usul, C. IV, s. 3785. Aksi görüş için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, Usul, s. 686.

biliyeti olmaması gerekir. Hatta, gecikmiş itirazın, mevcut düzenleme karşısında sadece ödeme emrine itiraz açısından değil, icra tetkik mercii hakiminin temyiz edilebilen kararlarını da içerecek şekilde düzenlenmesi ve uygulanması uygun olur (40). Yoksa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki süreler açısından öngörülmuş bulunan eski hale getirme müessesesinin, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle, İcra ve İflâs Kanunu açısından uygulanma kabiliyetinin kıyasen bile olsa bulunmaması gerekir.

Gecikmiş itiraz ile eski hale getirme müesseseleri her ne kadar nitelik ve hukuki fonksiyonları açısından birbirine benzetmekle beraber, tâbi oldukları kanuni şartlar bakımından birbirinden farklı bir düzenlemeyi içermektedirler. Gecikmiş itiraz bakımından aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz (41) şekilde, borçlunun "kusu ru olmaksızın bir mazereti sebebiyle süresi içinde itiraz edememiş" olması ve borçlunun bu gecikmiş itirazını mazeretin kalktığı günden itibaren üç gün içinde, herhalükârda paraya çevirme işlemi sonuçlanıncaya kadar yapılmış olması gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş bulunan eski hale getirme müessesesinin şartları daha farklı olarak belirlenmiştir. Bunlar: Sürenin arzu ve ihtiyar dışında bir sebeple kaçırılmış olması, kanuni yollara başvurmanın imkânsız bulunması ve eski hale getirme talebinin on gün içerisinde yapılmasıdır (42).

b) Gecikmiş İtirazın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Düzenlenen "Eski Hale Getirme Müessesesi" ile Karşılaştırılması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörüldüğü gibi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda da, eski hale getirme, "ceza muhakemesine ilişkin bir işlemin yapılması için tanınmış olan bir sü-

(40) Olan hukuk açısından gecikmiş itiraz, ancak itirazlara mahsus bulunduğundan, İHK. m. 65 hükmünün şikayetlere ilişkin gecikmiş itiraz isteklerinde kıyas yoluyla uygulanamaz, bkz. OLGAÇ, s. 478; ancak, olması gereken hukuk açısından gecikmiş itiraz müessesesinin İcra ve İflâs Kanununda öngörülen şikayet süreleri bakımından da uygulanmasının bu müessesenin düzenleniş amacına uygun düşeceği kanaatindeyim.

(41) Bkz. aça. C.

(42) Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Usul, C. IV, s. 3776 vd.; KURU, Müddetler, s. 636 - 638; KURU/ARSLAN/YILMAZ, Usul, s. 684 - 687; ÜSTÜNDAĞ, Usul, s. 431; BERKİN, Usul, s. 546 vd.; POSTAÇIOĞLU, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975, s. 360 - 364; ANSAY, S. Ş., Hukuk Yangılama Usulleri, B. 7, Ankara 1960, s. 163 - 166; BELGESAY, M. R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1939, s. 383 vd.; BERKİ, Eski Hale Getirme, s. 150 - 157; YEŞİLTAN, s. 260 - 264.

renin kanunda gösterilen nedenlerle (CMUK. m. 41) kaçırılması halinde, sürenin sona ermesiyle doğacak sonuçların doğmamış olmasını sağlamak için kabul edilmiş bir olağan dışı hukuki çare"dir (43) (44).

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki "eski hale getirme"nin sebepleri, gecikmiş itirazdan daha farklı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Nitekim, buradaki düzenlemede eski hale getirme nedenleri, Kanunun ifadesiyle, "mücbir sebepler veya beklenilmeyen veya sakınılması kabil olmayan hadiseler" sonucunda bir süreye uymama (CMUK. m. 41), "yapılan bir tebliğden kusuru olmaksızın haberdar olmama" (CMUK. m. 41) ve bazı hallerde duruşmada bulunmama (CMUK. m. 228, 311, 361, 391) şeklinde düzenlenmiştir (45).

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda düzenlenmiş bulunan eski hale getirme müessesesi, icra tetkik merciinin baktığı, icra ceza işlerindeki müddetlerin kaçırılması halinde de, İcra ve İflâs Kanununun yaptığı yollama gereğince (İİK. m. 249, son fıkra) uygulanması sözkonusudur.

C. GECİKMİŞ İTIRAZIN ŞARTLARI

Gecikmiş itirazın geçerli olabilmesi için aşağıdaki şartların varlığı aranır. Bunlar: Borçlu kusuruna dayanmayan bir mazeret nedeniyle süresinde itiraz edememiş olmalı, borçlu süresi içinde gecikmiş itirazda bulunmalı, borçlu mazeretini gösteren delillerle birlikte itiraz ve sebeplerini tetkik merciine bildirmeli ve gerekli harç ve masrafların yatırılmış olması gerekir.

1) BORÇLUNUN KUSURUNA DAYANMAYAN BİR MAZERETİ NEDENİYLE SÜRESİNDE İTIRAZ EDEMEMİŞ OLMASI

a) Borçlunun Kusursuz Olması

Hukukumuzda bu husus gecikmiş itirazı düzenleyen İcra ve İf-

(43) Bkz. KUNTER, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, İstanbul 1989, s. 528 - 529; ÖZTÜRK, B., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 3, İzmir 1994, s. 290; CENTEL, N., Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme, (İHPM., C. LI, S. 1 - 4, s. 197 - 220), s. 197 - 198.

(44) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda öngörülen eski hale getirme müessesesinin hukuki niteliği de öğretide tartışmalıdır. Nitekim, bunu "olağan-dışı hukuki çare" olarak kabul edenler olduğu gibi, "geniş anlamda kanun yolu" olarak nitelendirenler de vardır. Ancak, öğretide baskın görüş bir "olağan dışı hukuki çare" olduğu noktasında toplanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNDER, A., Eski Hale Getirmenin Hukuki Niteliği, (İHPM., C. XXX, S. 3 - 4, s. 950 - 973), s. 954 - 955; CENTEL, s. 200 - 202; KUNTER, s. 529 - 531.

(45) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, s. 202 - 210.

lâs Kanunu m. 65, 1'de, "borçlu kusuru olmaksızın bir mâni sebeple müddetinde itiraz edememişse..." ifadesiyle belirtilmiştir.

Buradaki borçlunun kusursuzluğundan amaç, borçlunun zamanında itiraz etmesine engel olan hususun borçlunun kusuruna dayanmamasıdır (46). Başka bir deyişle, borçlunun süresinde itiraz etmesine engel olan hususun, borçlunun iradesi dışındaki bir sebepten (mazeretten) kaynaklanmış olması gerekir (47). Aksi takdirde, borçlunun süresi içinde ödeme emrine itiraz edememesi kendi kusurundan kaynaklanmışsa, gecikmiş itiraz müessesesinden yararlanamaz. Örneğin, işlediği bir suç nedeniyle tutuklu bulunan borçlu, bu arada itiraz süresini geçirmişse, bu sebebe dayanarak gecikmiş itiraz talebinde bulunamaz (48).

Borçlunun ödeme emrine itiraz edememesi kendisine doğrudan atfedilebilecek bir kusura dayanmamalıdır (49). Bunun gibi, takip ehliyeti bulunmayan borçluya karşı yapılan takipte ödeme emrine itiraz etmek yetkisi, borçlunun kanuni temsilcisine ait olduğundan (50), kanuni temsilci kusuru olmaksızın mazereti sebebiyle ödeme emrine itiraz edememişse gecikmiş itirazda bulunabileceği kabul edilmesine karşın, borçlunun iradi temsilcisinin (örneğin, vekilinin) kusuruna dayanmayan bir engel nedeniyle gecikmiş itirazda bulunabilmesi kabul edilmemektedir (51).

Nitekim öğreti (52) ve uygulamada (53) vekilin kendisine bağlı sebeplere dayanarak gecikmiş itirazda bulunamayacağı kabul edilmektedir. İcra ve İflâs Kanunundaki bugünkü düzenleme karşısın-

(46) UYAR, İtiraz, s. 51; KURU, İcra, C. I, s. 263; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 126; BELGESAY, M. R., İcra ve İflâs Hukuku, C. I, İstanbul 1945, s. 170; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 124.

(47) POSTACIOĞLU, İcra, s. 170.

(48) Bkz. OLGAÇ, s. 478.

(49) Nitekim uygulamada Yargıtay verdiği bir kararda "ödeme emrine karşı bir mâni sebebiyle itiraz edilmemesi haline münhasırdır. Yani, usulü dairesinde yapılan ödeme emri tebliği üzerine süresinde kusuru olmadan bir mâni sebebiyle itiraz edilmemiş olmalıdır" şeklinde ifade edilmiştir, bkz. İİD., s. 12, 1963, 12413/12769, (ÖĞÜTÇÜ, A. T./ÇİTOĞLU, A., Uygulamada İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1977, s. 293).

(50) Ödeme emrinin tebliği anında gayrimümayyiz durumunda bulunan ve bir kanuni temsilciye de sahip olmayan borçlu dahi gecikmiş itirazdan yararlanabilmelidir, bkz. JAEGER, s. 174.

(51) JAEGER, s. 173; BLUMENSTEIN, s. 255.

(52) JAEGER, s. 173; KURU, İcra, C. I, s. 266-267; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 127; KURU, İtiraz, s. 286; UYAR, İtiraz, s. 55; BELGESAY, İcra, s. 170-171; ŞİMŞEK, s. 217; ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 292.

da bu fikre katılmamak mümkün değildir. Zira, bu husus gecikmiş itirazı düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu m. 65, I'deki "Borçlu..." ifadesiyle açıkça belirtmiştir. Ancak, vekile vekâlet verildiği durumlarda aşağıda inceleyeceğimiz mazeretlerden birinin (örneğin, ağır hastalık) vekilin şahsında meydana gelmesi durumunda borçlunun ödeme emrine itiraz süresi geçtikten sonra öğrenmesi durumunda buna dayanarak itiraz edebilmelidir. Hatta, tebligat borçlu asile yapılmayarak vekile yapılmış ise, vekilin kusuruna dayanmayan mazereti gecikmiş itiraz sebebi olabilmelidir (54).

Borçlu dışında üçüncü kişilerin bu gecikmiş itiraz müessesesinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu m. 65 hükmü borçludan sözettiği de, borçlunun üçüncü kişideki alacağının alacaklı tarafından haczini düzenleyen İİK. m. 89 hükmü çerçevesinde, gecikmiş itirazın uygulanması sözkonusudur (55). Nitekim, borçlunun üçüncü kişide bulunan alacağının alacaklı tarafından haczi üzerine (İİK. m. 89, I), üçüncü kişinin gönderilen birinci haciz ihbarnamesine İİK. m. 89, II gereğince, kusuru olmaksızın bir mazereti sebebiyle süresinde (yedi gün) itiraz edememesi durumunda, üçüncü kişinin mazeretinin kalkmasından itibaren üç gün içinde gecikmiş itiraz yoluna başvurulabilecektir. Kanun koyucunun, İcra ve İflâs Kanunu m. 89, V'de "Üçüncü şahıs, kusuru olmaksızın bir mâni sebebiyle müddeti içinde haciz ihbarnamesine itiraz etmediği takdirde 65 inci madde hükmü uygulanır" şeklinde getirdiği düzenlemeyle, mazereti nedeniyle süresinde itiraz yoluna başvuramayan üçüncü kişiye de İİK. m. 65' deki şartlara uygun olarak gecikmiş itirazdan faydalanabilme yetkisi sağlamıştır.

b) Kabul Edilebilir Bir Mazeretin Bulunması

Kanun koyucu İİK. m. 65'de gecikmiş itirazı, borçlunun süresinde ödeme emrine itiraz edememesini kendisine atfedilemeyecek kusur olmaksızın bir mazerete dayandırması halinde kabul etmiştir.

Kanun koyucunun ifadesiyle belirtilen "mâni sebebiyle" borç-

(53) 12. HD., 30.6.1975, 4818/6329: "İİK'nun 65. maddesine istinaden gecikmiş itiraz talebinde bulunabilmek için mâni halin müvekkile bağlı olması zârimdir. Borçlu vekili kendisine bağlı bir sebepten dolayı gecikmiş itiraz talebinde bulunamaz" (ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 295); aynı doğrultudaki kararlar için bkz. 12. HD., 11.5.1976, 3599/5926 UYAR, İtiraz, s. 78); İHD., 10.11.1966, 10976/11160 (ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 283); İHD., 8.10.1964, 9981/10783 (UYAR, İtiraz, s. 78).

(54) Aynı doğrultuda bkz. BELGESAY, İcra, s. 171; ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 292.

(55) Bkz. UYAR, İtiraz, s. 55.

lunun iradesi dışındaki bir sebep olarak ifade edilebilir (56). Kanun koyucu bu maddede, mücbir sebep yerine "mâni sebebiyle" hükmünü koymakta oldukça müsamahakâr davranmıştır (57). Aşağıda inceleyeceğimiz şekilde, sözkonusu mazeret sebepleri sayılmaksızın bunların var olup olmadığı hususu hakimın takdirine bırakılmıştır (İİK. m. 65, III).

Belirtmek gerekir ki, borçlunun ödeme emrine süresi içinde itiraz edememesine neden olan mazeret sübjektif koşullara ve süresinde itiraz edemeyenin özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Zira, birisi için mümkün olan, diğeri için imkânsız olabilir. Ancak, süresi içinde itiraz edilememe, borçlunun kusuru sonucu olmamalıdır.

Bu açıklamalardan sonra borçlunun kusuruna dayanmayan ve bu nedenle kendisine gecikmiş itirazda bulunmasını haklı gösteren mazeret sebeplerini tahdidi olmaksızın inceleyebiliriz:

aa) Mücbir Sebepler

Borçlu, süresi içerisinde mücbir sebeplerden ötürü ödeme emrine itiraz edememişse, bu mücbir sebebin son bulması ve borçlunun itiraz edebilecek duruma gelmesi üzerine gecikmiş itirazda bulunabilir.

Mücbir sebep, "önceden gözönüne alınmasına ve bunun sonucu olarak ortadan kaldırılmasına imkân bulunmayan ve dış bir etkidenden ileri gelen olay"dır (58). Bu olay, doğal bir güçten veya üçüncü bir kişinin fiilinden kaynaklanabilir.

Bunlardan doğal olay; insan katkısı olmaksızın doğada meydana gelen, insanlarca engellenemeyen, fakat sonuçları hafifletilebilen veya giderilebilen olaylardır. Buna göre, yangın, deprem, yer kayması veya su baskını gibi olaylar borçlunun gecikmiş itirazda bulunma yetkisini sağlar (59). Ayrıca, etkisi doğal olaylara yaklaşan, insanlar tarafından veya onların katkısıyla yaratılan olaylarda da (örneğin, savaş, ihtilâl gibi) borçlu gecikmiş itirazda bulunabilir.

bb) Beklenilmeyen (Umulmayan) Hadiseler

Borçlu, olayın özelliklerine göre, kendisinden beklenecek özeni gösterdiği halde, ödeme emrine itiraz süresini geçirmesine neden

(56) KURU, İcra, C. I, s. 263.

(57) ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 291.

(58) Bkz. TÜRK HUKUK LÜGATI, s. 261; YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, s. 813.

(59) KURU, İcra, C. I, s. 264 - 265; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 127.

olan olay ya da sonucu engelleyemediği durumlarda ortada beklenilmeyen (umulmayan) hadiseler (60) sözkonusudur.

Gecikmiş itiraz sebepleri bakımından kanun koyucu sınırlayıcı bir hüküm getirmemekle, beklenilmeyen (umulmayan) hadiseler de bir gecikmiş itiraz sebebi olabilecektir. Nitekim, uygulamada Yargıtay (61), "... borçlu kusuru olmaksızın mâli bir sebeple süresi içinde takibe itiraz edememişse, paraya çevirme muamelesi sonuçlanuncaya kadar, fakat mâniin kalktığı günden itibaren üç gün içinde yapılmak üzere gecikmiş itirazda bulunabilir..." şeklindeki verdiği kararlar, borçlunun kusuru olmaksızın mâli bir sebeple, süresinde ödeme emrine itiraz edememesini bir gecikmiş itiraz sebebi olarak telâkki etmiştir.

cc) Borçlunun Ağır Hastalığı

Borçlu, süresi içinde ödeme emrine itiraz edemeyecek ve kendisine bir vekil atayamayacak derecede ağır hasta ise, iyileştikten sonra gecikmiş itirazda bulunabilir (62).

Öğretide, borçlunun hastalık halinin gecikmiş itiraz nedeni olabileceğini ileri sürenler de bulunmaktadır (63). Kamınca, burada icra dairesine gidemeyecek kadar hasta olan borçlu, bu imkândan yararlanabilmelidir.

Borçlunun mazeret nedeni teşkil edebilecek hastalığı resmi tabip raporu ile ispat edilebileceği gibi, özel tabiplerden alınan raporların sağlık müdürlüklerince onaylanması kaydıyla geçerli olabilir (64). Burada sözkonusu olan, borçlunun ödeme emrinin tebliğinin

(60) Beklenilmeyen (umulmayan) hadiseler kavramı konusunda bkz. YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, s. 752 - 753.

(61) 12. HD., 20.11.1973, 10675/10252 (YKD., 1976, S. 1-6, s. 228 - 229).

(62) JAEGER, s. 174; KURU, İcra, C. I, s. 283, KURU, İtiraz, s. 286-287; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 127; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 124; BERKİN, İcra, s. 164.

(63) Bkz. BLUMENSTEIN, s. 256; POSTACIOĞLU, İcra, s. 170.

(64) Uygulamada Yargıtay'ın bu hususa yönelik çeşitli kararlarına rastlamak mümkündür. Özel rapora dayanılarak gecikmiş itirazda bulunulamayacağı hk., 12. HD., 27.1.1988, 10186/544, "Gecikmiş itiraz talebinde bulunan borçlu şikâyetini 9.7.1987 tarihli tasdikli özel rapora dayandırmıştır. Şikâyete dayanak yapılan raporun niteliği ve raporda belirtilen arazlar nazara alınarak, gecikmiş itiraz isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken..." (UYAR, İtiraz, s. 69. Haricen alınan ve protokol numarası olmayan rapora dayanılarak gecikmiş itirazda bulunulamayacağı, raporda belirtilen rahatsızlığın itiraza engel olup olamayacağının araştırılması gerekeceği hk., 12. HD., 25.4.1985, 14267/3936, "Gecikmiş itiraza mesnet yapılan rapor, haricen alınmış protokol numarası olmayan rapor olduğu na-

den sonraki mazeret nedeni teşkil edebilecek hastalığıdır. Yoksa, kendisine bir temsilci tayin edemeyecek derecede ağır hasta olan borçlu hakkında takibin ertelenmesi (65) ve borçluya ödeme emri tebliğ edilmemesi gerekir (66).

dd) Borçlunun Adresinde Bulunamaması Nedeniyle Usulüne Uygun Yapılan Tebliği Sonradan Öğrenmiş Olması

Tebliğat Kanununa göre, ödeme emrini borçlu adına tebellüğe yetkili kimselerin (örneğin, borçlunun eşi), ödeme emrini almalarına rağmen borçluyu zamanında haberdar edemedikleri için, borçlu süresinde ödeme emrine itiraz edememişse, borçlu bu kendi kusuruna dayanmayan mazeret sebebiyle gecikmiş itiraz yoluna başvurabilecektir.

Gecikmiş itiraz hususunda öğretide ittifakla, usulüne uygun yapılan tebliğat sonucunda ve fakat kusuru olmaksızın bir mazeret nedeniyle süresi içerisinde itirazda bulunamayan borçlular hakkında öngörülen bir başvuru şekli olduğu kabul edilmiştir (67).

Uygulamada Yargıtay'ın kararları zaman içerisinde çelişkili bir tutum içinde gözükmiştir. Nitekim, Yargıtay'ın önceleri usulsüz

zara alınmadan, raporda gösterilen arazın süresinde itiraza mâni olup olmayacağı veya vekil tayin edip onun aracılığı ile itiraza engel bulunup bulunmadığı tahkik edilmeden, gecikmiş itirazın kabulü isabetsiz ve bozmayı gerektirirse de..." (UYAR, İtiraz, s. 73. Borçlunun tedavi görmesinin gecikmiş itiraz nedeni olamayacağı hk., 12. HD. 26.6.1984, 5692/8172. "Tedavi görmenin süresinde itirazı engellemeyeceğine ve gecikmiş itirazı engellemeyeceğine ve gecikmiş itiraz nedeni olamayacağına binaen, varit olmayan temyiz itirazlarının reddi ile..." (UYAR, İtiraz, s. 74). Aynı doğrultuda benzer kararlar için ayrıca bkz. 12. HD., 12.11.1981, 6852/3230 (UYAR, İtiraz, s. 76); 12. HD., 26.2.1981, 281/1857 (UYAR, İtiraz, s. 76); 12. HD. 26.1.1981, 8671/585 (UYAR, İtiraz, s. 76) 12. HD., 7.7.1980, 4256/5941 (UYAR, İtiraz, s. 76); 12. HD., 2.7.1980, 4344/5799 (UYAR, İtiraz, s. 76); 12. HD., 16.3.1980, 1004/2566 (UYAR, İtiraz, s. 76); 12. HD., 18.10.1979, 7062/8028 (UYAR, İtiraz, s. 76-77); İİD., 26.5.1967, 5181/5250 (ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 293 - 294).

(65) Ödeme emrinin tebliğinden önceki bir dönemde, borçlunun kendisine bir temsilci tayin edemeyecek derecede ağır hastalığı bir tâlik (erteleme) hali (İİK. m. 55) olup, bu durumda icra müdürü, borçlu aleyhine yapılan icra takibini (borçlunun kendisine bir temsilci tayin edebilecek derecede iyileşmesine kadar geçecek uygun) bir süre için erteleyebilir, bkz. KURU, İcra, C. I, s. 144 - 145.

(66) KURU, İcra, C. I, s. 264.

(67) JAEGER, s. 174; BLUMENSTEIN, s. 255; KURU, İcra, C. I, s. 265; KURU, İtiraz, s. 287; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 127; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 124; BELGESAY, İcra, s. 171; UYAR, İtiraz, s. 51; BERKİN, İcra, s. 164; POSTACIOĞLU, İcra, 170; OLGUÇ, s. 479; ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 291.

tebliğ (68) halinde, borçlunun gecikmiş itiraz yoluna başvurabileceğini belirtmişse de (69), yeni kararlarında bu hatalı tutumundan vazgeçerek, kendisine usulüne uygun tebligat yapıp da kusuru olmaksızın bir mazereti nedeniyle itiraz edemeyen borçluya gecikmiş itirazda bulunabilme imkânı tanıdığını görmekteyiz (70). Buna karşılık, usulsüz tebliğde, ödeme emrinin borçluya tebliğ tarihi borçlunun usulsüz tebliği öğrendiğini bildirdiği tarih olacağından, ödeme emrine itiraz süresi bu tarihten itibaren başlayacak ve bu durumda tebligatın usulsüzlüğü gecikmiş itiraz sebebi sayılamayacaktır (71). Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda (72), "... 7201 sayılı Tebligat Kanununun 32. maddesinde, tebliğ, usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih tebliğ tarihi addolunur hükmüne yer vermiştir. Görüldüğü üzere, usulsüz yapılan tebliğ, mutlaka batıl olmayıp, muhatap tarafından öğrenildiği tarihte geçerli olur. Bunun için muhatabın tebliği öğrendiğini beyan etmesi ve tebliğden yeni haberdar olduğunu bildirerek, tebliğin usulsüzlüğünü

(68) Tebliğin, Tebligat Kanunu ve tebligata ilişkin diğer hukuk kurallarında öngörülen hükümlere aykırı yapılması halinde usulsüz tebliğ (Teb. K. m. 32) sözkonusudur. Tebligat usulüne uygun yapılmamışsa, kural, tebligatın yapılmamış sayılmasıdır. Ancak, kural bu olmakla birlikte, eğer muhatap bu tebligatı öğrenirse (tebligatın usulsüz olmasına karşın), tebligat yapılmış sayılır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. YILMAZ, E./ÇAĞLAR, T., Tebligat Hukuku, B. 2, Ankara 1991, s. 374 - 377.

(69) Bkz. İD., 21.11.1963, 12080 (UYAR, T., Gerekçeli, İctihathı İcra ve İfzâs Kanunu Şerh, C. I, 1973, s. 695).

(70) 12. HD., 29.2.1984, 12566/2230: "Borçlu yurt dışında olduğundan Tebligat Kanununun 21. maddesine göre yapılan tebligat doğru ise de Amerika'da bulunduğundan itiraz edemediğini, yurda dönüşte tebligatı öğrenip 65. maddeye göre gecikmiş itirazda bulunduğunu bildirdiğine göre, mübrez belgeler tetkik edilip işin İHK. m. 65 dairesinde bir karar verilmek gerekirken..." (Yasa, Nisan 1985, C. 8, S. 4, s. 538); 12. HD., 16.5.1984, 5040/6178: "Borçlu tebliğ sırasında yurt dışında olduğunu ve 26.2.1984 tarihinde döndüğünü tebligata muttali olduğunu bildirerek gecikmiş itirazda bulunmuştur. Pasaport fotokopisinden 30.12.1983 ile 26.2.1984 tarihleri arasında yurt içinde bulunmadığı anlaşıldığından itirazın 65. maddeye göre tetkik ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken..." (UYAR, İtiraz, s. 73); İD., 3.12.1963, 12413/12719: "Gecikmiş itiraz ödeme emrine karşı bir mani sebebiyle süresinde itiraz edilememesi haline münhasırdır. Yani, usulü dairesinde yapılan ödeme emri tebliği üzerine süresinde kusuru olmadan bir mani sebebiyle itiraz edilmemiş olmalıdır" (YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 408). Aynı doğrultuda benzer kararlar için bkz. 12. HD., 13.6.1985, 788/5990, (UYAR, İtiraz, s. 72); 12. HD., 13.3.1984, 126/2919, (UYAR, İtiraz, s. 73).

(71) ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 125.

(72) HGK., 5.6.1991, 12-258/344, (YKD., Ağustos 1991, C. 17, S. 8, s. 1162-1165).

şikayet etmesi gerekir. Bu durumda tebliğ tarihi, muhatabın bildirdiği öğrenme tarihidir. Gecikmiş itirazda tebligat usulüne uygun olarak yapılmış olup, muhatabın bir engel nedeniyle süresi içinde itiraz edememiştir. Bu durumda, gecikmiş itirazda bulunacak kişi, mazeretini gösterir delillerle birlikte, esasla ilgili itirazlarını ve dayanaklarını da engelin kalktığı günden itibaren üç gün içinde tetkik merciiine bildirmek zorundadır... Usulsüz tebligatla ilgili 7201 sayılı Kanununun 32. maddesinin tatbikinde ise, İİK.nun 65. maddesinden farklı olarak tebligat, usulüne uygun olarak yapılmamıştır. Usulsüz tebliğ işlemini öğrenen muhatabın, bu tebliği öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde şikayet yolu ile tebligatın usulsüzlüğünü tetkik mercii önüne getirmesi gereklidir. Ayrıca, işin önemli yönü, yine öğrenme tarihinden itibaren kanun süresi içinde, alacaklının seçtiği takip şekline göre, borçlu ait olduğu mercie itirazlarını da bildirmek zorundadır. Aksi halde takip kesinleşir. Bir başka deyişle, tebligatın usulsüzlüğünün şikayet edilmesi, itiraz süresinin işlemlerini durdurmaz...

Meselenin bu açıklamalar ışığında çözümü için öncelikle, borçluya gönderilen ödeme emrinin usulüne uygun olarak tebliğ edilip edilmediğinin saptanması gereklidir... "Tebliğ yapılacak şahsın... içine serbestçe girilemeyen... bir yerde bulunması" halinde 7201 sayılı Kanununun 18. maddesine göre tebliğin yapılmasını o yeri "idare eden" veya "muhatabın bulunduğu kısmın amiri" temin eder. Bunlar tarafından muhatabın derhal bulundurulması veya tebliğin temini mümkün olmazsa tebliğ kendilerine yapılır. Söz konusu olayda borçlunun tebligat adresi olarak bildirilen... Amerikan üssü'nde 7201 sayılı Kanununun 18. maddesinde yazılı "o yeri idare eden veya muhatabın bulunduğu kısmın amiri" olduğu kanıtlanmış bir kişi değildir. O halde, muhatap adına bu şahsa yapılan tebligatın usulsüz olduğunun kabulü gerekir.

Böyle olunca uyuşmazlığın İİK.nun 65. maddesinde yer alan gecikmiş itiraz kurallarına göre değil, 7201 sayılı Tebligat Kanununun 32. maddesine göre ve usulsüz tebligatla ilgili yukarıda açıklanan prosedüre göre çözümlenmesi gerekir. Bu durumda, Özel Daire bozma kararında da değinildiği üzere, mahkeme 7201 sayılı Kanununun 32. maddesine göre işlem yapılmalı, ödeme emri tebliğinin usulsüzlüğünü dolayısıyla borçlu vekilinin ittıla tarihi olarak beyan ettiği tarihi, ödeme emrinin tebliği tarihi olduğu vurgulanmalı ve böylece borca itirazın süresinde olduğu sonucuna varılmalıdır..." diyerek

bu hususu açık bir şekilde dile getirmiştir (73).

Ödeme emrinin borçluya ilânen tebliğ edildiği durumlarda, borçlu, kusuru olmaksızın ilânen tebligatı öğrenemediğinden bahisle gecikmiş itirazda bulunamaz (74). Öğretide (75), ilânen tebligatın geçerli sayılması halinde, eğer özel bir kanun yolu (kanımca hukuki çare olarak) öğrenmeye önem attığı durumlarda geç öğrenmenin borçluya gecikmiş itirazda bulunabilme imkânı sağlayabileceği ileri sürülmüştür.

ee) Takip Devam Ettiği Sırada Takip Konusu Alacağın Bir Üçüncü Kişiye Devredilmesi Halinde Borçluya Yüklenilmesi Mümkün Olmayan İmkânsızlığın Bulunması

Yapılan bir icra takibi sonucunda gönderilen ödeme emrine borçlunun itiraz etmemesi sebebiyle kesinleştikten sonra, alacaklı alacağını bir başkasına temlik ettiği veya bu alacağın miras yoluyla intikal ettiği durumlarda, borçlu, yeni alacaklı karşısında sahip olacağı itirazları gecikmiş itiraz olarak ileri sürebilecek midir? Bu soruya İsviçre hukukunda olumlu cevap verildiği görülmektedir (76). Türk hukuku açısından uygulamada Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında (77) buna olumsuz cevap verilmiştir.

Öğretide ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise (78), ödeme emri kesinleştikten sonra takip konusu alacağın bir üçüncü kişiye geçmesi halinde, borçlunun yeni alacaklı karşısında sahip olacağı itirazları süresi içinde ileri sürebilmesi imkânsızdır. Bu imkânsızlıkta borçluya yüklenebilecek bir kusur da bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözkonusu imkânsızlığın İİK. m. 65, I anlamında "bir mâni" sayılarak, borçlu alacağın bir üçüncü kişiye geçtiğini öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde gecikmiş itirazda bulunabilmelidir.

(73) Aynı doğrultuda benzer kararlar için bkz. 12. HD., 26.3.1984, 1044/3602, (Yasa, Temmuz 1984, C. 7, S. 7, s. 1021); 12. HD., 21.3.1989, 1487/3864, (Yasa, Haziran 1989, C. 12, S. 6, s. 372 - 373); 12. HD., 27.12.1982, 9578/9897, (YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 407); 12. HD., 22.12.1989, 6495/15840, (UYAR, İtiraz, s. 59); 12. HD., 14.6.1989, 279/8945, (UYAR, İtiraz, s. 59); 12. HD., 18.5.1989, 12382/7373, (UYAR, İtiraz, s. 59 - 60); 12. HD., 31.3.1988, 6430/4060, (UYAR, İtiraz, s. 60).

(74) KURU, İcra, C. I, s. 266.

(75) Bkz. POSTACIOĞLU, İcra, s. 98.

(76) Bkz. JÄGGER, s. 174; BLUMENSTEIN, s. 255.

(77) İHD'nin 23.10.1939 tarihli kararı ve değerlendirmesi hk. bkz. KURU, İtiraz, s. 291.

(78) KURU, İtiraz, s. 292. Ayrıca bu konuda olumlu görüş bildiren yazarlar için bkz. ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 125; UYAR, İtiraz, s. 54.

2) BORÇLUNUN SÜRESİ İÇİNDE İTİRAZDA BULUNMASI

İcra takiplerinde borçlunun gecikmiş itirazda bulunabilmesi için, kanun koyucunun İİK. m. 65'de süre açısından iki hususta kayıtlama getirdiğini görmekteyiz. Nitekim, borçlu, gecikmiş itirazda bulunma hakkının doğduğu durumlarda mazeretinin kalktığı günden itibaren üç gün içinde (İİK. m. 65, II) bu hakkını kullanmalıdır (79). Aksi takdirde, bu üç günlük süre geçtikten sonra yapılan gecikmiş itiraz geçerli değildir ve tetkik mercince süre aşımından reddedilir (80).

Nihayet, borçlu gecikmiş itiraz yoluna en geç paraya çevirme işlemi bitinceye kadar (İİK. m. 65, I) ve fakat engelin kalkmasından itibaren en geç üç gün içerisinde olmak şartıyla başvurabilir. Bu süreler geçtikten sonra yapılan bir başvuru mesmu olmaz.

İflâs yolu ile yapılan takiplerde ise, ticaret mahkemesince iflâsa hükmoluncaya kadar borçlu gecikmiş itirazda (81) bulunabilir (İİK. m. 173, III). Ancak, gerek kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolu (İİK. m. 173, IV), gerek genel iflâs yolunda (İİK. m. 173, V kıyasen), borçlu, gecikmiş itirazını engelin kalktığı günden itibaren üç gün içinde (İİK. m. 65, II) yapmalıdır (82).

Gecikmiş itirazda süre açısından üzerinde durulması gereken diğer bir nokta da, icra takiplerinde paraya çevirme işleminin herhangi bir nedenle iptâl edildiği ya da iflâs takiplerinde ticaret mahkemesinin iflâsa karar verdikten sonra, iflâs kararı Yargıtay tara-

(79) 12. HD., 27.4.1976, 2807/5189: "...Borçlu hakkında çıkarılan ödeme emri 13.2.1976 tarihinde tebliğ edilmiş ve süresinde itiraz etmeyerek hakkındaki takip kesinleşmiştir. Tahliye isteği bulunmayıp gönderilen ödeme emrinde 7 - 30 günlük kayıt konması doğru olmamakla beraber yedi gün içerisinde itiraz sebeplerini bildirmesi kaydı bulunduğundan geçerli olan bu ödeme emrine karşı borçlunun mazeret beyan ederek yedi günden sonra yaptığı itirazının gecikmiş itiraz olması sebebiyle İİK.nun 65. maddesi gereğince mercie mâni kalktığı günden itibaren üç gün içinde yapması gerekir. Böyle bir itirazın icra memurluğuna yapılması geçersiz olup kesinleşen takibi etkilemez...". (YKD., 1977, S. 7 - 12, s. 960 - 961); ayrıca bkz. 12. HD., 19.6.1986, 13150/7069, (UYAR, İtiraz, s. 70); 12. HD., 28.3.1983, 977/2292, (UYAR, İtiraz, s. 70 - 71); İİD., 24.11.1970, 11864/11726, (ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 294).

(80) KURU, İcra, C. I, s. 270; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 128; KURU, İtiraz, s. 288.

(81) İflâs yoluyla takiplerde gecikmiş itiraz tetkik mercieine değil, iflâs davasına bakan ticaret mahkemesine yapılır. bkz. aşa. C. 3.

(82) KURU, İcra, C. III, s. 270f; KURU, İflâs, s. 77; ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 21. Yargıtay'ın bu konudaki kararı için bkz. yuk. s. 300, dn. 3'de anılan İİD.nin 27.12.1988, 3143/7963 sayılı kararı.

findan bozulduğu takdirde, borçlu, gecikmiş itiraz talebinde bulunabilecek midir? Öğretide belirtilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre (83), paraya çevirme işlemi ve iflâs kararı ortadan kalktığına göre, borçlunun gecikmiş itirazda bulunmasına engel bir durum sözkonusu olamayacaktır.

3) BORÇLUNUN MAZERETİNİ GÖSTEREN DELİLLERLE BİRLİKTE İTİRAZ VE SEBEPLERİNİ TETKİK MERCIİNE BİLDİRMESİ

Borçlu süresi içinde bulunacağı gecikmiş itirazda gerek normal itiraz süresi içinde ödeme emrine itiraz etmesine engel olan mazeretini ve gerekse borca ilişkin itiraz ve sebepleri ile bunların delillerini de bildirmelidir (İİK. m. 65, II).

Kanun koyucu, İcra ve İflâs Kanununda bu hükmün düzenlenmesinde iki hususa yer vermiştir. Bunlardan birincisi, borçlunun gecikmiş itirazında, normal ödeme emrine itiraz edilmesine engel olan mazeretini ve bunların delillerinin bildirilmesi gerektiğini tasrih etmiştir (84). Uygulamada Yargıtay'ın delillerin de mazeret ile birlikte bildirilmesi hususundaki kanuni zorunluluğun mutlak olarak uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşleri bulunmaktadır. Yargıtay eski tarihli bir kararında (85), delillerin de mazeret ile birlikte bildirilmesi hususundaki bu kanuni mecburiyetin mutlak olarak anlaşılamayacağı, borçlunun süresinde mazeretini bildirmiş ve bunun delillerinin neden ibaret olduğu verilecek kesin süre içerisinde bildirebileceğini yeterli saymıştır (86). Ancak, Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında, delillerin de mazeret ile birlikte bildirilmesine ilişkin kanuni zorunluğu mutlak olarak anlayıp uyguladığını görmekteyiz (87).

İkincisi, ayrıca borca karşı olan itiraz sebepleri ile bunların delillerinin de bildirilmesi zorunluluğudur (88) (89). Yalnız mazeret

(83) UYAR, İtiraz, s. 53.

(84) KURU, İcra, C. I, s. 268; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 127 - 128; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 126; ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 291.

(85) Bkz. İİD., 5.12.1967, 6858/7083, (AD., 1958, S. 5 - 6, s. 399).

(86) Bu kararın eleştirisi için bkz. KURU, İcra, C. I, s. 268.

(87) İİD., 4.2.1974, 4/922: "İİK.nun 65. maddesi gereğince gecikmiş itiraz talebinde bulunmanın mâniin kalktığı günden itibaren üç gün içerisinde mazeretini gösterir deliller ile birlikte itiraz ve sebeplerini ve müstenidatını bildirmeye mecburdur...", (ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 295); ayrıca bkz. İİD., 24.11.1970, 14864/11726, (ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 294).

(88) KURU, İtiraz, s. 287; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 126; POSTACIOĞLU, İcra, s. 171.

(89) Borçlu gecikmiş itirazında bildirmiş olduğu sebeplerle bağlıdır. Normal itirazdaki hükümler burada kıyasen uygulanmalıdır, bkz. KURU, İcra, C. I, s. 269.

sebeplerinin bildirilmesi ile yetinilerek itiraz sebeplerinin gösterilmemesi gecikmiş itiraz talebinin reddini gerektirir. Bu itibarla, borcun esasına ilişkin itirazlar gecikme mazeretinin kabulüne kadar geri bırakılamaz (90). Uygulamada Yargıtay'ın kararları da (91) bu doğrultudadır.

Gecikmiş itirazın yapılması açısından, Kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olduğundan, borçlu bu talebini bir dilekçe ile yapabileceği gibi, sözlü olarak da yapabilir (92). Sözlü olarak yapılan gecikmiş itirazda, borçlunun beyanı tutanağa geçirilerek, borçlu, tetkik mercii hakimi ve tutanak kâtibi tarafından imzalanır (93).

Burada üzerinde durulması gerekli diğer bir nokta ise, gecikmiş itirazın nereye yapılacağı meselesidir. İcra takipleri açısından kanun koyucu İcra ve İflâs Kanunu m.65'de gecikmiş itirazın icra tetkik merciiine yapılacağını belirtmiştir (94). Buradaki tetkik mercii, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yerdeki tetkik merciidir. Ancak, borçlunun başka yerde bulunması durumunda, üç gün içinde takibin yapılmakta olduğu yere gelerek gecikmiş itiraz talebinde bulunması maddeten imkânsız ise, bu durumda borçlu, bulunduğu yerdeki tetkik mercii aracılığıyla (gerekli posta masraflarını ödemek kaydıyla) gecikmiş itiraz talebinde bulunabilmektedir.

(90) POSTACIOĞLU, İcra, s. 171; ŞİMŞEK, s. 216.

(91) İİD, 29.1.1965, 1033/1209: "İİK.nun 65. maddesinde belirtildiği gibi, borçlu kusuru olmaksızın, engelleyici bir sebeple süresi içinde takibe itiraz edememişse, paraya çevirme muamelesi bitinceye kadar itiraz hakkını halizdir. Ancak, engelin kalktığı tarihten itibaren üç gün zarfında mazeretini gösterir delillerle birlikte itirazını bildirmeye mecburdur. Mercii tarafları dinledikten sonra mazeret ve itirazın varlık olup olmadığına karar verir. Tetkik konusu olaya gelince, borçlu mazeretini bildirmekle yetinip, itiraz sebeplerini göstermemiş ve bu itibarla 65. madde hükmüne uymayan gecikmiş itiraz talebinin kabulüne mesaf bulunmamış olduğu halde...", (UYAR, İtiraz, s. 79); aynı doğrultuda karar için ayrıca bkz. İİD, 4.6.1963, 6667/6696, (UYAR, İtiraz, s. 79).

(92) KURU, İcra, C. I, s. 268; KURU, İtiraz, s. 287.

(93) UYAR, İtiraz, s. 53.

(94) Gerçi İİK. m. 65, III hükmünde icra tetkik merciiinden söz etmemiş ise de, müteakip fıkrâ hükmünden bu itirazın tetkik merciiine yapılacağı dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, İcra ve İflâs Kanununun kaynağını teşkil eden İsviçre İİK.nun m. 77, II'de gecikmiş itirazın hakime yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan, öğretide de ileri sürüldüğü şekilde, yapılacak bir kanun değişikliğinde gecikmiş itirazın tetkik merciiine yapılacağı hakkında açık hüküm konulması uygun olacaktır, bkz. KURU, İcra, C. I, s. 268.

Borçlunun, icra tetkik mercii yerine, icra dairesine gecikmiş itirazda bulunması halinde, bu başvuru tamamen geçersiz mi addedilecektir? Yoksa, yapılan itirazın yanlışlıkla yapıldığından bahisle, icra dairesinin bu talebi kabul ederek, başvuruyu tetkik merciiine göndermesi yeterli olacak mıdır? Bu konuda gerek öğretide gerek uygulamada iki farklı görüş ortaya çıkmıştır.

Öğretide genel kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre (95), kanunun mutlak düzenlemesinden hareketle, gecikmiş itiraz talebi icra dairesine değil, tetkik merciiine yapılmak gerekir. Gecikmiş itirazın icra dairesine yapılması durumunda bu itiraz geçersiz olup, bu halde takip artık kesinleşmiştir. Uygulamada Yargıtay'ın çoğunluk kararları bu doğrultudadır (96).

Buna karşılık, öğretide ileri sürülen (97) ve Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında (98) benimsediği görüşe göre ise, yanlışlıkla icra dairesine yapılmış gecikmiş itirazın geçerli kabul edilerek, icra dairesinin bu gecikmiş itirazı tetkik merciiine göndermesi gerekir.

İflâs yolu ile takiplerde, gecikmiş itiraz bakımından kanun koyucu, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolu ile takipte m. 173, IV'te, "borçlu ticaret mahkemesine 65 inci maddeye göre gecikmiş itirazda bulunabilir" hükmünü getirmiştir. Buna göre, ticaret mahkemesince iflâsa hükmoluncaya kadar borçlu ticaret mahkemesine gecikmiş itirazda bulunabilir. Öğretideki bir görüşe göre (99), alacaklı-

(95) Bkz. ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 126; POSTACIOĞLU, İcra, s. 171; UYAR, İtiraz, s. 52.

(96) 12. HD., 20.11.1973, 10675/10252: "TİK.nun 65. maddesinde açıklandığı gibi, borçlu, kusuru olmaksızın, mâni bir sebeple, süresi içinde takibe itiraz edememişse, paraya çevirme muamelesi sonucuna kadar, fakat mânin kalktığı günden itibaren üç gün içerisinde yapılmak üzere gecikmiş itirazda bulunabilir. Bu itirazında, mazeretini gösterir delillerle birlikte itiraz sebeplerini ve müstenidatını bildirmeğe, duruşma için gerekli harç ve masrafları ödemeye mecburdur. Gecikmiş itiraz tetkik merciiince incelenir... 65'inci madde hükmü gözönünde tutulmadan, gecikmiş itirazın icra dairesine yapılması gerektiğinden bahisle karar verilmesi isabetsizdir", (OLGAÇ, s. 484); ayrıca bkz. 12. HD. nin 27.4.1976, 2807/5189 sayılı kararı için yuk. C. 2'de dn, 79.

(97) Öğretide bu görüşü KURU savunmaktadır. Adı geçen yazar, süresinde gecikmiş itirazda bulunmamış sayılmanın sonuçlarının borçlu için çok ağır olduğu ve ayrıca icra dairesi ile icra tetkik mercii arasında görev ayrımını gereği gibi bilmeyen borçlunun icra tetkik mercii yerine icra dairesine yaptığı itirazı geçerli saymanın yerinde olacağını belirtmektedir, bkz. KURU, İcra, C. I, s. 257 ve 267; aynı doğrultuda bkz. OLGAÇ, s. 477.

(98) Bkz. İİD., 21.11.1958, 6334/6166 (OLGAÇ/KÖYMEN, s. 452).

(99) DOMANIÇ, H., Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975, s. 789; KURU, İcra, C. III, s. 2701.

nin başvurusu üzerine, henüz iflâs davası açılmadan önce, gecikmiş itirazın icra dairesine yapılabilmesi de kabul edilmelidir. Hatta, dosya mahkemeye verilmiş olsa bile, icra müdürlüğüne yapılmış gecikmiş itirazın müdürlükçe mahkemeye gönderilmesi zorunlu olduğundan, buradaki "merci hatası"nın gecikmiş itirazın geçerliliğine bir zarar vermemesi gerektiği ileri sürülmüştür (100). Bu görüşe karşı, İcra ve İflâs Kanununun açıklık taşıyan ve gecikmiş itiraz talebinin ticaret mahkemesine yapılmasını öngören m. 173, IV hükmü karşısında pek benimsenmeyeceği şeklindeki eleştiriye (101) aynen katılıyoruz.

Buna göre, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolunda İİK. m. 173, IV'e göre, borçlu, iflasına hükmoluncaya kadar (fakat engelin kalkmasından itibaren üç gün içinde) ticaret mahkemesine gecikmiş itirazda bulunabilir. Ancak, iflâs davası açılmadan önce gecikmiş itiraz süresinde icra dairesine de yapılabilecektir. Nitekim, uygulamada Yargıtay verdiği bir kararda (102) : "... Davalı banka davacıya karşı âdi iflâs yolu ile takibe girişmiş, ödeme emrine İİK'nun 155. maddesinde öngörülen yedi günlük süre içerisinde itiraz imkanını bulamadığını ileri süren davacı gecikmiş itirazda bulunmuştur. Âdi iflâs yolu ile yapılan takiplerde borçlunun gecikmiş itirazda bulunup bulunmayacağı hakkında İİK'nun 155. ve devamı maddelerinde bir hüküm mevcut değildir. Ancak, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yoluna ilişkin İİK'nun 173, III (kanımca 173, IV olacak) maddesinde öngörülen gecikmiş itiraz imkanının âdi iflâs yoluyla yapılan takiplerde de borçluya tanınması gerekir. Burada halli gereken bir diğer sorun iflâs yoluyla takip edilen borçlunun henüz iflâs davasının açılmadığı bu safhadaki gecikmiş itirazını hangi mercie yapacağı hususudur. İİK'nun 173, III (kanımca 173, IV) maddesi borçlunun ticaret mahkemesinde gecikmiş itirazda bulunabileceğini hükme bağlamış ise de, mezkûr maddenin başlığından da anlaşıldığı üzere ticaret mahkemesinin bu husustaki görevi, görmekte olduğu iflâs davası sırasında, ileri sürülen gecikmiş itirazların haline münhasır kalmaktadır. Nitekim, İİK'nunu değiştiren 538 sayılı Kanunun 173. maddesine ilişkin Hükümet Tasarısı Gerekçesinde (... Bu madde ve müteakip maddeler iflâs davasının şeklini ve tâbi olduğu hükümleri tesbit etmektedir. İflâs davasının sür'atle neticelendirilmesi için burada gecikmiş itirazı incelemek yetkisi ticaret mahkemesine verilmiştir...) denilmiş olması da iflâs davasından ön-

(100) DOMANIÇ, Kıymetli Evrak, s. 767.

(101) UYAR, İtiraz, s. 53.

(102) 11. HD., 27.12.1988, 3143/7963, (YKD., Eylül 1989, C. XV, S. 9, s. 1279-1281).

ce yapılan gecikmiş itirazların ancak iflâs davasında Ticaret Mahkemesince incelenebileceğini doğrulamaktadır. Öte yandan İİK'nun gerek âdi iflâs yoluna ait 155. maddesinde, gerek kambiyo senetlerine mahsus iflâs yoluna ilişkin 172. maddesinde borçlunun her türlü itirazlarını icra dairesine bildirmesi gerektiği hükme bağlanmış, icra tetkik merciine bu hususta bir görev verilmemiştir. Şu halde borçlu iflâs davası açılmadan önceki gecikmiş itirazını da mâni'nin kalktığı günden itibaren üç gün içinde icra dairesine bildirmeli, iflâs davası açıldıktan sonra davaya bakan ticaret mahkemesi bu itirazı da inceleyip sonuçlandırmalıdır.

Olayımızda borçlu gecikmiş itirazını icra dairesi yerine ticaret mahkemesine sunmuş ise de, Kanunun farklı yorumlara müsait olan 173, III (kanımca 173, IV olacak), maddesinin lafzına itibar eden borçlunun ticaret mahkemesine başvurması gecikmiş itirazın sırf bu nedenle reddine yol açmamalıdır..." diyerek bu görüşü benimsemiştir.

Âdi iflâs yolu ile takipte kambiyo senetlerine mahsus iflâs yoluyla takipteki gibi açık bir hüküm bulunmasa da, aynı esasların öncelikle uygulanabileceği kabul edilmektedir (103).

4) GEREKLİ HARÇ VE MASRAFLARIN YATIRILMIŞ OLMASI

Gecikmiş itirazın geçerli olabilmesi için kanun koyucunun aradığı diğer bir şart ise, gecikmiş itirazda bulunan borçlunun, duruşma harç ve giderlerini de peşin olarak yatırması zorunluluğudur (İİK. m. 65, II). Burada, tetkik merci, itirazın zamanında yapılmasına engel olan sebeplerin bulunup bulunmadığını tesbit etmek için gerekli gördüğü takdirde duruşma dahi yapabileceği için, bu ihtimâle binaen borçlu, duruşmaya taalluk eden harç ve masrafları da ödemeye mecburdur. Ancak, tetkik merciinin gerekli görmesi halinde duruşma yapacağından, duruşmanın yapılmaması halinde alınmış olan duruşma giderlerinin geri verilmesi gerekir (İİK. m. 65, III).

Görülmektedir ki, gecikmiş itirazın yapılması sırasında duruşma için gerekli harç ve giderlerin borçlu tarafından yatırılması zorunludur. Borçlu, bu gerekli giderleri gecikmiş itiraz sırasında ödemişse, bunun hukuki sonucu ne olacaktır? sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Bu konuda öğretide görüş ayrılığı mevcuttur. Nitekim, bir gö-

(103) ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 21; KURU, İcra, C. III, s. 2700-2701; KURU, İflâs, s. 77; POSTAÇIOĞLU, İ. E., İflâs Hukuku İlkeleri, C. I, İstanbul 1978, s. 25; uygulamada Yargıtay'ın bu doğrultudaki kararı için bkz. yuk. dn. 102'deki karar. Ayrıca bkz. İİD., 9.9.1963, 9344/9146, (Son İgt. No: 188, s. 5696).

rüşe göre (104), Kanunun bu giderlerin peşin yatırılmasına ilişkin hükmü, bir zorunluluk, hatta itirazın bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Kanımca, Kanunun bu hükmüne ilişkin düzenleme tarzı dikkate alındığında giderlerin peşin yatırılmasını gecikmiş itirazın bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi uygun olur. Bu durumda giderleri peşin yatırmayan borçlunun gecikmiş itirazı, hükümsüz sayılacaktır.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise (105), borçlunun duruşmaya ilişkin giderleri ödemesi zorunluluğu tetkik merciinin gecikmiş itirazı duruşmalı olarak inceleme tâliki şartına dayanmakta olup, borçlu duruşma giderini ödemiş ve tetkik merci de dosya üzerinde inceleme yapılmasına karar vermişse, borçludan duruşma gideri istenmesine gerek kalmadan gecikmiş itiraz incelenmelidir. Ancak, tetkik merci, duruşma yapılmasına karar verirse, duruşma giderleri yatırılmaya kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına (HUMK. m. 409) karar vermelidir.

D. GECİKMİŞ İTIRAZIN İNCELENMESİ

İcra takiplerinde gecikmiş itiraz talebi icra tetkik merciinde, basit yargılama usulüne (HUMK. m. 507-511) göre incelenir.

Gecikmiş itiraz, süresinde yapılan (normal) itirazdan farklı olarak icra takibini kendiliğinden durdurmaz. Bu durumda, tetkik merci, gecikme sebebinin mahiyeti ve olayın özelliklerine göre, gerekli görürse takibin durdurulmasına (106), karar verebilir (İİK. m. 65, III). Bu takibin durdurulması, daha henüz gecikme sebebinin bulunup bulunmadığı hakkında bir karara varmadan önce verilebilecektir (107) (108).

(104) BERKİN, İcra, s. 162; uygulamada bu görüşün daha çok benimsendiği hakkında bkz. UYAR, İtiraz, s. 53.

(105) POSTACIOĞLU, İcra, s. 172 - 173; KURU, İcra, C. I, s. 269.

(106) İcra tetkik merciinin bu şekilde takibin durdurulması kararı hukuki niteliği açısından bir ihtiyati tedbir niteliğinde olup olmadığı belirsizdir. Kural olarak, icra tetkik mercileri mahkeme niteliğinde olmadığından ihtiyati tedbir kararı veremezler. Ancak, öğretide ileri sürülen (YILMAZ, O., İhtiyati Tedbirler, B. 2, Konya, s. 36) ve bizim de katıldığımız görüşe göre, icra tetkik mercileri icra işlerine münhasır olmak üzere ihtiyati tedbir kararları verebilme yetkisini tanımak gerekir. Bu itibarla, gecikmiş itiraz üzerine, tetkik merciinin, gecikme sebebinin niteliğine ve olayın özelliklerine göre gerekli görmesi halinde, takibin durdurulmasına ilişkin vereceği karar hukuki niteliği itibarıyla bir ihtiyati tedbir kararı niteliğindedir.

(107) ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 126; POSTACIOĞLU, İcra, s. 173; KURU, İtiraz, s. 288; UYAR, İtiraz, s. 53.

(108) Tetkik merci, gecikmiş itiraz üzerine takibin durdurulması hakkında bir

Tetkik merci, bu konuda bir karar verdikten sonra, borçlunun bildirdiği mazeretin gerçek ve geçerli olup olmadığını inceler. Bu inceleme, kural olarak dosya üzerinde yapılır (İİK. m. 65, III). Ancak, tetkik merciin gerekli görmesi halinde, duruşma yapılmasına karar verir ve her iki tarafı derhal duruşmaya çağırır.

Tetkik merciinde yapılan duruşmada, borçlunun gecikmiş itiraz talebinin (yani, mazeretinin) haklı olduğuna ilişkin hususlar her türlü delille ispat edilebilir (109). Buna göre, şahit deliline (110) başvurulabileceği gibi, tetkik merci hakimi kanaat sahibi olabilmek için borçluya re'sen yemin (HUMK. m. 235) teklif edebilir (111).

Tetkik merciinin yapacağı inceleme sonucu, borçlunun mazeretini kabul ederse, gecikmiş olarak yapılan itiraz, süresi içinde yapılmış bir (normal) itirazmış gibi kabul edilir ve icra takibi de durur (İİK. m. 65, IV) (112). Tetkik merciinin bu kararı yalnız borçlunun mazeretinin kabul edildiğine ilişkin olup, itirazın esası bakımından verilmiş bir karar değildir. Borçlunun mazeretinin kabul edilmesi üzerine icra takibine devam edilebilmesi için (normal itirazda olduğu gibi) alacaklının itirazın iptali davası açması (İİK. m. 67)

karar vermemişse, borçlunun malvarlığı haczedilebilir ve satılabilir. Borçlunun malları satıldıktan sonra, tetkik merci mazeretin kabulüne karar yerirse, bununla icra takibi durur, fakat, bu arada yapılmış olan satışın feshi istenemez. Ancak, satış bedeli alacaklıya ödenemez. Bu halde de, İİK. m. 65, V hükmü kıyasen uygulanmamalıdır, bkz. KURU, İcra, C. I, s. 271, dn. 124.

(109) Nitekim, köyde hastalanan ve bu sebeple süresinde itirazda bulunamayan borçlu, bu hastalığını köyde doktor yok ise, köy (muhtar) ilmühaberi ile ispat edebilir, bkz. OLGAÇ, s. 478.

(110) Öğretide POSTACIOĞLU, tetkik merciinde mazeretin incelenmesi açısından yapılacak duruşmada şahit dinlenebileceğini kabul etmekle beraber, Kanunun düzenleniş tarzına bakıldığında bunun mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Bu konuda bkz. POSTACIOĞLU, İcra, s. 173.

(111) KURU, İcra, C. I, s. 271; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 128; POSTACIOĞLU, İcra, s. 173; UYAR, İtiraz, s. 54; ŞİMŞEK, s. 216; ÖĞÜTÇÜ/ÇİT-OĞLU, s. 291; OLGAÇ, s. 478.

(112) 12. HD., 9.9.1976, 7486/8913: "Borçlunun mazereti kabul ve yerinde görülerek gecikmiş itiraz kabul edildiğine ve alacaklı vekili duruşmada gecikmiş itirazı kabul ederek itirazın esasının tetkikinin merciin görevi dışında bulunduğundan reddine karar verilmesini istediğine ve sözlü yapılan bu talep üzerine merciin, itirazın esası hakkında gerekli karar vermesi, İİK'nun 65. maddesi hükmü gereği olduğu düşünülmeksizin, gecikmiş itiraz talebinin kabulü ile takibin durdurulmasına..." (UYAR, İtiraz, s. 77); ayrıca bkz. İİD., 28.2.1964, 2048/2711, (GERMAN, E. S., Pollice, Bono, Çek ve Kambyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları, 1973, s. 337).

veya itirazın kaldırılması için tetkik merciine başvurması gerekecektir (113).

Tetkik merciin borçlunun mazeretinin kabul edildiğinin ve dolayısıyla gecikmiş olarak yapılan itirazın süresi içinde yapılmış bir (normal) itiraz olduğu şeklindeki bu kararın derhal, alacaklı, borçlu ve icra dairesine bildirilmesi gerekmektedir.

İflâs yoluyla takipte, borçlunun gecikmiş itirazını mazeretin kalkmasından itibaren üç gün içinde kural olarak ticaret mahkemesine yapması gerektiği, buna karşılık iflâs davası açılmadan önce icra dairesine yapıldığı takdirde bu itirazın da geçerli olacağını yukarıda belirtmiştik (114). Bu ihtimâlden hareketle, gecikmiş itirazın iflâs davası açıldıktan sonra ticaret mahkemesine yapılması durumunda, ticaret mahkemesi, yapacağı incelemesi sonucunda gecikme sebebi olarak ileri sürülen mazereti yerinde görecektir olursa, itirazın süresinde yapıldığını kabul eder. Bu durumda borçlunun bütün itirazlarını genel hükümler çerçevesinde inceleyerek karara bağlar (115).

Buna karşılık, gecikmiş itiraz iflâs davası açılmadan önce icra dairesine yapılmışsa, alacaklının açacağı iflâs davasında ticaret mahkemesi, öncelikle borçlunun mazeretinin yerinde olup olmadığını belirler. Yapılan inceleme (116) sonucunda borçlunun mazeretinin kabulüne karar verilirse, borçlunun diğer bütün itirazları genel hükümlere göre incelenir (117).

Her iki ihtimâlde, borçlunun mazeretinin yerinde görülmemesi durumunda, ödeme emri daha önce kesinleşmiş olduğundan, ticaret mahkemesi diğer itiraz sebeplerini gözönüne alamayacak ve açılan iflâs davasındaki inceleme ise, şekli bir incelemeden öteye gitmeyecektir (118).

E. GECİKMİŞ İTİRAZIN SONUÇLARI

İcra takibinde, borçlunun gecikmiş itiraz talebi tetkik merci

(113) KURU, İcra, C. I, s. 271 - 272; KURU, İtiraz, s. 290; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 129; POSTACIOĞLU, İcra, s. 173; UYAR, İtiraz, s. 54; OLGUÇ, s. 479.

(114) Bkz. yuk. C. 3.

(115) ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 21; KURU, İcra, C. III, s. 2702.

(116) Her iki halde de borçlu tarafından bildirilen mazeretin ticaret mahkemesinde incelenmesinde, genel hükümler (HUMK hükümleri) çerçevesinde olduğundan her çeşit delille de ispat olunabilir.

(117) KURU, İcra, C. III, s. 2703; ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 21.

(118) ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 21.

tarafından mazereti uygun görülerek kabul edildiği takdirde, bu itiraz süresi içinde yapılmış bir (normal) itiraz olarak kabul edilecek icra takibinin duracağını ve bu kararın derhal alacaklı, borçlu ve icra dairesine bildirileceğini yukarıda belirtmiştik (119). Bu durumda, icra takibine devam edilebilmesi için alacaklının itirazın iptali davası açması (İİK. m. 67) ya da itirazın kaldırılması için icra tetkik mercine başvurması (İİK. m. 68-68a) gerekir.

Ödeme emrine borçlunun süresinde itiraz etmemesi sebebiyle, takibe devam edilmiş, fakat henüz haciz yapılmamış, alacaklı da gecikmiş itiraz talebinin incelenmesi için yapılan duruşmada itirazın kaldırılması hakkında karar verilmesini istemişse, bu çerçevede bir karar verilmeyerek sadece gecikmiş itiraz talebinin kabul veya reddine karar vermekle yetinilir. Tetkik mercininin mazeretin kabulüne karar vermesi durumunda, alacaklının ne kadar süre içerisinde itirazın kaldırılmasını istemesi gerektiği hususunda maddede bir kayıt ve açıklık bulunmamaktadır. Öğretide de belirtildiği gibi (120), bu durumda borçlu, mazeretinin kabulüne ilişkin tetkik mercii kararının kendisine teahhüt veya tebliğden itibaren ya altı ay içinde itirazın kaldırılması talebinde bulunmalı (İİK. m. 67, IV) ya da bir yıl içinde itirazın iptali için mahkemeye başvurmalıdır.

Burada kanun koyucunun, alacaklıya gecikmiş itirazın süratle kaldırılmasını sağlayacak bir imkân tanıdığını görmekteyiz. Buna göre, mazeretin geçerli olup olmadığını tespit edebilmek için duruşma yapılan hallerde alacaklı aynı oturumda itirazın kaldırılmasını tetkik mercinden sözlü olarak isteyebilir (İİK. m. 65, IV). Bu talep üzerine, tetkik mercii tahkikata devam ederek, alacaklının itirazın kaldırılması hakkında bir karar verir (İİK. m. 65, IV).

Gecikmiş itirazdan önce borçlunun mallarına haciz konulmuşsa, tetkik mercininin gecikmiş itiraz talebinin kabulü kararının kendisine teahhüt veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde ya itirazın kaldırılmasını (İİK. m. 68) ya da itirazın iptalini (İİK. m. 67) istemek zorundadır (İİK. m. 65, V). Aksi takdirde haciz kalkar (121).

(119) Bkz. yuk. D.

(120) ÜSTÜNDAĞ, İcra, s. 126; KURU, İcra, C. I, s. 272; UYAR, İtiraz, s. 54; POSTACIOĞLU, İcra, s. 173; ÖĞÜTÇÜ/ÇİTOĞLU, s. 292; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 129.

(121) Öğretide POSTACIOĞLU, Kanundaki bu düzenlemeye yönelik olarak, mevcut hüküm sayesinde gecikmiş itirazın kabulünden önce yapılmış olan icra işlemlerinin ne kadar süre muallakta kalabileceği tayin edilmiş ve alacaklı itirazı hükümden düşürmek için belirli süre içinde harekete geçmeye zorlandığını ifade etmiştir, bkz. POSTACIOĞLU, İcra, s. 174.

Borçlunun ileri sürdüğü mazeret tetkik mercii tarafından kabul edilmediği takdirde, talebin reddi kararı ile birlikte, evvelce takibin ertelenmesine karar verilmemişse, bu karar da kalkar (122).

Tetkik merciiinin mazeretin kabulü veya reddine ilişkin kararlarının temyiz edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Öğretide (123), bu kararların temyiz edilemeyeceğini ileri sürenler bulunmasına karşılık, çoğunluk tarafından kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre (124), mazeretin kabul veya reddine ilişkin tetkik mercii kararları temyiz edilebilmelidir. Uygulamada Yargıtay, önceki kararlarında (125), gecikmiş itirazın kabulü hakkındaki kararın temyiz edilemeyeceğini kabul etmişken, daha sonraki kararlarında ise (126), bu görüşünden dönerek temyiz edilebileceğini belirtmiştir.

İflâs yoluyla takipte, gecikmiş itiraz talebi ister icra dairesine ister ticaret mahkemesine yapılmış olsun, bu talebi inceleyecek mercinin ticaret mahkemesi olduğunu daha önce belirtmiştik (127). Ticaret mahkemesinin yapacağı incelemede borçlunun mazeretinin kabulüne karar verilmesi halinde, borçlunun diğer itirazları, genel hükümlere göre incelenecektir. Aksi takdirde, mazeretin uygun görülmediği durumlarda, ödeme emri daha önce kesinleşmiş olduğundan, diğer itiraz sebepleri de gözönüne alınmayacaktır (128). Bu kararların temyizi de genel hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir.

(122) KURU, İcra, C. I, s. 272; KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra, s. 129; UYAR, İtiraz, s. 54.

(123) ÖĞÜTÇÜ/ÖFTOĞLU, s. 292.

(124) KURU, İcra, C. I, s. 272; UYAR, İtiraz, s. 54.

(125) Bkz. İİD., 26.4.1962, 4537/4996. (KURU, İcra, C. I, s. 273, dn. 128).

(126) 12. HD., 25.1.1983, 9965/310: "Gecikmiş itirazın mercice kabulü hakkında verilen kararın kaldırılmasının, merciden istenemeyeceğine, temyizden tetkik edilip bozulmadıkça ortadan kaldırılamayacağına..." (UYAR, İtiraz, s. 75).

(127) Bu konuda bkz. yuk. D.

(128) Bkz. yuk. D.

F. SONUÇ

Bu incelememizde, icra ve iflâs hukukunda gecikmiş itiraz müessesesine ilişkin kanun hükümleri ile uygulamayı ortaya koymaya çalıştık.

Gecikmiş itiraz, kusuru olmaksızın bir mazereti sebebiyle süresi içinde itiraz edemeyen borçluya, bu (itiraz) hakkının düşmemesi için tanınan bir müessesedir.

Gecikmiş itirazın bu amacı dikkate alındığında, hukuki niteliği açısından icra ve iflâs hukukuna özgü bir hukuki çare olarak nitelendirilebilir. Bir hukuki çare olarak kabul ettiğimiz gecikmiş itirazın sadece icra ve iflâs hukukuna ilişkin takiplerde değil, icra tetkik mercii hakiminin temyiz edilebilen kararlarını da içerecek şekilde düzenlenmesi ve uygulanması uygun olur. Buna karşılık Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş, gecikmiş itiraz ile aynı nitelik ve hukuki fonksiyonu haiz "eski hale getirme" müessesesinin incelememizde belirttiğimiz gerekçelerle, İcra ve İflâs Kanunu açısından uygulanma kabiliyetinin bulunmadığını bir kez daha vurgulamak isterim.

İcra ve İflâs Kanunu m. 65'de gecikmiş itirazın şartlarına ilişkin düzenlemede, "borçlunun kusuru olmaksızın bir mâni sebebiyle" süresinde itiraz edemeyen borçlu açısından getirilen bu genel hüküm, her somut durumda olayın özelliklerini değerlendirecek şekilde ele alınmasını isabetli bulduğumu ifade etmek isterim. Ancak, değerlendirmelerimizde de ifade ettiğimiz şekilde, uygulamada Yargıtay'ın bu konudaki kararları objektif kriterleri belirleme açısından bir istikrar unsuru olabilecektir. Derhal belirtelim ki, borçlunun (ve bu arada kanuni temsilcisinin) kusuru olmaksızın mazereti sebebiyle icra ve iflâs takiplerine itiraz edememesi sebebiyle gecikmiş itirazdan yararlanabilme imkânını, aynı şartlar altında borçlunun iradi temsilcisine de tanımak amaca uygun düşecektir.

Gecikmiş itirazdan yararlanmak isteyen borçlunun mazeretini gösterir delillerle birlikte itiraz ve sebepleri ile delillerini bildirme zorunluğuna ilişkin düzenleme, icra ve iflâs takiplerinin en kısa zamanda sonuçlandırılmasını amaçlayan Kanunun sistematığına uygun düşecektir. Bu aynı zamanda takip ekonomisinin bir gereğidir.

Gecikmiş itirazın yapılması sırasında duruşma için gerekli harç ve giderlerin borçlu tarafından yatırılması zorunludur. Kanunun bu düzenleme tarzını, gecikmiş itirazın bir geçerlik şartı olarak kabul etmek yerinde olacaktır.

Tetkik merciinin itirazın kabulü halinde alacaklıya gecikmiş itirazın süratle kaldırılmasını sağlayacak İİK. m. 65, V'deki düzenlemenin takip ekonomisine de uygun düştüğü bir gerçektir.

İflâs yoluyla takipte gecikmiş itirazın ticaret mahkemesi dışındaki icra dairesine yapılması halinde de geçerliliğini kabul etmek bu müessesenin amacına uygun düşer. Zira, her iki halde de gecikmiş itiraz talebini inceleyecek merci ticaret mahkemesi olacaktır.

Kuşkusuz bu incelememizde, konumuzla ilgili olarak çeşitli hususlarda belirtilen değerlendirme ve öneriler de geçerlidir.

BİBLİYOGRAFYA (*)

- ANSAY, S. S., Hukuk Yargılama Usulleri, B. 7, Ankara 1960.
- ARSLAN, R., Kesin Hüküm İtirazı ve Yanılma Gerçeği, ABD., 1968, S. 5-6.
- ARSLAN, R., Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977. (ARSLAN, Yargılamanın Yenilenmesi).
- BAUMAN, J. / BREHM, W., Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., Bielefeld 1982.
- BELGESAY, M. R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1939.
- BELGESAY, M. R., İcra ve İflâs Hukuku, C. I, İstanbul 1945, (BELGESAY, İcra).
- BERKİ, Ş., Eski Hale Getirme, (S. Ş, ANSAY Armağanı), Ankara 1964, s. 149-168).
- BERKİN, N. M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
- BERKİN, N. M., İcra Hukuku Dersleri, B. 2, İstanbul 1969. (BERKİN, İcra).
- BİLGE, N., Medeni Usul Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973.
- BİLGE, N. / ÖNEN, E., Medeni Yargılama Hukuku, B. 3, Ankara 1978.
- BLUMENSTEIN, E., Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.
- CENDEL, N., Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme, (İHFM., C. LI, S. 1-4, s. 197-220).
- ÇENBERCİ, M., Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965.
- DOMANIÇ, H., Hukukta Kaziyeli Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964.
- DOMANIÇ, H., Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975. (DOMANIÇ, Kıymetli Evrak).
- ERMAN, E. S., Poliçe, Bono, Çek ve Kambiyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları, 1973.
- GILLES, P., Die Berufung in Zivilsachen und die Zivilgerichtliche Instanzenordnung, (Humane Justiz, Die deutschen Landesberichte zum ersten internationalen Kongress für Zivilprozessrecht in Gent, 1977, s. 147-169).

(*) Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar, parantez içerisinde gösterilmiştir.

- GÜRDOĞAN, B., Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- HABSCHEID, W. J., Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht, Zürich 1986.
- HINDEKLING, H., Der Inhalt des Rechtsvorschlags, Blaetter für Schuldbetreibung und Konkurs, 1945.
- JAEGER, C., Schulbetreibung und Konkurs, Band I-II, Zürich 1911.
- KUNTER, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, İstanbul 1989.
- KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 4, C. I, Ankara 1979.
- KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 4, C. IV, Ankara 1984. (KURU, Usul, C. IV).
- KURU, B., İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler (Prof. Dr. H. C. OĞUZOĞLU'na Armağan), Ankara 1972, s. 621-626. (KURU, Müddetler).
- KURU, B., İcra ve İflâs Hukuku, B. 3, C. I, İstanbul 1988, (KURU, İcra, C. D).
- KURU, B., İcra ve İflâs Hukuku, B. 3, C. III, Ankara 1993. (KURU, İcra, C. III).
- KURU, B., İflâs ve Konkordato Hukuku, B. 2, İstanbul 1988. (KURU, İflâs).
- KURU, B., Ödeme Emrine İtiraz, AD., 1961, S. 3-4, (KURU, İtiraz).
- KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E., İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), B. 5, Ankara 1991, (KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra).
- KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E., Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), B. 6, Ankara 1994. (KURU/ARSLAN/YILMAZ, Usul).
- LENT, F. / JAUERNIG, O., Zwangsvollstreckungs-und konkursrecht, 18. Aufl., München 1987.
- LENT, F. / JAUERNIG, O., Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 1972.
- OLGAÇ, S., Tatbikatta İcra ve İflâs Kanunu, İstanbul 1954.
- ÖĞÜTÇÜ, A. T. / ÇİTOĞLU, A., Uygulamada İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1977.
- ÖNDER, A., Eski Hale Getirmenin Hukuki Niteliği, (İHFM., C. XXX, S. 3-4, s. 950-973).
- ÖNEN, E., İnşai Dava, Ankara 1981.
- ÖNGÖREN, G., Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri, İstanbul 1990.

- ÖZTÜRK, B., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 3, İzmir 1994.
- PEKCANITEZ, H., İcra-İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.
- POSTACIOĞLU, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975.
- POSTACIOĞLU, İ. E., Ödeme Emrine İtirazın Sıhhat Şartları, İHFM., 1950, S. 3-4, s. 782-798.
- POSTACIOĞLU, İ. E., İflâs Hukuku İlkeleri, C. I, İstanbul 1978.
- POSTACIOĞLU, İ. E., İcra Hukuku Esasları, B. 4, İstanbul 1982. (POSTACIOĞLU, İcra).
- POSTACIOĞLU, İ. E., Ödeme Emrine İtirazın Mahiyeti Üzerinde Bir Deneme, İHFM., 1948, S. 1-2, s. 277-295.
- ROSENBERG, L. / GAUL H. F. / SCHILKEN, E., Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., München 1987.
- ROSENBERG, L. / SCHWAB, K. H., Zivilprozessrecht, 14. Aufl., München 1986.
- TÜRK HUKUK LÜGATI, B. 3, Ankara 1991.
- UYAR, T., İcra Hukukunda İtiraz, B. 2, Manisa 1990. (UYAR, İtiraz).
- UYAR, T., İcra Hukukunda Şikayet, B. 2, Manisa 1991. (UYAR, Şikayet).
- UYAR, T., Gerekçeli, İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. I, 1973.
- ÜSTÜNDAĞ, S., İflâs Hukuku, B. 4, İstanbul 1991. (ÜSTÜNDAĞ, İflâs).
- ÜSTÜNDAĞ, S., İcra Hukukunun Esasları, B. 5, İstanbul 1990. (ÜSTÜNDAĞ, İcra).
- ÜSTÜNDAĞ, S., Medeni Usul Hukuku, C. I-II, B. 5, İstanbul 1992. (ÜSTÜNDAĞ, Usul).
- YEŞİLTAN, A. T., Eski Hali Getirme, (AD., 1972, S. 3, s. 256-271).
- YILMAZ, E., Hukuk Sözlüğü, B. 3, Ankara 1985. (YILMAZ Hukuk Sözlüğü).
- YILMAZ, E. / ÇAĞLAR, T., Tebligat Hukuku, B. 2, Ankara 1991.
- YILMAZ, O., İhtiyati Tedbirler, B. 2, Konya.

KANUNİ ŞUF'A HAKKI

Dr. Mehmet AYAN (*)

I — GİRİŞ

Kanuni şuf'a (önalım) hakkı (1) Medeni Kanununun 659 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "Bir gayrimenkulün hissedarları onun şâyi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni şuf'a hakkını haizdir". Görüldüğü gibi, kanuni şuf'aya ilişkin bu hüküm son derece yetersizdir. Doktrin ve uygulama, sözleşmeden doğan (akdi) şuf'aya ilişkin esasların (MK. m. 658) kıyasen kanuni şuf'aya uygulanacaklarını kabul etmektedir. Ancak, onlar da kanuni şuf'adan kaynaklanan sorunların büyük bir kısmını halletmekten uzaktır. Halbuki, taşınmaz konu alan müşterek mülkiyet ilişkisinin yolaçtığı uyuşmazlıkların önemli bir kısmı kanuni şuf'a hakkının kullanılmasından kaynaklandığı için, uygulamada akdi şuf'adan ziyade kanuni şuf'a önem taşır (2). Bu kısa incelememizde, kanuni şuf'a hakkının yolaçtığı sorunlar ve bu sorunlara Yargıtay uygulamasıyla getirilmiş çözümler üzerinde durmaya çalışacağız.

II — GENEL OLARAK KANUNİ ŞUF'A HAKKI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Kanuni şuf'a, Medeni Kanununun 659 uncu maddesi ve akdi şuf'a-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Şuf'a hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bk., Kısagün, Adli, Şuf'a Davaları, Ankara 1958; Feyzloğlu, Feyzi N., Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959; Erdoğan, Celâl, Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf'a Davaları, Ankara 1985, s. 570 vd.; Özenli, Soysal, Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, 2. Baskı, Ankara 1990. Salt kanuni şuf'a hakkı içinse bk., Şıpka, Şükran T., Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul 1994.

(2) Nitekim, 1984 tarihli Yeni Medeni Kanun Öntasarısı hazırlanırken bu durum göz önünde tutularak öncelikle kanuni şuf'a (önalım) hakkına ilişkin ayrıntılı hükümler getirilmiş, daha sonra bu hükümlerin akdi şuf'aya da kıyasen uygulanacakları ifade edilmiştir. Gerçekten, söz konusu tasarının 655 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Kanuni önalım hakkının kullanılmasına ve düşmesine ilişkin hükümler akdi önalımda da uygulanır." Gereğe için ayrıca bk., 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1984, s. 394 - 395.

ya ilişkin açıklamalardan hareketle, "müşterek mülkiyet konusu taşınmazın paydaşlarından birinin payını üçüncü şahsa satması durumunda, diğer paydaşlara satılan bu payı aynı şartlarla, tek taraflı, yönetilmesi ve varması gerekli bir irade açıklamasında bulunarak öncelikle satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu hak-
tır" şeklinde tanımlanabilir (3).

Müşterek mülkiyette paydaşlara böyle bir hak tanınmasını gerekli kılan esas itibarıyla iki sebep vardır (4). Birinci sebep, paydaşlar arasında işletme bakımından devamlı anlaşmazlık yaratması nedeniyle iktisadi olmayan müşterek mülkiyet ilişkisinin belirli bir süre sonra ortadan kalkmasını sağlamaktır. İkinci sebep ise, paydaşlardan birinin payını üçüncü bir şahsa satması durumunda, diğer paydaşlara söz konusu payı öncelikle satın alarak müşterek mülkiyet beraberliğine yabancıların girmesini engelleme imkânı vermektir (5). Paydaşlar arasındaki mahremiyet ve her paydaşın kendi pa-

(3) Bk., Akipek, Jale, Türk Eşya Hukuku, C. II, 2. Bası, Ankara 1973, s. 215; Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s. 614; Oğuzman, Kemal M./Selçü, Özer, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, s. 500; Tekinay, Selâhattin S., Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C. II/1, İstanbul 1988, s. 38; Durai, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 101; Kısagün, 49; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku, C. II, Mülkiyet, Konya 1993, s. 242. 1971 tarihli Eski Medeni Kanun Öntasarısının 658 inci maddesinin birinci fıkrasında da şuf'a (önalım) hakkına ilişkin bir tanımlama yapılmıştır. Buna göre, "Bir taşınmazın paydaşlarından birinin, payını başkasına devretmesi veya bir kimsenin bir taşınmaz maliki ile yaptığı sözleşme gereğince yetkili kılınması durumlarında, öteki paydaşların veya yetkili kılınan kimsenin o payı veya sözleşme konusu taşınmazı öncelikle satın alma hakkına, önalım hakkı; bu hakka sahip olan kişiye, önalımcı ve bu hakkın konusu olan taşınmaza da, önalımlı denilir." Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre, "Paydaşların yasadan doğan önalım hakkına, yasal önalım; sözleşmeden doğan önalım hakkına ise sözleşmesel önalım denilir." Yeni Medeni Kanun Öntasarısında ise herhangi bir tanımlama yoktur. HGK., 26.9.1990, E. 1990/6 - 321, K. 1990/441, "... Şuf'a (önalım) hakkı, taşınmaz mülkiyetinin yasadan doğan daraltımlarından (takyitlerinden) biridir. Yasal önalım hakkı, yenilik doğuran inşai bir haktır. Paydaşa, bir payın üçüncü kişiye satılması durumunda, o pay alıcıya neye mal oldu ise (satış bedeli, tapu harç ve masrafları) o miktar ile, belirli süre içinde satın alma yetkisi verir..." (YKD., C. 16, S. 12, 1990, s. 1760-1762).

(4) Ayrıca bk., Şıpka, 17 - 19.

(5) Bk., Bertan, Suad, Aynı Haklar, Medeni Kanununun 618 - 764 üncü Maddelerinin Şerhi, Ankara 1976, s. 736 - 737. HGK., 17.2.1993, E. 1992/6 - 739, K. 1993/52, "... mülkiyet hakkının özel hukuk takyitleri arasında yer alan şuf'a hakkının tanınması ile paylı mülkiyete tabi taşınmaz mallarda paydaşlar arasındaki müşterek kullanılma yabancıların sokulmasının önlenmesi amaçlanmıştır..." (YKD., C. 19, S. 4, 1993, s. 501 - 503) .

yı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi, onlara böyle bir hakkın tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece, son aşamada müşterek mülkiyet paylarının paydaşlardan birinin elinde toplanması sağlanabilecektir. Nihayet, bunlara ek olarak, müşterek mülkiyette paydaşlara şuf'a hakkı tanınmanın arazilerin çok fazla bölünmesini engelleyeceğini söylemek de mümkündür (6).

Kanuni şuf'a hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır (7). Bir görüşe göre, kanuni şuf'a, belirli bir malın gelecekte elde edilmesini temin eden beklemece (intizarı) haklar grubuna dahil bir aynı hak- tır. Zira, kanuni şuf'a hakkı sahibi şerhedilmesine gerek olmaksızın hakkını herkese karşı ileri sürebildiği gibi, iyiniyetli üçüncü şahıslardan dahi şuf'a konusu payı geri alabilmektedir (8). Daha isabetli olan ikinci bir görüşe göre ise, kanuni şuf'a, sözleşmeden doğan (akdi) şuf'a gibi hukuki niteliği itibarıyla yenilik doğurucu bir haktır. Ancak, sözleşmeden doğan şuf'a hakından farklı olarak, tapu kütüğüne şerh edilmesine gerek bulunmaksızın sonraki müktesiplere karşı da ileri sürülebilir. Yani, burada kanundan doğan eşyaya bağlı bir borç söz konusudur (9). Hak sahibi (paydaş) bakımından ise eşyaya (paya) bağlı hak vardır (10). Pay üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması kendiliğinden kanuni şuf'a hakkının kazanılması sonucunu yaratmaktadır. Aynı şekilde, kanuni şuf'a hakkı-

-
- (6) Bu konuda bk., Saymen, Ferit H./Elbir, Halit K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 376; Akipek, II, 215; Gürsoy/Eren/Cansel, 614; Oğuzman/Seliçi, 502; Tekinay, Takyitler, 39; Kısagün, 51; Ayiter, Nuşin, Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 1987, s. 137; Ertas, Şeref, Eşya Hukuku, Ankara 1989, s. 277; Feyzloğlu, Şuf'a, 105 - 106. HGK., 26.9.1990, E. 1990/6 - 321, K. 1990/441 (YKD., C. 16, S. 12, 1990, s. 1760 - 1762).
- (7) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., Şıpka, 20 vd.
- (8) Bk., Velidedeoğlu, Hıfzı V., Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1963, s. 730; Kısagün, 50. Feyzloğlu'na göre, "gerek müşterek mülkiyet müessesesine olan sıkı bağları, gerek mülkiyet hakkının kanuni bir takyidi olarak üçüncü şahıslara dahi tapu sicilinde ayrı bir kayda hacet olmaksızın mevcut bulunan dermeyan imkânı, gerek ilga veya tadilindeki merasimler ve mukavele ile başka bir kanuni şuf'a hakkını doğuracak âmil ihdasına imkân bulunmaması sebepleri neticesi olarak kanuni şuf'a hakkını (aynı hak) mânası galip bir inşai hak olarak kabul etmek" daha isabetlidir (bk., Şuf'a, 109).
- (9) Oğuzman/Seliçi, 502; Gürsoy/Eren/Cansel, 621. Kanuni şuf'a hakkının "gayrimenkul mülkiyetinin bir dolayısıyla takyidi"ni oluşturduğu hususunda ise yine bk., Oğuzman/Seliçi, 501 - 502.
- (10) Akipek, II, 215 - 218; Oğuzman/Seliçi, 501; Tekinay, Takyitler, 39; Gürsoy/Eren/Cansel, 614 - 615; Ayiter, 137; Ertas, 277.

nın müşterek mülkiyet payından ayrı olarak devredilmesi de mümkün değildir (11).

Yargıtay, 20.6.1951 tarih ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında kanunî şuf'a hakkının aynı hak olduğunu ifade etmişse de (12), 11.2.1959 tarih ve 10/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (13) ile bu görüşünü değiştirmiş ve kanunî şuf'a hakkını, "kullanıldığı zaman hak sahibi ile muhatap arasında satıma benzer bir ilişkinin kurulmasını sağlayan yenilik doğurucu hak" şeklinde nitelendirmiştir. Ancak, yargıtayın, söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararına rağmen kanunî şuf'a hakkını aynı hak olarak nitelendiren kararları da mevcuttur (14).

Aynı olayda kanunî şuf'a hakkı ile akdi (sözleşmeden doğan) şuf'a hakkı karşı karşıya gelebilir. Meselâ, müşterek malik kendi payına ilişkin olarak üçüncü bir şahısla şuf'a sözleşmesi yapmış olabilir. Böyle bir durumda, kanunî şuf'a hakkı sözleşmeden doğan

(11) 6. HD., 14.4.1984, E. 1984/892, K. 1984/4785, "... Kanunî şuf'a hakkı ortak mülkiyet hakkından doğduğundan ve adeta mülkiyet hakkıyla içiçe bulunduğundan şayi paydan ayrı olarak devir ve temlik düşünülemez. Davalıya pay satışı yapılmadan, diğer bir deyimle şuf'a hakkı doğmadan bir paydaşın kendi payını üçüncü şahsa satmayı vaadetmesi, o arada doğması mümkün şuf'a hakkını da devir ve temlik etmesi, 3. şahsa ancak şahsî bir hak bahşeder, Nitekim davacı kendi payını şirkete satmayı vaademiş olmasına rağmen davalıya yapılan pay satışından sonra müşterek malik olarak şuf'a hakkını kullanmıştır. Bu davanın devamı sırasında davacının kendi payını yitirmiş olması şuf'a hakkının da kaybedilmesi sonucunu doğurur. Şuf'a hakkının kaybedilmesinden sonra yok olan bir hakkın devri söz konusu olamaz. Pay satışından evvel henüz doğmamış bir hakkın şirkete devredilmiş olmasında da değişik bir durum yoktur..." (YKD., C. 11, S. 1, 1985, s. 38 - 40). Ayrıca bk., 6. HD., 16.4.1984, E. 1984/2621, K. 1984/4786 (YKD., C. 10, S. 12, 1984, s. 1801 - 1802).

(12) RG., S. 7950.

(13) RG., S. 16194.

(14) Bk., HGK., 17.3.1982, E. 1981/6 - 299, K. 1982/270, "... taşınmaz mal mülkiyetinin kanunî tazyitlerinden olan şuf'a hakkı, "bir taşınmaz malda pay sahibi bulunan kişiye, diğer bir payın üçüncü kişiye satılması halinde, o pay alıcıya neye mal olmuş ise, o miktar ile ve belli bir süre içinde, aynı şartlarla satın almak yetkisi veren" aynı bir haktır. Bu hak, inşai bir hak olup kullanıldığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye ulaşması ile hukuki sonuç doğurur..." (YKD., C. 9, S. 1, 1983, s. 23 - 28); HGK., 17.2.1993, E. 1992/6 - 739, K. 1993/52, "... yasal önalm hakkı, yenilik doğuran aynı bir haktır. Paydaşa, bir payın üçüncü kişiye satılması durumunda, o pay alıcıya neye mal olmuş ise, o miktar ile belirli süre içerisinde satın alma yetkisini verir..." (YKD., C. 10, S. 4, 1993, s. 501 - 503). Şüphesiz, söz konusu kararlarda yer alan "aynî hak" nitelendirmesi isabetsizdir. Ayrıca bk., Oğuzman/Seliçi, 501, dn. 798.

şuf'a hakkından önce gelir. Sözleşmeden doğan şuf'a hakkının tapu kütüğüne şerh edilmesi de bu sonucu değiştirmez (15).

III — KANUNİ ŞUF'A HAKKININ KONUSU

Kanunî şuf'a hakkı müşterek mülkiyete tâbi bir taşınmazda söz konusu olur. Amacı, taşınmazın mümkün olduğu kadar paydaşlar arasında kalmasını sağlamak ve böylece araya yabancıların girmesini engellemektir. Buna karşılık, iştirak halinde mülkiyette ortak maliklerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri payları bulunmadığından kanunî şuf'a hakları da yoktur. Ancak, miras yoluyla geçmesinde olduğu gibi, müşterek mülkiyet payının iştirak halinde mülkiyete konu teşkil etmesi mümkündür. Böyle bir durumda paya iştirak halinde sahip bulunan maliklerin kanunî şuf'a hakları vardır ve onların bu hakkı birlikte kullanmaları gerekir (16).

Kanunî şuf'a hakkının konusu müşterek mülkiyete tâbi bir taşınmaz ise de, üzerinde kat mülkiyeti tesis edilmiş bir yapının bağımsız olarak kullanılmaya elverişli bölümlerinden birinin satılması durumunda diğer bağımsız bölüm maliklerinin kanunî şuf'a hakları yoktur. Aynı esas kat irtifakı bakımından da geçerlidir (KMK. m. 8/I). Buna karşılık, müşterek mülkiyet konusu bir bağımsız bölüme ilişkin payın satılması halinde kanunî şuf'a hakkı kullanılabilir (KMK. m. 8/II). Aynı şekilde, kat maliklerinin kendi aralarında yapacakları bir sözleşmeyle birbirlerine şuf'a hakkı tanımaları mümkündür (KMK. m. 8/III). Ancak, bu sözleşmenin adı yazılı şekilde yapılması yeterli ise de (BK. m. 213/III), sonraki müktesiplere karşı ileri sürülebilmesi için tapu kütüğüne şerh edilmesi zorunludur (MK. m. 919) (17).

Müşterek mülkiyet konusu taşınırlarda, paydaşlar için böyle kanundan doğan bir şuf'a hakkı mevcut değildir. Dolayısıyla, taşı-

(15) Gürsoy/Eren/Cansel, 635; Ertaş, 278. Ayrıca bk., Feyzioğlu, Şuf'a, 111-112. Eski Medeni Kanun Öntasarısının 659 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre de, "Yasal önalım ile sözleşmesel önalım karşılaşırsa, yasal önalım hakkı tercih edilir."

(16) Tekinay, Takyitler, 38. 6. HD., 12.10.1982, E. 1982/8725, K. 1982/8692, "... Davacının şuf'a konusu taşınmazda müstakil pay kaydı sahibi olduğu anlaşılmamaktadır. Pay kaydı murisi olduğunu iddia ettiği Müzeyyen adına kayıtlıdır. Müzeyyen'in ölüm tarihine göre terekesinin iştirak halinde bulunup bulunmadığının ve iştirak hali mevcut ise diğer veresenin davaya dahil edilip edilmeyeceğinin veya muvafakatlarının aranıp aranmayacağına ve aksi halde MK. nun 630 ve 581. maddesi gereğince miras şirketine bir mümessil tayin edilip edilmeyeceğinin düşünülmemesi... usul ve kanuna aykırıdır..." (YKD., C. 9, S. 2, 1983, s. 205 - 206).

(17) Tekinay, Takyitler, 44.

nır bir mal üzerindeki müşterek mülkiyet payının satılması, diğer paydaşlara söz konusu payı öncelikle satın alma hakkı vermez. Sözleşmeye dayanan şuf'a hakkı ise tesis edilebilir (18).

IV — KANUNİ ŞUF'A HAKKININ DOĞMASI VE KULLANILABİLİR HALE GELMESİ

Kanuni şuf'a hakkı, müşterek mülkiyet payının iktisabıyla birlikte kendiliğinden kazanılır. Yani, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir hak olduğu için tapu siciline tescil edilmesi gerekmez (19). Ancak, bunun kullanılması, paydaşlardan birinin payını üçüncü şahsa satması halinde mümkündür. Zira, Medeni Kanunun 659 uncu maddesi bu hakkın taşınmazın "şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı" kullanılacağını öngörmüştür.

Şu halde, kanuni şuf'a hakkının kullanılabilmesi için gerekli birinci şart müşterek maliklerden birinin payını satmasıdır (20). Yani, kanuni şuf'a hakkı sadece payın satılması durumunda kullanılabilir. Bu satıma "şuf'a olayı" da denir (21). Payın alıcı üzerine tescil edilmesi gerekmez (22). Ancak, "şuf'a hakkının kullanılabilmesi için, yapılan pay devrinin, yalnız şekil bakımından değil, tarafların ona verdikleri anlam ve güttükleri amaç bakımından da bir satış, yani payın bir bedelle değiş tokuşu niteliğinde olması gerekir" (23). Aksi takdirde, yani şeklen bir satım sözleşmesi yapılmış olmakla birlikte gerçekte mirasçılara hisse verme (24) veya bir şirkete sermaye koyma gibi satım dışı amaçlar hedeflenmişse, artık kanuni şuf'a hakkı kullanılamaz. Aynı şekilde, satım dışında yi-

- (18) Saymen/Elbir, 379; Tekinay, Takyitler, 46; Gürsoy/Eren/Cansel, 614; Ertaş, 278. 6. HD., 21.4.1975, E. 1975/1814, K. 1975/2966, "... Şuf'a hakkı, müşterek taşınmaz malda bir paydaşın, diğer paydaş tarafından üçüncü kişilere satılan payın, bedeli mukabilinde adına tescilini isteyebilmesidir. Diğer bir deyimle, şuf'a hakkı ancak taşınmaz mallardaki hisselerin satışında kullanılabilir. Taşınır mallarda şuf'a hakkının kullanılması düşünülemez..." (YKD., C. 1, S. 8, 1975, s. 100 - 101).
- (19) Gürsoy/Eren/Cansel, 615; Kısagün, 51-52; Bertan, 793. Ayrıca bk., Feyzioğlu, Feyzi N., Şuf'a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar, İHFM., C. 19, S. 1 - 2, 1953, s. 224.
- (20) Payını satan müşterek malik pay üzerindeki intifa hakkını kendisi için saklı tutabilir. Böyle bir durumda kanuni şuf'a hakkı sadece çıptak mülkiyet için kullanılır. Bk., 6. HD., 3.10.1989, E. 1989/1990, K. 1989/14147, (YKD., C. 16, S. 1, 1990, s. 35 - 36).
- (21) Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 609, 611; Feyzioğlu, Şuf'a, 183 vd.; Şıpka, 43 vd..
- (22) Tartışmalar için bk., Şıpka, 51 vd.
- (23) Tekinay, Takyitler, 42.
- (24) Gürsoy/Eren/Cansel, 616; Kısagün, 54. İBK., 27.3.1957, 12/2 (RG. S. 9687).

ne mülkiyetin devri amacına yönelik trampa (25) ve bağışlama sözleşmelerinde de kanunî şuf'a hakkının kullanılması mümkün değildir (26). Vakıf kurulmasında, mirasın intikal ve taksiminde (27), kamulaştırmada (28), cebri icra yoluyla satışta (29), mahkeme kararıyla mülkiyetin kazanılmasında (30), vasiyette ve intifa hakkı tesisinde de kanunî şuf'a hakkı kullanılamaz (31). Bu hakkın taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde kullanılıp kullanılmayacağı hususu

- (25). Trampa sözleşmesinde karşı edim çeşidiyle belirlenmiş mallardan oluşuyorsa şuf'a hakkının kullanılması ve bunun için de 659 uncu maddenin "bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini iktisap eden üçüncü şahsa karşı kanunî şuf'a hakkını hafızdır" şeklinde anlaşılması hususunda bk., Akipek, II, 216. Ayrıca bk., Şipka, 91.
- (26) Gürsoy/Eren/Cansel, 616. 6. HD., 13.6.1990, E. 1990/8576, K. 1990/8823, "...Şuf'a hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan haklardan olup bu sebeple yasakoyucu temlik tasarruflardan sadece gerçek anlamdaki satışlar için kabul etmiştir. Bu nedenle gerek öğretilde gerekse Yargıtay içtihatlarında hibe, trampa, sermaye vaz'ı gibi tasarruflarda şuf'a hakkının cereyan etmiyeceği kabul edilmiştir. Netice itibarı ile gayesinde hibe ve buna benzer maksatlar bulunan aktlerde görünürde satış şekli bulunsa bile akidin gerçek maksadı satış olmadığı halde satış hakkındaki hükümlerin onlara tatbik edilmesi hem yasakoyucunun maksadına, hem de esas hukuk prensiplerine aykırı düşer..." (YKD., C. 16, S. 10, 1990, s. 1469-1470).
- (27) Bk., Bertan, 793 - 794.
- (28) Buna karşılık, şuf'a hakkı doğduktan sonra taşınmazın İller Bankası'nın alanına dahil edilmesi ve imar durumunun değiştirilmesi, geçerli bir şekilde doğmuş olan şuf'a hakkını ortadan kaldırmaz. Bk., 6. HD., 11.5.1981, E. 1981/1800, K. 1981/7956 (YKD., C. 8, S. 9, 1988, s. 1261 - 1262).
- (29) 6. HD., 2.6.1980, E. 980/3205, K. 1980/5679, "...davalının ihale yoluyla pay satın almasının cebri müzayede niteliğinde olmasına ve bu sebeple de davalıya geçen pay için şuf'a hakkı kullanılamayacağına..." (YKD., C. 7, S. 1, 1981, s. 42 - 43). Ancak, haciz işlemine karşı muvazaa iddiası ileri sürülebilir. Bk., 6. HD., 26.4.1983, E. 1983/3037, K. 1983/4514 (YKD., C. 9, S. 11, 1983, s. 1627 - 1628). Ayrıca bk., Şipka, 103 - 104.
- (30) Kural bu olmakla birlikte, Yargıtay, harici satışa dayalı olarak ortaya çıkan cebri tescillerde şuf'a hakkının kullanılabileceğini kabul etmektedir. Bk., 6. HD., 14.2.1974, E. 1974/619, K. 1974/627 (YKD., C. 1, S. 1, 1975, s. 68).
- (31) Bk., Gürsoy/Eren/Cansel, 616; Ayiter, 137; Feyzioğlu, Şuf'a, 250 vd. Eski Medeni Kanunu Öntasarısının 659/B maddesinin dördüncü fıkrasına göre de, "Yasal önalım hakkı ve tersi kararlaştırılmamışsa, sözleşmesel önalım hakkı, trampada, bağışlamada, ana ve babaya, altsoya, kardeşlere ve eşe yapılan satışlarda ve önalımın bir ortaklığa anamal olarak konulmasında kullanılamaz; şu kadar ki, önalımcı trampa ve bağışlamanın gerçekte alım satım olduğunu ispat ederek önalım hakkını kullanabilir. Cebri icra yoluyla yapılan satışlarda da, gerek yasal gerek sözleşmesel önalım hakkı kullanılamaz." Yeni Medeni Kanun Öntasarısının 653 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında ise, sadece cebri artırma ile satışlarda şuf'a hakkının kullanılamayacağından söz edilmiştir.

ise tartışmalıdır (32). Kullanılabileceğini kabul eden yazarlar bulunduğ gibi (33), satış vaadine dayanan cebri tescil davasının kesinleşmesi halinde söz konusu olacağını ifade eden yazarlar da vardır (34).

Şüphesiz, satın sözleşmesinin geçerli olması da şarttır. Satım sözleşmesi ehliyetsizlik, şekil şartına aykırılık, mutlak muvazaa gibi bir sebep yüzünden geçersizse, hakkın kötüye kullanılmasından (MK. m. 2/II) kaynaklanabilecek istisnalar saklı kalmak kaydıyla artık şuf'a hakkının kullanılması yine mümkün olmaz. Hata, hile, tehdit veya gabin sebebiyle satın sözleşmesinin iptal edildiği haller açısından da aynı esas geçerlidir (35).

Kanunî şuf'a hakkının kullanılabilmesi için gerekli ikinci şart, payın bir üçüncü şahsa satılmış olmasıdır. Payı satın alan üçüncü şahsın gerçek kişi veya tüzel kişi olması mümkündür. Pay bir şirket veya kooperatif tarafından satın alındığı zamanlarda da şuf'a hakkı kullanılabilir. Buna karşılık, pay diğer bir paydaşa veya paydaşlara satılmışsa, artık kanunî şuf'a hakkı kullanılamaz (36). Ak-

(32) Ayrıntılı bilgi için bk., Şıpka, 55 vd.

(33) Bk., Gürsoy/Eren/Cansel, 618.

(34) Bk., Ertaş, 278 - 279; Kısagün, 54. Ayrıca bk., 6. HD., 6.7.1993, E. 1993/7579, K. 1993/7797, "... Davacı Mehmet, cebri tescil kararının kesinleşmesi suretiyle davalıya intikal eden pay sebebiyle 2.7.1987 tarihinde işbu davayı açıp, şuf'a hakkının tanınmasını istemiştir. Şuf'alı payın davalı adına tescil edilmesine ilişkin hükmün 27.5.1987 tarihinde kesinleşmiş olduğundan, MK.nun 633. maddesi sebebiyle bu pay o tarihte davalıya intikal etmiştir. Daha önceden o payın davalıya satışının vaadedilmiş olması, vadedin yerine getirilmemiş olması sebebiyle tescil davası açılmış olması davalıya o tarihlerde mülkiyet hakkı bahsetmez. Davacının kendine şuf'a hakkının müşterek payı 14.1.1986'da iktisap ettiği uyumsuzluk konusu olmadığına göre, bu davacının davalıdan evvel taşınmaza paydaş olduğu açık seçik ortadadır. Hâl böyle olunca, davacının kendisinden sonra dava konusu payı satın alan davalıya karşı şuf'a hakkının varlığı kabul edilemez. Aksi düşünce ile davalının payı daha evvel iktisap ettiği kabul olunarak davanın reddolunması usul ve yasaya aykırıdır..." (YKD., C. 20, S. 6, 1994, s. 903 - 904).

(35) Ayrıca bk., Şıpka, 61 vd.

(36) Saymen/Elbir, 378; Gürsoy/Eren/Cansel, 618 - 619; Oğuzman/Seliçi, 501, dn. 798d, 502; Akipek, II, 216; Feyzioğlu, Şuf'a, 247 vd.; Tekinay, Takyitler, 41; Velidedeoğlu, 730; Ayiter, 137. 6. HD., 15.4.1986, E. 1986/4080, K. 1986/5324, "...MK.nun 659. maddesi uyarınca bir paydaşın payını üçüncü şahsa satması halinde diğer hissedarların şuf'a hakkı söz konusudur. Pay iktisap eden kimse üçüncü şahıs olmayıp, paydaş ise, yasa gereği diğer paydaşların şuf'a haklarını kullanmalarını mümkün değildir. Bu husus dava şartı olduğundan mahkemenin re'sen gözetmesi gerekir. Bu bakımdan, bu cihetin temyiz aşamasında ileri sürülmesi, bunun üzerinde

sine bir çözüm tarzı, kanunî şuf'a hakkının tanınmasına temel teşkil eden amaca aykırı olurdu. Bu açıdan, payın devri anında paydaş sıfatına sahip bulunulması yeterlidir. Yani, müşterek mülkiyet birliğine sonradan dahil olan kişilere yapılan satışlarda da yine şuf'a hakkı kullanılamaz. Meselâ, (A), (B), (C), (D) ve (E)'den meydana gelen bir müşterek mülkiyet beraberliğinde, (A), payını (F)'ye sattığı zaman diğer müşterek malikler kanundan doğan şuf'a haklarını kullanabilirler. Onlar herhangi bir sebeple şuf'a hakkını kullanmak istemezler veya süresinde kullanamazlarsa, artık (F) de paydaş sıfatını kazanarak müşterek mülkiyet birliğine girmiş olur. Daha sonra (B)'nin payını (F)'ye satması, (C), (D) ve (E)'ye kanunî şuf'a hakkını kullanma imkânı vermez. Başka bir ifadeyle, onlar, şuf'a hakkını kullanabilmek için (F)'nin paydaş sıfatını sonradan kazanmış olduğunu ileri süremezler. Müşterek mülkiyet konusu taşınmazın tamamının satılması durumunda da kanunî şuf'a hakkının kullanılması söz konusu değildir (37).

Yargıtay, şuf'a hakkını ileri sürmenin somut olay bakımından dürüstlük ilkesine aykırılık (MK. m. 2/II) teşkil ettiği hallerde de bu hakkın kullanılamayacağını kabul etmektedir. Zira, "diğer bütün haklar gibi şuf'a hakkı kullanılırken de dürüstlük kurallarına uyma zorunluluğu vardır" (38). Meselâ, müşterek mülkiyet konusu taşınmazın paydaşlarca öel olarak parsellenmesi ve her paydaşın belirli bir kesim üzerinde uzun süre tasarruf etmesi durumunda, paydaşlardan birinin üzerinde tasarruf ettiği yeri ve ona karşılık gelen payı üçüncü şahıslara devretmesi diğer paydaşlarca kanunî şuf'a hakkının kullanılmasına imkân vermez (39). Buna karşılık,

durulmamasını gerektirmez. Zira, dava şartı olan bu husus hakkında savunmanın tevsi de bahse konu edilemez. Kaldı ki, dosyaya celbedilen tapu kaydında davanın paydaş olduğu belirtilmiştir. Bu hususlar nazara alınarak sabit olmayan davanın reddi gerekirken, kabulü usûl ve yasaya aykırı bulunduğundan hükmün bozulması gerekmiştir..." (YKD., C. 12, S. 9, 1976, s. 1297 - 1298). Ancak, daha önce devretmiş bulunduğu müşterek mülkiyet payını sonradan tekrar satın alan ve paydaş sıfatını kazanan kişiye karşı kanunî şuf'a hakkı kullanılabilir. Bk., HGK., 4.5.1960, 6/14 - 28 (Tekinay, Takyitler, 41, dn. 9). Tekinay'a göre, müşterek mülkiyet payını devralmış olan üçüncü şahıs payı diğer paydaşlardan herhangi birine devrederse, birinci satışa ait hak düşümü süresel içerisinde yine kanunî şuf'a hakkının kullanılması mümkündür (bk., Takyitler, 42).

(37) Akipek, II, 216; Tekinay, Takyitler, 43; Gürsoy/Eren/Cansel, 617.

(38) Tekinay, Takyitler, 44. Ayrıca bk., Şıpka, 170 vd.

(39) 6. HD., 24.10.1983, E. 1983/9973, K. 1983/10156, "... tüm paydaşlar arasında taşınmaz özel olarak parsellenmiş, böylece taksimatı yapılmış, her paydaş belirli bir kesimi uzun süreden beri tasarruf etmekte ise her paydaşın yeri müstakil bir taşınmaz niteliği almış demektir. Tapuda ifraz

paydaşların tümü arasında fiili kullanmaya ilişkin herhangi bir anlaşma yapılmamışsa, artık hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemez (40). Yargıtay'a göre, velâyeti altındaki çocukların paylarını üçüncü şahsa satan kanuni temsilcinin, daha sonra satış bedeli üzerinden şuf'a hakkını kullanmak istemesi de hakkın kötüye kullanılmasıdır (41). Aynı şekilde, malikin bizzat taksim edip sattığı paylardan birinin üçüncü kez el değiştirilmesinde şuf'a hakkını kullanmak

yapılmadığı için hisse şeklinde satış yapılmış olsa dahi aslında paydaşa ait müstakil yerin satıldığına kabulü gerekir. Bu durumu bilen davalının şuf'a hakkını kullanması objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz..." (YKD., C. 10, S. 4, 1984, s. 574 - 576). Aynı yönde bk., 3. HD., 23.1.1986, E. 1985/13067, K. 1986/486 (YKD., C. 12, S. 6, 1986, s. 801 - 802); 6. HD., 6.11.1986, E. 1986/10541, K. 1986/12443 (YKD., C. 13, S. 5, 1987, s. 699-700); 3. HD., 22.12.1986, E. 1986/13113, K. 1986/14774 (YKD., C. 13, S. 6, 1987, s. 873 - 874); 6. HD., 1.3.1988, E. 1988/781, K. 1988/3061 (YKD., C. 14, S. 2, 1988 s. 1219 - 1221); 6. HD., 31.10.1989, E. 1989/14039, K. 1989/16331 (YKD., C. 16, S. 3, 1990, s. 365 - 366); 6. HD., 16.4.1990, E. 1990/5478, K. 1990/5682 (YKD., C. 16, S. 7, 1990, s. 97 - 99); 6. HD., 18.4.1990, E. 1990/5581, K. 1990/5797 (YKD., C. 16, S. 9, 1990, s. 1311 - 1312); 6. HD., 13.3.1991, E. 1991/2319, K. 1991/3502 (YKD., C. 17, S. 7, 1991, s. 1013 - 1014); 6. HD., 12.10.1993, E. 1993/9652, K. 1993/10076 (YKD., C. 20, S. 7, 1994, s. 1076 - 1078). Oğuzman/Seliçi'ye göre, burada paydaşlardan birinin şuf'a hakkını kullanmak istemesini dürüstlük ilkesine aykırı saymak kolayca benimsenemez (bk., age, 501, dn. 798a). Ayrıca bk., Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 87.

(40) HGK., 26.9.1990, E. 1990/6-321, K. 1990/441, "...Dava konusu taşınmaz taraflar ve dava dışı paydaşlar arasında müşterek mülkiyet üzeredir. Ancak bütün paydaşların iştiraki ile payları karşılığı intifalarına bırakılan kesimleri belirleyen fiili kullanmaya ilişkin bir anlaşma yapılmış değildir. Taşınmazdaki mevcut paydaşlardan cüz'i bir kısmı taşınmazın belirli bir kesiminde kendi aralarında bir taksim yapmışlarsa da bu kullanmaya ilişkin fiili taksim olgusunun buna iştirak etmeyen diğer paydaşları bağlamayacağı da kuşkusuzdur. Olayda ise taşınmazın ve paydaşların tamamını gözönüne alındığında her paydaşın fiili kullanmaya ilişkin yeri diğerinden bağımsız olarak kesim kesim belirlenmemiş ve müşterek kullanma bozulmamıştır. Bu nedenle de, taşınmaza yabancı kişiyi sokmama amacı tahakkuk ettiğinden dolayı artık şuf'a hakkının amaçsal yönden kullanılmasına gerek olmadığından sözedilemeyeceği aşikârdır..." (YKD., C. 16, S. 12, 1990, s. 1760 - 1762). Ayrıca bk., Hatemi/Serozan/Arpacı, 615.

(41) 6. HD., 25.4.1985, E. 1985/4561, K. 1985/5604, "...Özkan, velayeti altında bulunan Ashı ve Ayşegül'ün paylarını çocuklarına velayeten davalıya kendisi satmıştır. Özkan, velayeti altındaki çocukların paylarını istenilen fiyata satmak hakkına sahip olduğu gibi, yetkili mercilerden alınacak izinle kendisi de satın almak hakkına sahiptir. Velayeti altındaki çocuklarının payını üçüncü şahsa sattıktan sonra aynı bedelle tekrar kendinin satın almak istemesi şuf'a hakkının kötüye kullanılmasıdır..." (YKD., C. 11, S. 11, 1985, s. 1632 - 1633).

istememesi de dürüstlük ilkesi (MK. m. 2) ile bağdaşmaz (42). Müste- rek mülkiyet payının paydaşlar tarafından birlikte (oybirliğiyle) sa- tılmasını (43) da bu anlamda ele almak mümkündür. Buna karşılık, uygulamada, paym ihtiyari açık arttırma ile satışına katılıp pey sü- ren ve fakat daha sonra arttırmadan çekilen paydaşın şuf'a hakkın- dan feragat etmiş sayılamayacağı, onun ihale sonucunda payı sa- tın alan kişiye karşı şuf'a hakkını kullanabileceği ifade edilmiş- tir (44).

Kanunî şuf'a hakkının kullanılamayacağı diğer bir hal bu hak- tan feragat edilmesidir. Ancak, bunun için feragatin geçerli olması şarttır. Yetkisi bulunmayan bir vekilin feragati şuf'a hakkının kul- lanılmasını engellemez (45).

Feragat, bütün satışlar için olabileceği gibi, münferit bir satış için de olabilir. Birinci ihtimal için "mutlak feragat (nefsi şuf'adan feragat)", ikinci ihtimal için "nisbi feragat" deyimleri kullanılır (46). Bütün satışlar için yapılacak feragatin geçerliliği resmi şekilde ya- pılıp tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlıdır (MK. m. 67/c. 2) (47).

(42) 6. HD., 18.10.1989, E. 1989/12389, K. 1989/15269 (YKD., C. 16, S. 1, 1990, s. 38 - 3).

(43) Bk., Gürsoy/Eren/Cansel, 617; Tekinay, Takyitler, 43.

(44) İBK., 3.1955, 27/3 (RG., 18.5.1955, S. 9009).

(45) Bk., 6. HD., 4.3.1988, E. 1987/15358, K. 1988/330, "... vekil Osman'ın almış olduğu vekâletnamede şuf'a hakkından feragat etmeye yetki verilmemiştir. Yetkisiz vekilin vermiş olduğu feragatname davacıyı bağlamaz. Mahkemenin bu feragatnameye dayanarak davayı red etmesi görüşü doğru değildir. Davalı hak düşürücü sürenin geçtiği savunmasında bulunmadığına göre taşınmazın satış bedelinin ve tapu masraflarının ilgili tapu si- cil müdürlüğünden sorularak şuf'a bedelinin depo ettirilmesi için davacı- ya münasip mehil verilmesi, bu mehil içerisinde paranın depo ettirilmesi halinde şuf'alı paym iptali ile davacı adına tescilli kararı icap ederken ya- zılı şekilde red kararı verilmesi usul ve kanuna aykırı olduğundan hük- mün bozulması gerekmiştir..." (YKD., C. 15, S. 1; 1989, s. 39 - 39). Şüphe- siz kararın yetkisiz vekil tarafından yapılan feragati geçersiz sayan kıs- mı isabetli ise de, hak düşürücü süre bakımından davalının savunmada bulunmasını isteyen kısmı isabetsizdir. Zira, zaman aşımından farklı ola- rak, hak düşürücü sürenin hâkim tarafından re'sen nazara alınması ge- rekir.

(46) Bk., Hatemi/Serozan/Arpacı, 613; Şıpka, 111 vd.

(47) Medeni Kanununun 657 nci maddesinin ikinci cümlesinde, "tescil" anlamı- na gelmek üzere "tapu siciline kayıt" ifadesi kullanılmıştır. Ancak, tescil işlemine sadece aynı haklar konu teşkil edebilir. Bu nedenle, "şuf'a hak- kından feragatin bir nevi "menfi irtifak" sözleşmesi olarak resmi şekle bağlanacağı ve böylece "irtifak" türünden bir sınırlı aynı hak olarak tes- cil edileceği kabul edilmektedir" (bk., Hatemi/Serozan/Arpacı, 614). Aynı yönde, bk. Velidedeoğlu, 731. Resmi şekilde yapıp şerhedilmesi hususun-

Tapu kütüğüne tescil yapılmamışsa, hakkın kötüye kullanımı (MK. m. 2/II) niteliğine sahip bulunmadığı sürece (48), feragata rağmen şuf'a hakkı kullanılabilir. Münferit bir satış için yapılacak feragat içinse sadece yazılı şekil yeterli sayılır (49). Paydaş, şuf'a davası devam ederken de hakkından feragat edebilir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi böyle bir durumda feragatın davalı lehine yapılmış sayılacağına karar vermişse de (50), Hukuk Genel Kurulu söz konusu kararı iptal edip feragatın davacı diğer paydaş veya paydaşlar lehine etkili olacağına ilişkin mahalli mahkemenin direnme kararını onaylamıştır (51). Buna karşılık, şuf'a davası devam ederken şuf'alı payın bir bölümünün davacıya temlik edilmesi zmnî feragat anlamına gelmez (52).

da ise bk., Ertaş, 279. Hakkı olarak, Yeni Medeni Kanun Öntasarısında da aynı esas kabul edilmiştir. Ayrıca bk., Şipka, 112 - 113.

- (48) Meselâ, "paydaşlar Noterlikte düzenledikleri resmî senette şuf'a hakkının özünden vazgeçmeyi de taahhüt etmişler ve bu taahhüt uyarınca tapu memurluğuna gerekli başvurmaları yapıp, belgeleri ibraz etmişlerse; fakat tapu memuru vazgeçmeyi tescil edecekken şerhler hanesine işaret etmekle yetinmişse; paydaşlardan birinin sonradan bu yanlışlıktan yararlanmak istemesi: binnetice şuf'a davasını açması dürüstlük kavramı ile bağdaşmaz; burada paydaşın şuf'a hakkını kullanmak isteyişi hakkını kötüye kullanması sayılmalı ve şuf'a davası reddedilmelidir" (bk., Feyzi-oğlu, Hakların Kötüye Kullanılması, 177 - 178).
- (49) Saymen/Elbir, 377; Gürsoy/Eren/Cansel, 620 - 621. İBK., 16.5.1951, 6/19-3 (RG., 18.8.1951, S. 7888). Aynı yönde bk., 6. HD., 12.2.1974, E. 1974/474, K. 1974/555 (YKD., C. 1, S. 1, 1975, s. 66 - 67); 6. HD., 24.10.1983, E. 1983/9973, K. 1983/10158 (YKD., C. 10, S. 4, 1984, s. 574 - 576). Münferit bir satış için yapılacak taahhüdün şekle tâbi olmadığı hususunda bk., Akipek, II, 218. Sadece isbat şeklinin bulunduğu hususunda bk., Hatemi/Serozan/Arpacı, 613 - 614. Eski Medeni Kanun Öntasarısının 659 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "Yasal önalım hakkının belirli bir satış için kullanılmasından vazgeçme, noterlikçe resen düzenlenen resmî senetle olur; bu vazgeçme, satıştan önce veya sonra olabilir." Yeni Medeni Kanun Öntasarısının 653 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre ise, "önalım hakkından feragatın resmî şekilde yapılması ve tapu siciline şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmama taahhüdü yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir."
- (50) 6. HD., 3.2.1992, E. 1992/1061, K. 1992/1354 (YKD., C. 18, S. 8, 1992, s. 1202-1203).
- (51) Bk., HGK., 17.2.1993, E. 1992/6-739, K. 1993/52 (YKD., C. 10, S. 4, 1993, s. 501 - 503).
- (52) 6. HD., 23.9.1986, E. 1986/6645, K. 1986/10179, "...Şuf'a davası açıldıktan sonra haktan değil, davadan vazgeçme söz konusu olacaktır. Bu takdirde de HUMK.nun 93 ve 151. maddelerinin uygulanması gerekir. 16.5.1951 gün ve 6/19 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı bunu öngörmektedir. HUMK.nun 93. maddesi uyarınca davadan feragat bir dilekçe ile veya duruşma sırasında vaki beyanla yapılabilir. Usulün 151. maddesi uyarınca beyan şek-

Bu konuda önem taşıyan hususlardan biri de nisbi muvazaanın söz konusu olduğu hallerdir. Meselâ, (A), (B) ve (C)'den oluşan bir müşterek mülkiyet beraberliğinde, (A), kendi payını üçüncü şahıs (D)'ye satar ve fakat bağışlamış gibi görüntü yaratırsa, yani satım sözleşmesini bağışlama sözleşmesinin arkasına gizlerse, diğer paydaşlar (B) ve (C) şuf'a hakkını kullanabilecekler midir? Olayda, alıcı (D), tapu kütüğüne tescil işlemi yapılmış olsa bile satış konusu payın mülkiyetini kazanamamıştır. Zira, bağışlama sözleşmesi tarafların gerçek iradelerine uygun düşmediği için, satım sözleşmesi de şekil şartına riayet edilmediği için geçersizdir. Tapu kütüğünde yolsuz bir tescil vardır. Payını devretmiş olan (A) veya külfü halefleri, kural olarak her zaman tapu sicilinin tashihi davası (MK. m. 933) açmak suretiyle yolsuz kaydı düzeltilmesini sağlayabilirler. Doktrinde, bu tip olaylarda şuf'a hakkı sahiplerinin de tashihi davası açabileceğini kabul edenler vardır (53). Ancak, geçerli bir satım sözleşmesi bulunmadığı için, böyle bir davanın açılması ve kazanılması şuf'a hakkının kullanılmasına imkân vermeyecektir (54).

V — KANUNİ ŞUF'A HAKKININ KULLANILMASI

Kanuni şuf'a hakkı, müşterek maliklerden birinin payını bir üçüncü şahsa devretmek için satım sözleşmesi yaptığının öğrenilmesiyle birlikte kullanılabilir hale gelir. Yani, bu açıdan alıcı üzerine

linde yapıldığı takdirde bunun davacı tarafından imza edilmesi gerekir. Olayımızda davacının bu şekillere uygun feragati söz konusu değildir. Zimni feragat bahse konu olamaz. Davacının şuf'alı payın bir kısmını rıza ile iktisabı, şuf'alı payın geri kalan kısmı bakımından davayı yürütmesine engel değildir..." (YKD., C. 13, S. 2, 1987, s. 216 - 217).

(53) Bk., Tekinay, Takyitler, 43. Uygulama da aynı yöndedir. Bk., 1. HD., 16.9.1980, E. 1980/8880, K. 1980/10700, "...Dava konusu taşınmaz müşterek mülkiyet üzeredir. Davacı ile davanın fariğleri müşterek mülkiyet konusu bulunan bu taşınmazda paydaşlardır. Davalı fariğlerine ait dava konusu payı paydaş durumunda olan ve dava dışında kalan Emişem, Abidin ve Ayşe adlı kişilerden tapuda bağış yolu ile iktisap etmiştir. Davacı, bu iktisabın gerçekte satış olduğunu, ancak kendisinin şuf'a hakkını kullanmasını engellemek amacı ile ve muvazaalı olarak tapuda bağış gösterildiğini ileri sürerek eski halin iadesini istemiştir. Davacının satış halinde alıcıya karşı şuf'a hakkını kullanabilmesi için öncelikle bu davayı açmakta hukuki yararı vardır..." (YKD., C. 7, S. 2, 1981, s. 155 - 156).

(54) Feyzioğlu'na göre, "şuf'a hakkı sahibi, davanın gerçekte bağış değil, satım akdi yaptığını kanıtlaması halinde satımın şekilsizlik nedeniyle bâtil olduğu savunmasına itibar etmeyecek ve şuf'anın gereğini yürütebilecektir" (bk., Hakların Kötüye Kullanılması, 179). Hatemi/Serozan/Arpacı'ya göre de, dürüstlük ilkesi (MK. m. 2), böyle bir ihtimale dahi şuf'a hakkının kullanılabilmesini gerektirir (bk., age., 518, 612).

tescilin yapılmış olması gerekmez (55). Ancak, şuf'a hakkının nasıl, kim tarafından, kime karşı, hangi süre içinde ve hangi şartlarla kullanılacağı hususunda Medeni Kanununun 659 uncu maddesinde açıklık yoktur. Dolayısıyla, bütün bu soruların sözleşmeden doğan şuf'a ya ilişkin hüküm (MK. m. 658) kıyasen uygulanmak suretiyle cevaplandırılması gerekmektedir.

Kanuni şuf'a hakkı, tek taraflı, yöneltilmesi ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır. İrade beyanının geçerliliği herhangi bir şekle tâbi değildir (56). Şüphesiz, ispat kolaylığı sağlaması bakımından noter aracılığıyla kullanılması isabetli olur. Şuf'a hakkının uygulamada daha ziyade doğrudan dava açarak kullanıldığını söylemek mümkündür (57). Ancak, şuf'a hakkının dava açılarak kullanılması durumunda kararın verilmesi tapu iptali ve tescili ge-

- (55) Bk., Akipek, II, 217; Tekinay, Takyitler, 50; Kısagün, 53. Ayiter'e göre ise, "şuf'a hakkı paylı malikin satış yapması halinde kullanılır; bunun için satış bitmiş ve yeni malik adına tapuya tescil yapılmış olmalıdır" (bk. age., 137).
- (56) Gürsoy/Eren/Cansel, 617; Tekinay, Takyitler, 47; Ayiter, 137; Kısagün, 55; Şıpka, 152; Bertan, 795 - 796. 6. HD., 17.4.1984, E. 1984/2434, K. 1984/4879, "... şuf'a isteğinin açıklanması yasayla bir biçime de bağlanmamıştır. Bu hak pay sahibi tarafından mahkeme dışında da kullanılabilir ve dava açma zorunluluğu yoktur. Davacının, alıcıya dilekçe, mektup ya da uyarı göndererek şuf'a iradesini bildirme olanığı varken, bu olanaktan yararlanılmamıştır..." (YKD., C. 11, S. 3, 1985, s. 358 - 360); 6. HD., 22.4.1991, E. 1991/5123, K. 1991/5439, "... Bu hak her türlü irade bildiriyle kullanılabilir gibi doğrudan doğruya dava açmak suretiyle de kullanılabilir. Dava dışı kullanılan irade bildiri süreyi koruyacağından yasal süresi içinde her zaman dava açılabilir. Şuf'a hakkı tapudaki satış işlemi sonradan doğacağından şuf'alı payın daha önce satılacağı öğrenilmesi veya hak sahibine vaki satın alma teklifinin kabul edilmemesi hiçbir hukuki değer taşımaz. Davalı hak düşürücü süre geçirildiği savunmasında bulunmuşsa bunu isbat etmesi gerekir. Bu konuda tanık dahil her türlü delil ikamesi mümkündür. Önce davalı delillerinin daha sonra varsa davacı delillerinin toplanması gerekir..." (YKD., C. 17, S. 8, 1991, s. 1188 - 1189).
- (57) Bk., Tekinay, Takyitler, 47. Medeni Kanun Öntasarılarında da hakkın dava yoluyla kullanılması önerilmiştir. Gerçekten, Eski Medeni Kanun Öntasarısının 659/B maddesinin birinci fıkrasına göre, "Yasal olan veya sözleşmesel olup da tapu kütüğüne şerh verilen önahım hakkı, önahımlıyı satın alıp kendi adına kütüğe tescil ettiren alıcıya ve henüz önahım hakkı düşmeden adlarına tescil yapılan sonraki alıcılara karşı, önahım davası açılması yoluyla, kullanılır." Yeni Medeni Kanun Öntasarısının 654 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre ise, "Önahım hakkı, satılan malın mülkiyeti alıcıya geçmişse ona; henüz mülkiyet geçmemişse satıcıya karşı önahım dâvası açılarak kullanılır. Satıcıya karşı açılan dâva alıcıya fihbar edilir."

rektiren başka bir davanın sonucuna bağlı ise, bunun ön mesele sayılıp öncelikle çözümlenmesi için davacıya süre verilmesi, dava açıldığı takdirde de sonucunun beklenmesi gerekir (58). Ayrıca, dava dilekçesinin bir aylık hak düşümü süresi içinde şuf'a yükümlüsüne ulaşması da zorunludur. Sadece dilekçenin mahkemeye verilmesi yeterli olmaz (59).

Kanunî şuf'a hakkı, yenilik doğurucu nitelik taşıdığı için şarta bağlı tutulamaz ve bir kere kullanıldıktan sonra dönülemez (60). Ancak, şuf'a davası devam ederken davacı kendi payını dava hıya devrederse artık şuf'a hakkı sona ermiş ve dava konusuz kalmış sayılır (61). Aynı sonuç davalının kendi payını serbest irade siyle davacıya devretmesi bakımından da geçerli olmalıdır. Şuf'a davasına konu teşkil eden payın kamulaştırılması halinde ise, talebin kamulaştırma bedeline çevrildiği kabul edilir (62).

(58) Bk., 6. HD., 12.4.1994, E. 1994/2927, K. 1994/4258, "... taraflar arasındaki ilk uyumsuzluk; bir kısım mirasçıların ketmedilmesi suretiyle davalıya taşınmazın tamamının satılmasının geçerli olup olmadığı, özellikle satın alma olayında davalının iyiniyetli bulunup bulunmadığı, bu intikalin gerçekte pay satışı olarak kabul edilip edilemeyeceği, bunun sonucu olarak da, şuf'a hakkı kullanılmasının mümkün olup olmadığı noktasındadır. Bu nitelik ve kapsamdaki uyumsuzluk şuf'a davası için bir ön sorun yaratmakta olduğundan ancak genel hükümlere göre açılacak tapu iptali ve tescil davası ile çözümlenebilir; bu şuf'a davası içinde halledilemez. Bu bakımdan bu ön uyumsuzluğun halledilmesi açısından davacıya, tapu iptali ve tescil davası için süre verilmesi, dava açıldığı takdirde sonucunun beklenmesi, davacının şuf'a hakkı kullanmasına imkan veren payının tescilli ve ayrıca davalıya taşınmazın tamamının değil, bir kısım payının satıldığı neticesinin doğduğu sabit olursa bu davanın kendi koşulları çerçevesinde neticelendirilmesi gerekir..." (YKD., C. 20, S. 8, 1994, s. 1257 - 1258).

((59) Bertan, 791, 798 - 799; Şıpka, 153.

(60) Gürsoy/Eren/Canseil, 617; Bertan, 796; Kısagün, 65; Şıpka, 149 - 151.

(61) 6. HD., 13.10.1986, E. 1986/9282, K. 1986/11221, "... Şuf'a hakkını kullanan paydaş, bu hakkını dava sırasında, dava sonuna kadar korumak zorundadır. Davacı dava ikâme ettikten sonra payını davalıya satmak suretiyle dava hakkını yitirmiştir. Bu itibarla açtığı davanın reddi gerekir. Hal böyle olunca davacının yargılama giderleri ve bu cümleden avukatlık ücreti ile de sorumlu tutulması gerekir..." (YKD., C. 13, S. 3, 1987, s. 404).

(62) 6. HD., 7.2.1974, E. 1974/453, K. 1974/455, "... Şuf'a hakkı kullanıldıktan sonra şuf'alı payı kapsayan taşınmaz malın dava sırasında istimlak edilmiş olması, yeni bir dava ve hak düşürücü sürenin yok edici nedenlerinden değildir. Davacı, taşınmaz malın istimlakini müteakip istemini be dele çevirmiştir. Bu durumda davacının paydaşlığı tahakkuk ettiği takdirde davanın görülerek hükme bağlanması gerekirken mahkemece bundan zühul edilmesi, usul ve kanuna aykırıdır..." (YKD., C. 1, S. 4, 1975, s. 47).

Kanuni şuf'a hakkı, pay satıldığı zaman paydaş sıfatına sahip kişi (müşterek malik) tarafından kullanılabilir (63). Bu açıdan, onun tapu kütüğünde malik olarak görünmesi gerekmez. Yani, müşterek mülkiyet payının sicil dışı kazanıldığı hallerde de, henüz açıklayıcı tescil yaptırılmamış olsa bile şuf'a hakkı kullanılabilir (64). Aynı şekilde, payını satmış veya satışını vaademiş olmakla birlikte mülkiyeti henüz devretmemiş bulunan paydaş da şuf'a hakkını kullanabilir. Hattâ, Yargıtay, satış yoluyla ortaklığın giderilmesine ilişkin bir mahkeme ilâmının icrasına kadar şuf'a hakkının kullanılabilceğini kabul etmektedir (65). Buna karşılık, söz konusu ihtimalde karşı tarafın (kendisine pay satılmış veya satılması vadedilmiş kişinin) şuf'a hakkını kullanması mümkün değildir.

Şuf'a hakkını sağlayan pay üzerinde iştirak halinde mülkiyet söz konusu ise, hakkın ortak maliklerce birlikte kullanılması gerekir. Sadece biri dava açmışsa diğer maliklerin katılması beklenir (66).

Sayet kanuni şuf'a hakkı birden fazla paydaş tarafından kullanılmışsa, bunların şuf'a konusu pay üzerinde eşit olarak mı, yoksa kendi payları oranında mı hak kazanacakları hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, şuf'a hakkını kullanan paydaşların pay nis-

-
- (63) Şıpka, 119 - 120. Bu nedenle, meselâ altı ortaktan meydana gelen bir müşterek mülkiyet beraberliğinde paydaşlardan ikisi payını aynı anda üçüncü şahsa temlik eder ve diğer paydaşlarca temlik edilen paylardan sadece biri için şuf'a hakkı kullanılırsa, davalı yeni malik artık paydaş olduğunu, kendisine karşı şuf'a hakkı kullanılamayacağını ileri süremez. Bk., 6. HD., 25.12.1978, E. 1978/8819, K. 1978/9345, "... Ematullah ve Hikmet'in payları aynı gün ve tek muamele ile davalı Şükrü'ye satıldığına göre, Şükrü'nün taşınmaz malda paydaş olduğu kabul edilemez..." (YKD., C. 5, S. 4, 1979, s. 503).
- (64) Ayrıca bk., Şıpka, 121 vd.. Miras yoluyla iktisap bakımından aksi görüş için bk., Tekinay, Takyitler, 46.
- (65) Bk., HGK., 17.3.1982, E. 1981/6-299, K. 1982/270, "... mücerret satış suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin ilâm ile müşterek mülkiyetin sona erdiğini kabul etmek mümkün değildir. İlâm infaz edilmedikçe, her paydaş paydaşlıktan doğan haklarını kullanabilir. Nitekim HUMK'nun 572. maddesi de bu görüşü doğrulamaktadır..." (YKD., C. 9, S. 1, 1983, s. 23-26).
- (66) Oğuzman/Seliçli, 501, dn. 798b; Tekinay, Takyitler, 49 - 50; Şıpka, 129 - 130. 6. HD., 16.10.1986, E. 1986/9528, K. 1986/11450, "... Davanın dayandığı pay iştirak halinde mülkiyete konu ise tüm iştirakçilerin birlikte dava açması veya birinin açtığı davaya diğerlerinin muvafakat etmesi gerekir. Çünkü bu gibi hallerde 11.10.1982 gün ve 3/2 sayılı İctihadi Birleştirme Kararı uyarınca davanın tereke adına açıldığının kabulü gerekir. Muvafakat duruşmaya gelip bu konuda beyanda bulunmakla veya imzası noterce tadikli muvafakat belgesi ibrazı suretiyle yahut davacı adına davayı takip eden avukata vekâlet vermekle yapılabilir..." (YKD., C. 13, S. 3, 1987, s. 405 - 406).

betleri ne olursa olsun eşit olarak hak kazanacakları kabul edilme-
lidir (67). Yargıtay da aynı kanaattedir (68). İkinci görüşe göre ise,
şuf'a hakkını kullanan paydaşların kendi payları nisbetinde hak
kazanmaları gerekir. Zira, bu çözüm tarzı hem daha mantıklı hem
de adalete daha uygundur (69). Kanuni şuf'a hakkının birden fazla
paydaşça kullanılmasından kaynaklanabilecek diğer bir sorun
da, paydaşların ayrı zamanlarda dava açmaları ve payın, davası da-
ha önce sonuçlanan paydaş üzerinde tescil edilmesidir. Yargıtay'a
göre, böyle bir durumda, açtığı dava daha geç sonuçlanan paydaşın,
üzerine tescil yapılmış olan paydaş aleyhine dava açıp gerekli dü-
zeltmeyi yaptırması mümkündür (70).

Şuf'a hakkı, kural olarak devredilen payın tamamı için kulla-
nılır. Payın sadece bir bölümü için yapılan talebi davalının kabul
etmeme hakkı vardır (71). Aynı şekilde, şuf'a davası kesin olarak
sonuçlanmazdan önce davacı paydaşlardan biri davasından vazge-
çerse, diğer şartlar bulunmak kaydıyla, şuf'alı payın tamamı dava-

(67) Akipek, II, 217; Bertan, 800. Ayrıca bk., Hatemi/Serozan/Arpacı, 614.

(68) İBK., 11.6.1974, 5/18 (RG., 24.7.1974, S. 6666). Ayrıca bk., 1. HD., 17.10.1977,
E. 1977/10277, K. 1977/10436 (YKD., C. 4, S. 7, 1978, s. 1088 - 1090). Medeni
Kanun Öntasarımlarında da aynı esas benimsenmiştir. Eski Medeni Ka-
nun Öntasarısının 659 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Yasal ön-
alım hakkını kullanan paylı veya ortak malikler birden fazla ise, pay
oranlarına bakılmaksızın, önalımlı onlar adına eşit olarak kütüğe tescil
olunur; önalım hakkı paylı veya ortak maliklerden yalnız biri tarafından
kullanılırsa, önalımlı payın tümü onun adına tescil olunur." Yeni Medeni
Kanun Öntasarısının 653 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, "Ön-
alım hakkını kullanan paydaşlar eşit hak sahibidir."

(69) Bk., Gürsoy/Eren/Cansel, 620, dn. 81; Ayiter, Eşya, 137; Ertuş, 279;
Wieland, C. Kanunu Medenide Aynı Haklar (Çev. İ. Hakkı Karafakı),
C. I, 2. Bası, Ankara 1946, m. 682, s. 258; Şipka, 126 - 127.

(70) Burada açılacak olan dava, esas itibarıyla bir tapu sicilinin tashihî dava-
sıdır (MK. m. 933). Ancak, Yargıtay, söz konusu dava için "atipik başka
çeşit bir şuf'a davası" deyimini kullanmıştır. Bk., 1. HD., 17.10.1977,
E. 1977/10277, K. 1977/10436 (YKD., C. 4, S. , 1978, s. 1088 - 1090).

(71) Bk., Tekinay, Takyitler, 49; Oğuzman/Seliçi, 503. Bk., HGK., 17.2.1993,
E. 1992/6-739, K. 1993/52, "...gerek öğretilde gerek yargısal kararlarda
şuf'a hakkını kullanan paydaşlardan birinin davasından vazgeçmesi du-
rumunda, diğer koşulların gerçekleşmesi kaydıyla şuf'alı payın tamamı-
nın davayı takip eden paydaş adına tescilinin gerekeceği hususunda gö-
rüş birliği mevcuttur. Örneğin, "...şuf'a hakkını kullanan paydaş şuf'alı
payın bir kısmını talep edip, diğer kısmını istemezlik edemez. Çünkü, hu-
kukumuz bakımından şuf'a tecezzi kabul etmez. Bu itibarla her paydaşın
şuf'a talebi, şuf'alı payın tamamına şamilidir. Davacı paydaşlarından bi-
rinin dava görülmekte iken hakkından mutlak surette vazgeçmesi dahi
davayı takip eden diğer paydaşın yararına değildir. Yoksa feragata konu kısmın da-
valı üzerinde kalmasını gerektirmez..." (YKD., C. 19, S. 4, 1993, s. 501-503).

yı takip eden paydaş veya paydaşlar adına tescil edilir (72). Buna karşılık, paydaşlardan bir bölümünün paylarını hep birlikte ve toptan bir bedelle üçüncü kişiye satmaları durumunda, şuf'a hakkı satılan payların tümü için kullanılabilmesi gibi, sadece bir kısmı için de kullanılabilir (73).

Kanunî şuf'a hakkının muhatabı satım konusu payın maliki- dir. Dolayısıyla, satım sözleşmesi yapılmış ve fakat henüz tescil iş- lemi gerçekleştirilmemişse satıcı paydaşa karşı, satım sözleşmesiyle birlikte tescil de yapılmışsa yeni paydaşa (alıcıya) karşı kullanılması gerekir (74). Böyle bir durumda yeni paydaş şuf'a hakkın- dan habersiz olduğunu ileri süremez. Zira, burada doğrudan doğ- ruya satılan paya malik olmaktan kaynaklanan ve kanun hükmü- ne dayanan eşyaya bağlı bir borç söz konusudur.

Kanunî şuf'a hakkının kullanılmasında uyulacak süre Medeni Ka- nunun 659 uncu maddesinde düzenlenmemiştir. Doktrin (75) ve uy- gulama (76), akdi şuf'ayı düzenleyen Medeni Kanunun 658 inci mad- desinin öngördüğü bir aylık sürenin kıyasen burada da uygulan- bileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla, şuf'a hakkını kullanmak isteyen paydaş, satımı öğrenmesinden (77) itibaren bir ay içinde bu-

- (72) Bk., HGK., 17.2.1993, E. 1992/6-739, K. 1993/52 (YKD., C. 10, S. 4, 1993, s. 501 - 503).
- (73) Tekinay, Takyitler, 49. 6. HD., 23.9.1986, E. 1986/6587, K. 1986/10184, (YKD., C. 13, S. 2, 1987, s. 218 - 219).
- (74) Akipek, II, 217; Gürsoy/Eren/Cansel, 617; Oğuzman/Seliçi, 502; Tekinay, Takyitler, 50; Şipka, 146 - 147.
- (75) Akipek, II, 218; Tekinay, Takyitler, 59 - 60; Ayter, 138; Aybay, Aydın / Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 131 - 132; Hate- mi/Serozan/Arpacı, 610; Velidedeoğlu, 730; Feyzioğlu, Şuf'a, 292.
- (76) İBK., 26.12.1951, 1/6 (RG., 11.4.1952, S. 8084; Yargıtay İçtihadı Birleştir- me Kararları, Hukuk Bölümü, C. IV, Ankara 1980, s. 409 - 429). Aynı yön- de bk., 6. HD., 16.4.1990, E. 1990/5478, K. 1990/5682, "... Kanunî şuf'a hak- kının kullanılması MK.nun 658. maddesinden esinlenerek gerçek ve mu- teber satışın öğrenildiğinden itibaren bir aylık hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur..." (YKD., C. 16, S. 7, 1990, s. 997 - 999).
- (77) 6. HD., 18.9.1986, E. 1986/8089, K. 1986/9864, "... Şuf'a hakkı tapudaki sa- tış işleminden sonra doğacağından şuf'alı payın daha önce satılacağına öğrenilmesi veya hak sahibine vaki satın alma teklifinin kabul edilmeme- si hiçbir hukuki değer taşımaz..." (YKD., C. 13, S. 1, 1987, s. 46 - 47); HGK., 9.12.1987, E. 1987/6-466, K. 1987/898, "... sürenin işlemesi için da- vacının mücerret satışı öğrenmesi yeterli olmayıp şuf'a hakkı sahibinin satışın esası unsurlarını yani, satış konusunu, bedelini, ödeme koşullarını ve alıcıyı öğrenmiş olması zorunludur..." (YKD., C. 16, S. 1, 1989, s. 9 - 11). Öğrenme şartı gerçekleşmiş olmak kaydıyla, bir aylık sürenin yevmi- ye defterine tescil talebinin yazıldığı tarihten itibaren işleyeceği hususun- da bk., 6. HD., 17.4.1984, E. 1984/2434, K. 1984/4879, (YKD., C. 11, S. 3, 1985, s. 358 - 360).

nu ileri sürmelidir, yani arzusunu şuf'a yükümlüsüne ulaştırmalıdır (78). Öğrenmenin gerçekleşmesi için, satışı yapan paydaşın diğer paydaşları durumdan haberdar etmesi gerekir (MK. m. 658/II, c. 2 kıyasen) (79). Hattâ, Medeni Kanununun 927 nci maddesinin birinci cümlesi gereğince tapu memurunun ihbarda bulunması da savunulabilir (80). Ancak, somut olayın özelliklerine göre şuf'a hakkı sahibi satışı başka bir yolla öğrenmiş veya öğrenmesi gerekmişse, yine bir aylık süre işler (MK. m. 2).

Buna karşılık, şuf'a hakkının kullanılmasını engellemek için satım sözleşmesi bağışlama olarak gösterilmişse, bir aylık süre bağışlama sözleşmesinin öğrenilmesinden itibaren değil, bağışlamanın gerçekte satış olduğunun öğrenilmesi anından itibaren hesaplanır (81). Yargıtay, taşınmaza ilişkin ortaklığın giderilmesi davasında dava dilekçesi davalının adresinin bulunamaması yüzünden ilânen tebliğ edilmişse, bir aylık sürenin ilân tarihinden itibaren işleyeceği yönünde karar vermiştir (82). İhtiyarî açık arttırmalarda ise, bir aylık süre en yüksek pey sürene ihalenin öğrenilmesinden itibaren işler (83).

- (78) Bk., Bertan, 790 - 791, 798 - 799. 6. HD., 18.9.1986, E. 1986/8089, K. 1986/9964 (YKD., C. 13, S. 1, 1987, s. 46 - 47); 6. HD., 27.2.1992, E. 1992/2478, K. 1992/2876, "...Şuf'a hakkının tapuda yapılan satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde kullanılması gerekir. Bu hak, her türlü irade bildirimini ile kullanılabileceği gibi, doğrudan doğruya dava açmak suretiyle de kullanılabilir. Dava dışı kullanılan irade bildirimini süreyi koruyacağından payın bu sebeple iptal ve tescilli için her zaman dava açılabilir..." (YKD., C. 18, S. 9, 1992, s. 1360 - 1361). Şüphesiz, Yargıtay'ın "İptal ve tescil için her zaman dava açılabilmesi"ne ilişkin ifade tarzı eleştirilebilir. Zira, şuf'a hakkının hak düşürücü süre geçirilmeden kullanılması, taraflar arasında bir satım ilişkisi yaratır ve bu ilişkiden doğan talep hakları Borçlar Kanununun 125 inci maddesinde düzenlenmiş olan on yıllık genel zaman aşımına tâbi olur. Bk., İBK., 26.12.1951, 1/6 (RG., 11.4.1952, S. 3084; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. IV, Ankara 1980, s. 409 - 429).
- (79) Gürsoy/Eren/Cansel, 619; Tekinay, Takyitler, 60. Aksi yönde bk., Bertan, 795. Ayrıca bk., Şıpka, 134 vd. Yeni Medeni Kanun Öntasarısının 663 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre, "Yapılan satış alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilir."
- (80) Bk., Bertan, 794 - 795; Kısagün, 12; Koç, 277 - 278; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku, C. I, Zilyedlik ve Tapu Sicili, Konya 1993, s. 243; Şıpka, 138-140.
- (81) Bk., 6. HD., 21.1.1986, E. 1985/14055, K. 1986/399 (YKD., C. 12, S. 5, 1986, s. 663 - 667).
- (82) Bk., 6. HD., 21.4.1992, E. 1992/2552, K. 1992/5520 (YKD., C. 19, S. 1, 1993, s. 30 - 32).
- (83) Bk., 6. HD., 11.4.1994, E. 1994/3927, K. 1994/4201, "...Şuf'alı payın ilişkin olduğu taşınmaz mal, 13.10.1993 tarihinde 2886 sayılı Yasanın 45. maddesi

Bir aylık süre, hukukî niteliği itibariyle hak düşürücüdür (84). Bu nedenle, durması ve kesilmesi söz konusu olmadığı gibi, hâkim tarafından da re'sen nazara alınır (85). Bir aylık sürenin işlemesi bakımından her paydaşın durumu diğerinden bağımsızdır. Şuf'a hakkına dayanak teşkil eden pay üzerinde iştirak halinde mülkiyet söz konusu ise, bir aylık süre satışın en son öğrenildiği tarihten (en son öğrenen ortağın öğrenme tarihinden) itibaren işler (86). Yargıtay'a göre, böyle bir durumda, iştirak halinde malik olanlardan (şeriklerden) birinin şuf'a hakkını süresi içinde kullanması yeterlidir (87).

Satımın öğrenilmesinden itibaren bir aylık süre hak kullanılmadan geçirilirse, artık yeni paydaşa karşı kanuni şuf'a hakkını kullanma imkânı ortadan kalkar. Sürenin geçirilmiş olduğunu is-

-
- si uyarınca, açık teklif usulü ile ihaleye çıkarıldığı ve yapılan ihale sonunda payın davalıda ihale sureti ile kaldığı anlaşılmaktadır. BK.nun 225. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ihtiyari ve aleni muzayedelerde satış akti satıcının ihalesi ile vücut bulur. Bu surette tekemmül eden ihalenin de resmi memur huzurunda yapılan satış akti yerine kaim olması icap eder ve böylece tekemmül eden satış aktine muttali olduğu tarihten itibaren bir ay içerisinde şuf'a hakkını kullanma selahiyeti doğar..." (YKD., C. 20, S. 9, 1994, s. 1438 - 1440).
- (84) Fevzioğlu, Şuf'a, 292 - 293; Aybay/Hatemi, 132; Hatemi/Serozan/Arpacı, 610. HGK., 12.10.1988, E. 1988/6-626, K. 1988/790 (YKD., C. 15, S. 2, 1989, s. 187 - 189); HGK., 9.12.1987, E. 1987/6-466, K. 1987/898 (YKD., C. 15, S. 1, 1989, s. 9 - 11).
- (85) Şıpka, 155. 6. HD., 26.5.1986, E. 1986/5563, K. 1986/7486 (YKD., C. 12, S. 10, 1986, s. 1468 - 1470).
- (86) Bk., Tekinay, Takyitler, 62; Şıpka, 130. 6. HD., 18.9.1986, E. 1986/8089, K. 1986/9964, "... Şuf'a hakkının tapuda yapılan satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde kullanılması gerekir. İştirakçi ortaklarda da bunlardan satışı en geç öğrenenin öğrenme tarihine göre bir aylık hak düşürücü süre saptanır. Diğer ortakların daha önce öğrenmesi önem taşımaz..." (YKD., C. 13, S. 1, 1987, s. 46 - 47). Aynı yönde bk., 6. HD. 22.4.1991, E. 1991/5123, K. 1991/5439 (YKD., C. 17, S. 8, 1991, s. 1188 - 1189).
- (87) Bk., 6. HD., 27.2.1992, E. 1992/2478, K. 1992/2875, "... şuf'alı pay davalıya 7.1.1983 tarihinde satılmış ve davacı ilk defa 4.2.1983 tarihinde açtığı dava ile şuf'a hakkını kullanmıştır. O davanın, iştirakçi ortaklardan sadece davacı tarafından açılmış olması daha sonra tüm iştirakçiler ya da miras şirketi mümessili tarafından yürütülmesini engellemez. Hak, yasal süresi içerisinde dava yolu ile kullanılmıştır. O davanın, takibsiz kalması sonucu açılmamış sayılmasından sonra harcı ödenerek yeniden açılan bu dava hakkın ilk defa kullanıldığı bir irade bildirimini olarak kabul edilemez. Satıştan itibaren on yıl dolmadıkça bu davanın dinlenmesi gerekir..." (YKD., C. 18, S. 9, 1992, s. 1360 - 1361).

bat külfeti davalıya aittir (88). İsbat bakımından delil serbestisi geçerlidir (89). Dosyada sürenin geçirilmiş olduğunu gösteren belgeler varsa, hâkim tarafından da re'sen nazara alınır (90). Ancak, bu pay tekrar satılırsa yeni bir şuf'a hakkı doğar. Zira, akdi şuf'adan farklı olarak her satış, paydaşlara öncekinden bağımsız olarak yeniden şuf'a hakkını kullanma imkânı yaratır (91).

Buna karşılık, 658 inci maddede yer alan on yıllık sürenin kanuni şuf'ada uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, on yıllık süre kanuni şuf'a bakımından da geçerlidir. Şuf'a hakkı sahibi, satımın yapılmasından itibaren en geç on yıl için-

- (88) Tekinay, Takyitler, 62; Şıpka, 155 - 156; Bertan, 794. HGK., 9.12.1987, E. 1987/6-466, K. 1987/898, "... Şuf'a hakkının kullanılması bir aylık hak düşürücü süreye tabi olup bu konuda şuf'a hakkını kullanan davacıya isbat yükü düşmez. Sürenin geçirildiğini isbat yükü satın alan durumda bulunan davalıya düşer..." (YKD., C. 15, S. 1, 1989, s. 9 - 11); HGK., 12.10.1988, E. 1988/6-626, K. 1988/790, "... Şuf'a hakkının kullanılmasını yasa, hak düşürücü bir süre ile sınırlamış olup, bu hak satıma itilâ tarihinden itibaren bir ay içerisinde kullanılmalıdır. İttilâdan amaç satım konusu, bedeli ve koşullarına itilâdır. Şuf'a hakkını kullanan kişi hakkı itilâ tarihinden itibaren bir ay içerisinde kullandığını ispat yükümlülüğü altında değildir. Şuf'a hakkını kullanan süresi içerisinde bu hakkı kullandığını iddia eder, karşı taraf sürenin geçirildiğini ileri sürüyorsa sürenin geçirildiği konusunda ispat yükü davalıya yani aleyhine şuf'a hakkı kullanılan tarafa düşer. Sürenin geçirildiği hakkında davalı tanık dinlettiği takdirde davacı da kuşkusuz karşı delil göstermek hakkını haizdir..." (YKD., C. 15, S. 2, 1988, s. 187 - 189). Aynı yönde bk., 6. HD., 21.1.1986, E. 1985/14055, K. 1986/399 (YKD., C. 12, S. 5, 1986, s. 663 - 667); 6. HD., 18.10.1989, E. 1989/12389, K. 1989/15269 (YKD., C. 16, S. 1, 1990, s. 38 - 39); 6. HD., 22.4.1991, E. 1991/5123, K. 1991/5439 (YKD., C. 17, S. 8, 1991, s. 1188 - 1189). Ayrıca bk., 6. HD., 26.2.1980, E. 1980/1173, K. 1980/1674 (YKD., C. 6, S. 10, 1980, s. 1354 - 1355).
- (89) 6. HD., 18.9.1986, E. 1986/8089, K. 1986/9964, "... Davalı hak düşürücü süreye geçirildiği savunmasında bulunmuşsa bunu isbat etmesi gerekir. Bu konuda tanık dahil her türlü delil ikamesi mümkündür. Önce davalı delillerinin daha sonra varsa davacı delillerinin toplanması gerekir..." (YKD., C. 13, S. 1, 1987, s. 46 - 47).
- (90) Tekinay, Takyitler, 62.
- (91) Gürsoy/Eren/Cansel, 619 - 620; Akipek, II, 218; Ertaş, 278. Ayrıca bk., 6. HD., 23.9.1986, E. 1986/6587, K. 1986/10184, "... Dava devam ederken şuf'ah payın ilişkin olduğu bağımsız bölümde paydaş bulunan bir kısım davacıların paylarını rızaen davalı bankaya satması, yine davalı bankanın dava dışındaki bir paydaşın payını icraen vaki satış sonucu iktisap etmesi, davacı Orhan ve Recai'nin bu davayı yürütmesine engel değildir. Mahkemenin aksine olan görüşü yerinde görülmemiştir. Zira her satışta paydaşların şuf'a hakkı yeniden doğar. Bir kısım satışlar için şuf'a hakkını kullanıp bir kısmı için kullanmamaları mümkündür..." (YKD., C. 13, S. 2, 1987, s. 218 - 219).

de hakkını kullanmalıdır (92). Daha isabetli olan ikinci görüşe göre ise, kanuni şuf'a hakkı, hukuki mahiyeti ve amacı itibarıyla müşterek mülkiyet ilişkisi mevcut olduğu sürece devam etmelidir. Kanuni şuf'a hakkının şerhi söz konusu olmadığından on yıllık azami sürenin uygulanması mümkün değildir (93). Şüphesiz, hakkın kötüye kullanılmasından (MK. m. 2/II) kaynaklanabilecek istisnalar saklıdır (94).

Hak düşürücü süre henüz geçmeden önce yeni müktesibin payını üçüncü bir şahsa tekrar devretmesi mümkündür. Böyle bir durumda, paydaş için iki ayrı imkân söz konusu olur. O, şuf'a hakkını ilk satıştaki şartlara göre kullanabileceği gibi, ikinci satış için de kullanabilir. Doktrinde, şuf'a hakkı kullanıldıktan sonra gerçekleşen devirler için de aynı esasın geçerli olduğu ifade edilmektedir (95). Pay, dava açıldıktan sonra devredilirse, şuf'a hakkı sahibi, hakkını süreyi geçirmeden kullanmış olması kaydıyla yeni malike karşı davayı sürdürebilir. Buna karşılık, o, hak düşürücü süreyi geçirdikten sonra dava açmışsa, artık şuf'a hakkı sadece dava devam ederken gerçekleşen satıştaki şartlar çerçevesinde kullanılabilir (96).

(92) Bk., Akipek, II, 218; Ayıter, 138; Esener/Güven, 153; Hatemi/Serozan/Arpacı, 610 - 611; Feyzioglu, Şuf'a, 316 - 317; Kısagün, 50, 60 - 63. İBK., 26.12.1951, 1/6 (RG., 11.4.1952, S. 3084; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. IV, Ankara 1980, s. 409 - 429). Buna karşılık, paydaşktan doğan kanuni şuf'a hakkı, paydaşlık sıfatı devam ettiği sürece varlığını korur (bk., Velidedeoglu, 730). Ayrıca bk., Bertan, 799.

(93) Gürsoy/Eren/Cansel, 619; Oğuzman, Kemal, Medeni Kanunun Boşluklarının Yargıtay Kararları ile Doldurulduğu Bir Müessese: Şuf'a, Medeni Kanunun 50. Yılı, Ankara 1977, s. 18. Bk., 6. HD., 13.8.1990, E. 1990/8143, K. 1990/8605 (YKD., C. 16, S. 10, 1990, s. 1467 - 1468). Yeni Medeni Kanun Öntasarısının 653 üncü maddesinin altıncı fıkrasına göre, "Önalım hakkı, hak sahibine satışın bildirildiği tarihten itibaren bir ay ve herhalde satıştan itibaren beş yıl geçmekle düşer." Eski Medeni Kanun Öntasarısının 659/B maddesinin beşinci fıkrasında ise, ilan suretiyle yapılan bildirimlerde ilan tarihinden itibaren üç aylık bir süre öngörülmüş, akdi şuf'ada da kütüğe şerh tarihinden itibaren on yıl geçince hakkın düşmesi kabul edilmişti.

(94) Bk., Şıpka, 160 - 161.

(95) Bk., Ertas, 278.

(96) HGK., 3.3.1989, E. 1985/6-855, K. 1989/130, "... Davacı şuf'a davası açmış, yargılama sırasında davalı payını üçüncü kişiye satmış davacı bu defa Usulün 186. maddesi hükmünce davayı üçüncü kişiye yönelmiştir. Toplanan delillerle davacının şuf'a hakkını ilk davalıya karşı süresinde kullanmadığı anlaşılmaktadır. Ne var ki, davalı yargılama sırasında payı üçüncü kişiye devretmiş, davacı da yasal süre içerisinde bir aylık şuf'a hakkına ilişkin süre geçirilmeden davayı Usulün 186. maddesi uyarınca bu üçüncü kişiye yönelmiştir. Burada şu husus belirtilmelidir ki, ilk şuf'a

Kanuni şuf'a hakkı, kural olarak ilk satımdaki şartlar çerçevesinde kullanılır. Yani, şuf'a hakkını kullanan paydaşın ödemek zorunda olduğu satış bedeli, payını satan paydaşa alıcının ödemiş olduğu bedelin aynısıdır (97). Ancak, kural bu ise de, bazı hallerde hakkın hangi bedel üzerinden kullanılacağı hususu önem taşır. Bu hallerden birincisi paya ilişkin satış bedelinin muvazaalı olması, ikincisi öğrenmenin satımın yapılmasından epeyce uzun bir süre sonra gerçekleşmesidir.

Satım sözleşmelerinde bedele ilişkin muvazaanın iki değişik görünümü vardır. Bunlardan biri görünürdeki bedelin gerçek bedelden daha yüksek olması, ikincisi görünürdeki bedelin gerçek bedelden daha düşük olmasıdır. Görünürdeki bedelin gerçek bedelden yüksek olmasına genellikle şuf'a hakkı sahibinin hakkını kullanmasını güçleştirmek için başvurulur. Görünürdeki bedelin gerçek bedelden daha düşük tutulmasının sebebi ise ödenecek harç miktarını azaltmaktır. İşte, nasıl ortaya çıkarsa çıksın, bedeli muvazaalı taşınmaz satım sözleşmelerinin geçerli sayılıp sayılmayacakları hususu tartışmalıdır. Yargıtay, birinci ihtimalde şuf'a hakkı sahibine bedele ilişkin muvazaayı ispatlamak suretiyle gerçek bedel üzerinden hakkını kullanabilme imkânı tanımakta (98), ikinci ihtimalde ise şuf'a hakkının görünürdeki düşük bedel üzerinden kullanılmasını kabul etmekteydi. Zira, bilerek ve isteyerek satış bedelini düşük tutmuş olan şuf'a yükümlüsünün kanuni şuf'a hakkını kullanan paydaşa karşı muvazaa iddiasında bulunması hakkın kötüye

...davası süresinde açılmış bulunsaydı davacı ikinci şuf'a hakkı nedeniyle ikinci dava birincinin devamı niteliğinde olacağından şuf'a bedeli olarak ilk şuf'a bedeli esas alınacaktı. Olayda ilk dava süresinde olmadığına göre şuf'a bedeli, devirde kötüniyet olmadıkça ikinci satıştaki bedel olarak kabul edilmelidir. Diğer taraftan şu husus doğaldır ki şuf'a bedelinde muvazaa iddiası herhalde dinlenilir..." (YKD., C. 15, S. 8, 1989, s. 1079 - 1081). Ayrıca bk., Şıpka, 195 vd.

(97) Gürşoy/Eren/Cansel, 617; Oğuzman/Seliçi, 502; Tekinay, Takyitler, 51; Akipek, II, 217; Ayiter, 137 - 138. Bk., HGK., 17.3.1982, E. 1981/6-299, K. 1982/270 (YKD., C. 9, S. 1, 1983, s. 23 - 26). Ayrıca bk., Önder, Orhan K., Tatbikatta Şuf'a Bedelinin Önemi, AD., S. 5 - 6, 1964, s. 542 vd.

(98) Aynı yönde bk., Hatemi/Serozan/Arpacı, 612. Böyle bir durumda, hâkim, depo kararı vermeden önce bu ön meseleyi çözümlenecektir (Bk., Tekinay, Takyitler, 52). Ancak, şuf'a hakkını gerçek bedel üzerinden kullanmak için açılan bir dava takip edilmez, davalıların takibi üzerine isbat edilemeye nedeniyle reddedilir ve Yargıtayca onaylanarak kesinleşirse, tapuda görünen satış bedeli üzerinden şuf'a hakkının tanınması amacıyla açılacak ikinci davada kesin hüküm teşkil eder. Bk., HGK., 3.7.1987, E. 1987/6-64, K. 1987/596 (YKD., C. 14, S. 11, 1988, s. 1480 - 1482).

kullanımı (MK. m. 2/II) sayılmaktaydı (99). Ancak, Hukuk Genel Kurulu 5.5.1993 tarih ve E. 1993/6-761 K. 1993/192 sayılı kararıyla bu ihtimalde de muvazaah iddiasının ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Söz konusu karara göre, davalının tapuda gösterilen satış bedelinin gerçekte daha fazla olduğunu şuf'a hakkı sahibine karşı ileri süremeyeceği yönündeki "yorumların iki ana gerekçesi bulunmaktadır :

Birincisi, "davalının, şuf'a hakkı sahibine karşı satış bedelinin muvazaahı yapıldığını ileri sürmesinin hüsünüyet ve ahlak kurallarına (MK. m. 2) aykırı görülmesi"dir. Ancak önalm hakkı sahibinin, satılan payı gerçek değerinin çok altında alma girişiminin doğruluk ve güven (hüsünüyet) kuralları (MK. m. 2) ile bağdaştığını söylemek olanağı olmadığı da gözetilmelidir. Hak sahibinin satılan payı gerçek değerinin altında almak istemesi yarar ve çıkarlar arasındaki dengeyi bozar; bu durumdaki kişinin MK.nun 2. maddesinden yararlanması olanağı olmamalıdır.

İkincisi ise, 5887 sayılı eski Harçlar Kanunu'nun 72. maddesinde "tapu idaresine bildirilecek satış bedeli işlem tarihindeki sürüm bedelinden aşağı olamaz" kuralıdır; taşınmaz satışlarında bedelde muvazaanın önüne geçmek için konulduğu kabul edilerek, "bu kural ile artık alıcının tapu sicilinde tescil edilmiş bedele dayanan önalm (şuf'a) hakkı sahibine karşı bir iddiası olamayacağı" savunulmuştur...

Ancak; Devlet'in, vergi alacağını böyle bir kurala bağlamış olmasının nedeni, kamu hizmeti ve yararadır; bu düzenlemeyle özel hukuk sorununun çözümlenmesi yasa koyma tekniğiyle bağdaşmaz. Kaldı ki amaç açıktır. Bu gün yürürlükte bulunan 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 4 sayılı Tarifesinin 20. maddesinde getirilen kural, uygulamada idare tarafından yorumlanarak "tapuda yapılan işlemlerde devir ve alım bedeli değil emlak vergisi için gösterilen (daha düşük bedel) değer esas alınmaktadır.

Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda, kural olarak, muvazaah işlemlerin geçersizliğinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini önleyici bir kural bulunmamaktadır... Genel kabul görmüş görüşe göre, "muvazaanın üçüncü kişiye karşı ileri sürülememesi ancak böyle bir iddianın ortaya atılmasının" ya hakkın kötüye kullanılması

(99) 6. HD., 23.11.1982, 10278/928 (ABD., S. 3 - 4, 1983, s. 82). Aynı esas Eski Medeni Kanun Öntasarısında da benimsenmişti. Gerçekten, söz konusu tasarımda 659/B maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "...gerçek satış parasının tapu kütüğünde yazılı miktardan çok olduğu yolundaki savunma dinlenmez."

niteliğinde olması, ya da "BK.nun 18/II'deki gibi yasada açıkça öngörölmüş durumlarda" söz konusu olabilir; şuf'a hakkı sahibine karşı muvazaanın ileri sürölmesinde hakkın kötüye kullanılması niteliği yoktur... Çünkü alıcı olan davalının, şuf'a hakkı sahibi davalının davaya konu payı gerçek değerinin altında düşük bedelle almak istemesine karşılık muvazaa iddiasını ileri sürmesi çıkarlar dengesini korumayı amaçlamaktadır.

Davacı ve davalı bu hukuki işlemin tarafları olmadığına göre "bedelde muvazaanın davalı tarafından tanıkla kanıtlanabileceği" kabul edilmelidir Nitekim, 21.5.1958 gün ve 7/3 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı'nda ortak taşınmazın paydaşı, payını karı kocaya, çocuklarına veyahut akrabaya temlik etmesi durumunda görünüşte satış sözleşmesi olsa bile gerçekte miras hukuku ile ilgili amaçlar ya da bağışlama gibi düşüncelerin egemen olduğu durumlarda, önalım (şuf'a) hakkının kullanılamayacağı kabul edilirken, hem muvazaa iddiasının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği hem de bu iddianın tanıkla kanıtlanabileceği sonucuna varılmıştır..." (100).

Satımın öğrenilmesi epeyce uzun bir süre sonra, meselâ aradan dört yıl geçtikten sonra gerçekleşirse, kanuni şuf'a hakkının hangi bedel üzerinden kullanılması gerektiği hususu da, özellikle yüksek rakamlı enflasyon dönemlerinde önem taşır. Öğrenmeye kadar geçen süre ne olursa olsun kanuni şuf'a hakkının ilk satımda yer alan bedel üzerinden kullanılması gerektiği esas benimsenirse, beş veya on yıl gibi uzun zaman önceki satış bedelinin birkaç misli değere ulaşmış bir pay satım sözleşmesinin yapıldığı tarihteki bedel üzerinden elde edilebilecektir. Bu durum şuf'a hakkı sahibinin lehine ise de, halihazır malikin aleyhinedir. Yargıtay, konuya ilişkin yeni tarihli kararlarında, kanuni şuf'a hakkının beş yıl (101) veya onbir

(100) YKD., C. 19, S. 9, 1993, s. 1303 - 1316. Hatemi/Serozan/Arpacı'ya göre, "şuf'a yükümlüsüne de, gerçek işlemin satım değil de bağışlama olduğunu... ve satış bedelinin, gerçekte bu kadar düşük olmadığını isbat imkânı verilmelidir" (bk., age., 612). Aynı yönde bk., Şıpka, Şükran T., Kanuni Önalım (Şufa) Hakkının Kullanılması Sonucunda Önalım Bedelinin Belirlenmesi Meselesi, Hukuk Araştırmaları, C. 7, S. 1 - 3, 1992 - 1993, s. 292 vd.; Şıpka, 79, 189 vd..

(101) 6. HD., 8.5.1990, E. 1990/4195, K. 1990/6529, "... Şuf'a bedelinin satıcı ile davalı arasındaki anlaşmada kararlaştırılan bedel olması lazım geleceğine dair yasal bir mecburiyet yoktur. Bu nedenle, objektif hadiselerin yarattığı kıymet değişikliklerinin şuf'a hakkı sahibinin ödeme borcuna yansıtılması gerekir. Olayımızda, şuf'alı olduğu iddia edilen pay 9.6.1983 tarihinde satılmış, dava ise 24.6.1988 tarihinde açılmıştır. Aradan geçen za-

yıl (102) önceki bedel üzerinden kullanılmasını kabul etmemiş, hakkın kullanıldığı tarihte payın taşıdığı gerçek değer (trayiş bedelin) esas alınmasını kabul etmiştir. Hattâ, Yargıtayın, şuf'a hakkının rayiş bedel üzerinden kullanılması bakımından bir yıllık süreyi yeterli gören kararları da vardır (103).

Söz konusu çözüm tarzı Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenmiştir. Metninin bir kısmı daha önce verilmiş olan karara göre, "... Şuf'a (önalım) hakkının, ortak payın satışından çok sonra, kullanılması nedeniyle aradan geçen zaman içinde taşınmazın değerinde meydana gelen objektif artışlar ile enflasyon olgusunun önalım bedelinin belirlenmesine etkisi de kabul edilmelidir. Yukarıda açıklandığı gibi; önalım bedeli sicilde gösterilen satış değeri ile sınırlı olmadığına göre, hakkın şu veya bu nedenle geç kullanılması dolaylı davacıyı amaç dışında zenginleştirecek ve alıcı davalıyı da fakirleştirecek yorum ve sonuçlardan kaçınılmalıdır. Çağdaş hukuk; haksız yani tam karşılığı verilmeden elde edilen kazançları korumamaktadır (BK. m. 21, 61-63). Mülkü ve ortağı ile ilgisini kesen bir kimsenin günün birinde ortaya çıkarak alıcı (davalı) zarara azımsanmayacak oransız bir çıkar sağlaması, MK.nun 2. maddesinde düzenlenen objektif hüsnüniyet kuralına aykırıdır. Bu nedenle satış tarihinden sonra taşınmazın değerinde meydana ge-

man içerisinde ekonomik ve objektif nedenlerle şuf'a bedelinde bir değişiklik olduğu, en azından enflasyon ve taşınmaz fiyatlarında artışlar bulunduğu ülkenin gerçekleri arasındadır. Bu nedenle, şuf'a hakkının kullanıldığı tarihte şuf'alı payın bedelinin tesbit edilerek davacının ödeme borcunun davalının şuf'alı paydan yaptığı yararlanma da nazara alınarak saptanması gerekirken, bundan zuhûl edilmesi usul ve yasaya ve son uygulamalara aykırı görülmüştür..." (YKD., C. 16, S. 9, 1990, s. 1312-1313).

(102) 6. HD., 13.6.1990, E. 1990/8143, K. 1990/8605, "... Olayımızda, 9.3.1979 tarihinde 18.000 TL. üzerinden satış suretiyle davalıya geçen şuf'alı payın geri alınması istenmektedir. 11 seneden beri geçen zaman içerisinde taşınmazların ekonomik ve objektif nedenlerle şuf'a bedelinde büyük değişiklik olduğu en azından enflasyon nedeniyle artışlar bulunduğu ülkenin gerçekleri arasındadır. Bu nedenle şuf'alı payın yukarıda açıklanan objektif nedenlerle değerindeki değişikliklerin de davacının ödeme borcunun eğer varsa davalının şuf'alı paydan yararlanması da nazara alınarak saptanması, buna göre ödeme borcunun tesbit edilmesi gerekirken 11 seneyi aşkın önceki bedelin şuf'a bedeline esas alınması hatalı görülmüştür..." (YKD., C. 16, S. 10, 1990, s. 1467 - 1468). Şüphesiz, bu kararda kanunî şuf'a hakkının kullanılabilmesi azami süre üzerinde de durulması yararlı olurdu. Zira, kararın ifadesinden şuf'a hakkının onbir yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra kullanıldığı anlaşılmaktadır.

(103) Bk., 6. HD., 3.10.1991, E. 1991/10763, K. 1991/11404 (YKD., C. 17, S. 12, 1991, s. 1812 - 1813).

len objektif ve enflasyon artışlarının şuf'a bedeline dahil edilmesinin yorumu yasaya ve hukukun genel prensiplerine ters düşmez. Bedelin alıcı davalıya ödenmesinde sadece tazmin durumu olduğuna göre, hakkın kullanılması hiç bir zaman davalının zararına olmamalıdır.

Tüm bu nedenlerle şuf'a (önalım) hakkının kullanılması nedeniyle hak sahibi davacının bedele ilişkin yükümlülüğü hakkı konu olan payın, hakkın kullanıldığı tarihteki (önceden kullanılmamışsa dava tarihi) değeri olmalıdır. Davalının, şuf'a hakkına konu edilen "satış tarihindeki gerçek değerinin sicilde gösterilen değer olmadığını" ve "satıştan sonra payın değerinin objektif veya enflasyon nedeniyle değiştiğini" ileri sürme hakkı vardır.

Önalım bedelinin hakkın kullanıldığı tarihteki gerçek sürüm değerine göre belirlenmesinden bir takım kuşkulara ve duraksamalara kapılmaya yer olmamalıdır. Nasıl sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkında, sicilde bedel gösterilmeyen veya yasal önalım hakkında, hak sahibi davacının bedelde muvazaa iddiası ileri sürdüğü veya satış yerine bağış işlemi yapılan durumlarda gerçek satış bedeli araştırılabilirse burada da yapılacak işlem aynı niteliktedir.

O halde şuf'a (önalım) hakkının kullanılması nedeniyle uygulamada ortaya çıkan ve tartışmasız kabul edilen adaletsiz (hakkaniyete aykırı) durumun yorum yoluyla düzeltilmesi olanağı olduğu kabul edilmelidir. Unutulmamalıdır ki, yasaların uygulanması sırasında görülecek haksızlıkların, adaletten sapmaların düzeltilmesi ilk önce yargıya düşen bir görevdir. Yasanın açık ve buyurucu bir emri olmadıkça yargı bu görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Olayımızda yasal bir değişikliğe ve düzenlemeye gerek bulunmadığına göre bindokuzyüz otuzlardan günümüze kadar gelen yerleşmiş inançtan dönülerek, önalım (şuf'a) bedelinin payın satışında tapu sicilinde gösterilen değer olmayıp hakkın kullanıldığı yani dava tarihindeki değer olduğunun kabulü hukukun temel amaçlarından adaleti (hakkaniyet) gerçekleştirecektir..." (104).

VI — KANUNİ ŞUF'A HAKKININ HÜKMÜ

Kanunî şuf'a hakkının kullanıldığına ilişkin beyanın ulaşmasıyla birlikte (105) kendiliğinden hakkı kullanan paydaş veya paydaş-

(104) HGK., 5.5.1993, E. 1993/6-761, K. 1993/192 (YKD., C. 19, S. 9, 1993, s. 1303-1316. Söz konusu kararın haklı bir eleştirisi için bk., Koç, Kahraman, Şuf'a Bedeli Hakkındaki Hukuk Genel Kurulu Kararı Münasebetiyle, YD., C. 20, S. 3, 194, s. 270 vd.

(105) Şipka, 148.

larla satım konusu payın maliki arasında "şuf'a hakkının kullanılmasına yolaçan" satım sözleşmesindeki şartların aynısını taşıyan (aynı bedel üzerinden) (106) yeni bir satım ilişkisi (sözleşmesi) kurulmuş olur (107). Bunun için, karşı tarafın şuf'a hakkının kullanılması yönündeki açıklamayı kabul etmesine ihtiyaç yoktur. Bilgisizlikten kaynaklanan iyiniyet iddiasında da bulunamaz. Muhatap, kanunî şuf'a hakkını kullanan paydaş veya paydaşlara satım aldığı payı devretmek mecburiyetindedir (108). O, bu borcunu kendi serbest iradesiyle yerine getirmez yani mülkiyetin devri için tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, şuf'a hakkını kullanan paydaş mülkiyetin kendisine ait olduğu yönünde karar vermesi için mahkemeye müracaat edebilir (MK. m. 642) (109). Hakkının korunması için

(106) Oğuzman/Seliçi, 502; Gürsoy/Eren/Cansel, 616 - 617; Akipek, II, 217; Tekinay, Takyitler, 51; Ayiter, 137 - 138. 6. HD., 12.10.1982, E. 1982/8725, K. 1982/8892, "... Şuf'a hakkını kullanan kimsenin, pay satın alan kimsenin satış akdindeki şartlarla şuf'alı payı iktisap etmesi esastır..." (YKD., C. 9, S. 2, 1983, s. 205 - 206); 6. HD., 23.3.1992, E. 1992/3754, K. 1992/4155, "... Tapudan getirtilen akit tablosundan tüm taşınmazlardaki şuf'alı payların 6.3.1991 tarihinde 1.250.000.- liraya davalıya satıldığı, 100.000.- lira masraf ödendiği anlaşılmaktadır. Dava süresinde açılmıştır. Şuf'a bedelinin satış parası ile tapu harç ve masraftan ibaret olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla keşiften saptanan, olması gereken bedel esas alınarak görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir..." (YKD., C. 18, S. 1, 1992, s. 1549 - 1550). Buna karşılık, dava dilekçesindeki "keşifle belirlenecek değer üzerinden önalm hakkının tanınması" şeklindeki açıklama davacıyı bağlar. Böyle bir durumda satış bedeli, keşif sonucunda belirlenen değerdir. Bk., 6. HD., 1.4.1987, E. 1987/1980, K. 1987/3967 (YKD., C. 15, S. 3, 1989, s. 337 - 338).

(107) Bu konuda "satım ilişkisine benzeyen bir hukuki ilişki" ifadesi de kullanılabilir (Bk., Tekinay, Takyitler, 50). Akipek'e göre ise, şuf'a hakkının kullanılmasıyla birlikte hak sahibi ile muhatap (şuf'a borçlusu) arasında "kanundan ötürü bir satış akdi meydana gelmiş olur" (bk., II, 217). Yeni bir satım sözleşmesinin kurulacağı hususunda ayrıca bk., Şıpka, 186 - 187.

(108) Oğuzman/Seliçi, 503; Kısagün, 556. 6. HD., 22.4.1991, E. 1991/5123, K. 1991/5439, "... Şuf'a hakkının kullanılması hakkın kendisinin inşai bir hak olması sebebi ile karşı tarafın rıza ve muvafakati aranmaksızın kendiliğinden bozucu ve kurucu yenilik doğurucu niteliğini ortaya koyar ve dava yoluyla kullanılan bu sonuç vasıta kılınan davanın müracaata kalması veya açılmamış sayılmasıyla ortadan kalkmaz..." (YKD., C. 17, S. 8, 1991, s. 1188 - 1189).

(109) Akipek, II, 217; Gürsoy/Eren/Cansel, 617; Tekinay, Takyitler, 51; Oğuzman/Seliçi, 504; Ayiter, 138; Ertaş, 279; Şıpka, 203. Hattâ, doktrinde, şuf'a hakkının dava açmadan yapılacak bir bildirimle kullanıldığı hallerde, şuf'a hakkı sahibi şuf'a bedelini ödemekte veya dava açmakta gecikirse muhatapın da dava açabileceği kabul edilmektedir (Bk., Tekinay, Takyitler, 50). Yargıtay, 20.6.1951 tarih ve 13/5 sayılı İçtihadî Birleştirme Ka-

tapu kütüğüne şerh verilmesini de isteyebilir (MK. m. 920/I, 1) (110). Ancak, bu davanın on yıllık genel zamanaşımı süresi (BK. m. 125) geçirilmeden açılması şarttır (111).

Kanunî şuf'a hakkına istinaden açılmış böyle bir dava sonucunda verilen olumlu yöndeki kararın kesinleşmesiyle birlikte payın mülkiyeti kazanılmış olur (MK. m. 633/I, c. 2) (112). Daha sonra yapılacak tescil açıklayıcı nitelik taşır. Kesinleşen mahkeme kararının yerine getirilmesi (açıklayıcı tescilin yaptırılması) bakımından herhangi bir zamanaşımı süresi yoktur. Hukuk düzeninin öngördüğü istisnalar dışında, kural olarak her zaman kararın icrası istenebilir (113).

Uygulamada, mülkiyetin devri yönünde karar verilmezden önce satış bedeli ile şuf'a hakkı sahibine ait olması gereken tapu har-

rarında, şuf'a hakkının usulüne uygun şekilde kullanılmasıyla birlikte şuf'a hakkı sahibinin mülkiyeti kazanacağını, onun açacağı dava sonucunda mahkemenin sadece tapu sicilinin tashihine karar vermek durumunda olduğunu ifade etmişti (RG., 17.11.1951, S. 7950). Söz konusu kararın geniş bir değerlendirmesi için bk., Koral, Rabi, Şuf'ada İstihlaf Fikri, Kayıt Tashihi Dâvası ve Temyiz Tevhidi İçtihat Kararı, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 263 vd., Yüksek Mahkeme, 21.5.1958 tarih ve 7/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile söz konusu isabetsiz (bk., Bertan, 797 - 798) çözüm tarzından dönmüş, mülkiyetin şuf'a hakkının kullanılması ile birlikte şuf'a hakkı sahibine geçmeyeceğini, sadece onunla muhatap arasında önceki satım sözleşmesinde yeralan şartlar çerçevesinde bir satım ilişkisi kurulacağını, muhatap serbest iradesiyle mülkiyeti devre yanaşmazsa hak sahibinin mülkiyetin kendisine ait olduğu yolunda karar vermesi için mahkemeye dava açması gerektiğini kabul etmiştir (RG., 25.9.1958, S. 10016). Doktrindeki tartışmalar için bk., Şıpka, 174 vd..

- (110) Eski Medeni Kanun Öntasarısının 659/B maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesine göre, "Önalım davası açılınca mahkeme, önalımının tapu kütüğündeki kaydına geçici şerh verilmesi için, durumu kendiliğinden tapu idaresine bildirir." Yeni Medeni Kanun Öntasarısının 659 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, "Dâvacı, hakkının korunması için tapu siciline şerh verilmesini hâkimden isteyebilir."
- (111) Tekinay, Takyitler, 62 - 63; Ayiter, 138; Kısagün, 53; Hatemi/Serozan/Arpacı, 611; Şıpka, 161.
- (112) Gürsoy/Eren/Cansel, 618; Oğuzman/Seliçi, 504; Tekinay, Takyitler, 57 - 58; Bertan, 796 - 797; Şıpka, 209. Eski Medeni Kanun Öntasarısının 659/B maddesinin altıncı fıkrasının ikinci cümlesine göre, "Önalım davası sonunda mülkiyet, önalımcı lehine verilecek kararın kesinleşmesi ve önalım parasının eksiksiz ödenmesi şartıyla, davanın açıldığı tarihten geçerli olmak üzere önalımcıya geçer ve önalımının yarar ve zararı o tarihten başlayarak önalımcının olur."
- (113) İBK., 11.2.1959, 10/12 (RG., 29.4.1959, S. 10194).

cı gibi diğer satış masraflarının (114) uygun bir süre içinde (115) ödenmesi veya tevdi (depo) edilmesi şart koşulmaktadır (116). Yargıtay'a göre, ödemenin mutlaka nakit olarak yapılması şart değildir. Derhal paraya dönüştürülebilen bir banka teminat mektubu da bunu sağlamaya yeterlidir (117). Ancak, teminat mektubunun istenildiği an paraya çevrilemeyeceği hususunda tereddüt varsa, mahkemenin mektupta yer alan taahhüdün karşılığını nakit olarak bankaya depo ettirmesi gerekir (118).

- (114) Diğer satış masraflarının kapsamına tapu harcı, emlak alım vergisi, tescil harcı ve davalının taşınmaz için iyiniyetle yaptığı bütün masraflar girer (bk., Tekinay, Takyitler, 52).
- (115) Bu konuda yatırılacak para miktarı ve paranın temininde karşılaşılabilecek güçlükler nazara alınır (Bk., Tekinay, Takyitler, 52).
- (116) Bk., Şıpka, 205 vd., İBK., 20.6.1951, 13/5 (RG. S. 7950; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. IV, Ankara 1980, s. 384 - 408). Eski Medeni Kanun Öntasarısının 659/B maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Önalım davasının dinlenebilmesi için, önalımın satış parasının veya tapu kütüğünde yazılı önalım parasının ve ödenmiş olan tapu harç ve giderlerinin davacı tarafından, teminat olarak, mahkeme veznesine veya mahkemenin uygun göreceği bir bankaya yatırılması şarttır; gerçek satış parasının tapu kütüğünde yazılı miktardan çok olduğu yolundaki savunma dinlenmez." Yeni Medeni Kanun Öntasarısının 654 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise, "Önalım hakkı sahibi adına payın tesciline karar verilmeden önce, hâkim tarafından tanınacak mehil içinde davacı, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu harçlarını hâkimin belirleyeceği yere tevdi etmekle yükümlüdür."
- (117) 3. HD., 12.10.1982, E. 1982/8725, K. 1982/8692, "... Şu'fa hakkını kullanan kimsenin, pay satın alan kimsenin satış akdindeki şartlarla şu'fa payı iktisap etmesi esastır. Buna göre de şu'fa bedeli ile tapu harç ve masraflarının aynen ödenmesi ya da mahkeme veznesine depo ettirilmesi gerekir. Bu husus BK.nun 81. maddesi gereğince alıcının kendi vecibesini daha önceden ifa etmiş veya ifayı teklif etmiş bulunması hükmünün bir sonucudur. Şu'fa bedeli ve tapu harç ve masraflarının mahkeme veznesine depo edilmesi, ifayı teklif niteliğindedir. Bu nedenle de, şu'fa bedeli ile tapu harç ve masraflarının mutlaka nakit olarak ödenmesinde kanunî bir zorunluluk yoktur. Derhal nakde tahvilî kabil olan bir banka mektubu da bu hususu temine yeterlidir. Davacı vekili tarafından ibraz edilen teminat mektubunda, bedelin istenilen anda derhal hiçbir sebep ileri sürülmeksizin mahkeme emrine nakden ödeneceği bildirilmektedir. Bu teminat mektubu mahkemece her zaman için nakde çevrilebileceğinden şu'fa bedeli ile tapu harç ve masraflarının karşılanmış olduğu kabul edilmek icap eder. Mahkemece aksinin kabulü ile teminat mektubunun nakit olmadığından bahisle davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." (YKD., C. 9, S. 2, 1983, s. 205 - 206).
- (118) Bk., HGK., 28.2.1990, E. 1990/6-1, K. 1990/141, "... Olayda mahkemece, davacı tarafından çekışmeli pay karşılığı olarak ibraz edilen banka teminat mektubunun istenildiği an karşılığının nakte çevrilemeyeceği tereddütüne düşüldüğüne göre, sağlıklı çözüme ulaşılabilmesi için davalının

VII — SONUÇ

Yukarıda yer alan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kanuni şuf'ayı düzenleyen Medeni Kanunun 659 uncu maddesi yeterli değildir. Zaten, sadece bir cümleden ibaret olan hükmün ihtiyaçları karşılaması beklenemezdi. Bu durum, açıkta kalan sorunların genellikle akdi şuf'ayı düzenleyen hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla çözümlenmesini gerektirmiştir. Meselâ, akdi şuf'a gibi, kanuni şuf'a hakkı da satımın öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde kullanılacaktır. Kullanılma biçimi aynıdır. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, uygulamaya göre on yıllık azami süre burada da geçerlidir. Şuf'a hakkının kullanılmasına esas teşkil edecek bedelde de durum aynıdır. Ancak Yargıtay, yukarıda zikredilmiş yeni tarihli kararlarında, kanuni şuf'a hakkının uzunca bir süre geçtikten sonra kullanıldığı hallerde satım sözleşmesinde yer alan bedelin değil, aksine rayiç bedelin esas alınacağını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre böyle bir çözüm adalete daha uygun düşecektir. Satım sözleşmesinde görünen bedelin esas alınmasını istemek hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır.

Şüphesiz, Yargıtay'ın şuf'a hakkının kullanılmasına esas teşkil edecek bedele ilişkin nihai çözüm tarzı alıcı halihazır malikin lehine olmakla birlikte, satımı geç öğrenmekte herhangi bir kusuru bulunmayan şuf'a hakkı sahibinin aleyhinedir. On yıllık hak düşürücü süreyi geçirmemek kaydıyla, satımı geç öğrenen paydaşın her zaman için kötü niyetli olduğu söylenemez. Hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin itirazın (MK. m. 2/II) her olayda ayrıca araştırılması gerekir. Bu çözüm, İçtihadı Birleştirme Kararlarıyla kanuni şuf'aya kıyasen uygulanması kabul edilen Medeni Kanunun 658 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye de aykırıdır. Süreye ilişkin hükümler kıyasen uygulandıkları halde, bedele ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı kolaylıkla savunulamaz. İçtihadı Birleştirme Kararlarının bağlayıcılığı da açıktır.

Söz konusu sorunların halli için sözleşmeden doğan şuf'a yanında ve belki daha önce kanuni şuf'anın ayrıntılı olarak düzenlenmesi şarttır. Bu konuda, iki ayrı çözüm tarzından biri benimsenebilir. Birinci çözüm tarzı, Eski Medeni Kanun öntasarısında olduğu gibi, ihbar görevinin tapu memuruna yüklenmesidir. Gerçekten, söz konusu tasarının 659/B maddesinin beşinci fıkrasına göre, "önalımlı

hakkı ve uyumsuzluğun niteliği gözetilerek, muhatabı bulunan teminat mektubundaki taahhüt karşılığı bedelin nakit olarak depo edilmesinin bankadan yazı ile talep edilmesi ve sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi icap eder..." (YKD., C. 16, S. 5, 1990, s. 636 - 640).

alıcı adına kütüğe tescil edilince, tapu idaresi tescilin yapıldığını hemen ve kendiliğinden önalımcıya yazı ile bildirir. Bildirme mümkün olmazsa, bu tescil tapu idaresince Resmî Gazete ile ve bunun üzerinden bir ay geçtikten sonra ayrıca o yerdeki gazetelerden biri ile, eğer gazete yoksa muhtarlığın kapısına yapıştırılacak bir yazı ile ilan olunur. Bu ilan üzerinden üç ay ve sözleşmesel önalımda herhalde kütüğe şerh tarihinden başlayarak on yıl geçmekle önalım hakkı düşer". İkinci çözüm tarzı ise, hem payını devreden paydaş, hem de alıcı için diğer paydaşlara ihbar yükümlülüğü getirilmesidir. Böylece, payını devreden paydaş ihmal etse bile, şuf'a hakkının kullanılmasını istemeyen alıcı ihbarda bulunacak ve üzerinde durulan sorunlar ortadan kalkacaktır. Alıcı da ihbar yükümlülüğünü yerine getirmese, şuf'a hakkının satım sözleşmesinde yer alan şartlar çerçevesinde kullanılmasına katlanacaktır. Nitekim, Yeni Medeni Kanun öntasarısı'nda da bu yönde bir düzenleme öngörülmüştür. Gerçekten, söz konusu tasarıyla teklif edilen 653 üncü maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarına göre, "Yapılan satış alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilir. Önalım hakkı, hak sahibine satışın bildirildiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer".

Ancak, pratik tecrübeler göstermektedir ki, yasal değişiklikleri gerçekleştirmek, özellikle Medeni Kanun açısından son derece güçtür. Bu nedenle, konuya ilişkin açık bir düzenleme yapılmıyacağı kadar Medeni Kanunun 927 nci maddesinden yararlanılabilir (119). Söz konusu hükmün birinci cümlesine göre, "Tapu sicili memuru, alâkadarlar haberdar edilmeksizin yapılan muameleleri kendilerine tebliğ ile mükelleftir. Bu muamelelere karşı yapılacak itiraz müddeti, alâkadarlara vukubulan tebliğ tarihinden başlar." Müşterek mülkiyette diğer paydaşlar, ipoteğin terkininde serbest dereceden istifade hakkı bulunanlar, kanundan doğan bir rehin hakkının tescilinde malik ve diğer hak sahipleri bu anlamda ilgililerden sayılırlar (120). Dolayısıyla, müşterek mülkiyet payına ilişkin devir işlemini gerçekleştiren tapu memuru bu durumu derhal diğer paydaşlara bildirmelidir. Bildirim, gerekli hallerde ilân yoluyla da gerçekleştirilebilir. Böylece zamanında ihbar yapılmamasından kaynaklanan sorunlar ortadan kalkar. Bu konuda ileri sürülebilecek tek sakınca ihbar masrafları ve ihbar yükümüne riayetsizliğin devletin sorumluluğuna yol açmasıdır (MK. m. 917). Ancak, bu sakınca, kanuni şuf'a hakkı nedeniyle açılan ve yıllar süren davaların getireceği yük karşısında çok fazla değer taşımaz.

(119) Bk., Bertan, 794 - 796; Kısagün, 12; Koç, 277 - 278; Şıpka, 138 - 140.

(120) Ayan, I, 243.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale G.** : Türk Eşya Hukuku, C. 1, 2. Baskı Ankara 1972, (Akipek, I).
- AKİPEK, Jale G.** : Türk Eşya Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ankara 1973, (Akipek, II).
- ARSLAN Ramazan** : Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- AYAN, Mehmet** : Eşya Hukuku, C. I, Zilyedlik ve Tapu Sicili, Konya 1993, (Ayan, I).
- AYAN Mehmet** : Eşya Hukuku, C. II, Mülkiyet, Konya 1993, (Ayan, II).
- AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin** : Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.
- AYİTER, Nusin** : Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1987.
- BERKİ, Şakir** : Aynı Haklar (Mülkiyet - Mülkiyetden Gayrı Aynı Haklar - Rehin - Zilyedlik - Tapu Sicili), Ankara 1965.
- BERTAN, Suad** : Aynı Haklar, Medeni Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, Ankara 1976.
- DURAL, Mustafa** : Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.
- ERDOĞAN, Celâl** : Ortaklığın Giderilmesi ve Şuf'a Davaları, Ankara 1985.
- ERTAŞ, Şeref** : Eşya Hukuku, Ankara 1989.
- ESMER, Galip** : Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1984.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959 (Feyzioğlu, Şuf'a).
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Şuf'a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar, İHFM., C. 19, S. 1-2, 1953, s. 222-269.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Medeni Kanununun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 147-188 (Feyzioğlu, Hakların Kötüye Kullanılması).
- GÜRSOY, Kemal T. / EREN, Fikret / CANSEL, Erol** : Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir** : Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- KOÇ, Kahraman** : Şuf'a Bedeli Hakkındaki Hukuk Genel Kurulu Kararı Münasebetiyle, AD., C. 20, S. 3, 1994, s. 270-278.

- KORAL, Rabi** : Şuf'ada İstihlaf Fikri, Kayıt Tashihi Dâvası ve Temyiz Dâvası ve Temyiz Tevhidi İçtihat Kararı, A. Samim Gönençay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 283-293.
- MEIER - HAYOZ** : Şuf'a Akdi, (Çev. Y. Ümit Doğanay), İHFM., S. 33, S. 1-4, 1968, s. 273-287.
- OĞUZMAN, Kemal M.** : Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İHFM., C. 31, S. 1-4, 1965, s. 209-219.
- OĞUZMAN, Kemal M.** : Medeni Kanununun Boşluklarının Yargıtay Kararları ile Doldurulduğu bir Müessese : Şuf'a, Medeni Kanunun 50. Yılı, Ankara 1977, s. 13-22.
- OĞUZMAN, Kemal M. / SELİÇİ, Özer** : Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992.
- ÖNDER, Orhan K.** : Tatbikatta Şuf'a Bedelinin Önemi, D., S. 5-6, 1964, s. 542-549.
- SAYMEN, Ferit H. / ELBİRR, Halit K.** : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- SİRMEN, Lâle** : Taşınmaz Satımında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Hukuki Sonuçları, Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 305-326.
- ŞIPKA, Şükran T.** : Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkının Kullanılması Sonucunda Önalım Bedelinin Belirlenmesi Meselesi, Hukuk Araştırmaları, C. 7, S. 1-3, 1992-1993, s. 289-299.
- ŞIPKA, Şükran T.** : Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul 1994, (Şipka).
- TASARILAR** : Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1971 (Eski Medeni Kanun Öntasarısı).
- TASARILAR** : Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, İstanbul 1984 (Yeni Medeni Kanun Öntasarısı).
- TEKİNAY, Selâhattin S.** : Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C. II/1, İstanbul 1988 (Tekinay, Takyitler).
- TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP** : Tekinay Eşya Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1989.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V.** : Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1963.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V.** : Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali), AD., S. 2, 1959, s. 113-140.
- WIELAND, C.** : Kanunu Medenide Aynı Haklar (Çev. İ. Hakkı Karafakı), C. I, 2. Baskı, Ankara 1946 (Wieland/Karafakı, I).
- WIELAND, C.** : Kanunu Medenide Aynı Haklar, (Çev. İ. Hakkı Karafakı), C. 2, 2. Baskı, Ankara 1946, (Wieland/Karafakı, II).

ÜÇÜNCÜ ŞAHİSLARA KARŞI MALİ MES'ULİYET SİGORTASINDA SİGORTA HİMAYESİNİN KAPSAMI

Yrd. Doç. Dr. Sami KARAHAN (*)

II — GENEL OLARAK MALİ MES'ULİYET SİGORTASI

Mes'uliyet sigortası diğer sigorta dallarına nisbetle oldukça yeni bir sigorta dalıdır. Önceleri bu sigorta dalı şiddetle eleştirilmiş ve sigortalıyı dikkatsizliğe ve tedbirsizliğe sevk ettiği, bu nedenle gayriahlaki olduğu ileri sürülmüştür (1). Ancak mes'uliyet sigortaları mes'uliyet hukukunun ve özellikle kusursuz mes'uliyet ilkesinin gelişmesine paralel olarak hızla gelişmiştir. Gerçekten sigortacının zararı tazmin etmesi için zararın meydana gelmesinde kusurun varlığı gerekli değildir.

Mes'uliyet sigortalarının amacı, diğer zarar sigortalarından farklı olarak, münferit eşyalar ile malların zarara ve imhaya karşı korunması değil, bilakis zarar verici olayın sonucu olarak, üçüncü kişilere karşı sigortalının (malvarlığı sahibi) bir hukuki mes'uliyeti meydana gelince, böyle bir sigortalının objesi (konusu) olarak malvarlığının üçüncü kişiler tarafından yöneltilen taleplere karşı korunmasıdır (2). Bu mes'uliyetin kanuna veya sözleşmeye dayanması önemsizdir (3).

Mes'uliyet sigortaları sigorta sözleşmelerinin tasnifinde ihtiyacın karşılanması kıstası açısından zarar sigortalarından pasif sigortasının içinde (4), rizikonun konusu açısından yapılan ayırımında

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

(1) Atabek, 406.

(2) Guhl, 867; karşı. Koenig 433; "Mali sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin üçüncü kişilere verdiği zararları onun adına karşılamak üzere hem üçüncü kişileri hemde sigorta ettireni koruma amacı ile oluşturulmuş bir zarar sigortası türüdür." 11. HD., 16.2.1990, E. 825/K. 963 (YKD., 1990, C. XVI, S. 6, s. 870 - 872).

(3) Guhl, 867.

(4) Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku 120; "Mali sorumluluk sigortası, bir zarar sigortası türüdür." 11. HD., 16.2.1990, E. 825/K. 963 (YKD., 1990, C. XVI, S. 6, s. 870 - 872).

malvarlığı sigortalarının içinde yer almaktadır (5). Bununla beraber mes'uliyet sigortalarına Ticaret Kanununda özel bir bölüm ayrılmamış, bununla ilgili hükümler kanunun değişik yerlerine serpiştirilmiştir. Örneğin mal sigortalarında menfaat sahibini düzenleyen 1269'uncu maddede, rizikonun ihbarıyla ilgili 1292'nci maddede, yangın sigortasıyla ilgili 1309 ve 1310'uncu maddelerde, hırsızlık sigortasıyla ilgili 1320'nci maddede ve nihayet kaza sigortalarıyla ilgili 1335 ve 1336'nci maddelerde mes'uliyet sigortasıyla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte, bu hükümlerin yeterli olduğunu söylemeye imkân yoktur.

İncelememizin konusunu teşkil eden mali mes'uliyet sigortaları ise, mes'uliyet sigortaları alt tasnifinde "Hususi Mes'uliyet Sigortaları" içinde yer almaktadır (6). Hususi mes'uliyet sigortaları fertlerin günlük hayatlarını sürdürürken maruz kalacakları çeşitli sorumlulukları karşılarlar.

Mali mes'uliyet sigortalarındaki mali mes'uliyet terimi yerine "hukuki mes'uliyet" teriminin kullanılması tavsiye edilmiştir (7). Kanaatimizce de burada hukuki mes'uliyet teriminin kullanılması yerinde olur. Zira diğer mes'uliyet sigortalarının mahiyetinde de sigortalının malvarlığında meydana gelmesi ihtimal dahilinde olan bir eksilmenin bile bir miktar parayla giderilmesi söz konusudur. Yani mes'uliyet sigortalarında, mali giderimin karşısı olan aynı giderime ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle sanki diğer mes'uliyet sigortalarında aynı mes'uliyete ilişkin bir düzenleme varmış ve bundan tefrik etmek için mali mes'uliyet terimi kullanılmış gibi bir anlayışa sebebiyet vermek yerinde değildir. Bununla beraber hukuk terminolojisindeki birliği zedelememek için biz de şimdilik bu terimi kullanmaya devam edeceğiz (8).

- (5) Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku 122; Atabek, 45; Bazer, 174; Aynı şekilde İsviçre ve Alman hukuklarında da mali mes'uliyet sigortaları malvarlığı sigortaları içinde mütalaa edilmektedir. bk., Koenig, 414 vd.
- (6) Kender, Mes'uliyet sigortasının Mahiyet ve Türleri 14; İsviçre ve Alman hukuklarında münferit sigorta dalları içinde incelenmektedirler. bk., Koenig, 257 vd.; Pröls/Martin, 881 vd.
- (7) Baltacı, 60; Damcı da mali mes'uliyet tabirinin eski hukukumuzdaki malen mesul müessesesinden, mesulun bilmal tabirinden gelen bir survisans kullanmak doğru olmaz. Mali mes'uliyet tabiri kullanılmasın demektir. b., s. 54; Koenig (Edgü s. 111) ve Arseven (47, 53) de hukuki mes'uliyet tabirini kullanmaktadırlar.
- (8) Yargıtay'da muhtelif kararlarında "Mali Sorumluluk Sigortası" terimini kullanmıştır. bk., 11. HD., 16.2.1990, E. 825/K. 963 (YKD., 1990, C. XVI, S. 6, s. 870 vd.); 11. HD., 6.11.1989, E. 9496/K. 8480 (Yasa Hukuk Dergisi 1989, C. XII, S. 12, s. 1663 vd.); 11. HD. 6.3.1989, E. 4603/K. 1351

Konumuzu teşkil eden sigorta sözleşmesinin adı üçüncü kişilere karşı mali mes'uliyet sigortası olmakla beraber, burada amaç üçüncü kişilerin zarar ve ziyanlarının tazmini değil, bilakis sigorta edilenin tazmin yükümlülüğüne karşı korunmasıdır. Bu nedenle üçüncü kişilere karşı mali mes'uliyet sigortası BK. 111 anlamında üçüncü kişi lehine bir sözleşme sayılmaz. Zira sigortalı, sigortayı, zarara uğrayan kimsenin tazminat talebini garanti altına almak için değil, malvarlığını bu gibi tazminat taleplerinden korumak için yaptırmıştır (9).

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi mes'uliyet sigortaları, sigorta himayesinin kapsamı, sigorta ücreti, sigortanın başlangıcı, hasar halinde tarafların durumu vb. açısından kanunlarda gereği gibi düzenlenmemiştir. Bu boşluk Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından tasdik edilen sigorta genel şartlarıyla doldurulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla sigorta konusunda kanunlardan sonra ikinci sırada sigorta genel şartları önem taşımaktadır. Bu nedenle sigorta sözleşmesinin esasını teşkil eden ve tarafların karşılıklı hak ve vecibelerini düzenleyen sigorta genel şartlarının tarafları koruyacak tarzda hazırlanmış olması gerekir (10).

Sigorta himayesinin kapsamı ancak sigorta genel şartlarına müracaatla tesbit olunabilir (11). Bu nedenle, konumuzu teşkil eden üçüncü kişilere karşı mali mes'uliyet sigortasında sigorta himayesinin kapsamı ancak ilgili sigorta şartları incelenerek tesbit edilebilir. Genel Şartlara ilave olarak hususi şartlar da tanzim edilmişse himayenin kapsamını tayin açısından bunların da nazara alınması icap eder.

II — ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARA KARŞI MALİ MES'ULİYET SİGORTASINDA SİGORTA HİMAYESİNİN KAPSAMI

A — SİGORTA HİMAYESİNİN MADDİ KAPSAMI

1 — Üçüncü Şahıs Kavramı

Bu mali mes'uliyet sigortası, sigorta himayesini sadece üçüncü şahıslara karşı tanımaktadır. Üçüncü şahıslar dışındakilerin kural olarak tazminat talebinde bulunma hakları yoktur. Bu nedenle üçüncü şahıs kavramının sınırlarının tesbit edilmesi gereklidir.

(9) Başkası hesabına sigorta sözleşmesi BK., 111 hükümlerine tabi olduğundan üçüncü kişilere karşı mali mes'uliyet sigortası başkası hesabına sigorta sözleşmesi sayılmaz.

(10) Gün, 29.

(11) Gün, 29.

Borçlar Kanunu ve diğer mali mes'uliyet sigortaları anlamında üçüncü şahıs kavramı ile, üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortasındaki üçüncü şahıs kavramı arasında önemli bir kapsam farkı vardır. Gerçekten akdi mes'uliyette üçüncü şahıs kavramı; bir hukuki işlemin kurulması söz konusu olan durumlarda, bu işleme katılmayan kişileri ifade eder. İşlemi kuranlar taraf, işlemin kurulmasına katılmayanlar ise üçüncü kişidir (12). Görüleceği üzere bu tanımda üçüncü şahıs kavramı menfi şekilde taraf kavramının aksi olarak tayin edilmekte ve taraf kavramı biliniyor farzedilmektedir (13).

Akit dışı mes'uliyette ise, hukuki varlığı doğrudan doğruya ihlâl edilen şahıs da mesul olan şahsa nisbetle üçüncü şahıs vaziyetindedir; aralarında önceden mevcut bir münasebetin ihlâli söz konusu değildir (14). Mağdur, hukuki varlığı ihlâl edilip zarara uğrayınca tazminat alacaklısı vaziyetine girer; işte dolayısıyla zarar gören bu şahıs tazminat alacağına vücut veren borç münasebeti bakımından, üçüncü şahıs sıfatını taşımaktadır. Zira o borç münasebetinde taraf değildir ve borç münasebetine ilişkin bir hak iddiasında kural olarak bulunamaz (15).

Üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası genel şartlarında ise, üçüncü şahıs kavramının sınırları yukarıda akti mes'uliyet ve akit dışı mes'uliyet açısından tanınan sınırlara oranla çok daha dar bir mahiyet arz etmektedir. Gerçekten üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası genel şartlarının 3/A-3'üncü bendine göre :

"Sigortalıya bir hizmet veya vekalet münasebeti ile bağlı kimseler ve sigortalının aile efradı tarafından vaki olan talepler" ile "sigortalı bir şirket ise, bu şirketin gayri mahdud mes'uliyetli şrikleri ile bunların yukarıdaki fıkra mucibince aile efradı tarafından vukubulan talepler" üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası tarafından temin edilemez.

Bu bendin incelenmesinden görüleceği üzere dört grup kimse üçüncü şahıs kavramının sınırları dışına taşmaktadır. Dolayısıyla bunlar tazminat talep edemeyeceklerdir. Bunlar :

— Sigortalıya bir hizmet aktiyle bağlı bulunan kimseler; hiz-

(12) 4. HD., 9.1.1979, E. 1978/2736, K. 1979/68 (YKD., 1979, S. 5, s. 645); Akyol, 12.

(13) Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararlarının Tazmini 24.

(14) Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku 5 - 7.

(15) Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararlarının Tazmini 31.

met aktinin varlığı BK. 313 vd.'ndaki hükümlere göre belirlenecektir (16).

— Sigortalıya vekalet münasebetiyle bağlı kimseler; vekalet aktinin varlığı da BK. 386. vd.'ndaki hükümlere göre tayin edilecektir.

— Sigortalının aile efradı; sigorta genel şartları ile efradı kavramını müphem bırakmamak için kimlerin aile efradı kavramına dahil olacağını tahdidi olarak saymıştır. Buna göre şu kimseler sigortalının aile efradından sayılır: "Sigortalının eşi, usul ve füruu (sigortalının edindiği evlatlar ile sigortalıyı evlat edinenler dahil); sigortalının kendisi ile birlikte oturmaları halinde kardeşleri, damatları, gelinleri ve kendisi tarafından bakılan sair akrabaları, sigortalının eşinin usul ve füruu ile kardeşleri."

Bu hükümler, bu şahısların gerçekte hiç talep edemeyecekleri alacak haklarını, sırf sigortanın varlığını nazara alarak ileri sürmelerine ve bu şahıslarla sigortalının gizlice anlaşarak sigortacıyı istismar etmek maksadıyla takip etmesi önlenmek istenmiştir (17).

— Nihayet son grup, sigortalının bir şirket olması halinde, bu şirketin sınırsız sorumlu ortakları ile bunların yukarıda sayılmış olan aile efradlarından teşekkül etmektedir.

2 — Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Sigorta genel şartlarının incelenmesi halinde görülecektir ki, bu sigorta sözleşmesinde himayenin söz konusu olabilmesi için herhangi bir akti münasebet ve bunun ihlali aranmamakta, sadece tek aşamalı bir ihlalin varlığı yeterli görülmektedir (Genel Şartlar m. 1).

Ayrıca, bu genel şartlarda öngörülen hukuki görevin ihlali sadece belli bir şahıs veya şahıslara karşı yerine getirilmesi gereken bir hukuki görevin ihlali değil, herkese karşı uyulması zorunlu olan hukuki görevin ihlâlidir (18). Zarar ve buna bağlı olarak sorumluluk, bu genel mahiyetteki hukuki görevin ihlâlinden doğmaktadır. Dolayısıyla burada bir haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmakta ve BK. 41 vd.'ndaki hükümlerin tatbik edilmesi gerekmektedir. Netice

(16) "... Poliçede, sigortalıya hizmet veya vekalet münasebetiyle bağlı kimselerin sigorta dışında olduğu yazılıdır. Birinci davacı şirkete ait olan otelin müdürü olup hizmet bağıtı ile bağlıdır. Öteki davacı da onun eşidir. Bu nedenlerle davacıların malî sorumluluk sigortasından yararlanmaları düşünülemez." HGK., 21.9.1979, E. 1978/11-235, K. 1979/1262, (YKD., S. 7, s. 898).

(17) Brühmann (Kalpsüz) 11.

(18) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop I, 641.

itibariyle üçüncü şahsın tazminat talep edebilmesi, yani sigorta himayesinin söz konusu olabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gereklidir :

a — Hukuka Aykırılık

Sigortacının tazmin yükümünün kabul edilebilmesi için, zarar hukuka aykırı bir şekilde meydana getirilmiş olmalıdır. (BK. 41). Yani hukuk düzeninin, şahısları korumak amacıyla koyduğu genel mahiyetteki emir ve yasaklar çiğnenmiş olmalıdır (19).

Ancak, hukuka aykırı bir davranış yüzünden menfaatleri ihlâl edilen herkes sigortacıdan tazminat isteyemez. Ayrıca çiğnenen hukuk kuralının, ihlâl edilen türden bir menfaati korumak amacıyla konmuş olması da gerekir (20). Örneğin bir gazinoda her akşam konser vermeyi taahhüt eden piyanist, bir akşam gazinoya giderken bir trafik kazasında yaralanır ve bir süre konser veremezse; bundan gazino sahibi, garsonlar, müzik eleştirmenleri, devlet (vergi alamadığı için) vb. şahıslar dolaylı olarak zarar görebilirler; buradaki şahıslarla zarar arasında illiyet bağı olmakla beraber, trafik kazasına neden olan haksız fiil failinin ihlâl ettiği hukuk normu (trafik kuralı) bu şahısları koruma amacını gütmemediğinden, yoksun kaldıkları kazanç için failden tazminat talebinde bulunamazlar (21).

Bununla beraber, hukuka aykırılığı gideren hallerin söz konusu olması halinde üçüncü şahıs zararının tazminini talep edemez. Örneğin üçüncü şahsın haksız tecavüzüne maruz kalan sigortalı onu yaralayarak bu tecavüzü durdurursa hukuka aykırılığı gideren meşru müdafaa hali bulunduğu için, bu olay sigorta himayesinin kapsamına girmez.

Bazen hukuka aykırı fiilin bunlara ilave bazı niteliklere sahip olması da aranır. Buna ilişkin örneklerle üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası genel şartlarında da rastlıyoruz. Örneğin :

— Üçüncü şahısların ölmesi, yaralanması, sıhhatinin bozulması, mallarının ziya ve hasara uğraması nedeniyle doğan mes'uliyet taleplerinin üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası himayesi kapsamına girebilmesi için, bu hukuka aykırı fiiller poliçede gösterilen sıfat, faaliyet ve hukuki münasebetlerden dolayı meydana gelmiş olmalıdır (Genel Şartlar m. 1/b).

(19) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Aktop I, 643.

(20) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Aktop I 644.

(21) 4. HD. 13.3.1978, E. 77/5312, K. 78/3192 (YKD. 1979, C. V, S. 1, s. 28 vd.)

— Tüzel kişilerin sigortalı olarak bulunmaları halinde hukuka aykırı fiil, sigortalının mükellef bulunduğu vazifelerini ifa dolayısıyla işlenmelidir ki, tüzel kişi sigorta himayesinden istifade edebilsin (Genel Şartlar m. 2).

b — Kusur

Üçüncü şahsın uğramış olduğu zararın sigorta himayesi kapsamına girebilmesi için, sigortalının bu zararın varlığına kasden ika veya bilerek sebebiyet vermemiş olması gerekir (Genel Şartlar m. 3/A-1) (22).

Kast, failin hukuka aykırı bir fiil işlenmekte olduğunu bilmesi ve buna rağmen bunu isteyerek işlemesidir ki, bu halde sigorta bu zararlardan doğan talepleri temin etmez. Bununla beraber madde de ayrıca "bilerek sebebiyet verme" kavramına yer verilmiştir. Bilerek sebebiyet verme kavramı kasdın özel bir türü olan ihtimali kast kavramını oluşturmaktadır. Buna göre fail, hukuka aykırı bir fiil işlemeyi istememiş olmakla beraber, işlediği fiilin hukuka aykırı bir sonuç verebileceğini bilmekte ve bu ihtimale razı olmaktadır (23). Örneğin, imal ettiği uçakların üretim hatası nedeniyle düşebileceğini bilen imalatçı, bu uçakları piyasaya sürer ve bundan dolayı kazalar ve ölüm olayları meydana gelirse, imalatçı zarar gören üçüncü kişilere karşı ihtimali bir kasıtlı hareket etmiş sayılır (24). Bu farklılığa rağmen normal kast ile ihtimali kast arasında uygulanacak hükümler bakımından fark yoktur.

c — Zarar ve Niteliği

Mali mes'uliyet sigortasında düzenlenen sorumluluğun diğer bir şartı da zararın meydana gelmiş olmasıdır. Ortada zarar olmadan tazmin yükümlülüğü de söz konusu olamaz. Bununla beraber,

(22) "...Yapımcı ortaklıkla sigorta ortaklığı arasındaki üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası sözleşmesi, yangın nedeniyle sorumluluk sigortası niteliğindedir. Sözleşmeye göre tüplerin tüketicilerce kullanılması sırasında yangın ve patlamalardan doğan kazalar yüzünden üçüncü kişilerin uğrayacakları zarar nedeniyle sigortalıya düşen sorumluluk sigorta edildiğine göre davacının zararı bu sigorta poliçesi kapsamındadır. TTK'nun 1309'uncu maddesi ve poliçe hükümleri uyarınca AŞ'in kusuru nedeniyle doğabilecek sorumluluğu güvence altına aldığına göre davalı sigortaca sigortalıya kusur def'i ileri sürülemeyeceği gibi, davalı sigortanın anılan yasanın 1304/II maddesi hükmüne dayalı bilerek ve isteyerek (kasden) davranıldığı iddiası da yoktur." H. HD., 20.9.1979, E. 3398/K. 4053, (YKD., 1980, C. VI, S. 12, s. 1619).

(23) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop I 665.

(24) Bk. aşağıda cc.

her zarar hadisesi tazmin yükümlülüğü doğurmaz. Zararın ancak diğer şartlarla birlikte bulunması halindedir ki tazmin yükümlülüğü doğar.

Zararın değişik tanımlarını yapmak mümkündür. Kanaatimizce zarar, haksız fiil işlenmeseydi malvarlığı hangi durumunda bulunacak idiyse, işte o durumla şimdiki durum arasındaki farktır diye tanımlanabilir (25). Görülüyor ki, zarar daima malvarlığı ile ilgili ekonomik, diğer söyleyişle parayla ifadesi mümkün olan bir değerlendirmeyi kapsamaktadır (26).

Üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası'nda her türlü zarara sigorta himayesi bahsedilmemiştir. Bazı zararlar tamamıyla bu himayeden yararlanırken, bazıları ancak anlaşmayla bu himayenin kapsamına sokulabilmekte ve nihayet bazı zararlar tamamen sigorta himayesi dışında mütalaa edilmektedir.

aa — Mutlak Olarak Himaye Gören Zarar Talepleri

Üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası genel şartlarında düzenlenmiş olan ve her hangi bir işleme gerek kalmadan, sigorta himayesinin kapsamına dahil olduğu kabul edilen zararlar şunlardır :

aaa) Üçüncü şahısların ölmesi, yaralanması veya sıhhatinin bozulması; örneğin pencereden düşen saksımızın yoldan geçen bir şahsı yaralaması veya öldürmesi, köpeğimizin komşu çocuğunu ısırması, bir inşaatın çökmesi sonucu can kaybı olması, doktorun yaptığı yanlış ameliyat sonucu hastanın sakat kalması, eczacının yanlış ilaç vermesi nedeniyle hastanın ölmesi veya sakat kalması, inşaat mühendisinin hesap hatasından kaynaklanan sebeplerle inşaatın çökmesi ve binada oturanların ölmesi veya yaralanması vb. (27).

Ayrıca, sigorta şirketleri tarafından basılmış olan bazı genel şartlarda "sıhhatinin muhtemel" olması tabiri kullanılmaktadır. (Genel Şartlar m. 1a). Burada muhtemel kelimesinin yazılışı (kesinlikle) yanlıştır ve müstakil bir lügat manası yoktur. Bu kelime ancak muhtel olarak yazılırsa bozulma, ihlâl olma manalarına gelir (28) ki zannediyoruz maddede de ifade edilmek istenen mana budur.

(25) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop I 736.

(26) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop I 736.

(27) Karş. Koenig 420, 421.

(28) Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Büyük Lügat İstanbul 1985.

bbb) Üçüncü şahıslara ait mallarda maddi zarar ve ziyanlar meydana gelmesi; örneğin tavuklarımızın komşunun bahçesini alt üst etmesi, koyunların sigortalıya ait olmayan ekinleri telef etmesi, bir inşaatın temeli atılırken yandaki binanın çökmesi, bir noterin yaptığı yanlış işlem nedeniyle hak kaybına uğranılması, bir inşaat mühendisinin yaptığı hesap hatası nedeniyle inşaatın çökmesi, bir avukatın hatalı savunma yaparak davayı kaybetmesi vb. (29).

ccc) Manevi zararların sigorta himayesi kapsamına prensip itibariyle girebilip giremeyeceği tartışmalıdır.

Bazı yazarlara göre, poliçeye manevi tazminatın istisna edilmesine ilişkin bir hüküm konulmamış ve manevi tazminat istisna edilmiş olarak yetkili tarife komitesinden fiyat istenmemişse manevi tazminat teminat kapsamına dahil edilmelidir. Zira yetkili tarife komitesi, manevi tazminatın hariç olduğu belirtilmeden fiyat istenmişse, fiyatı dahilmiş gibi tespit etmektedir. Yüksek fiyat alıp sonradan tazminat kapsamını daraltmaya çalışmak tarife rejimimize ters düşer. Gerekçeleri bir kenara bırakılacak olursa, bu yazarlar prensip itibariyle mali mes'uliyet sigortalarında manevi tazminatın istenebileceğini kabul etmektedirler (30).

Oysa, mali mes'uliyet sigortaları ile manevi tazminat müessesesinin mahiyet ve amaçları incelendiğinde birbirleriyle bağdaşmalarının mümkün olmadığı görülebilir. Gerçekten manevi tazminat müessesesinin gayesi, tecavüz eden kimseye bir zarar yüklemek değil, tecavüze uğrayan kimselerin mamelekinde bir çoğalma temin etmektir (31). Mali mes'uliyet sigortasının gayesi ise, üçüncü şahısların zarar ve ziyanlarının tazmini değildir. Bilakis mali mes'uliyet sigortası, sigorta edileni tazmin yükümlülüğüne karşı korur (32). Bu gerçek genel şartlarda şu cümleyle ifade edilmiştir (Genel Şartlar m. 1/II) :

"İşte poliçe, sigortalıyı haklı taleplere karşı olduğu gibi yersiz ve aşırı taleplere karşı da korur." Yani sigortacı tazmin mükelefiyetini yerine getirir yahut sigortalı için ayrıca masrafların onun tarafından karşılanmasına gerek olmadan üçüncü şahsın talebine karşı savunmada bulunur. Haklı taleplere karşı ödemede bulunmak

(29) Karş. Koenig, 420, 421.

(30) Başer, 60; Aynı görüşte Damcı, 60; Baltacı'da kural olarak manevi zararların mali mes'uliyet sigortalarına dahil edilmemesi gerektiğini, fakat tarife komitesinden ona göre fiyat alırsa manevi zararların mali mes'uliyet sigortası kapsamına dahil olabileceğini abul etmektedir. Bk. s. 61.

(31) Von Tuhr, (Edege) I, 122; Atabek, 405.

(32) Brühlmann (Kalpsüz) 7.

suretiyle ödeme halinde borçtan kurtulma talebinden, haksız taleplere karşı icap ettiği takdirde dava yoluyla savunmada bulunması halinde ise sigortalının hukuki himayesinden söz edilir (33).

Yargıtay ise istikrarlı bir görüş benimseyebilmiş değildir. Yüksek mahkeme bazen manevi tazminatın mali mes'uliyet sigortasıyla bağdaşabileceğini prensip itibarıyla kabul ederken (34), bazen de manevi tazminatın sigorta kapsamına dahil olamayacağını ileri sürmektedir(35).

ddd) Mahkeme masrafları ile faizin tazminatla birlikte sigorta bedelini aşmaları halinde bunların sigorta himayesi kapsamına dahil olup olmadığı hususunda Ticaret Kanunumuzda hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle konu genel olarak mes'uliyet sigortalıların bağlamında tartışılmıştır (36). Burada öncelikle bu tartışmaya ve sonradan da incelemekte olduğumuz sigorta genel şartlarına ilişkin düzenlemelere değinmeyi faydalı mülahaza ediyoruz.

İlk olarak, Kender'e göre, sigortacı mes'uliyetle ilgili her türlü talep, dava ve takip masraflarını ödemek zorundadır (37). Bu masraflar sigorta bedeline dahil değildir (38).

Atabek ise, değişik bir ayırım yapmaktadır. Yazar'a göre, tazminat tutarı ile mahkeme masraflarının toplamı sigorta bedelini aşmıyorsa bu masraflar sigorta himayesinin kapsamına dahildir. Buna karşılık; dava zarar gören şahıs tarafından doğrudan doğruya sigortacı aleyhine açılmış ise, sigortacının taahhüdünü yerine getirmek hususundaki temerrüdünden mütevellit zarar miktarı sigorta bedelini aştığından, sigortacının mahkeme masraflarından da sorumlu olması gerekir. Aksi takdirde, yani dava sigortalı aleyhine açılmış ise, sigortacı sigorta bedeli ile sorumlu olmalıdır. Sigortacı, sigortalıyı tahrik ederek davanın aleyhine açılmasına sebebiyet ver-

(33) Brühlmann (Kalpsüz) 9 - 10.

(34) "Sigorta şirketinin manevi tazminattan sorumlu olup olmadığı polise içeriğinden incelenerek varılan sonuç doğrultusunda hüküm kurulmalıdır." 11. HD. 6.3.1989, E. 4603/K. 1351 (Yasa Hukuk Dergisi, s. 1564, 1565); "Trafik Kanunundaki madde ve ölüm dahil bedeni zararlar tabirine dâhil zararlar ve ölüm halindeki zararlarla birlikte manevi zararlar da girer. Sigortacı manevi zararlardan da sorumluudur." TD., 20.6.1964, E. 777/K. 2232, (Çah, 115).

(35) HGK., 21.9.1979, E. 1978/11-235, K. 1979/1262 (YKD., 1980, S. 7, s. 898); TD. 30.3.1965, E. 1965/K. 1217 (Çh 114); Aynı görüşte Çah 114.

(36) Karş. Koenig, 426.

(37) Bu yönde: Karayalçın 50.

(38) Kender, Mes'uliyet Sigortasının Mahiyet ve Türleri 5, 6.

mişse mahkeme masraflarının tamamını ödemekle yükümlüdür (39). Yazar, faiz hakkında da tazminat tutarı ile faiz sigorta bedelini aşmıyorsa sigortacı bunu da ödemelidir. Aksi takdirde sadece sigorta bedelini ödemekle yetinmelidir demektedir (40).

Bozer, mahkeme masrafları açısından Kender'le aynı görüşü paylaşmakla birlikte faiz açısından bir ayırım yapma ihtiyacını hissetmiştir. Buna göre, faiz sigorta ettirenin, zarar görene ödediği faiz ve sigortacının sigorta ettirene ödeyeceği faiz olarak iki şekilde düşünülmelidir. Zarar gören üçüncü şahsa doğrudan doruya müracaat hakkı tanınmamış olan hallerde mağdur önce sigorta ettireni dava edecek ve sonra da sigorta ettiren sigortacıya dönecektir. Sigorta ettirenin, mağdura zarar miktarı dışında ödeyeceği bu faiz sigorta teminatına dahildir. Sigortacının sigorta bedelini ödemediği takdirde düşmesi nedeniyle tahakkuk edecek olan temerrüt faizi ise, sigorta tazminatına dahil değildir. Bu faiz hakkında Ticaret Kanununun genel hükümleri tatbik olunur (41).

Kanaatimizce de Kender tarafından genel anlamda mes'uliyet sigortalarına ilişkin olarak savunulan görüş isabetli görüştür. Sigortacı, sigortanın zarar dolayısıyla doğacak mes'uliyetini temin etme yükümünü üzerine aldığına göre, buna ilişkin mahkeme masrafları ile ilgili yükümü de üzerine aldığı kabul etmek mes'uliyet sigortalarının bünyesine ve amacına daha uygundur.

İncelemekte olduğumuz üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası genel şartlarına gelince, bu husus açık bir hüküm ile genel şartlarda düzenlenmiş ve dāvaya ait masraflar ile dahi sigorta bedelinin aşılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Şöyle ki bu hükme göre "Dāva açılması halinde, Sigortacı, Sigortalı namına dāvayı takip eder. Sigortalı, Sigortacının göstereceği avukata bu hususta lazım gelen her türlü selâhiyeti vermek mecburiyetindedir. Dāvaya ait masraflar Sigortacı tarafından ödenir. Bu kadar ki, bu masraflarla zarar görene verilmesi lâzım gelen tazminat yekünü sigorta poliçesinde tesbit edilmiş bulunan azami meblağı tecavüz edemez. Sigortalı veya e'falinden mes'ul olduğu kimseler aleyhine ceza takibatına geçilmesi halinde, Sigortacı müdafaayı sarahaten deruh-te etmiş ise avukat ücretini (bilümun sair masraflar ile muhtemel para cezaları hariç) öder" (Genel Şartlar m. 9/II, III).

Öte yandan faiz hususunda da genel şartlarda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, dāvaya ait masraflara ilişkin hükmün ge-

(39) Atabek, 409.

(40) Atabek, 410.

(41) Bozer, 181.

nel mantığı içinde, sigortacının faizi ödemek zorunda bulunduğu, ancak faiz ile dahi sigorta bedelinin aşamayacağını kabul etmek daha mantıklı görünmektedir.

eee) Sigortalının bir tüzel kişi olması halinde, sigortalıya ait organların mükellef buldukları vazifelerini ifa dolayısıyla üçüncü şahıslara verecekleri zarar ve ziyanlar da sigorta himayesinin kapsamı dahilindedir (Genel Şartlar m. 2).

Genel şartlardaki bu maddeye dayanak teşkil eden hükümler MK. 48 ile TTK. 321/V'tir. Her iki madde de tüzel kişilerin organlarının işlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı tüzel kişinin sorumlu olacağını düzenlemektedirler.

bb — Nisbi Olarak Himaye Gören Zarar Talepleri

Üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası genel şartlarının 3/B fıkrasına göre aşağıda sayılan hususlar kural olarak sigorta kapsamı dışında bulunmakla birlikte, sigortalı ile sigortacının bunun aksine anlaşma yaparak bu hususların da sigorta himayesi kapsamına gireceğini kabul etmeleri mümkündür. Buna göre :

aaa) Sigortalı, gayrimenkül sahibi veya bir müteşebbis veya iş sahibi sıfatı ile temin edilmişse, poliçede yazılı menkullerde bulunan yahut teşebbüsün icrasında kullanılan asansör veya monte-charge'ların üçüncü şahıslara verecekleri zarar ve ziyandan doğan mali mes'uliyet; anlaşma ile sigorta himayesi kapsamına sokulabilir. Metnin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere bir gayrimenkül maliki, bir müteşebbis veya bir iş sahibi bu sıfatları dolayısıyla mali mes'uliyet sigortasına konu olmuşlarsa ancak sigorta himayesinden yararlanabilirler. Aksi takdirde, yani bu sıfatlar gözönüne alınmadan sigorta mukavelesi aktedilmişse, buna ilişkin mes'uliyetin anlaşma ile sigorta himayesi kapsamına sokulması mümkün değildir.

bbb) Yolcular tarafından getirilen eşya ve hayvanlar ile tevdi olunan nakil vasıtaları hakkında Borçlar Kanununun 478, 479. ve 480 inci maddeleri gereğince otelcilere teveccüh edecek mali mes'uliyet (42); Bu hüküm garajcılara emanet edilen nakil vasıtalarına da şamildir (43). Bu hüküm incelenecek olursa; yolcular tarafından getirilen eşya ve hayvan ve tevdi edilen nakil vasıtalarının herhangi bir surette telef olması, hasar görmesi veya çahnması hallerinde doğan zararın bizzat yolcunun veya onu ziyarete gelen veya refaka-

(42) Bk., Koenig, 420.

(43) Bk., aşağıda (cc): mutlak himayesizlik halleri.

tinde bulunan bir kimsenin kusuru sebebiyle veya mücbir sebeplerden meydana geldiğini ispat etmediği sürece otel sahibi sorumludur.

İşte otel sahibi sigortalı ile sigortacı, aralarında anlaşma yaparak bu mes'uliyetin üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası himayesi kapsamına gireceğini kararlaştırabilirler.

Görülüyor ki bu bent ile aşağıda zikredeceğimiz genel şartlar 3/A-8, a'daki hususa iki istisna getirilmektedir.

İlk olarak, sigortalı otelci, nakil vasıtasını veya diğer eşyayı tevdi eden veya emanet bırakan da yolcu olursa; sigortalı, sigortacı ile anlaşmak suretiyle bunların uğradığı zararlardan kendisine düşen mes'uliyeti sigorta himayesi altına alabilir.

İkinci olarak, anlaşmayla sigorta himayesi kapsamına dahil edilebilecek olan talepler, sigortalının garaj sahibi veya emanet bırakılan şeyin de nakil vasıtası olması ve bunlara gelecek zararlardan doğan taleplerdir. Genel şartların 3/A-8, a bendinde nakil vasıtası tabirine yer verilmemiş olmakla birlikte, oradaki mal tabiri içerisinde nakil vasıtalarının da girdiğini kabul etmek gerekir. Gerçekten aksi düşünce, neden 3/B-2 bendine gerek duyulduğu sorusunu hatıra getirir. Zira, nakil vasıtalarını 3/A-8, a bendi kapsamına dahil etmeyecek olursak, nakil vasıtaları sigorta ile zaten temin edilmiş olduğundan istisnai bir mahiyet arzeden ve ancak anlaşmanın varlığı halinde sigorta himayesi temin eden 3/B-2 hükmünün hiçbir anlamı kalmaz. Bu düşünce tarzı kendisine emanet nakil vasıtası bırakılan kişinin garaj sahibi veya otelci olması halinde sigorta himayesi temin edilip edilmeyeceği problemine çözüm bulması açısından da savunmaya layıktır.

cc — Mutlak Olarak Himaye Kapsamı Dışında Bulunan Talepler

Hangi zarar taleplerinin üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası himayesi kapsamına girmeyeceğini genel şartların üçüncü maddesi saymaktadır. Yukarıda bazı hususi hükümler üzerinde zaten detaylı inceleme yaptığımız için, onları sadece konunun bütünlüğünü temin etmek açısından ismen zikretmekle ve ilgili yerlere atıf yapmakla yetineceğiz. Buna göre aşağıda sayılan zarar talepleri mali mes'uliyet sigortası himayesi kapsamı dışındadır (Genel Şartlar m. 3) :

1) Kasden ika olunan veya bilerek sebebiyet verilen zarar ve ziyan talepleri (44);

(44) Bk., yukarıda II, A, 2. b.

2) Bir sözleşmenin ifasına veyahut hususi bir anlaşmaya dayanıp, sigortalının kanuni mes'uliyet ölçüsünü aşan talepler. Bir sözleşmenin ifasına dayanan talepler ancak sigortalının kanuni mes'uliyet ölçüsünü aşmadığı oranda sigorta himayesi kapsamına dahildir. Aynı şekilde kanun hükümleri dışına çıkan hususi anlaşmalara dayanan akdi talepler de sigortalının kanuni mes'uliyet ölçüsünü aştığı takdirde himaye dışına çıkar. Bununla beraber sigortalı ile sigortacı, sigortalının diğer bir şahsa ait olan bir kanuni mes'uliyeti üzerine alması halinde akdi taahhütlerin de sigorta himayesi kapsamına dahil olacağını kararlaştırabilir. Örneğin, yapı sahibinin üçüncü şahıslara karşı olan kanuni mes'uliyetini sözleşmeyle inşaat müteahhidine devretmesi halinde böyle bir durum olur (45).

3) Sigortalıya bir hizmet veya vekalet münasebetiyle bağlı kimseler ve sigortalının aile efradı tarafından vaki olan talepler (44);

Yukarıda zikrettiğimiz gibi bu fıkra bakımından aile efradı sayılan kimseler şunlardır:

Sigortalının eşi, usul ve furuu (sigortalının edindiği evlatlar ile sigortalıyı evlat edinenler dahil); Sigortalının kendisi ile birlikte oturmaları halinde kardeşleri, damatları, gelinleri ve kendisi tarafından bakılan sair akrabaları, sigortalının eşinin usul ve furuu ile kardeşleri.

Sigortalı bir şirket ise, bu şirketin sınırsız sorumlu ortakları ile bunların yukarıdaki fıkra gereğince aile efradı tarafından vuku bulan talepler de sigorta teminatı kapsamı dışındadır.

4) Motorlu nakil vasıtaları ile römorkların, motorlu bisikletlerin ve her türlü hava nakil vasıtalarının kodüktörleri, zilyetleri (detenteur) veya sahiplerine karşı ileri sürülen talepler.

5) Otomobil, motosiklet, bisiklet, teleferik, deniz motoru, at, boks ve güreş, yarış müsabakalarına, antrenmanlarına dahil iştiraktan doğan talepler.

6) Harp, ihtilal, isyan, ayaklanma, karışıklık, grev ve bunların tenkilinden ve el koyma hallerinden doğan zarar ve ziyanlara taalluk eden talepler.

7) Zلزele, seylan, su basması, çığ, yangın, duman, sis, buhar, su, çürüme veya tedrici rutubet alma yüzünden vukua gelen zarar ve ziyanlardan mütevellit talepler;

(45) Brühlmann (Kalpsüz) 10.

(46) Bu konuda geniş bilgi için bk., yukarıda II, A, 1.

8) a. Üçüncü şahıslara ait olup ariyet, kiraya verme veya tevdi sebepleri ile veyahut muhafaza, nakil, tamir edilmek veya işlenmek üzere veya nezaretleri altında bulunan malların uğrayacağı zarar ve ziyandan doğan talepler (47);

b. Sigortalı ve müstahdemlerin veyahut sigortalı hesabına hareket eden kimseler tarafından imal edilen veya işlenen şeylerden veya bu şeylerle fonksiyonel rabitası bulunan teknik cihaz veya tesislerde, işin veya teslimatın kusurlu ve ayıplı olması dolayısıyla husule gelen zarar ve ziyandan doğan talepler; örneğin, imal edilen ayıplı konservelerin tüketicileri zehirlenmesi sonucu tüketicilerin uğradıkları zararlardan doğan talepler üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası ile temin edilemez. Daha genel bir ifade ile, yapımıcının imal ettiği şeylerin kusurlu veya ayıplı olması dolayısıyla üçüncü şahıslar zarar ve ziyana uğrarlarsa, bunların uğradıkları zarar ve ziyarlardan doğan talepler sigorta himayesi kapsamına dahil değildir (48).

c. Sigortalı, aile efradı, müstahdemleri ve sigortalı hesabına hareket eden kimselerin çalıştıkları bina ve araziye verdikleri zarar ve ziyandan doğan talepler;

d — İlliyet Bağı

Zarardan doğan talebin sigorta himayesi kapsamına girebilmesi için, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının bulunması icap eder. Bir başka deyişle zarar o hukuka aykırı fiilin normal sonucu olmalıdır. Bununla beraber her zaman soyut illiyet bağının varlığı tek başına yeterli olmaz. Bazen hukuka aykırı fiilin ek bazı nitelikler taşıması gerekir (49).

B — SİGORTA HİMAYESİNİN ŞEKLİ KAPSAMI

Sigorta himayesinin kapsamı tesbit edilirken şekli kapsamı teşkil eden, gerçekte ne üçüncü kişiyle ne de zararın muhtevası ile ilgili olmayan, fakat himayeyi sona erdiren veya sigorta ilişkisinin taraflarına tek yönlü olarak bu ilişkiyi sona erdirme hakkı veren hususların da incelenmesi gereklidir. Üçüncü şahıslara karşı mali

(47) Bk., yukarıda II, A, 2, c, bb.

(48) Yapımcıların sorumluluğu için bk., Özsunay, E., Türk Hukukunda Gerçek bir Boşluk: "Yapımcının Sorumluluğu" (Amerikan ve Alman Çözümleri ile Strasbourg Sözleşmesi ve AET. "Yönerge önerisi"nin Işığında Türk Hukukunun Yönlendirilmesine İlişkin Öneriler), Batıder 1979, C. X, S. 1, s. 97 - 158.

(49) Bk. yukarıda II, A, 2, a.

mes'uliyet sigortasının 4. ve 5 inci maddeleri bu hususları düzenlemektedir.

1 — Sigorta Himayesi Kapsamının Süre İtibariyle Sınırları

Üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası genel şartlarının birinci maddesine göre, sigorta poliçesi, sigortalıyı, sigortanın geçerlilik süresi sırasında meydana gelecek, yukarıda özelliklerini saydığımız hadiseler neticesinde ortaya çıkacak taleplere karşı korur. Yani sigorta poliçesi yürürlüğe girmeden önce ve yürürlüğü sona erdikten sonra herhangi bir şekilde sigorta himayesi söz konusu olmaz. Bir diğer deyişle, sigorta süresi bir rizikonun zaman bakımından sigorta himayesine tabii olup olmadığını tesbit bakımından önemlidir (50). Tazminat talebinin mutlaka sigorta süresi içinde yapılması gereklidir (51). Aksi takdirde sigortacının herhangi bir borcu doğmaz.

Sigorta himayesinin başlayabilmesi için primin tamamının veya ilk taksidinin ödenmesi gerekir (52).

Sigorta sözleşmesinin sona ermesi halinde de artık sigorta himayesinden söz edilemez. Sözleşme, eğer poliçede belli bir tarih gösterilmiş ise, bu tarihin gelmesiyle sona erer. Eğer sözleşmede tarih gösterilmemişse, bu takdirde sözleşmenin sona ereceği tarih tarafların ortak amacı, mahalli teamül ve sair haller dikkate alınarak mahkeme tarafından tayin olunur (TTK. 1282). Ayrıca sürenin geçmesi ile, sözleşme kendiliğinden sona erer. Bunun için feshi ihbara gerek yoktur.

2 — Sigorta Himayesi Kapsamının Diğer Sebeplerle Sınırlan-dırılması

a — Beyan Muafiyetine Aykırı Davranılması

aa — Akit Sırasında

Bilindiği üzere, sigortalı rizikonun hakiki durumunu sigortacıya bildirmek zorundadır. Ancak, sigortalının doğru beyanlarda bulunması halindedir ki sigorta himayesi söz konusu olabilir. Bunun-

(50) Karayalçın, 60.

(51) Rizikonun gerçekleştiği zaman hakkındaki tartışmalar için bk., Kender, Mes'uliyet Sigortasının Mahiyet ve Türleri 4, 5 ve bu tebliğe ilgili tartışmalar; Bozer, 181, 182.

(52) "Sigortacı ancak verilmesi gereken primin ödenmesinden sonra tazminatla yükümlü olur." TD. 21.10.1965, E. 1058/K. 2969 (Batıder 1966, C. III, S. 4, s. 747).

la beraber, üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortası burada da ikili bir ayırım yapmıştır (Genel Şartlar m. 4). Buna göre :

Eğer rizikonun hususi şartlar içindeki tarifi sigorta ettiren tarafından sigorta sözleşmesine konulması lazım gelen (ve alınmışsa teklifnamede mevcut) hususları hakikate aykırı veya eksik cevaplandırmış yahut cevapsız bırakmış olduğu takdirde;

Bu işlemlerin yapılmasında, sigorta ettirenin kasdi veya ağır kusuru bulunması halinde sigortacı mes'uliyetten kurtulur. Yani, artık diğer şartlar tamamıyla gerçekleşmiş olsa dahi sigorta himayesi söz konusu olmaz. Diğer bir deyişle, akit sırasında beyan mükellefiyetinin gereği gibi yerine getirilmemesi gerçekte sigorta himayesi kapsamı içerisinde bulunması gereken talepleri, himaye kapsamı dışına çıkarmaktadır.

Bu işlemlerin yapılmasında sigorta ettirenin kasdi veya ağır kusuru yoksa; sigortacı rizikonun ağırlığı ile mütenasip prim farkını almak suretiyle sigorta poliçesini yürürlükte tutmak veya feshetmek şıklarından birini seçer. Fesih şikkini seçtiği takdirde keyfiyeti, beyan mükellefiyetine aykırı davranıldığı öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde sigortalıya ihtar eder. Sigorta himayesi de fesih ihbarının sigortalıya tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün sonra öğleyin saat 12.00'de sona erer. Eğer bundan sonra, işlemiyecek sigorta süresine ilişkin prim tahsil edilmişse bunlar iade olunur.

bb — Akitten Sonra

Sigortalının rizikonun hakiki durumunu sigortacıya doğru olarak bildirmiş olmasıyla kendisine düşen beyan yükümlülüğü sona ermemekte bu yükümlülük aktin yapılmasından sonra da devam etmektedir (Genel Şartlar m. 4/B).

Sigortalı rizikoya ilişkin hususlarda aktin yapılmasından sonra meydana gelecek her türlü değişikliği, eğer değişiklik kendisi tarafından yapılmış ise, 8 gün içinde, kendi iradesi dışında vukuu bulmuşsa keyfiyeti öğrenir öğrenmez sigortacıya ihbarla yükümlüdür.

Bununla beraber değişikliklerin rizikoyu ağırlaştırıcı mahiyette olması halinde sigortacı keyfiyetten haberdar olur olmaz 8 gün içinde feshi ihbar ederek sigortalıya sigorta himayesi temin etme yükümlülüğünden kurtulabilir. Bu halde sigorta himayesi fesih ihbarının tebliğinden itibaren 15 gün sonra saat 12.00 de sona erer. Ancak sigortalının feshi ihbar etmeyip rizikonun ağırlaşmasını karşılayacak munzam bir prim almak suretiyle sigorta himayesinin devamını kabul etmesi de imkan dahilindedir (Genel Şartlar m. 4/B).

Rizikoya ilişkin değişikliklerin hafifletici mahiyette olması halinde ise, bu, primin indirilmesini gerektirir mahiyette ise, bu yeni vazifenin gerçekleşmesinden itibaren prim farkı sigortalıya geri verilir.

Beyan yükümlülüğünün gerek akit sırasında ve gerek akitten sonra ihlâlinde kullanılma imkanı olan fesih haklarının mutlaka genel şartlardaki süre içerisinde kullanılması gerekir. Aksi halde fesih hakları sakıt olur (Genel Şartlar m. 4/B).

Munzam prim ödenmesinde uyuşulmadığı takdirde, fesih hakkının sigortalı tarafından da kullanılması mümkündür. Bu durumda sigorta himayesinin kapsamı fesih ihbarı ile sona erer ve sigorta süresinin işlemeyecek kısmına ait olan prim iade olunur.

Hakikate aykırı beyan veya rizikoyu ağırlaştırıcı mahiyetteki değişikliklerin bildirilmediğini, sigortacı hasarın gerçekleşmesinden sigorta ettirenin kasdi veya ağır kusuru varsa artık sigorta himayesi söz konusu olmaz ve sigortacı da tazminatı ödemez. Aksi takdirde, yani bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinde sigorta ettirenin kasdi veya ağır kusuru yoksa, sigortacıdan alınan primle, gerçekte alınması gereken prim arasındaki nisbet dairesinde tazminattan indirim yapılır (Genel Şartlar m. 4/B).

b — Kendisinden Doğan Mes'uliyet Sigortalanan Şey veya Teşebbüsün El Değiştirme

Sigortalı, poliçede gösterilen bir şeyin veya teşebbüsün sadece maliki olması hasebiyle sigorta himayesine sahip olur ve daha sonra bu şey veya teşebbüs malikini değiştirirse, sigorta himayesini talep hakkı artık yeni malike ait olur. Ancak, yeni malik sigortanın varlığını öğrendikten sonra 15 gün içinde sigortanın kendisine intikalini kabul etmediğini sigortacıya yazı ile bildirmiş olursa sigorta himayesi de bu andan itibaren tamamıyla sona erer (Genel Şartlar m. 5/D).

Sigortacının da intikali kabul etmemesi mümkündür. Bu takdirde sigortacı durumu öğrenmesinden itibaren 15 gün içinde sözleşmeyi fesih edebilir (Genel Şartlar m. 5/II). Bu takdirde sigortacının tanınmış olduğu sigorta himayesi, fesih ihbarının postaya verildiği tarihten itibaren bir ay sonra öğleyin saat 12.00 de sona erer ve işlemeyen günlere ait prim yeni malike iade olunur (Genel Şartlar m. 5/II).

Bununla beraber, eğer sigorta himayesi sigortalıya sadece bir şey veya teşebbüsün maliki sıfatıyla değil de muhtelif sıfatlar ile

tanınmış ise, sigorta himayesi tanınan bu sıfat veya sıfatlardan bir veya bir kaçının zail olması ile sigorta himayesi sona ermez. Ancak prim devam eden rizikolara göre ayarlanır.

III — SONUÇ

Netice itibariyle, üçüncü şahıslara karşı mali mes'uliyet sigortasından doğan sorumluluk bir haksız fiil sorumluluğudur. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğunun gerekli kıldığı unsurların burada da gerçekleşmesi gerekir.

Öte yandan bu sigorta tipi sosyal hayatın gelişimi ve çeşitliliği içerisinde oldukça ihtiyaç duyulan fonksiyonlar görebilir. Gerçekten özellikle tıp, inşaat, mimarlık (53), noterlik (54) ve hukuk alanlarında, meslek adamlarının hatalarından doğan tazminat davalarında, mesleki sorumluluk sigortası olarak (55), yüksek tazminat taleplerine karşı onları koruyabilir.

-
- (53) Alman hukukunda mimarlar, inşaat mühendisleri ve danışma mühendislerinin mesleki hatalarından doğabilecek sorumluluklarını karşılamaya yönelik özel sigorta belirlenmeleri kabul edilmiştir (Besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Berufshaftpflichtversicherung von Architekten, Bauingenieuren und Beratenden Ingenieuren). Meslek adamları bu sigortayı yaptırmak zorunda değildir. Bu sigorta ile, bizde olduğu gibi şahıs, eşya ve malvarlığı zararları karşılanmaktadır. Geniş bilgi için bk., Pröls/Martin, 1265 vd.
- (54) Alman hukukunda noterlerin hatalarından kaynaklanabilecek mali mes'uliyetleri sigorta ile karşılanmıştır. bk., HaftpflichtVersPflcht der Notera (§§ 19a, 67 II Nr. 3 BNotO von 24.2.1961 "BGBl. I S. 98", sonuncu olarak 29.1.1991 tarihli kanunla değiştirildi. bk., BGBl. I S. 150).
- (55) İsviçre hukukunda mali mes'uliyet sigortası olarak değişik görünümleri mevcuttur. Bu çerçevede doktorlar, veteriner hekimler, eczacılar, İtiryatçılar, öğretmenler, mimarlar, noterler ve avukatlar mesleki faaliyetlerinin icrasından kaynaklanan mes'uliyete karşı sigortalanabileceklerdir. bk., Koenig, 420, 421.

KAYNAKLAR

- Akyol, S., Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976.
- Atabek, R., Sigorta Hukuku, İstanbul 1950.
- Baltacı, M., Teori ve Uygulama Açısından Mes'uliyet Sigortaları, İstanbul 1977, Ankara 1977, III. Sigorta Seminer, Tartışmalar, s. 60.
- Başer, H., Teori ve Uygulama Açısından Mes'uliyet Sigortaları, İstanbul 1977, Ankara 1977, Tartışmalar, s. 61.
- Bozer, A., Sigorta Hukuku, Ankara 1981.
- Brühlmann, W., (Çev. Kalpsüz, Turgut), Türkiye'de Motorlu Nakil Vasıtaları İçin Mecburi Mali Mes'uliyet Sigortası, Ankara 1957.
- Damcı, A., Teori ve Uygulama Açısından Mes'uliyet Sigortaları, İstanbul, Ankara 1977, Tartışmalar, s. 54.
- Çalı, M., Haksız Fiilden Doğan Tazminat, Ankara 1968.
- Guhl, T., Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl., Zürich 1956.
- Gün, A. E., Sigorta Hukuku (Droit Des Assurances), Ankara 1947.
- Karayalçın, Y., Mes'uliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara 1960.
- Kender, R., Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku, İstanbul 1985.
- Kender, R., Mes'uliyet Sigortasının Mahiyet ve Türleri, Teori ve Uygulama Açısından Mes'uliyet Sigortaları, İstanbul, Ankara 1977, III. Sigorta Semineri, s. 1 vd.
- Koenig, (Çev. Edgü, Ekrem), Sigortalar Hukuku, Ankara 1966.
- Koenig, W., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1951.
- Özsunay, E., Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk; "Yapımcının Sorumluluğu" (Amerikan ve Alman Çözümleri ile Strasbourg Sözleşmesi ve AET, "Yönerge Önerisi"nin Işığında Türk Hukukunun Yönlendirilmesine İlişkin Öneriler), Batıder, 1979, C. X, S. 1, s. 97-158.
- Prölls, J. / Martin, A., Versicherungsvertragsgesetz, München 1992.
- Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1985.
- Tandoğan, H., Üçüncü Şahsın Zararlarının Tazmini, Ankara 1969.
- Tandoğan, H., Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1981.
- Von Tuhr, (Edege Çevirisi), Borçlar Hukuku I, İstanbul 1952.

**TÜRK HUKUKUNDA KANUNİ GREV ESNASINDA GREV
UYGULANAN İŞYERİNDE SEBEBİYET VERİLEN
ZARARLARDAN GREVİ UYGULAYAN
SENDİKANIN SORUMLULUĞU**

Yrd. Doç. Dr. Halûk Hâdi SÜMER (*)

GİRİŞ

Grev, işçilerin işveren üzerinde ekonomik ve sosyal baskı kurmak suretiyle, aralarındaki iş uyuşmazlığının çözümünü sağlamak amacıyla, başvurdukları iş mücadelesi aracıdır (1).

Grev yapma hakkı ise, "işçinin diğer işçilerle birlikte usulünce işini bırakabilmesi, grev süresince çalışmadan kaçınabilmesi ve grevin bitiminde tekrar işine başlayabilme yetkisini ifade eder" (2).

Türk Hukukunda grev hakkı, Anayasa ile tanınmış ve teminat altına alınmış bir temel hak ve hürriyettir. 1982 Anayasasının 54. maddesine göre, "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ... usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanun ile düzenlenir". Anayasanın sözünü ettiği kanun, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunudur.

2822 sayılı Kanuna göre, kanuni grev kararı alma ve uygulama yetkisi, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini haiz işçi sendikasına aittir (TGLK, md. 27/2). İş uyuşmazlığının barışçı çözüm yolları ile çözümlenememesi üzerine, kanunda öngörülen usule uyularak, grev uygulanması halinde, grev nedeniyle meydana gelen zarardan, ne işçilerin ne de sendikanın sorumluluğu vardır. Zira grev başı başına karşı tarafa ekonomik zarar vermeye ve bu yolla karşı tarafı anlaşmaya zorlamaya yönelik bir kolektif eylem türüdür. Kısaca grev, kanuni olmak kaydıyla sorumluluk meydana getirmez. Gre-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Halûk Hâdi SÜMER, İş Hukuku Ders Notları, 2. B., Konya 1993, s. 213.

(2) Ünal NARMANLIOĞLU, Grev, Ankara 1990, s. 9.

vin verdiği zararlar dışında kalan zararlar ise, genel hükümlere göre giderilir.

Türk Hukukunda kanuni grevle ilgili sorumluluk getiren ilk düzenleme, 1982 Anayasasında yer almıştır. Buna göre, "Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı ve kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zararlardan sendika sorumludur" (AY. md. 54/3). Aynı hükme 2822 sayılı Kanunda da yer verilmiştir (TGLK. md. 47/4).

Yukarıda belirtilen hüküm ile, Türk Hukukunda yeni bir sorumluluk hali meydana getirilmiştir. 12 Eylül 1980 öncesinde, özellikle Tarı̃ Fabrikalarında uygulanmakta olan kanuni grev esnasında, grevci işçilerin işyerinde büyük maddi zarar meydana getirmeleri ve zarar veren işçilerin tespit edilememesi veya tespit edilmiş olsa bile, zararın bu kişiler tarafından karşılanamayacak boyutlarda olması, bu tip olaylarda bir sorumlu arayışına sebebiyet vermiştir. 1982 Anayasasının hazırlanması sırasında bu sorumlu, greve karar veren ve uygulayan sendika olarak öngörülmüştür. Söz konusu hüküm bir çok açıdan tenkite açıktır.

Çalışmamızda ilk olarak sendikanın kendi fiilleriyle grev uygulanan işyerinde sebep olduğu zararlardan sorumluluğu, daha sonra sendikanın greve katılan işçilerin grev uygulanan işyerine verdikleri zararlardan sorumluluğu incelenecektir. Son olarak da sendikanın grev esnasında verilen zararlardan sorumluluğunun hükümleri ve sonuçlarına temas edilecektir.

§ 1 — SENDIKANIN KENDİ FİİLLERİ İLE GREV ESNASINDA GREV UYGULANAN İŞYERİNDE SEBEBİYET VERDİĞİ ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

I — SORUMLULUĞUN HUKUKİ MAHİYETİ VE DAYANDIĞI ESAS

Sendika, grev esnasında grev uygulanan işyerinde sebep olduğu maddi zarardan sorumludur (TGLK. md. 47/4).

Sendikanın sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğudur. Haksız fiil, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu fiilleriyle başkasına zarar vermesidir. (BK. md. 41). Sendikanın ika ettiği haksız fiil ile, sendika ile işyeri zarara uğrayan işveren arasında borç ilişkisi meydana gelmekte ve sendika işverenin zararını tazmin etmekle yükümlü olmaktadır.

Sendika, kusurlu hareketleri ile verdiği zararlardan Anayasa ve 2822 sayılı Kanunda belirtilen hükümler bulunmasa da genel hükümler (BK. md. 41 vd.) gereğince sorumludur. Bu nedenle Anayasa ve 2822 sayılı Kanunla, sendikanın kusurlu hareketleri ile verdiği zararlardan sorumluluğu açısından yeni bir düzenleme getirilmemiştir. Sendikanın kusurlu hareketleri ile verdiği zararlardan sorumluluğu grev dışında da genel hükümler gereğince mevcuttur. Ayrıca sendikanın sorumluluğunun kapsamına, grev döneminde veya grev dışında kusurlu hareketleriyle verdiği maddi ve manevi zararlar girer. Oysa Anayasa ve 2822 sayılı Kanunda sorumluluk, sadece grev döneminde verilen maddi zararlar ile sınırlı olarak düzenlenmiştir.

II — SORUMLULUGUN ŞARTLARI

1 — Zarar

Sendikanın, TGLK. md. 47/4 gereğince sorumlu tutulabilmesinin ilk şartı, grev uygulanan işyerinde "maddi zarar"ın meydana gelmiş olmasıdır.

Bütün haksız fiillerin sonucu zararı tazmin yükümlülüğü doğurmasıdır (3). Bu nedenle tazmini gerek bir zarar olmadıkça, haksız fiil sorumluluğundan sözedilemez.

Geniş anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında ve şahısvarlığında meydana gelen eksilmelerdir (4). Bir diğer ifade ile, zarar, maddi nitelikte olabileceği gibi, manevi nitelikte de olabilir. Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası olmadan meydana gelen ve para ile ölçülebilen eksilmelerdir. Bu eksilme gerçekten (mevcuttaki bir noksanlık, azalma) şeklinde olabileceği gibi, malvarlığına girecek bir kıymetin girmesinin önlenmesi (yani yoksun kalınan kar) şeklinde de olabilir (5). Sorumluluk Hukukunda, malvarlığı geniş şekilde ele alınmaktadır. Buna göre, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar, zarar görenin ekonomik geleceği de malvarlığı içerisinde yer alır (6).

(3) F. Necmeddin FBYZIOĞLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 2. B., İstanbul 1976, s. 471.

(4) Fikret EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 2, 4. B., Ankara 1991, s. 37.

(5) FBYZIOĞLU, s. 473.

(6) Haluk TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara 1981, s. 64; EREN, s. 38.

Grev kararı alan ve uygulayan sendikanın TGLK. md. 47/4 gereğince sorumluluğu, sadece işyerinde sebep oldukları "maddi zarar" ile sınırlıdır. Aynı hükme yerveren AY. md. 54/3'e ilişkin Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu gerekçesinde bu husus açık olarak belirtilmiştir: "Buradaki maddi zarardan amaç, greve katılan işçilerin veya sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu meydana gelen tahripler ve benzeri zararlardır. Grev nedeniyle işyerinin kanun hükümlerine göre çalışmaması, üretim yapmaması ve üretim eksikliği yüzünden meydana gelen ekonomik zarar bu hükmün kapsamı dışındadır" (7). Gerekçede de belirtildiği üzere, grev nedeniyle uğranılan maddi zararlardan sendika sorumlu değildir. Kanuni grevde işyerinin çalışmamasından doğan zarar, bu grevin kanuna uygun bir sonucu olduğu için sorumluluğun sözkonusu olmaması tabiidir. Kanundışı grevde ise, böyle bir grevden doğan tüm zararların tazmin edilmesi gerekir (8).

TGLK. md. 47/4'de yeralan "işyerinde sebep oldukları maddi zarar" ibaresi geniş yorumlanabilir. Sendikanın işyerinde tahrip vb. fiillerle verdiği zararlar yanında, bu nedenle işverenin uğradığı kâr mahrumiyetinden de sorumlu olması gerekir. Mesela, grev esnasında işyerinde bulunan makinelerin tahrip edilmesi nedeniyle, kanuni grevin sona ermesinden sonra, işyeri bir süre daha faaliyete geçememişse, işveren bu nedenle yoksun kaldığı kârı da, zarara sebebiyet veren sendikadan isteyebilmelidir.

Sendika, bunun dışında, işverenin malvarlığına verilen diğer maddi zararlardan ve şahısvarlığına verilen zararlardan (manevi zarar) genel hükümlere göre (BK. md. 41 vd.) sorumludur (9).

Zararı ve zararın miktarını ispat yükü, zarar görene (işverene) aittir (BK. md. 42).

2 — Kusur

Sendikanın grev uygulanan işyerine verdiği zararlardan sorum-

- (7) Burhan KUZU, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988, s. 82, 83.
- (8) Kemal OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, 4. B., İstanbul 1987, s. 244.
- (9) TGLK. md. 47/4'de yeralan sorumluluk hükmü sendikanın BK. md. 41 v.d.n'da düzenlenen haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla, TGLK. md. 47/4'de yeralan "maddi zarar" ibaresi sadece ileride inceleyeceğimiz sendikanın greve katılan işçilerin grev esnasında grev uygulanan işyerine verdikleri zararlardan sorumluluğu açısından önem taşıyacaktır. Sendika, işverene karşı verdiği tüm zararlardan sorumludur. Bu nedenle zararın grev esnasında verilmiş olup olmadığı herhangi bir değer ifade etmez.

lu tutulabilmesi için, kusurlu yani, hukuk düzeninin kınamaya layık gördüğü bir hareket tarzıyla zarara sebebiyet vermiş olması gerekir (10).

Sendika tüzel kişi olması nedeniyle, iradelerini organları aracılığıyla açıklar (11). Bu nedenle sendikanın kusuru organının kusuru olarak ortaya çıkar ve sendika organının haksız fiilinden sorumlu tutulur (MK. md. 48).

Sendikanın, organlarının işlediği haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için, organın kusuru bulunmalıdır. Organın kusuru yoksa, sendikanın da sorumluluğu sözkonusu olmaz (12) (13). Bir diğer ifade ile, sendikanın, organının haksız fiil neticesinde verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi, organın bu zararı bilerek ve isteyerek (kasıtlı) veya hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, bu sonucun meydana gelmemesi için gerekli özeni göstermemesi (ihmal) sonucu vermiş olmasına bağlıdır. Bunun yanı sıra, organın bu fiili organ sıfatıyla yapmış olması, bu fiille organın görevi arasında bir gaye ilişkisinin bulunması gerekir. Organ yetkisini aşmış olsa bile, bu ilişkinin genel olarak varlığı sendikanın sorumlu olması için yeterlidir (14).

- (10) TGLK. md. 47/4'de yer alan, "Kasıtlı ve kusurlu hareketler" ifadesi tekniğe açıktır. Zira, doktrinde kusur, kasıt ve ihmal olarak ikiye ayrılarak incelenir ve kasıt, kusurun bir türünü teşkil eder. Bu nedenle sadece "kusurlu hareketler" denilmesi yeterli idi. Bkz., Kenan TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, C. 2, 2. B., İstanbul 1985, s. 518.
- (11) Sen. K. md. 9/1, 2'ye göre sendikaların, sendikaların şubelerinin zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kuruldur. Sendikalar ihtiyaca göre başka organlar da kurabilirler.
- (12) Tüzel kişilerin organlarının fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için organın kusurlu bulunması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz., Halûk TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 75; ERGEN, s. 165; Kenan TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, C. I, Genel Esaslar, 5. B., İstanbul 1972, s. 344; Bilge ÖZTAN, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 135. Karşı görüş için bkz. Hüseyin HATEMİ, Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişiliğin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 134.
- (13) Tüzel kişilerin organlarının haksız fiilinden sorumluluğun hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşler için bkz. TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 74, 75; Ergun ÖZSUNAY, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. B., İstanbul 1982, s. 78; ÖZTAN, s. 113 - 122; HATEMİ, s. 133; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s. 344.
- (14) TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 76; ÖZTAN, s. 135. Karşı görüşte olan TUNÇOMAĞ'a göre, sendikanın organının yetkisini aştığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür. Bkz., TUNÇOMAĞ, s. 341.

Kusurun ispatı kural olarak, davacıya (işyeri zarara uğrayan işverene) aittir.

3 — Hukuka Aykırılık

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer şartı da, zarara sebebiyet veren fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık kişilerin mal ve şahısvarlıklarını doğrudan doğruya ve dolaylı bir şekilde koruma amacı güden yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlalidir (15).

Sendikanın grev esnasında grev uygulanan işyerine verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, zarara sebebiyet veren fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Bir diğer ifade ile, zarara sebebiyet veren fiili hukuka uygun hale getiren sebeplerin bulunmaması (16) ve başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı olması gerekir (17).

4 — İlliyet Bağı

Sendikanın grev esnasında grev uygulanan işyerine verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekir.

Gerçekten zarar ile sorumluluğu doğuran olay veya davranış arasında sebep - sonuç ilişkisi bulunmadığı takdirde, sendikanın sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Diğer bütün şartlar (zarar, kusur, hukuka aykırılık) bulunsa bile, olayda böyle bir illiyet bağı yoksa, haksız fiil sorumluluğundan da söz edilemez. Ayrıca organın fiili ile organa verilen mükellefiyet arasında bir görev ilişkisinin varlığı da gerekir. Ancak böyle bir fiilin sonucu doğan zarar ile, o fiil arasında illiyet bağı varsa, sendika sorumlu olur. Organı oluşturan kişiler, kendi hesabına faaliyette bulunmuşsa, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı sendikayı bağlamaz (18).

(15) EREN, s. 132; FEYZİOĞLU, s. 483; TUNÇOMAÇ, Borçlar Hukuku, s. 273.

(16) Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallere örnek olarak, özel hukukun tanıdığı bir hakkın kullanılması, mağdurun zarara razı olması, tecviz edilen (faydalı) vekaletsiz işgörmeye (BK. md. 413), meşru müdafaya (BK. md. 52/1; MK. md. 894), ızdırar hali (BK. md. 52/2) vs. gösterilebilir. Bu konuda geniş bilgi için bkz., FEYZİOĞLU, s. 484 - 504; EREN, s. 148 - 158; TANDOĞAN, s. 30 - 43; S. Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 5. B., İstanbul 1985, s. 656 - 663.

(17) ÖZTAN, s. 132.

(18) ÖZTAN, s. 137.

Türk - İsviçre ve Alman Hukuklarında hakim olan teori uygun illiyet (uygun sebep) teorisidir. Buna göre, eğer bir sonuç, hem fiilin objektif niteliği ve vasfı itibariyle, hem de genel hayat tecrübeleri ve hal ve mevkii itibariyle o fiilin eseri sayılabiliyorsa uygun illiyet bağı var demektir (19).

Fiil ile zarar arasında illiyet bağını ispat yükü genel kurala tabiidir. Bu nedenle, zararın tazminini isteyen işveren sendikanın hukuka aykırı fiili ile zarar arasındaki illiyet bağını ve zararın o fiilin sonucu bulunduğunu ispat etmekte yükümlüdür.

§ 2 — SENDİKANIN GREVE KATILAN İŞÇİLERİN GREV ESNASINDA GREV UYGULANAN İŞYERİNDE SEBEP OLDUKLARI ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

I — SORUMLULUĞUN HUKUKİ MAHİYETİ VE DAYANDIĞI ESAS

"Grev esnasında greve katılan işçilerin ... kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu grev uygulanan işyerinde sebep oldukları zarardan sendika sorumludur" (TGLK. md. 47/4).

Bu hüküm ile, sendika, kusurlu olsun veya olmasın grev esnasında, grev uygulanan işyerine greve katılan işçilerin verdikleri zarardan sorumlu tutulmuştur. Bir diğer ifade ile, yeni bir kusursuz sorumluluk hali öngörülmüştür (20). Belirtilen sorumluluk hali getirilmeden önce, sendikanın sorumluluğu ifa yardımcılarının (örneğin grev gözcülerinin) faaliyetleri ile verdikleri zararlardan BK. md. 55 gereğince sözkonusu olabilirdi. Bunun dışında ifa yardımcısı sıfatını taşımayan kişilerin verdikleri zararlardan sendikanın değil, zarar veren kişilerin şahsen sorumlu tutulmaları gerekirdi (21).

Grev esnasında grev uygulanan işyerinde sebebiyet verdikleri zararlardan sendikanın kusursuz sorumluluğunun dayandığı esası, kusursuz sorumluluğu izah eden teorilerden hiç birisi ile açıklayabilmek mümkün değildir. Bilindiği üzere, kusursuz sorumluluğu izah eden yaygın teoriler, tehlike, hakkaniyet ve hakimiyet alanı teorileridir.

Tehlike (risk) teorisine göre, tehlike teşkil eden faaliyette bulunan kişi, bundan kaynaklanan zararlardan da sorumludur. Nite-

(19) FEYZİOĞLU, s. 509; EREN, s. 55 - 107; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 771; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s. 289; TANDOĞAN, s. 77.

(20) OĞUZMAN, s. 245.

(21) TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 561.

kim başkaları açısından tehlikeli sonuç yaratan kimsenin bu nedenle ortaya çıkan zararlara katlanması adalet fikrine uygundur (22). Tehlike sorumluluğu, sanayi ve teknolojide meydana gelen gelişmelerin bir sonucudur. Motorlu taşıt araçları, demiryolları, hava ve deniz yolları, enerji işletmeleri, atom reaktörleri tehlike arzeden nesne ve faaliyetlere örnek teşkil eder. İşçi sendikasının kanuni grev esnasında grev uygulanan işyerine verilen zararlardan kusursuz sorumluluğunu, tehlike (risk) teorisi ile izah edebilmek mümkün değildir. Zira grev uygulamasında, tehlike arzeden bir tesis, işletme veya aracın kullanılması veya işletilmesine yer olmadığı son derece açıktır.

Hakkaniyet teorisine göre, zarar verenle zarar görenin ekonomik durumlarının mukayesesinde, hakkaniyet ve adalet duyguları, zarar görene oranla ekonomik durumu daha güçlü olan zarar verenin kusursuz olmasına rağmen sorumlu tutulmasını gerektiriyorsa, kusursuz olan zarar veren sorumlu tutulur (23). Hakkaniyet teorisinin de, kanuni grev uygulanan işyerine verdikleri zararlardan sendikanın kusursuz sorumluluğu hakkında uygulama alanı bulabilmesi mümkün değildir. Zira, en önemli gelir kaynağı üyelerin ödediği aidat olan sendikaların işveren karşısında ekonomik açıdan hakkaniyet gereği sorumlu olmasını gerektirecek kadar güçlü olması sözkonusu değildir. Münferit olaylarda sendikanın ekonomik açıdan işverene oranla çok güçlü olması da, kanuni bir kusursuz sorumluluk açısından emsal teşkil etmez.

Hakimiyet teorisine göre ise, bir kimsenin hakimiyet alanı içinde bulunan bir şey veya bir insan başkasına zarar vermişse, sorumluluk hakimiyet sahibine ait olmalıdır. Zira bu kimsenin o şey veya mal üzerinde denetleme ve gözetim imkanı vardır ve bu yolla zararlı sonuçların gerçekleşmesi büyük ölçüde önlenebilir (24). İlk bakışta, grev esnasında grev uygulanan işyerine greve katılan işçilerin sebebiyet verdikleri zararlardan sendikanın kusursuz sorumluluğu hakimiyet teorisi ile açıklanabilir gibi görülmektedir. Gerçekten greve karar veren sendika bu grevi kanuni sınırları içerisinde yürütmekle yükümlüdür (25). AY. md. 54/3 ve TGLK. md. 47/4 ile de, grevi yürüten sendikaya kanuni grev esnasında işyerine zarar verilmemesi doğrultusunda tedbir alma, denetim ve gözetim yüküm-

(22) EREN, s. 10; TANDOĞAN, s. 94.

(23) EREN, s. 10; TANDOĞAN, s. 94.

(24) EREN, s. 10; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 5.

(25) TUNÇOMAĞ, s. 472.

lülüğü yüklendiği söylenebilir (26). Sendika bu denetim ve gözetim yükümlülüğünü önemli ölçüde grev gözcüleri yoluyla gerçekleştirir. Grev gözcülerinin görevi, kanuni bir grev kararının uyulmasını sağlamak için cebir ve şiddet kullanmaksızın sendika üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını denetlemektir (TGLK. md. 48/1). Sendikanın haiz olduğu grev gözcüsü koyma yetkisi, kanuni bir grev esnasında sorumluluk üstlenmesini gerektirecek hakimiyet alanı kurmaya yeterli değildir. Zira, gözcüler sadece "... kendi üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını denetlemek amacıyla..." konuşulabilir (TGLK. md. 48/1). Gözcülerin işyerine giriş ve çıkışları kontrol amacıyla dahi durdurabilmesi mümkün değildir. Gözcüler sendikanın üyesi bulunmayan grevci işçiler üzerinde yukarıdaki kısıtli yetkiyi bile kullanamazlar. O halde, sendikanın sorumluluğu için hakimiyet esası, üyeler bakımından düşünülse bile, üye olmayan grevci işçiler bakımından sendikanın kusursuz sorumluluk esasını açıklayacak bir tez olmaktan uzaktır.

Sonuç olarak, AY. md. 54/3 ve TGLK. md. 47/4 ile öngörülen kusursuz sorumluluk hali, 1982 Anayasasının hazırlanması sırasında, grev esnasında işyerine zarar verilmesi halinde, bu zararların karşılanması için bir sorumlu arayışı ile getirilmiştir. Sorumlu kişi olarak da, greve karar veren ve uygulayan sendika tercih edilmiştir. Bu nedenle klasik kusursuz sorumluluk teorileri ile izah edilemeyen sui generis bir sorumluluk hali getirilmiştir.

II — SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Sendikanın grev esnasında greve katılan işçilerin grev uygulanan işyerinde sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, işyerinde zarar meydana gelmiş olması, zarara sebebiyet veren grevci işçilerin kusurlu olması, zarara sebebiyet veren fiilin hukuka aykırı olması ve zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekir.

1) Zarar

Sendikanın, TGLK. md. 47/4'e göre sorumluluğunun sözkonusu olabilmesi için, öncelikle grev esnasında grev uygulanan işyerinde zararın meydana gelmiş olması gerekir. Ancak, sendika işyerinde

(26) Kemal OĞUZMAN, Yeni Anayasanın Toplu İş İlişkilerini İlgilendiren Hükmüleri, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sarıca'ya Armağan, Y. 3, S. 1-3, İstanbul 1982, s. 133; Abdullah BERKŞUN/İbrahim ESMELİOĞLU, Açıklama, Gerekçeli, İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989, s. 676.

meydana gelen her zarardan sorumlu değildir. Sendikanın sorumlu olabilmesi için zararla ilgili şu şartların gerçekleşmesi gerekir :

i) Zarar "maddi zarar" niteliğinde olmalıdır (27). Sendikanın, grevci işçilerin işverene verdikleri manevi zarardan sorumluluğu sözkonusu değildir.

ii) Zarar, grev uygulanan işyerinde meydana gelmiş olmalıdır (28). TGLK. md. 47/4, sendikayı sadece grevci işçilerin grev uygulanan işyerinde sebebiyet verdikleri zararlardan sorumlu tutmuştur. Bu nedenle grevci işçilerin işyeri dışında başka yolla işverene zarar vermeleri (işverenin evine veya özel arabasına zarar vermeleri gibi) veya işverenin grev uygulanmayan bir diğer işyerine zarar vermeleri halinde sendika sorumlu değildir. Zira sendikanın, greve katılan işçilerin işyeri dışında işverene zarar vermelerini engelleyecek tedbirler alması da beklenemez (29).

iii) Zarara, greve katılan işçiler tarafından sebebiyet verilmiş olmalıdır. Kanuni bir greve sadece greve karar veren sendikanın üyeleri değil, sendikalı olsunlar veya olmasınlar işyerinde çalışan bütün işçiler katılma serbestisine sahiptir (30).

TGLK. md. 47/4, bu konuda hiç bir ayırım yapmadan grev esnasında greve katılan tüm işçilerin kusurlu hareketleriyle grev uygulanan işyerine verdikleri zarardan sendikayı sorumlu tutmuştur. Dolayısıyla greve karar veren sendika, grev uygulanan işyerine zarar veren grevci işçi, sendikasız veya başka sendikaya üye olması halinde de meydana gelen zarardan sorumludur (31). Sendikanın kendi üyesi olmayan işçilerin sebebiyet verdikleri zararlardan da sorumlu olması tenkide açıktır. TGLK. md. 47/4 ile, sendika, kendisiyle hiç bir hukuki bağı bulunmayan işçilerin kasten dahi olsa verdikleri zarardan sorumlu tutulmuştur. Bu yönüyle sözkonusu hüküm,

(27) Bkz., yuk. § 1, II, 1.

(28) 2822 sayılı Kanunda işyerinin tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle 1475 sayılı İş K. md. 1/1, 2 ve 2821 sayılı Sen. K. md. 2/8, 9'da yer alan işyerinin tanımı 2822 sayılı Kanun için de esas teşkil eder. Buna göre, "işin yapıldığı yere işyeri denir. İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar işyerinden sayılır."

(29) OĞUZMAN, Yeni Anayasanın, s. 134; BERKSUN/EŞMELİOĞLU, s. 676.

(30) BERKSUN/EŞMELİOĞLU, s. 676.

(31) OĞUZMAN, Yeni Anayasanın, s. 133. Karşı görüşte olan TUNÇOMAĞ'a göre, "grevciler sendikasız veya başka sendika üyesi iseler, zarardan sadece kendileri ve BK. 41 uyarınca sorumlu tutulurlar." Bkz., TUNÇOMAĞ, s. 342.

özellikle greve karar veren sendikayı yıpratmak, zor durumda bırakmak amacıyla kullanıma da müsaittir (32).

Zararın, greve katılan kişileri üçüncü kişilerin (ajan-provokator) kışkırtması suretiyle verilmesinde de, sendika kusursuz sorumluluk esası gereğince sorumludur. Ancak sendika, grev esnasında greve katılmayan ve katılmayan işçiler ile, üçüncü kişilerin doğrudan verdikleri zararlardan sorumlu değildir. Bu işçilerin veya grev uygulanan işyerinde çalışmayan üçüncü kişilerin greve karar veren sendika üyesi olması, durumda değişiklik meydana getirmez.

iv) Zarar grev esnasında meydana gelmiş olmalıdır. TGLK. md. 47/4'de ifade edilen grev, kanuni grevdir. Kanundışı grevden sendikanın sorumluluğu TGLK. md. 45/2'de düzenlenmiştir ve kanundışı grev veya bu grevin yönetimi ve yürütümü yüzünden işverenin uğradığı zararlardan greve karar veren sendika hiç bir sınırlama yapılmadan sorumlu tutulmuştur (33).

Yukarıdaki şartları taşımayan zararlardan sendika sorumlu değildir. Bir diğer ifade ile, işverene verilen manevi ve cismani zararlardan, grev uygulanan işyeri dışında kalan malvarlığına verilen maddi zararlardan, greve katılmayan işçilerin verdikleri zararlardan sendikanın sorumluluğu yoktur. Bu zararlardan zararı veren kişiler genel hükümler uyarınca sorumludurlar.

Zararı ispat yükü, işyeri zarara uğrayan işverene aittir (BK. md. 42).

2 — Kusur

Sendikanın, grev esnasında greve katılan işçilerin grev uygulanan işyerine verdikleri zararlardan sorumlu olabilmesi için kusurlu olması zorunlu değildir. TGLK. md. 47/4, sendika açısından "Kusursuz Sorumluluk" esasını kabul etmiştir. Böylelikle sendika, her türlü özeni göstermesine rağmen ve hiç bir teşviki dahi olmaksızın meydana gelen zarardan sorumludur. Sendikanın sorumluluktan kurtulabilmesi için bir kurtuluş beyyinesi de tanınmamıştır.

Bunun yanısıra sendikanın sorumlu olabilmesi için zarar sebebiyet veren grevci işçilerin kusurlu olmaları zorunludur. Bu husus,

(32) OĞUZMAN'a göre, "sendikanın teşviki ile ilka edilen zararlardan sendikanın sorumlu olmasını hukukun genel prensipleriyle izah etmek mümkün ise de, sendikanın hiçbir teşviki olmadan, üyesi bulunan ve hatta üyesi dahi bulunmayan grevci işçilerin ilka ettikleri zarardan sorumlu tutulmasını genel prensiplerle izah etmek imkanı yoktur." Bkz. OĞUZMAN, Yeni Anayasanın, s. 133.

(33) OĞUZMAN, Yeni Anayasanın, s. 133.

TGLK. md. 47/4'de "... işçilerin ... kasıtlı ve kusurlu hareketleri..." ibaresiyle belirtilmiştir. Bu düzenleme gerçek anlamda kusursuz sorumluluğun yapısına uymamaktadır. Gerçekten, kusursuz sorumlulukta, başkasının fiilinden sorumluluk hallerinde kural olarak bu fiilin kusurlu olup olmaması farketmez. Yani sorumluluk süjesi fiilinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz (34).

Genel olarak kusursuz sorumluluk teorisine göre, başkasının fiilinden sorumluluk için fiilin kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur. Oysa sendikanın kusursuz sorumluluğu açısından, zarar veren fiili yapan kişi veya kişilerin kusurlu olması gerekir. Bu açıdan sendikanın sorumluluğu, genel kusursuz sorumluluk teorisinden farklı olarak daraltılmıştır.

Kusurun ispatı kural olarak, davacıya (işyeri zarara uğrayan işverene) aittir.

3 — Hukuka Aykırılık

Sorumluluğun bir diğer şartı da, grevci işçilerin fiillerinin hukuka aykırı olmasıdır. İşveren zarar veren fiilin hukuka aykırılığını ispat etmek zorundadır (35).

4 — İliyet Bağı

Gerçekleşen zarar ile greve katılan işçi veya işçilerin fiilleri arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Ayrıca grev uygulaması ile zarar arasında da uygun illiyet bağı bulunmalıdır. İşçinin verdiği zarar ile grev uygulaması arasında illiyet bağı yoksa sendika sorumlu tutulamaz (36).

§ 3 — SORUMLULUĞUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I — TAZMİNAT

Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendika sorumludur (TGLK. md. 47/4). Bir zarardan sorumlu olmak, öncelikle onu tazminle yükümlü olmak demektir.

Tazminat, zararın karşılanması ve giderilmesi için zarar görene verilmesi gereken şeyi veya miktarı ifade eder (37).

(34) TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 12.

(35) Bkz. yuk. § 1, II, 3.

(36) OĞUZMAN, Yeni Anayasanın, s. 8.

(37) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 782; EREN, s. 302; TANDOĞAN, s. 252.

BK. md. 43/1'e göre hakim tazminatın miktarını "hal ve mevkiin icabına" ve "kusurun ağırlığına" göre tespit eder.

Zararı ispat etmekte davacı yükümlüdür (BK. md. 42/1). Davacı sadece zararın varlığını değil, miktarını da ispatla yükümlüdür (38).

Tazminatın azami sınırını zarar miktarı tayin eder. Ancak bu tazminatın daima zarara eşit olacağı demek değildir. Tazminatın miktarı tespit olunurken zarar miktarından hareket edilir ve burada bazı indirimler yapılabilir (39). Tazminattan indirim sebeplerinden birisi, zarar görenin ortak (mütarafık) kusurudur. Zarar gören meydana gelen zararın artmasını önleyecek veya sınırlayacak tedbirler almamış ve bunun sonucunda da zarar artmışsa ortak kusur mevcut sayılır (40). Mesela, işçilerin ısınmak için yaktıkları ateşin işyerine sirayet etmesi ve işyerinde yangın söndürmek için gerekli araç ve gereçleri bulunmaması sonucu bütün işyerinin yanmasında, işverenin ortak kusuru vardır.

Greve esnasında işyeri, sendikanın kusurlu ve hukuka aykırı fiilleriyle zarara uğrayan işveren, genel hükümlere göre (BK md. 49) sendikadan manevi tazminat da isteyebilir. Ancak greve katılan işçilerin fiilleriyle manevi zarara uğrayan işveren, kusursuz olan sendikadan bunun tazminini isteyemez. Zira, sendikanın kusursuz sorumluluğu sadece işyerine verilen maddi zararlar ile sınırlıdır. Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde (şahıs varlığında) iradesi dışında meydana gelen eksilmelerin yani manevi zararın giderilmesi, tazmin, telafi edilmesidir (41). Manevi tazminat istenebilmesi için, şahsiyet haklarına tecavüz edilmiş olması, bu tecavüzün (saldırının) hukuka aykırı (haksız) bir nitelik taşıması, sözkonusu fiil neticesinde manevi bir zararın ortaya çıkması, kusurun ve illiyet bağının bulunması gerekir (42).

Sendika vermiş olduğu zararlardan malvarlığıyla sorumludur. İşveren, sendikanın malvarlığı ile karşılanmayan zararları için za-

(38) TANDOĞAN, s. 261.

(39) Tazminattan indirim sebepleri şunlardır: Kusurun hafifliği, sorumlu kişinin muzayaka halinde bulunması, zarar görenin muvafakati, zarar görenin ortak kusuru ve hal ve şartların gerektirdiği diğer sebepler. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 796 - 812; EREN, s. 344 - 357; TANDOĞAN, s. 261; TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 294.

(40) EREN, s. 352.

(41) EREN, s. 369; TANDOĞAN, s. 330; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 877; TUNÇOMAĞ, C. II, s. 315.

(42) EREN, s. 383 - 389; TANDOĞAN, s. 336 - 345.

rarı veren işçilere de başvurulabilir (43). Zira sendika ile zarar veren işçiler arasında müteselsil sorumluluk vardır.

II — TESELSÜL VE RÜCU

1 — Teselsül

Sendika ile, zararı veren kusurlu organı müteselsilen sorumludur. MK. md. 48/3'e göre, organın hukuka aykırı fiilleriyle doğrudan doğruya tüzel kişi sorumluyorsa da, doğan zararlar dolayısıyla kusurlu olan organa da başvurulabilir (44).

Sendika, zarara sebebiyet veren grevci işçiler ile de müteselsilen sorumludur. Bir diğer ifade ile, TGLK. md. 47/4 ile sendikanın grev esnasında grevci işçilerin grev uygulanan işyerine verdikleri zararlardan sorumlu tutulması, zarara sebebiyet veren kişilerin genel hükümlere göre (BK. md. 41, 96) sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Sendika ile zarara sebebiyet veren işçi arasındaki sorumluluk BK. md. 51/2'ye göre nakis teselsüldür.

Acaba greve katılan işçilerin işyerine verdikleri zararlardan sorumluluğunun hukuki niteliği nedir? Başka bir ifade ile, işveren uğramış olduğu zararlardan zarar veren işçileri müteselsilen haksız fiil hükümlerine göre mi yoksa sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere göre mi sorumlu tutacaktır? Kanaatimizce, burada hem sözleşmeye aykırılıktan doğan (akdi) sorumluluk, hem de haksız fiil sorumluluğu yarışma (telahük) halindedir. Zira grev esnasında işçinin hizmet sözleşmesi sona ermemekte, askıda kalmaktadır. Dolayısıyla grevci işçinin işyerine ait olma, onun işçisi olma durumu ve bu durumdan kaynaklanan hak ve borçları sona ermez. Bu nedenle işçinin sadakat borcu devam eder (45). Sadakat borcu, "işverenin ve işletmenin çıkarlarını korumak ve bu çıkarlara zarar verici davranışlardan kaçınmaktır" (46). Sonuç olarak, greve katılan işçi grev esnasında da sadakat borcuna aykırı olarak işyerine zarar verirse, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu (BK. md. 96 vd.) söz konusu olacaktır (47). Hemen belirtmek gerekir ki, işçinin kanuni bir greve katılması ve grev nedeniyle işletmenin ve işverenin zarara uğraması, işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil etmez. Zira grev Anayasal bir haktır ve bunun sonucu işverenin zarara uğraması, grevin niteliği gereğidir. Kanuni greve katılan işçilerin, grev esna-

(43) TUNÇOMAĞ, C. II, 342.

(44) ÖZTAN, s. 147; TUNÇOMAĞ, Esaslar, s. 560.

(45) TUNÇOMAĞ, C. II, s. 465; OĞUZMAN, s. 223.

(46) Kenan TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, C. 1, 3. B., İstanbul 1984, s. 184. Kudret ERTAŞ, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s. 19 vd.

(47) OĞUZMAN, s. 224, dn. 108.

sında grev uygulanan işyerinde kusurlu, hukuka aykırı ve zarara sebebiyet verici fiilleri ayrıca, BK. md. 41'e göre haksız fiil teşkil eder. Türk Hukukunda hakim olan görüşe göre sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun şartlarının birlikte gerçekleştiği hallerde, zarar gören, tazminat davasını dilerse sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere (BK. md. 96 vd.), dilerse haksız fiile ilişkin hükümlere (BK. md. 41) vd.) dayandırabilir. Ancak sözleşmeye aykırılığa veya haksız fiile dayanan taleplerden biri yerine getirildi mi, diğeri de ortadan kalkar (48). Bununla birlikte, zarara gören işverenin haksız fiilden ziyade, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayanarak tazminat talebinde bulunması daha yararlı ve kolaydır. Çünkü zarar gören işverenin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayanması halinde, işçinin kusurunu ispat yükü altında değildir. Kusursuz olduğunu iddia eden işçi (veya işçinin kusursuz olduğunu iddia eden sendika) iddiasını ispat etmek durumundadır. Yine haksız fiil sorumluluğunda dava zamanasını zararı ve onu yapanı öğrenme tarihinden itibaren bir yıldır (BK. md. 80). Oysa bu süre sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk için on yıldır (BK. md. 125).

Grev esnasında grev uygulanan işyerine verilen zarar üçüncü kişilerin (ajan-provokatör) teşviki sonucu verilmişse, bu kişiler de, sendika ve zarar veren grevci işçilerle birlikte sorumludur. BK. md. 50/1, haksız fiil fikrini ortaya atanı, bunu telkin ve teşvik edeni, bir kimseyi haksız fiil işlemeye yönlendireni, onda böyle bir fiil işleme düşüncesi yaratanı müşevvik olarak adlandırmakta ve fail, müşevvik ve yardımcıyı (fer'an methaldar) aynı şekilde sorumlu tutmaktadır (49).

İşveren ile hizmet ilişkisi olmayan üçüncü kişilerin sorumluluğu, BK. md. 41'e göre haksız fiil sorumluluğudur.

2 — Rücu

Tazminatın tamamen veya kısmen sendika tarafından ödenmesi halinde, sendikanın kusurları ile zarara sebebiyet verenlere rücu hakkı vardır (BK. md. 50, 51) (50). Aynı olayda sendikanın ve organının birlikte kusurlu olmaları da mümkündür. Bu hale organının kollektif iradeyi açıklarken kusurlu olması halinde rastlanır (51). Söz konusu durumda BK. md. 50/1'e göre hakim, ortak kusurlarıyla

(48) TANDOĞAN, s. 537; FEYZİOĞLU, s. 454; Kemal OĞUZMAN, Borçlar Hukuku Dersleri, 3. B., İstanbul 1979, s. 147.

(49) EREN, s. 411, 413.

(50) ÖZTAN, s. 148; BERKSUN/ESMELİOĞLU, s. 676.

(51) FEYZİOĞLU, s. 470.

bir zarara sebebiyet verenlerin birbirlerine kusurlarıyla bir zarara sebebiyet verenlerin birbirlerine rücu haklarının bulunup bulunmadığına, varsa miktarına takdir hakkını kullanarak karar verir (52).

Bununla birlikte, sendikanın zarara sebebiyet veren grevci işçilere ve bu işçileri zarar vermeleri için kışkırtan üçüncü kişilere de rücu hakkı vardır. Ancak grevci işçilerin grev uygulanan işyerine maddi zarar vermelerinde sendikanın da kusuru varsa, bu durumda da sendikanın rücu hakkı, kısmen veya tamamen ortadan kalkar.

III — ZAMANAŞIMI

1 — Haksız Fiil Sorumluluğunda

BK. md. 60'a göre, haksız fiil nedeniyle maddi veya manevi tazminat istenmesine ilişkin dava hakkı, haksız fiilden zarargören tarafın zararı ve zarar vereni (faili) öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde zarara sebep olan fiilin meydana gelmesinden itibaren on yıl geçmesiyle sona erer.

Grev esnasında işyeri zarar gören işveren tüzel kişi ise, bir yıllık sürenin işlemeye başlaması, tüzel kişi adına dava açmaya karar vermek yetkisine sahip organın veya kişinin zararı ve zarar vereni öğrenmiş olmasına bağlıdır (53).

Zarara sebep olan haksız fiil, aynı zamanda Ceza Kanununa göre suç teşkil ediyor ve Ceza Kanunu sözkonusu fiil için daha uzun zamanaşımı süresi öngörüyorsa, daha uzun olan Ceza Kanunundaki süre uygulanır (BK. md. 60/2). Ancak Ceza Kanunundaki daha uzun zamanaşımı süresi haksız fiil yapana karşı açılacak davalarda uygulanır (54). Bu nedenle işçilerin sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı sendikaya karşı açılacak haksız fiil nedeniyle tazminat davası, 1 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır. Ancak sendikanın kendi kusurlu hareketleriyle sebebiyet verdiği zararlardan dolayı açılacak tazminat davasına, eğer sendikanın fiili suç teşkil ediyor ve Ceza Kanununda da bu fiil için daha uzun zamanaşımı süresi öngörülmüş ise, bu uzun süre uygulanacaktır.

2 — Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumlulukta

Sözleşmeye aykırılığa dayanılarak açılan tazminat davalarında zamanaşımı süresi, kural olarak 10 yıldır (BK. md. 125). Sözkonusu süre fiilin işlenmesinden itibaren başlar.

(52) İREN, s. 423.

(53) Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. B., Ankara 1983, s. 159.

(54) REİSOĞLU (Safa), s. 159.

SONUÇ

Kanuni bir greve karar veren sendika, grev esnasında grev uygulanan işyerine kendisinin ve greve katılan işçilerin sebep oldukları ve grevin tabii sonucu olan zararlar dışında kalan maddi zarardan sorumludur (AY. md. 54/3, TGLK, md. 47/4).

Greve karar veren sendikasının kendi kusurlu hareketleriyle sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu olması yani bir sorumluluk hali değildir. Çünkü tüzel kişiler de, gerçek kişiler gibi sebep oldukları zararlardan sorumludur (BK. md. 41, 48). Bu zararın grev esnasında meydana gelmesi ile grev dışında gerçekleşmesi arasında bir farklılık yoktur. Ancak yukarıda belirtilen hükümler ile yeni bir kusursuz sorumluluk hali ihdas edilmiş ve greve karar veren sendika kusurlu olmasa da, grevci işçilerin kusurlu fiilleriyle sebebiyet verdikleri zararlardan sorumlu tutulmuştur. Böylelikle, kanuni grev esnasında grev uygulanan işyerinin sorumluluğu, grevi uygulayan sendikaya yüklenmiş ve bu işyerine verilecek maddi zararlardan sendikanın kusuru olmasa bile sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

Sendikanın grev esnasında grev uygulanan işyerine verilen maddi zarardan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması aranmakta, ancak grevci işçilerin bu zararı kusurlu fiilleriyle ika etmiş olması gerekmektedir. TGLK. md. 47/4, sendikanın sorumluluğunu, sadece grevci işçilerin işyerine verdikleri maddi zarar ile sınırlamıştır. Bunun dışındaki zararlardan zararı veren grevci işçiler doğrudan doğruya genel hükümlere göre sorumludur.

Sendika ise, işverene kusurlu ve hukuka aykırı fiilleriyle sebebiyet verdiği her türlü zarardan sorumludur.

Sendika, kusurlu fiilleriyle zarara sebebiyet veren organını oluşturan kişiler ve grevci işçiler ile müteselsilen sorumludur. Bu nedenle sendikanın bu kişilere rücu etme hakkı mevcuttur. Sendikanın zararın meydana gelmesinde kusuru varsa rücu hakkı kısmen veya tamamen ortadan kalkar.

Genel esaslarını özetlediğimiz bu hüküm, 12 Eylül 1980 öncesi meydana gelen bir takım olaylara tepki olmak üzere, Anayasaya ve ardından 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununa konulmuştur. Hüküm ile ihdas edilen sorumluluk bir çok yönden özel hukuk genel esaslarına aykırıdır. Şöyle ki, sendika greve katılan ancak kendi üyesi olmayan sendikasız veya başka sendikanın üyesi olan işçilerin de sebebiyet verdikleri zararlardan sorumlu tutulmuştur. Bu işçilerin sözkonusu zararları kasten dahi vermiş ol-

ması, sendikanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Sendikanın kendisiyle hukuki hiç bir bağı bulunmayan kişilerin verdikleri zarardan sorumlu tutulması, sorumluluğa ilişkin genel esaslara uygun değildir. Sendikanın verilen maddi zarardan sorumlu tutulabilmesi için grev ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Zarar ile grev arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının tespiti ise oldukça güçtür. Bu nedenle sendika bir çok olayda, grev esnasında verilen ancak, grevle ilgisi bulunmayan zararlardan da sorumlu tutulabilecektir.

Sendikanın sorumluluğunu düzenleyen sözkonusu hükmün, yapılacak değişiklikle Anayasadan ve 2822 sayılı Kanundan kaldırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira belirtilen hüküm, sorumluluk hukukunun genel esaslarına aykırı olmanın yanısıra, kolektif sendika hürriyetini de zedeler niteliktedir. Zira, kolektif sendika hürriyeti, sendikanın varlığını ve fonksiyonunu koruyabilmesi ve sürdürdürebilmesini ifade eder. Kolektif sendika hürriyeti, bireysel sendika hürriyetinin teminatı niteliğindedir. Zira, kolektif sendika hürriyeti teminat altına alınmadan, bireysel sendika hürriyeti gerçek anlamda uygulama alanı bulamaz. Sendikanın bu yolla kusursuz sorumlu tutulması, sendikayı maddi açıdan zaafa uğratacaktır ve dolayısıyla sendikanın varlığını ve faaliyetini sürdürdürebilmesi güçleşecektir. Ayrıca böyle bir sorumluluk altında olan sendika, bir çok olayda grev kararı vermekten imtina edebilir hale gelecektir. Çünkü mevzuatımızda, sendikanın sorumluluğuna yol açabilecek olayları engelleyebilecek yetkileri mevcut değildir.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

- BERKSUN, Abdullah / ESMELIOĞLU, İbrahim : Açıklamalı, Gerekçeli, İctihathı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 4. B., Ankara 1991.
- ERTAŞ, Kudret : Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
- FEYZIOĞLU, F. Necmettin : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 2. B., İstanbul 1976.
- HATEMİ, Hüseyin : Organın Eyleminden Dolayı Tüzel Kişiliğin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980.
- KUZU, Burhan : Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1980.
- NARMANLIOĞLU, Ünal : Grev, Ankara 1990.
- OĞUZMAN, Kemal : Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, İstanbul 1987.
- OĞUZMAN, Kemal : Yeni Anayasanın Toplu İş İlişkilerini İlgilendiren Hükümleri, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sarıca'ya Armağan, Y. 3, S. 1-3, İstanbul 1982. (Yeni Anayasanın).
- OĞUZMAN, Kemal : Borçlar Hukuku Dersleri, 3. B., İstanbul 1979, (Borçlar).
- ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. B., İstanbul 1982.
- ÖZTAN, Bilge : Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk, Ankara 1970.
- REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. B., Ankara 1983.
- REİSOĞLU, Sefa : 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986.
- SÜMER, Haluk Hadi : İş Hukuku Ders Notları, 2. B., Konya 1993.
- TANDOĞAN, Haluk : Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961.

- TANDOĞAN, Haluk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981. (Kusura Dayanmayan).
- TEKİNAY, S. Sulhi / Akman, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 5. B., İstanbul 1985.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : İş Hukuku, C. 2, 2. B., İstanbul 1985.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : İş Hukuku C. 1, 3. B., İstanbul 1982, (C. 1).
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Esaslar, 5. B., İstanbul 1972. (Borçlar).
- TUNÇOMAĞ, Kenan : İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988. (Esaslar).

ÖZELLEŞTİRMENİN HUKUKİ BOYUTU
VE
TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ARSLAN (*)

I — GENEL AÇIKLAMA

Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de son yılların en fazla tartışılan ekonomik konularından biri özelleştirme. Öyle ki, çoğu tartışmalarla da olsa, son 10-12 yılımız bu konunun enine boyuna ele alınmasıyla geçmiştir. Başlangıçta özelleştirmenin gerekliliği ve bunun kamuoyuna kabul ettirilmesiyle ilgili olarak uzun süren çalışmalar yapılmıştır. Daha sonra, özelleştirmenin sağlanabilmesi için gerekli olan yasal değişiklikler uzun ve çetin bir hukuk mücadelesi neticesinde yapılmış ve 1994 yılı sonunda bu aşama tamamlanmıştır. Son birkaç ayda ise somut uygulamalar gerçekleştirilmektedir. Özelleştirmenin en önemli aşamasını teşkil eden uygulama safhası doğal olarak kısa sürede tamamlanamaz. Bu aşama için uzun yıllara ihtiyaç duyulacaktır.

Özelleştirme, yapısı itibarıyla çok yönlü bir müessesedir. Bu çok yönlülük sözkonusu müesseseyi aynı zamanda karmaşık hale getirmektedir. Nitekim, esasında sadece ekonomik boyutu bulunan özelleştirmeye başka boyutlar da eklenmiştir. Bunlar çok net olarak belirlenemeyeceği için tartışmalar ve sorunlar büyümektedir. Oysa, özelleştirmeye ilişkin uygulamaların mümkün olduğu kadar sorunsuz halledilmesi gerekir. Aksi halde, özelleştirmenin sosyal boyutu açısından çok önemli sakıncaların ortaya çıkması engellenemeyecektir. Bu sakıncaların bir kısmı yakın gelecekte görülebileceği gibi diğer bir kısmı uzun vadede kendini hissettirecek ve özelleştirme uygulamalarının başarı veya başarısızlığını ortaya koyacaktır.

Bu mütevazî çalışmanın kapsamı sınırlı tutulmuştur. Bu sebeple, burada özelleştirme hakkında genel bilgi verilmeyecektir. Zira, gerçekten toplumumuzda yıllardan beri konuşulan ve tartışılan bu

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

konu hakkında hemen herkes genel bilgilere sahiptir. Ayrıca, çalışmanın boyutu da dikkate alındığında, bir sınırlama yapma zorunluluğu bulunduğu muhakkaktır.

Özelleştirme kavramının boyutlarını bizce dört grupta incelemek mümkündür. Bunlar hukuki, ekonomik, sosyal ve siyasi boyutlardır. Biz bu çalışmayı münhasıran "özelleştirmenin hukuki boyutu"na ayırmak istiyoruz. Burada öncelikle, özelleştirme faaliyetlerinin yasal dayanakları ve bu açıdan geçirdiği evreler kısaca ortaya konmaya çalışılacaktır. Sonrasında ise, kısaca **Özelleştirme Kanunu** denilen 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un getirdiği nihai düzenlemeler açıklanacaktır. Bu arada, özel düzenlemelere gerek kalmadan, mevcut genel hükümlerle (bilhassa Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanununun anonim şirketlerle ilgili hükümleriyle), bazı özelleştirme yöntemlerinden yararlanılıp yararlanılamayacağı üzerinde durulacaktır. Son olarak, gelinen aşamalar neticesinde Türkiye'deki özelleştirme uygulamalarına, olan ve olması gereken açısından değinilecektir.

II — ÖZELLEŞTİRME MEVZUATININ BELLİ BAŞLI HÜKÜMLERİ

Devlet veya kamuya ait işletme ve kuruluşların özel sektöre devredilebilmesi için öncelikle bazı hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Zira, mevzuatımız başlangıçta özelleştirme yöntemlerinin tümü için yeterince elverişli değildi. Anayasada da bu konuda hüküm bulunmaması sebebiyle özelleştirme uygulamaları açısından bazı tereddütler kaçınılmaz olmuştur. Nitekim, özelleştirme yapabilmek için zaman içerisinde çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnameler çıkarılmıştır. Bunların bir kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Nihayet 1994 yılı Kasım ayında 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 24.11.1994 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek 27 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir (1). Bu tarihten itibaren, özelleştirmenin hangi şartlarla ve nasıl yapılacağı hususu esas olarak 4046 sayılı **Özelleştirme Kanunu** ile tesbit edilecektir. Şimdi kısaca, yasal düzenlemelere ilişkin gelişmeler ele alınacak ve genel olarak Türk Hukuk Mevzuatı içerisinde özelleştirmenin nasıl gerçekleştirilebileceği üzerinde durulacaktır.

(1) Kanun metni için bkz., R.G. 27.11.1994 Sayı - 22124.

A) Özelleştirme Kanunu Öncesindeki Mevzuat Çalışmaları

1 — 2983 Sayılı Kanun

Genel düzenlemeler dışında, doğrudan doğruya özelleştirme ile ilgili ilk düzenleme 2983 sayılı "Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun"dur (2). 1980 sonrası özelleştirme çalışmalarının temelini bu Kanun oluşturmuştur. Nitekim bu Kanunla Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı kurulmuştur. Gerçek anlamda ilk özelleştirme faaliyetlerinde bulunma yetkisi de bu kuruluşa verilmiştir (3). Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığının görevi genel olarak, kamuya ait ekonomik birimlerin hisse senedi yolu ile satılması veya işletme hakkının devredilmesi ile ilgili çalışmaların yapılmasıdır (4). Yani, gerek mülkiyet gerek yönetimin devri şeklinde, özelleştirme çalışmalarının altyapısının oluşturulması ve uygulanması görevi esasen bu kurula verilmiştir.

Hukukumuzda ve ülke ekonomisinde önemli bir yer teşkil eden Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun ile genel olarak, tasarrufların özendirilmesi, yatırımların hızlandırılması ve kamu iktisadi teşebbüslerinin özel sermayeye açılarak etkinliğinin artırılması amaçlanmıştır (5). Bu amacın gerçekleştirilmesine ilişkin ayrıntılı düzenleme ise Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği (6) ile ortaya konmuştur. Bu Yönetmelik hükümleri incelendiğinde, belli başlı noktaları şöylece tesbit etmek mümkündür (7).

a) Özelleştirme kapsamına alınacak olan kuruluşları belirleme yetkisi Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu'na verilmiştir (m. 16). Özelleştirmenin ve halka açılmanın daha kolay yapılabilmesi için de, sözkonusu kuruluşların, "bağlı ortaklık" şeklinde anonim şirkete dönüştürülmesi hükme bağlanmıştır (m. 17). Zira hukukumuzda, ortaklar arasındaki değişikliğin ve pay devrinin en rahat olduğu şirket türü anonim şirkettir. Gerek Ticaret Kanunu gerek Sermaye Piyasası Kanunu bu sonucu doğuran hükümler

- (2) Anılan Kanun 29 Şubat 1984 tarihinde kabul edilerek 17 Mart 1984 tarih ve 18344 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.
- (3) Bilgi için bkz., ALTINTAŞ, M. Berra, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkileri, Ankara 1988, s. 122 vd.
- (4) ALTINTAŞ, s. 122.
- (5) ALTINTAŞ, s. 123.
- (6) Yönetmelik metni için bkz., R.G. 13.9.1984 Sayı - 18544.
- (7) Yönetmelikle ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için bkz., ALTINTAŞ, s. 122-123.

ihtiva etmektedir. Her iki kararın alınması sırasında ise, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle getirilen esaslar dikkate alınacaktır.

b) Bu Yönetmelik ile Kamu Ortaklığı Fonu'na önemli gelir kaynakları sağlanmıştır. Zira, özelleştirme neticesinde elde edilecek gelirler sözkonusu Fon'a aktarılacaktır. Dolayısıyla, bütçe kapsamı dışında bulunması sebebiyle bu gelirler, iktidar partileri için daha rahat hareket ortamı sağlayacaktır.

c) Hisse senetlerinin satış şartları, şekli ve kapsamı Başbakanlığa bağlı bulunan Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı tarafından tesbit edilecektir. Bu satış sırasında işletmenin, çalışanların ve yöre halkının durumu da dikkate alınarak bazı sınırlamaların getirilmesi mümkün kılınmıştır. Buna göre, gerekli görüldüğünde, özelleştirme kapsamına alınan işletmelerde çalışanlara veya işletmelerin bulunduğu yerlerdeki yöre halkına öncelikli olarak belirli bir yüzde tahsis edilebilecektir. Ayrıca, özelleştirilecek kuruluşların, tekel oluşumuna meydan vermeyecek şekilde ve mümkün olduğu kadar çok kişiye ortaklık hakkı vermek suretiyle devri de hedeflenebilecektir. Bu yüzden, gerekiyorsa, tasarruf sahibi her bir gerçek ve tüzel kişiye satılacak hisse senedi miktarına sınırlama getirilebilecektir. Gerçi, bu sınırlama çoğu zaman beklenen sonucu doğurmaktan uzaktır ama tamamen faydadız olduğu da söylenemez.

d) Özelleştirmeden kasıt, bilindiği üzere, mutlaka mülkiyet devri anlamına gelmemektedir. Nitekim, Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği, hisse satışından başka, sadece işletme hakkının devrini de düzenlemiştir. Yönetmeliğin 19. maddesine göre Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu, sadece işletme hakkını devredeceği kuruluşları da 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname şartlarına uygun olarak tesbit edebilecektir. Alınan kararın uygulamaya konulması yani işletme hakkının devir işlemleri ise Kurul tarafından yerine getirilecektir (m. 20).

e) Milli güvenlik ile ilgili mal üreten kuruluşların özelleştirme kapsamına alınabilmesi için ayrıca Genelkurmay Başkanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı'nın olumlu görüşlerine ihtiyaç vardır (m. 30).

Gerek 2983 sayılı Kanun gerek Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği birlikte değerlendirildiğinde asıl amacın, tasarrufların teşvik edilerek bunların etkin bir şekilde yatırıma dönüştürülmesi olduğu görülmektedir. Bu amacı gerçekleştirmek için ise zaten hukukumuz-

da mevcut olan hisse senetlerinin yanı sıra gelir ortaklığı senetleri ihdas edilmiştir. Gelir ortaklığı senetleri ile gerçek ve tüzel kişilerin, bazı altyapı tesislerinin gelirlerine belirli bir süre boyunca ortak olmaları, böylece tesislerin mülkiyeti devredilmeksizin tasarrufların yatırıma dönüştürülmesi (8) sağlanmıştır.

2983 sayılı Kanun, 530 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (9) ile değişikliğe uğramış ancak bu Kanun Hükmünde Kararname, Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarihli bir kararıyla iptal edilmiştir.

2 — 3291 Sayılı Kanun

2983 sayılı Kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde birtakım değişiklik ve yenilik için daha sonra 3291 sayılı Kanun (10) kabul edilmiştir (11). Bu Kanun esasen bir değişiklik kanunudur. Zira 3291 sayılı Kanun Sermaye Piyasası Kanununda, Bankalar Kanununda, Toplu Konut Kanununda, Merkez Bankası Kanununda ve Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunda bazı değişiklikler yapmıştır. Ayrıca yine bu Kanunla, kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi hakkında çeşitli hükümler getirilmiştir.

3291 sayılı Kanun, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığına ait yetkilerin bir kısmının Bakanlar Kurulu'na devrini de düzenlemektedir. Nitekim, anılan Kanununun 13. maddesi, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletmenin birimlerinin özelleştirilmesine ilişkin yetkileri Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığında bırakırken, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin özelleştirilmesi yetkisini Bakanlar Kuruluna devretmektedir.

Bu Kanun ile kabul edilen esaslardan biri de, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devlete ait olan payların tamamının, bedelsiz olarak Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığına devredilmiş olmasıdır. Ayrıca, özelleştirilmesine karar verilen işletmelerin Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu ve diğer ilgili kanunlardaki şartlar aranmaksızın anonim şirkete dönüşmüş sayılacağı

(8) ALTINTAŞ, s. 123.

(9) Kanun Hükmünde Kararname metni için bkz. R.G. 6.6.1994.

(10) Anılan Kanun 28 Mayıs 1986 tarihinde kabul edilerek 3 Haziran 1986 tarih ve 19126 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

(11) 3291 sayılı Kanun hakkında bilgi için bkz. DOMANIÇ Hayri, Özelleştirmeyle İlişkin Kararnamelerin İptalinin Yasal Boşluk Doğurmayacağı ve Özelleştirmenin Diğer İlgili Kurallara Göre Yapılabileceği, Yaklaşım Dergisi, Yıl 2, Sayı 21, Eylül 1994, s. 12 - 13.

da hükme bağlanmıştır (12). Bu hüküm hukuken oldukça sakıncalıdır. Hatta bazı yazarlar tarafından "geçersiz" olarak kabul edilmektedir (13). Gerçekten, özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, müessese, kuruluş, iştirak, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin anonim şirketleri düzenleyen kurallara tabi tutulmaksızın, kendiliğinden (kanunen) anonim şirkete dönüşebilmesi ve satılacak (özelleştirilecek) anonim şirket hisselerinin oluşabilmesi için, hiç olmazsa sermaye miktarı ile bu sermayenin kaç hisseye ayrıldığıının ve her bir hissenin nominal değerinin bilinmesi asgari geçerlilik şartıdır (14). Kaldı ki, devletin iktisadi kuruluşlarının anonim şirkete dönüşebilmesi için özel düzenlemelere dahi gerek yoktur. Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanununun anonim şirketle ilgili hükümleri bu iş için yeterlidir (15). Ayrıca, Sermaye Piyasası Kanu hükümleri ile de bu anonim şirket hisselerinin halka arz edilmesi mümkündür.

Özelleştirme faaliyetlerinin masrafının azaltılması ve teşvik edilmesi amacıyla her türlü özelleştirme işlemleri bütün vergi resim ve harçtan muaf tutulmuştur.

3291 sayılı Kanunla, özelleştirilmesine karar verilen kuruluşların ihraç ettikleri tahvil ve devlet kefaletini haiz iç ve dış borçlarının geleceği de düzenlenmiştir. Kabul edilen hükümle, bu borçlar üzerindeki devlet garantisi devam ettirilmiştir. Bununla ilgili yetkiler de Kamu Ortaklığı Kurulu'na verilmiştir.

2983 sayılı Kanunda olduğu gibi, 3291 sayılı Kanun da 531 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (16) ile değişikliğe uğramış ancak bu Kanun Hükmünde Kararname de, Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarihli bir başka kararıyla iptal edilmiştir.

Yukarıda bahsedilen kanunlar ve kanun hükmünde kararname döneminde gerçek anlamda özelleştirme işlemleri yapılamamıştır. Çünkü, yapılan düzenlemelere karşı Anayasa Mahkemesi'ne iptal davaları açılmış ve iptal talepleri kabul edilmiştir. Ayrıca, özelleştirmenin yapılabilmesi için ülkenin ekonomik şartları oluşturulamamıştır. Gerçi bu dönemde dahi bazı özelleştirme çalışmaları yapılmıştır ama son derece büyük pastada bunlar önemli bir yer işgal etmekten uzaktır.

(12) Aynı hüküm daha sonraki 531 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 3974 sayılı Kanunda da yer almaktadır.

(13) DOMANIÇ, s. 16.

(14) DOMANIÇ, s. 16.

(15) DOMANIÇ, s. 15.

(16) Kanun Hükmünde Kararname metni için bkz., R.G. 6.6.1994.

B) 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu Dönemi

Yukarıda bahsedilen iki kanun döneminde istenen sonuca ulaşılamamıştır. 1991 genel seçimlerinden sonra iktidar partisinin değişmesi sebebiyle özelleştirme alanındaki çalışmalara yeniden hız verilmeye başlanmıştır. Uzun süren çalışmalar sonunda 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" yürürlüğe konulmuştur. Günümüzde özelleştirme çalışmaları esasen bu Kanun kapsamında ele alınmaktadır. Ancak, anılan Kanun önceki mevzuatı da tamamen ortadan kaldırmadığı için (17), doğal olarak, kavramları belirlerken ve uygulamaları gerçekleştirirken, bütün bu hükümleri birlikte dikkate almak gerekir. Bu sebeple, diğer kanunlara nazaran 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu üzerinde daha ayrıntılı durmak gerektiği kanaatindeyiz.

1 — Özelleştirme Kanununun Gerekliği

Daha önce giriş kısmında da açıklandığı gibi, artık ülkemizde özelleştirmenin gerekip gerekmediği pek tartışılmamaktadır. Çünkü siyasetin ve ekonominin içinde bulunduğu olumsuz durum, kamu işletmeciliğinin verimsizliğini çok açık bir şekilde ortaya koymuştur. Ayrıca, özelleştirme taraftarlarınca ısrarla vurgulanan hususlardan biri de kamu işletmelerinin ekonomik fonksiyonunu yerine getirdiğidir. Yani, Cumhuriyetin kurulduğu ilk yıllarda, özel girişimcilere örnek olan, onların girmediği veya giremediği alanlarda faaliyet gösteren kamu işletmelerinin (kamu iktisadi teşekkülleri, bağlı işletmeler, müesseseler ve kuruluşlar) varlık amacının ortadan kalktığı ileri sürülmektedir.

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de kamu işletmelerinin verimsiz çalıştığı herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Bu gerçeğin arkasında yatan en önemli sebeplerden biri de ülkemizdeki siyasi bozulmadır. Kamuya ait tüm iktisadi kuruluşlar iktidara gelen partiler tarafından siyasi kadrolarla doldurulmaktadır. Bu durum, plânlı ve verimli çalışmayı imkânsız hale getirmektedir. Çoğunlukla, ihtisas sahibi olmayan yöneticiler tarafından idare edilen bu kuruluşlar devlet bütçesinin de sınırlı olması sebebiyle, zamanında

(17) Özelleştirme Kanununun 42. maddesi "yürürlükten kaldırılan hükümler"i düzenlemektedir. Bu madde, özelleştirme ile ilgili eski düzenlemelerin tamamını değil sadece 18.1.1954 tarihli ve 6224 sayılı Kanununun 1. maddesinin (c) bendi ile, 3291 sayılı Kanununun 14. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarını ve 17. maddesinin birinci fıkrasını yürürlükten kaldırmıştır. Bunların dışında, özelleştirmeye ilişkin hükümler doğal olarak hâlâ yürürlüktedir.

teknoloji transferi yapıp kendisini yenileyememektedir. Eski teknoloji, şişkin kadro ve kötü yönetim sebebiyle, özel sektör işletmeciliğine nazaran daha pahalıya daha kalitesiz ürünler üretilmektedir. Bu ise insanlar tarafından doğal olarak tepkiyle karşılanmaktadır. Netice olarak, zaman ilerledikçe bu kuruluşların zararı gittikçe artmakta ve devlete (dolayısıyla, vatandaşlara) ekstra yük getirmektedir. Nitekim, 1994 yılı içerisinde, bu kuruluşların devlet bütçesine hergün toplam, yaklaşık 250 milyar liralık külfet getirdiği, devletin yetkilileri tarafından defalarca açıklanmıştır (18).

Gerek yukarıda belirtilen gerek daha başka sebeplerle (19) Türk kamuoyu özelleştirmenin kaçınılmaz olduğu konusunda hazır hale getirilmiştir. Zira, ülkenin en büyük ve köklü sorunlarından biri olan yüksek enflasyonun en önemli sebeplerinden biri olarak kamu finansman açıkları gösterilmektedir. Kamu finansman açıklarının kaynağı ise ağırlıklı olarak kamu işletmelerinin zararları sebebiyle bütçenin verdiği açıklardır. Ülke ekonomisinin olumsuz göstergelerinin yıllarca devam etmesi sonucunda özelleştirmeden beklenen 60 milyar dolarlık (20) gelir istahları kabartmaktadır. Bütün bu sebeplerle, sonunda ilgili kanun çıkarılmış ve uygulamanın nasıl gerçekleşeceği beklenmeye başlanmıştır.

2 — Özelleştirme Kanununda Yer Alan İlkeler

Özelleştirme işlemlerinin sağlıklı yapılabilmesi için Kanunda bazı ilkeler kabul edilmiştir. Bu ilkelerle amaçlanan, sosyal ve ekonomik açıdan özelleştirmenin ortaya çıkarabileceği problemleri ortadan kaldırmak veya en aza indirmek olsa gerektir. Özelleştirme Kanununun 2. maddesinde on bent halinde sözkonusu ilkeler sayılmıştır. Bunlar :

a) Özelleştirme uygulamaları sonucunda, özelleştirilen kuruluşta çalışanların işten çıkarılması sözkonusu olduğunda özel kanunlarda ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen tazminatlara ek olarak "İş Kaybı Tazminatı" ödenmesi hükme bağlanmıştır (m. 2/a). Böylece, işini kaybeden çalışanlara ek bir tazminat ödenecektir.

b) Her kuruluşun aynı yöntemle özelleştirilmesi düşünülemez. Aksine, özelleştirilecek kuruluşun nitelik ve şartlarına göre, kullanılacak yöntem değişebilir (m. 2/b). Örneğin bir kuruluş blok satış

(18) Bu açıklamalardan biri için bkz., ÇİLLER Tansu, Özelleştirme Yasası ve Getirdikleri, Yaklaşım Dergisi, Yıl 2, Sayı 24, Aralık 1994, s. 7.

(19) Örneğin, hemen hemen bütün dünya ülkelerinde esen liberalizm rüzgârının da etkisiyle özelleştirme adeta bir zorunluluk olarak görülmektedir.

(20) ÇİLLER, s. 7.

yoluyla özelleştirilirken bir diğeri için halka arz yöntemi tercih edilebilir. Uygulanacak yöntemi belirleme yetkisi ise Özelleştirme Yüksek Kuruluna verilmiştir (m. 2/II).

c) Özelleştirme tartışmaları sırasında üzerinde en çok durulan konulardan biri, elde edilecek gelirin nerelerde kullanılacağıdır. Bu konu gerçekten çok önemlidir. Çünkü, özelleştirmeden beklenen gelir hakkında çok büyük rakamlar (60 milyar dolar) telâffuz edilmektedir. Bu kadar büyük paranın iktidar partileri tarafından bütçe açıkları ve cari harcamalar için kullanılması gelecek yıllar için önemli sakıncalar doğurabilirdi. Anılan hükme göre, özelleştirme uygulamalarından elde edilecek gelirler genel bütçe harcama ve yatırımlarında kullanılmayacaktır (m. 2/c).

d) Tekelciliğe meydan vermemek için gerekli tedbirlerin alınması ve varsa tekelciliğin olumsuz etkilerinin kaldırılması gerekir (m. 2/d). Doğrudan doğruya özelleştirmeyle ilgili olmamakla birlikte, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (21) bu amaca hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

e) Özelleştirilen işletmelerin halka arz yoluyla satılmasına karar verilmesi durumunda ortaya çıkması muhtemel bir problem de "güç boşluğu"dur (22). Bunu engellemek için, mülkiyetin yaygınlaştırılmasının yanısıra yönetim yetkilerini ve sorumluluklarını üstlenebilecek ortakların bulunmasına özen gösterilmelidir (m. 2/e).

f) Özelleştirme çalışmalarında kamu bankalarına öncelik tanınacağı da ilkeler arasında sayılmıştır (m. 2/f). Hatta bu bankaların iki yıl içerisinde özelleştirilmesi hedeflenmiş fakat Eximbank, Ziraat Bankası ve Halk Bankası kapsam dışı bırakılmıştır.

g) Kamu işletmelerinden olup da stratejik önem taşıyan kuruluşlarda devlet adına imtiyazlı pay oluşturulması öngörülmüş (m. 2/g) ve bunun tesbiti de kural olarak Özelleştirme Yüksek Kurulu'na bırakılmıştır (m. 2/II).

h) Doğal kaynakların özelleştirilmesi hususunda mülkiyet değil işletme hakkı esas alınmıştır (m. 2/h). Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla (m. 2/II) tesbit edilecek süre için bunların işletilmesi hakkı özel sektöre devredilebilecektir.

(21) Anılan Kanun 7 Aralık 1994 tarihinde kabul edilerek 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

(22) Güç boşluğu ve çıkış yolları hakkında geniş bilgi için bkz. TEKİNALP Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.

1) Özelleştirme Kanunu ile benimsenen ilkelerden biri de aleni-
yet (şeffaflık) ilkesidir (m. 2/1). Bununla kastedilen şey, işletmele-
rin özelleştirilmesi kararından tutun da satışın gerçekleşmesi aş-
masına kadar yapılacak işlemlerin kamuoyu önünde cereyan etme-
sidir. Şaibeli satışların önüne geçebilmek için böyle bir ilke kabul
edilmiştir ama mevcut uygulamalarda bu ilkeye uygun davranıl-
dığı maalesef söylenemez. Oysa, bu derece önemli işlerin mümkün
olduğu kadar aleni gerçekleşmesinde büyük yarar vardır fakat bu,
hiçbir zaman ticari sırların ifşası şeklinde anlaşılmamalıdır

d) Kanunda belirtilen ilkelerden sonuncusu, özelleştirmeyi ya-
parken, sözkonusu işletmelerin başka bir kamu kurumuna veya ma-
halli idareye devrini engellemektir (m. 2/1). Milli güvenlik ve ka-
mu yararının bulunması bu ilkenin istisnasını teşkil eder.

Özelleştirme Kanununun 3. maddesi ile kurulan Özelleştirme
Yüksek Kurulu, somut işletmeyi ve ülkenin şartlarını da dikkate ala-
rak yukarıdaki ikeleri uygulamakla yetkilidir.

3 — Özelleştirme Kanununun Getirdikleri

Özelleştirme Kanunu yukarıda belirtilen ilkelerden başka bir-
takım kurumlar oluşturmuştur. Bunlar esasında daha önceki kanun-
larda da mevcut olan müesseselerin yeniden düzenlenmiş hali ola-
rak da kabul edilebilir ancak isimlerde ve yetkilerde doğal olarak
bazı farklar da kabul edilmiştir. Kamu işletmelerinin gerek özelleş-
tirme kapsamına alınması kararının verilmesi gerek bunun uygu-
lamaya konulması aşamasında yeni kurullar oluşturulmuştur. Ay-
rıca, özelleştirme uygulamalarından elde edilen gelirlerden oluşan
bir fon kurulmuştur. Bunun dışında, özelleştirme kapsamına alınan
kamu işletmelerinin işçileri ve özelleştirme faaliyetlerinde çalışan
personelle ilgili olarak da ayrıntılı hükümler Kanunda yer almak-
tadır. Burada sözkonusu Kanunun bütün hükümleri incelenmeye-
cektir.

a) Özelleştirme Yüksek Kurulu

4046 sayılı Kanun, özelleştirilecek kamu işletmelerini tesbit yet-
kisiyle, alınan kararları uygulama yetkisini farklı kurullara ver-
miştir. Özelleştirme Yüksek Kurulu bu anlamda karar mekanizma-
sı durumundadır. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nu düzenleyen 4046
sayılı Kanunun 3/1. maddesi aynen şöyledir:

"Başbakanın başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği bir Dev-
let Bakanı, özelleştirmeden sorumlu Devlet Bakanı (bu konuda gö-
revlendirilmiş bir Devlet Bakanının olmaması halinde Başbakanın

belirleyeceği diğer bir Devlet Bakanı), Maliye Bakanı ile Sanayi ve Ticaret Bakanından oluşan Özelleştirme Yüksek Kurulu (Kurul) kurulmuştur. Kurul, üyelerin tamamının katılımı ile toplanır ve kararları oybirliği ile alır. Kurulun sekreteryaya hizmetleri Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülür”.

Üyeleri yukarıdaki gibi belirlenen Özelleştirme Yüksek Kurulu karar açısından geniş yetkilerle donatılmıştır. Bu yetkiler, ilgili 3. maddede ayrıntılı olarak (10 bent) yazılmıştır. Bunları topluca ele aldığımızda Özelleştirme Yüksek Kurulunun yetkilerini şöyle özetlemek mümkündür. Kurul, kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına, özelleştirmeye hazırlanmasına yetkili olacak ve özelleştirme işlemlerinin tamamlanması için süre belirleyecektir. Bunun dışında, nihai devir işlemlerini onaylayacak olan Özelleştirme Yüksek Kurulu, kuruluşların küçültülmesine, faaliyetlerinin durdurulmasına, kapatılmasına veya tasfiyesine karar verebilecektir (23). Özelleştirilmesine karar verilen işletmelerin hangi yöntemlerle satışının yapılacağına, şartlarda değişiklik olduğunda işletmelerin özelleştirme kapsamından çıkarılmasına da Özelleştirme Yüksek Kurulu karar verecektir. Ayrıca, mali ve idari nitelikli gözetim yetkileri de vardır. Zira, mali nitelikli olarak, Özelleştirme İdaresi ve Özelleştirme Fonunun gelir - giderlerinin onaylanması yetkisi Özelleştirme Yüksek Kuruluna verilmiştir (m. 3/h). İdari nitelikli olarak da, Özelleştirme İdaresinin yıl içindeki uygulamaları ile gelecek yıl programlarını değerlendirerek varsa aksaklıkları giderecek tedbirleri alma yetkisi bu Kurula tanınmıştır (m. 3/ı).

Bu derece önemli kararların alınmasına yetkili olan ve mümkün olduğu kadar kısa süre içinde özelleştirme uygulamalarını gerçekleştirilmesi gereken bir kurulun çalışma tarzı eleştiri konusu olabilir. Çünkü, gerek toplantı gerek karar nisabının oybirliği olarak belirlenmesi kanaatimizce sakıncalıdır. Bunun yerine, salt çoğunluk veya ağırlaştırılmış çoğunluk benimsense daha isabetli olurdu diye düşünüyoruz. İki sebeple bunun yanlışlığını ortaya koymak mümkündür.

İlk olarak, koalisyon hükümetleri ile yönetilen ülkelerde bu işleyiş tarzı her zaman bir silah olarak kullanılmaya elverişlidir. Zira, iktidar ortağına karşı bazı hususları kabul ettirmekte zorlanan partinin ilgili bakanı oylamada sırf bu sebeple muhalif kalabilir. Böyle bir durum ya yanlış bir karar alınmasına yahut çok faydalı bir kararın alınmamasına yol açabilir.

(23) ÇİLLER, s. 10.

İkinci olarak, koalisyon hükümeti ile yönetilmese bile, Özelleştirme Yüksek Kurulu üyelerinden birisinin herhangi bir sebeple görüşmelere katılmaması veya haksız olarak muhalefet etmesi durumunda karar alınması mümkün olmayacaktır.

b) Özelleştirme İdaresi Başkanlığı

Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından alınan kararları uygulama yetkisi Kanunla Özelleştirme İdaresine verilmiştir (m. 4) Özelleştirme İdaresinin kuruluş ve görevleri 4. maddede ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kamu tüzel kişiliğini haizdir ve Başbakanlığa bağlıdır. Bu İdare geçici bir teşkilat olarak kurulmuştur. Özelleştirme çalışmaları sona erdiğinde İdare de varlığına son verecektir (m. 4/D). Sekreteryaya görevi yürütüldüğü için Özelleştirme Fonunu yönetmek de bu İdareye verilmiştir (m. 4/D).

c) Özelleştirme Fonu

Çok büyük miktarda gelir beklentisi olan özelleştirme faaliyetleri için bir fon oluşturulmuştur. Bu fon, özelleştirmeden elde edilecek gelirin belirli amaçlar dışında kullanılmasını engellemeye yöneliktir. Fonun kuruluşunu düzenleyen 9. madde aynen şu şekilde kaleme alınmıştır :

"Özelleştirme uygulamaları sonucu sağlanan tüm gelirler ile İdareye devredilen kuruluşlardan elde edilen temettümler ve özelleştirme uygulamaları çerçevesinde ihraç edilecek her türlü menkul kıymet ile diğer kıymetli evrakın satışından sağlanan gelirler, İdareye devredilen kuruluşlara sağlanan finansmandan elde edilen gelirler ve diğer mevzuat ile tahsis edilen kaynaklar ve sair gelirler, ilgili kuruluşların bütçeleri dışında T.C. Ziraat Bankasında kurulacak Özelleştirme Fonunda toplanır".

Fonda toplanan paraların hangi harcamalar için kullanılabilceği 10. maddede yine uzun uzun sayılmıştır. Kısaca özetlemek gerekirse, Özelleştirme Fonunda toplanan paralar genel bütçeye aktarılamayacağı gibi Kamu Ortaklığı Fonu hariç, herhangi bir fona transfer de edilemeyecektir. Özelleştirme Fonunda biriken kaynakların kullanımında, iş kaybı tazminatı ödenmesi ve diğer hizmetlerin verilmesi, özelleştirme kapsamındaki kuruluşların özelleştirmeye hazırlanması amacıyla idari, mali ve hukuki yönden yapılacak giderlerin karşılanmasına öncelik verilecektir (24).

(24) ÇİLLER, s. 10.

d) Özelleştirilmesine Karar Verilen İşletmelerin Anonim Şirkete Dönüştürülmesi

Ticaret hukukunda payların devri açısından en uygun organizasyon anonim şirkettir. Daha önceki kanunlarda olduğu gibi Özelleştirme Kanununda da özelleştirme kapsamına alınan kamu işletmelerinin anonim şirkete dönüştürülmesi öngörülmüştür (m. 20). Bu maddeye göre, özelleştirilmesine karar verildiği halde anonim şirket statüsünde olmayan işletmelerin anonim şirkete dönüştürülmesine Özelleştirme İdaresi karar verir. Bu işletmeler özelleştirme sürecinde kaldıkça, kuruluş açısından Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili diğer kanunlarda yer alan şartlar aranmaz (m. 20/C).

Anonim şirketin kuruluşu ve şartları Ticaret Kanununun 276 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Diğer bazı ilgili kanunlarda da kuruluşa ilişkin hükümler vardır. Bunları yok sayarak, bir kanun değişikliğiyle bazı ticari işletmenin anonim şirkete dönüştürülmesi hukuki açıdan sakıncalıdır. Çünkü sadece şirket statüsüne dahil etmek yetmez. Anonim şirkete ait ilkelerin de varlığı gerekir. Bu sebeple, kanun hazırlanırken daha titiz davranılması ve uzman hukukçulardan daha fazla yararlanılması gerekirdi (25).

III — ÖZELLEŞTİRMEYLE İLGİLİ MEVZUATIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda kısaca açıklanan mevzuat hükümleri toplu olarak değerlendirildiğinde, olumlu noktaların yanısıra birtakım olumsuzluklara değinmek gerekir.

Gerçi, 4046 sayılı Özelleştirme Kanununda kısmen giderilmiştir ama genel olarak göze çarpan eksikliklerin başında özelleştirme yöntemleri gelmektedir. Özelleştirme kavramı araştırıldığında ve dünya uygulamasına göz atıldığında birçok yöntem kullanıldığı görülmektedir (26). Ülkemizde özelleştirme kavramı ise sanki sadece "işletmenin mülkiyetinin devri" gibi anlaşılmaktadır. Bu yanlış anlayışta kamuoyuna eksik bilgi verilmesi çok önemli rol oynamıştır. Oysa özelleştirmenin daha kolay yöntemleri de bulunmaktadır. Bunların başında, yönetimin özel sektöre devri gelir. Anonim şirketler hukukunda yönetimin devri oldukça kolaydır. Özellikle kısa vadede sonuç alabilmek için uygulanacak bu yöntemde mülkiyet hakkı-

(25) Bu konudaki eleştiriler için bkz. DOMANIÇ, s. 15 - 16.

(26) Özelleştirme yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ALTINTAŞ, s. 58 vd.

nın tamamına yakın kısmı devlette kalabilir. Yönetimde imtiyaz tanımak suretiyle, anonim şirket hisselerinin küçük bir kısmının özel sektöre devri rahatlıkla mümkün olabilecektir. Kaldı ki bu yöntemin uygulanabilmesi için Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri yeterlidir (27).

Özelleştirmeyle ilgili kanunlar mutlaka uzun ve açık tartışmalardan sonra hazırlanmalıdır. Konuya sadece ekonomik açıdan yaklaşılmamalıdır. Çünkü özelleştirmenin boyutları daha fazladır. Kanaatimizce özelleştirmenin dört boyutu vardır (28), ekonomik boyut bunlardan sadece birisidir ve kısa vadeli. Asıl uzun vadede etkilerini gösterecek olan, özelleştirmenin sosyal boyutudur. Bu sebeple, geleceği iyi düşünerek iyi kanunlar hazırlanmalı ve uzmanlardan yeteri ölçüde yararlanılmalıdır. Siyasi çıkarlar özelleştirmede ön plânda tutulduğu sürece özelleştirmenin altyapısının ve uygulamasının başarılı olması düşünülemez.

IV — TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI

Uzun yıllardan beri ülke gündemini işgal eden özelleştirme konusu uygulama noktasında maalesef yeterince verimli hale getirilememiştir. Her ne kadar küçük çapta bazı özelleştirme uygulamaları olmuş ise de bunların ölçü alınması sözkonusu değildir. Çünkü, resmî kanallardan açıklanan rakamlarla, özelleştirmeden beklenen 60 milyar dolarlık gelirin şimdiye kadar çok küçük bir kısmı elde edilebilmiştir. Bu rakamın artırılabilmesi 4046 sayılı Özelleştirme Kanununun uygulamadaki başarısına bağlı olacaktır.

Özelleştirmenin hukukî boyutunun şimdilik tamamlanmış olmasıyla uygulamanın derhal artması beklenmekteydi. Nitekim, Özelleştirme Kanununun çıkmasından hemen sonra ilk büyük özelleştirme Karabük Demir ve Çelik Fabrikalarında gerçekleştirilmiştir. Ancak diğer sebeplerin yanısıra, kullanılan teknolojinin eski olması dolayısıyla, böylesine büyük bir işletme, çalışanlarının ve zararlarının çok büyük olması sebebiyle 1 (bir) lira gibi sembolik bir bedelle özelleştirilmiş ve bu derece önemli bir karar, hiçbir tartışmaya açılmaksızın, kamuoyuna bilgi verilmeksizin çok acele alınmıştır. Böyle bir uygulamanın Özelleştirme Kanununda belirlenen ilkelere bağdaştığını söylemek mümkün değildir.

Karabük Demir ve Çelik Fabrikalarından sonra da bazı irili

(27) Aynı görüş için bkz. DOMANIÇ, s. 15.

(28) Özelleştirmenin boyutlarını hukukî ekonomik, siyasî ve sosyal olmak üzere dörtlü tasnif içinde ele almak mümkündür.

ufaklı özelleştirme çalışmaları olmuştur. Ancak bunların birçoğu, özelleştirme uygulamalarının aleni (şeffaf) olacağı beyanlarıyla bağdaşmamaktadır. Bu durum özelleştirme uygulamalarının ülke gerçeklerine uygun olarak yapılmadığı düşüncesini güçlendirmektedir. Zira daha önce, gerekirse televizyonda canlı olarak yayınlanacak pazarlık ve ihaleler sonunda özelleştirmenin yapılacağı beyanları yapılmasına rağmen uygulama tam tersi doğrultuda devam etmektedir. Gerçi, özelleştirmede her zaman en fazla parayı veren kişilere satış doğru olmayabilir. Çünkü özelleştirmenin sosyal boyutu ve geleceğe ilişkin özel şartlar bazen daha az teklif verene devredilme işlemini haklı kılabilir. Ancak bunun varlığının gerçek olması ve kamuoyunun rahatsızlığının giderilmesi gerekir. Aksi halde, gelecek nesiller özelleştirme uygulamalarını, ülkenin kaynaklarının günlük siyasi ve ekonomik çıkarlar uğruna heba edildiği şeklinde hatırlayacaklardır. Oysa özelleştirmenin asıl amacı, devletin ekonomik faaliyetlerden çekilmesi, asıl fonksiyonlarına (güvenlik, temel eğitim, sağlık, zorunlu kamu hizmetleri gibi) ağırlık vermesidir. Böylelikle kamu açıkları azalacak ve gelecek nesillere daha müreffeh bir ülke devredilecektir.

Özelleştirme uygulamalarında en fazla tartışılan işletmelerden birisi Et ve Balık Kurumu olmuştur. Uzun pazarlıklar sonucu, aralarında Hak-İş Konfederasyonunun da bulunduğu teklif sahibine devredilmesine karar verilen Et ve Balık Kurumunun özelleştirilmesinden daha sonra vazgeçilmiştir. Vazgeçme kararının verilmesinde basın yayın organları vasıtasıyla kamuoyunun baskısı önemli rol oynamıştır. Bu derece büyük bir işletmenin özelleştirilmesi konusunda kısa süre içinde karar değişikliklerinin olması ve bunun medya aracılığıyla sağlanması maalesef özelleştirmeye gölge düşürmüştür. Konuyla ilgilenen kamuoyunun özelleştirmeye olan güvenleri sarsılmıştır. Zira Et ve Balık Kurumu ya özelleştirme yoluyla Hak-İş Konfederasyonuna devredilmemeli yahut özelleştirme kararından dönülmemeli idi. Çünkü aradan birkaç gün gibi kısa süre geçmiştir. Şartlarda önemli bir değişiklik olmamıştır. Önceleri, yapılan işlemlerin doğruluğunu açıklamaya çalışan siyasiler ve bürokratlar birkaç gün sonra tersini savunmak durumunda kalmışlardır. Bu örnek de özelleştirmenin siyasi boyutunun önemini ortaya koymaktadır.

Prensip olarak, işçi sendikalarının ticari işletme sahibi olmaları arzu edilmez. Çünkü sendikaların amacı kanunlarda belirtilmiştir ve işçilerin haklarını korumak amacı öne çıkmaktadır. Bu sebeple, bir işçi sendikasının aynı zamanda patron sıfatını kullanması muhtemelen yanlış sonuçlar doğuracaktır. Et ve Balık Kurumunun

özelleştirilmesi kararının iptal edilmesi bu yanlışlıkların doğmasını engellemiştir ve kanaatimizce sonuç olarak faydalı olmuştur. Ancak, önemli olan, daha özelleştirme uygulamalarının başlangıcı aşamasında böylesine tutarsız kararların verilebilmesidir. Nitekim, bu tutarsızlık sebebiyledir ki, Et ve Balık Kurumunun özelleştirilememesi sonunda özelleştirme uygulamalarının hızı kesilmiştir. Sözkonusu başarısızlıktan sonra gerçekleştirilen uygulamalar daha çok, küçük işletmeleri ilgilendirmektedir. Bu da, kanaatimize göre, özelleştirme ile amaçlanan hedeflere ulaşma süresini doğal olarak uzatacaktır.

Uygulamada ortaya çıkan başarısızlıklardan biri de kamu bankalarının özelleştirilmesi konusunda hiçbir somut girişimin mevcut olmamasıdır. Zira, Özelleştirme Kanununda kamu bankalarının iki yıl içinde özelleştirilmesi öngörülmüş olmasına rağmen bugüne kadar hiçbir çalışma yapılmamıştır. Oysa kamu bankalarının özelleştirilmesinden önemli gelir beklentileri vardı. Hükümetin yeni yapısının oluşturulması aşamasında yaşanan pazarlıklar, kamu bankalarının yakında özelleştirilmesinin söz konusu olamayacağı imajını vermektedir. Çünkü koalisyon partileri özellikle kamu bankalarının kendilerine bağlanmaları konusu üzerinde ısrarla durmaktadırlar.

V — SONUÇ

Türkiye ekonomisinin bugününü ve toplumun geleceğini yakından ilgilendiren özelleştirme konusu yaklaşık 15 yıldır ülke gündeminde yer almaktadır. Çeşitli yasal düzenlemelerden sonra gerçek anlamda özelleştirme kanunu Kasım 1994'te çıkarılmıştır. Toplumun hukuki, ekonomik, sosyal ve siyasi açıdan ilgilendiren bu Kanun da maalesef uygulamada çok etkili olamamıştır. Özelleştirme öyle bir kurumdur ki, isabetli karar alıp başarıyla uygulanması durumunda hem ülke ekonomisine hem gelecek nesillere rahat nefes aldıracaktır. Özelleştirme sırasında ülke menfaatleri kişisel ve siyasi menfaatlardan üstün tutulmalıdır. Faaliyetler gerçekten aleni hale getirilmelidir. Duruma göre, bütün özelleştirme yöntemlerinden yararlanılmalıdır.

Özelleştirme yapmaya karar veren siyasi iktidarlar bu konuda istekli, duyarlı, tutarlı, azimli ve fedekâr olmalıdırlar. Her zaman özel kanun çıkarılma ihtiyacı yoktur. Çünkü Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanununun ilgili hükümleri, anonim şirkete dönüş-

türülen işletmelerin kolaylıkla özelleştirilmesine müsaittir. Anonim şirket hisse senetlerinin devri son derece kolaydır (29). Önemli olan, özelleştirme uygulamaları öncesinde makro plânların yapılmasıdır. Aksi halde, 10-15 yıl sonra, istesek de özelleştirecek kamu işletmelerini bulamayabiliriz.

(29) Anonim şirkete ait hisse senetleri nama yazılı ise ciro ve teslimle; hamiline yazılı ise sadece teslimle devredilmesi mümkündür. Hatta, İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisse senetlerinin teslimine bile gerek yoktur.

TÜRK ÖZEL HUKUKU'NDA CESETTEN YAPILAN ORGAN NAKİLLERİ VE BU KONUDA GERÇEŞLEŞTİRİLMESİ DÜŞÜNÜLEN YENİ DÜZENLEMELER

Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI (*)

GİRİŞ

Organ, doku ya da hücre gibi insan kökenli biyolojik maddelerin, tedavi amacıyla, bir insandan diğerine veya insanın kendi vücudundan yine kendisine nakledilmesi fikri uzun yıllar öncesine dayanmaktadır (1). Bununla beraber, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında, insan kökenli biyolojik madde nakli konusunda çok önemli gelişmeler kaydedilmiştir. 1967 yılında, Güney Afrika'lı cerrah Chris Bernard'ın, Washanski adlı bir hastaya kalp nakletmesiyle bu alanda yeni bir çığır açılmıştır (2). Bu tarihten itibaren insandan insana yapılan kalp nakilleri birbirini izlemiştir.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin nakledilmesi fikri uzun yıllar öncesine dayanmakla birlikte, ilk kalp nakli ameliyatından sonra, tıp ilmiyle uğraşan ilim adamlarının yanısıra hukukçuların da dikkatleri bu konu üzerinde yoğunlaşmıştır. Çünkü giderek yaygınlaşan ve kalp naklinden sonra insan mantığına bir daha sökülüp atılamayacak şekilde yerleşen "organ nakli" fikri ve olgusu, tıbbi sorunların yanında bazı önemli hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir (3).

Zaman içinde her ne kadar kan, kornea ve ilik gibi dokuların nakli yaygın olarak yapılmaya başlandıysa da, bugün için kalp, böbrek ve karaciğer gibi organların (4) nakli, bir yandan bu organla-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Tarihçe için bak. Akıncı, 1 vd.

(2) Kopetzki, 30; Gramer, 4; Gellen, 373; Eraslan, 906; Abbasoğlu/Çakmakçı, 330; Baykal, 5; Güner, 584; Saracoğlu, Milliyet, 14.2.1967; Davas, Cumhuriyet, 6.1.1969.

(3) Tress, 1.

(4) "Organ", "doku" ve "insan kökenli biyolojik madde" kavramları için bak. Akıncı, 7 vd.

rın bulunmalarının zor oluşu, diğer yandan da ortaya çıkan hukuki sorunlar dolayısıyla çok daha fazla önem arz etmektedir. Özellikle kalp nakli yapılabilmesi için ölü bir vericiye ihtiyaç vardır. Böbrek nakilleri ise, canlı vericiden alınan böbreklerle de gerçekleştirilebilmesine rağmen, verici açısından riskli olması ve gönüllü vericilerin çok zor bulunması nedeniyle genellikle ölü bir vericiye ihtiyaç göstermektedir.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin nakli, bazı tıbbi sorunların yanısıra çok önemli hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu alanda meydana gelen baş döndürücü gelişmeler, hukukun zamanla yetersiz kalmasına yol açmıştır. Hukuk düzenimiz tarafından kişi sadece sağlığında değil ölümünden sonra da 3. kişilerin her türlü tecavüzlerine karşı korunmuştur. Bu korumanın bir sonucu olarak, ölen kişinin irade beyanı olmaksızın onun cesedinden organ alınması, başta Türk (5), Alman ve Amerikan hukuku olmak üzere pek çok hukuk sistemi tarafından hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir (6). Fakat, her geçen gün artan organ ihtiyacı, ölüden organ alınmasını kolaylaştırıcı hukuki düzenlemelerin yapılmasına yönelik bazı fikirlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bunun da ötesinde, Belçika, Avusturya ve Fransa gibi ülkeler, ölen kişinin iradesini ikinci plâna atan, hatta hiçe sayan düzenlemeler yapmışlar ve irade muhtariyeti ilkesini tersine çevirmişlerdir (7). Doktrinde de cesede sosyal bir mükellefiyetin yüklenip yüklenemeyeceği, daha açık bir deyişle, organa ihtiyacı olan kişilerin, herhangi bir cesedin sağlıklı organları üzerinde haklarının bulunup bulunmadığı hususu tartışılmaya başlanmıştır (8).

Bütün bu gelişmeler karşısında, mevcut hukuk kuralları yetersiz kaldığı için pek çok ülkede (9) ve bu arada Türkiye'de organ naklini düzenleyen kanunlar çıkarılmaya başlanmıştır. Bu kanunlarla, ölüden organ alınması konusunda kabul edilen başlıca üç tane model vardır. Bunlar, rıza ve anlaşma modeli, itiraz modeli ve zaruret modelidir. Bizim hukukumuzda ise, 2238 sayılı Organ ve Dokü Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (ONK) ile kural olarak rıza ve anlaşma modeli kabul edilmiş, istisnai olarak di-

(5) ONK, m. 14/I ile rıza ve anlaşma modeli benimsenmiş, kişinin kendisinin ya da yakınlarının rızası olmaksızın cesedinden organ alınamayacağı ve ya cesedin bilimsel amaçlarla kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır.

(6) Cartens, 105 - 108; Forkel, 599; Trockel, 493.

(7) Kopetzki, 10 - 12; Cartens, 106 - 110.

(8) Hülchenbach, 112 - 114; Kohlhaas, 1224 vd.

(9) Bu konuda bak. Bilgin 19.

ğer modellere de yer verilmiştir. Ancak, cesetten organ temini konusunda rıza ve anlaşma modelinin yetersiz kalması karşısında yeni bazı düzenlemeler yapma ihtiyacı ortaya çıkmış, bu maksatla Sağlık Bakanlığı tarafından, kanun tasarısı haline getirilmek üzere çeşitli tasarılar hazırlanmıştır. İşte bu makalede öncelikle ölüden organ alınması konusunda kabul edilen modeller ve bu arada Türkiye'de kabul edilen model incelenmiş, daha sonra hazırlanan kanun tasarıları üzerinde durulmuş ve nihayet organ temini konusunda karşılaşılan sorunlar ve çözüm yolları ile ilgili şahsi görüşlerimiz ortaya konulmuştur. Ancak hemen belirtelim ki, bu konuda maalesef fazla bir çalışma yapılmadığı için tartışmaya açık olan pek çok husus bulunmaktadır. Bu nedenle, bizim ortaya attığımız çözüm önerilerinden bazıları da başlangıçta yadırganabilir. Fakat unutulmamalıdır ki, böylesine önemli bir konuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için sorunları olduğu gibi ortaya koymak ve her türlü çözüm teklifini tüm ayrıntılarıyla tartışmak gerekmektedir.

I. ÖLÜDEN ORGAN ALINMASI KONUSUNDA KABUL EDİLEN BAŞLICA HUKUKİ MODELLER

A) Rıza ve Anlaşma Modeli (Einwilligungsmodell)

Bu modele göre cesetten organ alınabilmesi için ya kişinin sağlığında bu konuda açıklanmış müsbet bir iradesinin bulunması ya da yakınlarıyla anlaşma sağlanması gerekir (10). Şu halde, rıza ve anlaşma modeline göre öncelikle kişinin sağlığında bu konuda müsbet bir irade beyanının bulunup bulunmadığına bakılır. Eğer böyle bir irade beyanı varsa, yakınlarının rızası araştırılmaksızın ölünün organları alınabilir. Fakat ölen kişinin açıklanmış bir iradesi mevcut değilse, artık yakınlarıyla anlaşmak gerekir (11).

Daha çok Anglo-Amerikan hukuk çevresinde, bu arada İspanya, Güney Afrika ve Venezuela'da (12) benimsenmiş olan bu model, bazı Alman hukukçular (13) tarafından da kabul edilmekte ve Alman klinik uygulamalarına da uygun düşmektedir (14).

Bu modelin tercih edilmesinin en önemli sebebi, açık bir rızayı teminat altına almasıdır (15). Rıza ve anlaşma modeli kabul edildiğinde, başta hekim, alıcı ve vericinin yakınları olmak üzere nakil

(10) Kopetzki, 10; Cartens, 118.

(11) Akıncı, 89.

(12) Cartens, 105 - 106.

(13) Cartens, 118; Forkel, 599; Trockel, 493.

(14) Cartens, 118.

(15) Cartens, 118; Samson, 2035.

fiiliyle ilgisi olan herkes, vericinin bu konuda mevcut ve geçerli bir rızasının bulunduğundan, dolayısıyla naklin caiz ve hukuka uygun olduğundan emindir. Bu nedenle hukuki bir ihtilâftan endişe etmelerine gerek yoktur (16).

Bu modeli kabul eden bazı yazarlara (17) göre de, ölüden organ alınması kural olarak ona duyulan saygıyı ihlâl eder. Organ alınmasının, ölüye duyulan saygıyı ihlâl etmemesi için ölen kişinin sağlığında bu konuda açıklanmış bir iradesinin olması ya da yakınlarının rızasının alınması gerekir. Ayrıca yapılan müdahale pek yakında gerçekleşecek olan ve kaçınılması mümkün olmayan hayati bir tehlike ile karşı karşıya bulunan bir hastanın kurtarılması maksadıyla yapılmalıdır.

Hiç şüphesiz, ölünün sağlığında açıkladığı iradesine dayanılarak organ alınması en ideal olanıdır. Fakat bu genellikle mümkün olmaz. Bu durumda yakınlarının iradesinin araştırılması gerekir. Fakat yakınlarının iradesinin araştırılması bir takım psikolojik sorunları da beraberinde getirmektedir. Ölüden organ alınması dolayısıyla kendisine karşı açılan ve Almanya'da "Gütgemann kararı" olarak literatüre geçen davada Gütgemann, yakınların böyle önemli bir kararı vermek durumunda kaldıkları için kendilerini yük altında hissettiklerini ve psikolojik bir baskı altında kaldıklarını ifade etmiştir. Gütgemann'a göre insanlar hukuken bağlayıcı bir açıklama dolayısıyla böyle bir duruma düşürülmemelidir (18). Doktrinde de bazı yazarlara göre (19), yakınların bu konuda iznini almada, fiilen yapılan müdahaleden daha fazla bir ihlâl tehlikesi mevcuttur. Verecekleri kararın bir insanın hayatı üzerinde etkili olduğunu bilen yakınları böyle bir külfetle karşı karşıya bırakmaktansa, onların da daha çok güvendiği hekime karar verme yetkisinin bırakılması daha doğrudur. Zira, bu nakil ilişkisi yakınların gücünü aşacak şekilde onların psikolojik durumlarını olumsuz yönde etkiler. Böyle bir durumda net düşüncelere sahip olma, aklı selimle düşünme ve karar verme yeteneği de bu insanlardan beklenemez (20).

Öte yandan, rıza ve anlaşma modelinin alıcının haklarını gözardı ettiği eleştirisi de ileri sürülmüştür (21). Verici açısından bakıldı-

(16) Cartens, 118; Hiltchenbach, 132 - 133.

(17) Forkel, 598; Strätz, 45 vd.

(18) Cartens, 118; Ayrıca karar için bak. BGE. 101, II, 177 - 195.

(19) Glesen, 34; Heinitz, 25; Hinderling, Die Transplantation, 67 ve Organ, 423; Akünal, 26.

(20) Cartens, 119.

(21) Samson, 2034; Cartens, 119.

ğında alıcının menfaatleri önemsizdir. Ayrıca alıcının kaderi sadece vericinin ya da yakınlarının arzusuna değil, aynı zamanda bir takım tesadüflere de bağlıdır. Kendisinden organ alınabilecek olan kişinin ölümcül bir biçimde yaralanması halinde, çoğu kez onun kimliğini tesbit etmek dahi uzun zaman alabilmektedir. Öte yandan yakınların iznine ihtiyaç duyulduğunda bu kimselerin meçhul veya ulaşılamaz olması da mümkündür ki bu da alıcının aleyhinedir. Bunun gibi, ölüden organ alınması hususunda irade beyanında bulunmaya yetkili olan kimseler, organ alınmasına izin verme eğiliminde olsalar bile bir süre kararsız kalmaları ya da pasif davranmaları halinde de nakil gecikir, hatta çoğu kez mümkün olmaz. Diğer bir deyişle red beyanı dışında açıklamada bulunmama hali de alıcının aleyhine sonuç doğurur (22). Bu konuda ortaya atılan bir fikre (23) göre, alıcının hayatını tehlikeye soksa dahi ölünün hatirasına saygı duyma konusundaki hukuki değer ihlâl edilemez. Bir başka fikre göre (24) ise, ölüden organ alınacağına, iki tarafın şahsi menfaatleri gözönünde tutulur ve ağır basan taraf dikkate alınır. Nitekim rıza ve anlaşma modelinden yana olan yazarlar da, alıcının menfaatlerinin vericiye nazaran çok ağır bastığı zaruret hali durumlarında, açık bir rızanın aranmasından sarfı nazar etme gereğini duymaktadırlar (25). Böyle bir modelin katıksız bir biçimde uygulanmasının (hukuken doğru olsa bile) alıcının menfaatlerini korumadığı gibi, tıbbi gelişmeleri de engellediği ileri sürülmektedir. Bu konuda Almanya'da yapılan istatistiklere dayanılarak verilen bilgilere göre, rızalı bağış kampanyaları düzenlemek yoluyla da çok fazla organ temin edilememektedir. Gerçi bu yolla sağlığında organ bağışında bulunan kişilerin sayısında bir miktar artış sağlanmıştır. Fakat pratikte bu artış mevcut ihtiyaçlar karşısında gözardı edilebilecek bir miktardadır (26).

B) İtiraz Modeli (Widerspruchsmodell)

Başta Belçika olmak üzere, Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı kantonları (27) tarafından benimsenmiş olan (28) bu modele göre,

(22) Cartens, 119.

(23) Trockel, 493; Forkel, 599.

(24) Cartens, 120.

(25) Cartens, 120; Strätz, 52; Trockel, 493.

(26) Cartens, 120.

(27) İsviçre'nin Zürih, Appenzel ve Basei kantonlarında kabul edilen bir düzenlemeye göre, eğer ölünün ya da yakınlarının itirazı mevcut değilse, bir hastanın hayatını kurtarabilmek için gerekli olan organlar rıza olmaksızın cesetten alınabilir. Buna karşılık, Cenevre, Waadt ve Bern kantonlarında itiraz yeterli görülmemiş, ölünün ya da yakınlarının rızasının alın-

ölünün ya da yakınlarının organ alınmasına karşı herhangi bir itirazları olmadığı zaman, ölüden organ alınması caizdir. Müsbet bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alınmasını meşrulaştıran itiraz modeli, bu haliyle alıcıyı himaye etmekte, fakat, vericiye de iradesini beyan etmek suretiyle kendisinden organ alınmasını engelleme imkânı tanımaktadır (29).

İtiraz modeline göre ölüden organ alınmasının yakınların şahsiyet hakları ile ilgisinin bulunmadığı, ölenin rızası yerine bu kişilerin rızasının ikame edilemeyeceği, dolayısıyla yakınların itiraz haklarının olmadığı ileri sürülmüştür. Oysa böyle bir durumda yakınlar için de ölenin rızasının yeterli bir biçimde gözönüne alınmama tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, özellikle Almanya'da gerek eyalet, gerekse ülke düzeyinde hazırlanan tasarılar da, sadece hekimin iradesine bakılmaması, yakınların bildirebileceği hususların da gözönüne alınması istenmektedir (30).

İtiraz modelinin kabul edilmesi halinde kişinin yaşarken ve yakınlarının da öldükten sonra organ alınmasına izin vermesi mümkündür. Bu nedenle böyle müsbet bir beyanın da dikkate alınması gerekir (31).

İtiraz modeline göre, vericinin kendisinden organ alınmasını yasaklayan bir red beyanı yoksa, kabul iradesinin bulunduğuna ilişkin kesin olmayan bir karine mevcuttur. Böyle kesin olmayan bir karine anlayışı ise iki yönden vericinin veya yakınlarının menfaatlerini ihlâl edebilir. Birincisi, yakınların ölüye saygı duyulması konusunda ortaya çıkan ve korunmaya lâyık bir menfaatleri vardır. Onların bu menfaatleri, özellikle dini mülâhazalarla hareket edildiğinde alıcının iyileşmesindeki menfaatten daha aşağı mütalâ edilemez. İkinci olarak da, herkesten öldükten sonra potansiyel bir verici olarak gündeme gelebileceğini bilmesi beklenemez. Belki sadece bu konuda bilgilendirilmiş olanlardan bu husus beklenebilir. Diğer kişiler bakımından ise müsbet ya da menfi yönde bir karine koymak mümkün değildir (32).

Almanya'da hazırlanan bir nakil kanunu tasarısının gerekçesinde, itirazın bulunmamasının, en azından, ölüden organ alınması

ması şart koşulmuştur. Bu hususta bak. Hausheer, 253, N. 44; Cartens, 107 - 108.

(28) Cartens, 106 - 107.

(29) Kopetzki, 11.

(30) Cartens, 121.

(31) Cartens, 121 - 122.

(32) Cartens, 122.

ya da alınmaması konusunda bu kişinin bir menfaatinin bulunmadığının delili olduğu belirtilmiştir. Oysa, bu konuda pek çok kimseye ulaşılabilsen ve vatandaşların çoğu aydınlatılabilsen dahi, itiraz edilmemesi halinde ölüden organ almanın haklı olduğu karinesi ortaya çıkmaz (33). Zira, insanlar eğer ağır hasta veya çok yaşlı değilse genellikle ölüm ile ilgili şeyleri düşünmezler ve bu konudaki kararları sonraya bırakırlar (34). Sağlıklı bir organı olan ve henüz genç yaşta iken geçirdiği bir kaza sonucu ölen insanlar ise verici olarak daha uygundur. Çünkü vericinin genç olması başarı şansını artırır. Oysa, bu kimselerin yakınları bir aile ferdinin beklenmeyen ölümü ile şiddetli bir biçimde sarsılırlar ve bu ölüm dolayısıyla vermek zorunda buldukları pek çok karar karşısında hazırlıksız yakalanırlar. Böyle bir durumda da bu kişiler ölümden hemen sonra gerçekleşecek olan bir nakle karşı itirazlarını zamanında yapabilecek durumda değildirler. Bu nedenle, yoğun kamu oyu çalışmaları yapılsa dahi gerek ölenin, gerekse yakınların itiraz etmemesinden onların böyle bir menfaati olmadığı sonucu çıkarılamaz (35).

C) Zaruret Modeli (Notstansmodell)

Zaruret modeline göre genellikle ölünün veya yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden organ alınması caizdir. Burada kendisinden organ alınacak olan vericinin (veya yakınların) menfaati ile alıcının menfaati mukayese edilmekte ve sonuçta alıcının menfaati ağır bastığı için onun lehine karar verilmektedir. Bu düzenleme, ölen kişi aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin vermektedir. Bu yönüyle nakli son derece kolaylaştırmakta, alıcı lehine çok önemli imkânlar bahşetmektedir. Burada, vatandaşların öldükten sonra şahsiyet haklarının korunmasından feragat etme gibi bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekte ve ölünün vücuduna rıza hilafına yapılan sözkonusu müdahale bu anlayışa dayandırılmaktadır (36).

Avusturya'da 1982 yılında Sağlık Kurumları Kanunu (KAG) § 62/a-1 ile kabul edilen bu model (37), diğer Avrupa ülkelerinde pek rağbet görmemiştir.

II. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN MODEL

Bizim hukukumuzda, Organ Nakli Kanunu ile kural olarak rıza

(33) Cartens, 122 - 123.

(34) Hilchenbach, 133; Cartens, 122 - 123.

(35) Cartens, 122 - 123.

(36) Kopetzki, 10.

(37) Kopetzki, 20, N. 13.

ve anlaşma modeli kabul edilmiştir. Kanunun 14/I. maddesine göre ölüden organ alınabilmesi için bu kişinin, sağlığında, vücudunun tamamını ya da belirli organ veya dokularını, tedavi, teşhis ya da ilmi maksatlarla bıraktığını açıklaması gerekir. Eğer böyle bir açıklama yoksa sırasıyla, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası ya da kardeşlerinden birisinin, bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının izniyle ölüden organ alınabilir.

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

Bizim hukuk düzenimiz kural olarak rıza ve anlaşma modelini benimsemesine rağmen istisnaen bazı hallerde itiraz ve zaruret modellerine de yer vermiştir.

İtiraz modeli ONK. m. 14/II'de benimsenmiştir. Bu hükme göre, "aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir". Şu halde, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokularının alınmamasını isteyen kişiler, bu konudaki itirazlarını bildirmek zorundadırlar. Eğer itiraz etmemişlerse, ölenin yakınlarının rızası olmaksızın, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ölüden alınabilir (38).

Görüldüğü gibi itiraz modeli sadece ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular için kabul edilmiştir.

Zaruret modeline ise aynı kanunun 14/IV. maddesinde yer verilmiştir.

Bu fıkraya göre, kaza veya tabii afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatı sona ermiş olan bir kimseden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, hayatı organ nakline bağlı olan kimselere, "ivedilik ve tıbbi zorunluluk" bulunan durumlarda vasiyet veya rıza aranmaksızın organ nakli aypılabilir.

(38) Toroslu, 104.

Burada "ivedilik ve tıbbi zorunluluk" kavramlarından "zaruret hali"ni anlamak gerekir. Eğer böyle bir zaruret hali varsa, diğer bir deyişle, hastanın hayatı ancak organ nakli ile kurtarılabilirse ve bunun da bir an önce yapılması gerekiyorsa, ölüden organ alınabilmesi için vasiyet veya rıza aranmaz. Ancak bu şekilde organ alınabilmesi için, ölen kişi kaza veya tabii afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucu hayatını kaybetmiş olmalıdır. Ayrıca ölenin yanında 1. fıkrada sayılan yakınlarından hiçbiri bulunmamalıdır. Eğer yakınlarından bir tanesi varsa, bunun rızasının alınması gerekir. Öte yandan aynı hükme göre, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı hekimler kurulu raporuyla belgelenmek zorundadır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde adli otopsi yapılmadan önce ölüden organ alınabilir.

Kanunun bu hükmünden anlaşılan, zaruret modeline göre organ alınmasının sadece kaza veya tabii afet gibi nedenlerle vücudu ağır harabiyete uğradığı için hayatını kaybetmiş olan ve yanında da yakınları bulunmayan kimselerden yapılabileceğidir. Dolayısıyla, kanunun 14/IV. maddesi ile kabul edilen bu model, ancak istisnai durumlarda uygulanabilir.

Organ Nakli Kanunu ile kural olarak rıza ve anlaşma modeli kabul edilmiş olmasına rağmen, bu modele göre organ temininin güç olmasından dolayı, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan Sağlık Kanunu Tasarısı taslağının 9/II. maddesinde itiraz modelinin benimsenmesi öngörülmüş ancak taslak daha sonra geri çekilmiştir. Taslak ile getirilmek istenen hüküm şu şekildeydi:

"Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, ölüden bir başka insanın sağlığına kavuşması amacıyla kullanılmak üzere organ veya doku alınabilir. Bir kimse ölümünden sonra vücudunun organ ve dokularının alınmamasını istiyor ise bunu resmi veya yazılı bir vasiyetname ile belirtmesi veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış olması gerekir".

Taslak ile getirilmek istenen bu hüküm, Organ Nakli Kanunu'nun kabul etmiş olduğu rıza ve anlaşma modelini tersine çevirerek katıksız bir itiraz modeli öngörmekteydi.

Bu taslak, kamu oyunun yoğun tepkisi üzerine geri çekilmiş ancak daha sonra yeni bir taslak (39) hazırlanmıştır. 2238 sayılı ONK.-

(39) Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı" adını taşıyan taslak, geçtiğimiz yıl Başbakanlık'a sunulmuş, ancak bugüne kadar Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek Meclis'e getirilmemiştir.

nun bazı maddelerinin değiştirilmesini öngören bu taslak ile de ilk taslak da olduğu gibi itiraz modeline benzer bir model getirilmek istenmektedir. Ayrıca, sağlararası organ nakilleri ile ilgili olarak da yeni bir düzenleme getirilmekte ve yalnızca yakın akrabalar arasındaki nakle izin verilmektedir. Böylece bir yandan ölüden organ alımı kolaylaştırılırken öbür yandan sağlararası organ nakilleri sınırlandırılmaktadır. Taslağın 1. maddesi ile, ONK'nun 5. maddesi şu şekilde değiştirilmektedir :

"Madde 5 - Organ ve doku alınabilmesi için alıcı ve vericinin I. derecede akraba (ana, baba, kardeş, çocuk), II. derecede akraba (hala, dayı, amca, teyze, kuzen, yeğen, babaanne, anneanne, dede) veya evlilik (karı, koca) ilişkilerinin bulunması zorunludur."

Bu hüküm, herşeyden önce kanun yapma tekniği açısından tam bir hilkat garibesidir. Zira ilk olarak, I. ve II. derece akrabaların parantez içinde sayılması kanun yapma tekniği açısından doğru değildir. Bunun yerine "alıcı ve verici arasında III. dereceye kadar hısımlık ilişkisinin bulunması zorunludur" denilmekle yetinilebilirdi. Öte yandan yapılan bu sayma da doğru değildir. Çünkü, ikinci dereceden hısımlık olan kardeşler ana, baba ve çocuklarla birlikte I. dereceden hısımlık olarak, III. dereceden hısımlık olan hala, dayı, amca, teyze ve yeğen ile, IV. dereceden hısımlık olan kuzenler ise II. dereceden hısımlık olarak sayılmıştır. Ayrıca, sıhri hısımlık ilişkisinden de hiç söz edilmemektedir. Böylece meselâ bir kimse istese de sağlığında gelin ya da damadına böbreğini veremeyecektir.

Bunun dışında, ONK'nun 5. maddesinde böyle bir değişikliğin yapılması da kanaatimizce pek isabetli değildir. Çünkü madde gerekçesinde, organ ticaretine engel olmak maksadıyla bu hükümün sevk edildiği belirtilmektedir. Fakat organ ticaretine engel olmanın yolu sağlararası organ nakillerini yakın akrabalarla sınırlamak olmamalıdır. Zaten organ sıkıntısının had safhada olduğu ölkemizde böyle bir sınırlama hastaların organ bulmasını daha da güçleştirecektir.

Taslağın 4. maddesi ile de ONK'nun 14. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmekte, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmaktadır. 14. maddenin birinci fıkrasında yapılması düşünölen değişiklik de şu şekildedir :

"Madde 14 — Reşit her kişi, sağlığında, kendi özgür iradesiyle, organlarını, kendisinin ölümlünden sonra bir başka insanın sağlığına kavuşturulması amacıyla kullanabilmesi için bağışlayıp bağışlamadığına karar verir. Reşit olmayan kişiler ve akıf balığ kişiler için

bu seçim vasisi tarafından yapılır. Organlarını bağışlamayanlar, bunu yazılı bir beyanla belirtirler. Ölüm anında ilgili kişiye ait yazılı beyan bulunmadığında, kişinin organlarını bağışlamadığı eşinin, reşit çocuklarından birinin, anasının, babasının, kardeşlerinden birinin ya da bir yakının beyanı ile belirlenir”.

“Sahipsiz olduğu güvenlik güçlerince saptanan kişiler ölüm anında üzerinde yazılı beyanları bulunmadığında, organlarını bağışlamış olarak kabul edilirler”.

“Adli olgularda, adli otopsi, organ alım işleminden sonra yapılır ve hekim kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir”.

14. maddenin ilk fıkrası ile getirilmek istenen model itiraz modelidir. Bu hükme göre herkesin sağlığında organlarını bağışlayıp bağışlamadığına karar vermesi ve bu konudaki iradesini açıklaması gerekir. Diğer bir deyişle herkes sağlığında, bu konuda bir vasiyetname yapmak zorundadır. Reşit olmayan ve “akli baliğ” (40) kişiler için bu seçim “vasisi” (41) tarafından yapılır. Eğer bir kimse organların alınmasını istemiyorsa bunu yazılı bir beyanla belirtmek zorundadır. Ölüm anında yanında böyle bir yazılı beyan bulunmayan kişilerden artık rıza aranmaksızın organ alınabilir. Şu kadar ki, ölen kişinin yanında bulunan eşi, reşit çocuklarından birisi, anası, babası, kardeşlerinden birisi ya da bir yakını (42), bu kişinin sağlığında organlarını bağışlamamak için vasiyetname yaptığını beyan ederse, artık ölüden organ alınamayacaktır. Çünkü bu beyan kişinin sağlığında, kendisinden organ alınmasını yasakladığının bir karinesi olarak kabul edilmektedir. Ancak bu hüküm kendi içinde çelişkili ve uygulamada da bazı sıkıntılara yol açabilecek bir hükümdür. Çünkü bu hükümle, sağlığında itiraz etmemiş olan bir ölüden organ alınmasının yolu açılmak istenmektedir. Fakat aynı yol, yakınlarla tanınmış olan yetki ile fiilen kapatılmıştır. Çünkü ölüden organ alınmasının istemeyen bir yakın, ölen kişinin sağlığında kendisinden organ alınmasına itiraz ettiğini beyan etmek suretiyle organ alımına engel olabilecektir. Yakının bu beyanı gerçeğe aykırı da olsa, aksinin isbatı güç olduğundan, organı alacak hekim bağ-

(40) Burada herhalde mümeyyiz olmak kastediliyor!

(41) Burada da “vasi” tabiri yanlış kullanılmıştır. Çünkü bir kimse reşit değilse kural olarak velayet altındadır. Ancak, velisi olmayan kişilere vasi tayin edilir. Bu nedenle, “vasi” yerine “kanuni temsilci” tabiri kullanılsa daha isabetli olurdu.

(42) “Yakın” kavramından ne anlaşılması gerektiği de yeterince açık değildir.

layacaktır. Böylece, rıza ya da anlaşma olmaksızın ölüden organ alınması fiilen mümkün olmayacaktır.

Öte yandan, böyle bir modelin kabulü bizim hukukumuz açısından mümkün değildir.

Her şeyden önce, borçlar hukukumuzun kabul ettiği en önemli ilkelerden bir tanesi irade muhtariyeti ilkesidir. İrade muhtariyeti ilkesinin bir sonucu olarak borçlar hukukuna hakim olan bir diğer ilke de akit serbestisi ilkesidir. Akit serbestisi ilkesi, herhangi bir akdi yapıp yapmama istenilen tip ve muhtevada akit yapma, akdin karşı tarafını seçme ve kurulmuş olan bir akdi ortadan kaldırma serbestisi olarak bilinmektedir (43). Borçlar hukukumuzun temel ilkelerinden olan akit serbestisi ilkesinin sadece akitler alanında geçerli olduğunu düşünmek yanlış olur. Vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemler için de aynı ilkeyi geçerli kabul etmek gerekir. Taslak ile getirilmek istenen itiraz modelinin kabulü, bu ilkenin tamamen ortadan kaldırılması demektir. Çünkü, kendisinden organ alınmasını istemeyen kişiler, sağlıklarında bu konudaki iradelerini yazılı olarak beyan etmek zorundadırlar. Diğer bir deyişle, kendisinden organ alınmasını istemeyen herkes sağlığında bu iradesini açıklamak maksadıyla bir hukuki işlem yapmak zorunda bırakılmaktadır. Fakat iş bununla da bitmemektedir. Taslağın bu haliyle kabul edilerek kanunlaşması ve bu konuda başka bir düzenleme yapılmaması halinde, sağlıklarında kendilerinden ölümlerinden sonra organ alınmasına engel olmak için bir hukuki işlem yapan kişiler, bu iradelerini gösteren belgeyi (meselâ vasiyetnameyi), ölüncüye kadar sürekli olarak yanlarında taşımak zorunda kalacaklardır. Zira, öldükleri zaman böyle bir belge üzerlerinde bulunamaz, ya da organlarını bağışlamadıkları o anda yanlarında bulunan yakınları tarafından beyan edilmezse, daha önce olumsuz irade beyanında bulunmuş olmalarına rağmen kendilerinden organ alınabilecektir. Böylece kişilere hem hukuki muamele yapmak, hem de bu muameleyi sürekli yanlarında taşımak gibi bir çifte mükellefiyet yüklenmiş olmaktadır.

Diğer taraftan taslakla kabul edilmek istenen itiraz modeli, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının da ortadan kaldırmaktadır. Oysa bir kimsenin ölmeden önce cesedi üzerinde tasarruf edebilme hakkını, öncelikle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.

(43) Eren, I, 21.

(44) İşgüzar, 858.

Kural olarak herkesin kendi geleceğini belirleme hakkı mevcuttur. Cesedinin nerede ve nasıl gömüleceğini ya da ilmi amaçlarla bir kuruluşa bırakılıp bırakılmayacağını kişi önceden belirleyebilir (44). Fakat her hak gibi, kendi geleceğini belirleme hakkı da sınırsız değildir. Ancak, bu hakkın sınırlarını tayin eden özel düzenlemelere de rastlanmamaktadır (45). Bizim hukuk sistemimize göre, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlarını MK. m. 23 ve 24'e göre çok genel olarak çizmek mümkündür. Bunun yanı sıra, nakil amacıyla cesetten organ alınması konusunda, tıbbi araştırmalardaki gelişmeler ve doğrudan doğruya genel menfaatlere hizmet gibi belirli menfaatlerin kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıyla mukayese edilmesi ve buna göre bir sınır çizilmesi düşünülebilir (46).

Ölüden alınan organ genellikle bir hayatı kurtarmak amacıyla başka bir kimseye nakledilmektedir. Burada şu soru akla gelmektedir. Acaba ölümcül hastaların, herhangi bir cesedin sağlıklı organları üzerinde hakkı olabilir mi? Çeşitli ülkelerin Anayasaları, kişilere, devlete karşı bazı mükellefiyetler yüklemektedir. Fakat bu mükellefiyetler özel hukuk ilişkileri açısından geçerli değildir. Üçüncü kişilerin devlete karşı olan talepleri de cesetten organ alınması açısından kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına bir sınır getirmez. Bu durumda, cesedin sosyal durumunun ne olduğu, daha açık bir ifadeyle, cesede sosyal bir mükellefiyet yüklenip yüklenemeyeceği sorusu karşınıza çıkmaktadır (47).

Bazı yazarlar cesedi bir fayda konusu olarak düşünüp, böyle bir sosyal mükellefiyetin yüklenmesi gerektiği kanaatinde idirler (48). Öte yandan, özellikle sosyalist ülkelerde cesede birtakım sosyal mükellefiyetler yüklenmiştir (49). Hukuk düzenimiz açısından ise bu soruya da olumsuz cevap vermek gerekir. Zira, kişilere yaşarken veya öldükten sonra başkalarına yardım etme mükellefiyeti yüklenmemektedir. Dolayısıyla kişilerin kendi geleceğini belirleme mükellefiyetleri de yoktur (50).

Şu halde herkes, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, öldükten sonra cesedinden organ alınmasına izin verip vermeme konusunda serbesttir. Eğer bir kimse sağlığında açıklamış olduğu iradesiyle cesedinden organ alınmasına izin vermişse, ancak o za-

(45) Hilchenbach, 111.

(46) Hilchenbach, 112.

(47) Hilchenbach, 112 - 113.

(48) Kohlhaas, 1224 vd.

(49) Hilchenbach, 114.

(50) Hilchenbach, 111 vd.

man cesetten organ alınabilir. Aksi takdirde kural olarak cesede müdahalede bulunulamaz (51).

Bu modelin kabulü halinde ortaya çıkması muhtemel olan bir diğer sakınca ise, öldükten sonra kendisinden organ alınmasını istemeyen kişilerin bu maksatla bir hukuki işlem yapmak zorunda olduklarını bilemeyebilecekleridir. Gerçi kanunu bilmemek mazeret sayılmaz. Fakat pratik hayatta böyle bir hükmün pek çok kimse tarafından bilinmemesi mümkündür. Özellikle kırsal bölgelerde yaşayan kişilerin durumu dikkate alındığında, kanunun bilinmemesi ihtimali bir kat daha artmaktadır. Oysa böyle bir konuda kişilerin itirazlarını yapabilmeleri, herşeyden önce yapılan düzenleme hakkında bilgi sahibi olmalarına bağlıdır. Gerçi bu konuda halkın aydınlatılması düşünülebilir. Fakat böyle bir aydınlatma çalışması dahi yeterli olmayabilir. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği gibi, insanlar ağır hastalık ya da yaşlılık gibi bir sebepten dolayı ölümü kendilerine yakın hissetmedikleri sürece, ölüm ile ilgili şeyleri sürekli olarak sonraki bir tarihe ertelerler. Dolayısıyla bu konuda irade beyanında bulunulmamış olması kişinin kendisinden organ alınmasını istediği sonucuna varmayı gerektirmez (52).

Taslağın taşıdığı sakıncalardan biri de, itiraz konusunda yakınların iradesine yer verilmemiş olmasıdır. Gerçi, ölen kişi organlarını bağışlamamış ve fakat üzerinde de yazılı bir beyan çıkmamışsa, yakınların bu hususu beyan ederek organ alınmasına engel olma imkânları bulunmaktadır. Fakat ölen kişinin sağlığında hiç bir irade beyanında bulunmaması halinde yakınlarla itiraz etme hakkı tanınmamakta (53), böylece yakınların itiraz hakları ortadan kaldırılmış olmaktadır. Oysa itiraz modeline göre bir kimseden organ alınabilmesi için kişinin kendisinin ya da yakınlarının itiraz etmemesi lâzımdır (54). Yani itiraz hakkı yakınlarla da tanınmaktadır ki bu onların en tabii hakkıdır. Taslak ile bu hak da ortadan kaldırılmaktadır.

III. SONUÇ VE ŞAHSİ GÖRÜŞÜMÜZ

Görüldüğü gibi, organ nakli konusunda yeni düzenlemeler yapmak maksadıyla hazırlanan bu taslaklar bir yandan hukukun temel ilkeleri ile çelişmekte diğer yandan da ölünün yakınlarının ce-

(51) Laufs/Uhlenbruck, 772 - 773; Sturm, 699; Vogel, 625; Oartens, 26 vd.; Feuster, 112 vd.; Hinderling, Die Organtransplantation, 33 vd.; Wasmuth, 25; Bayraktar, 192; Akınal, 24; Gürzumar, 376; Toroslu, 103 - 104 vd.

(52) Akıncı, 94.

set üzerindeki haklarını ihlâl etmektedir. Ancak şu da bir gerçektir ki, Türkiye'de organ temini konusunda çok ciddi sıkıntılar çekilmektedir. Bu sıkıntıların giderilebilmesi için kadavradan organ teminine ağırlık verilmeli ve bunu kolaylaştırıcı hukukî düzenlemeler de vakit geçirilmeden yapılmalıdır. Fakat bu düzenlemeler yapılırken, "daha çok organ temin etme uğruna", vericinin ve yakınlarının hakları da, hukukun temel ilkelerinin dışına çıkılarak gözardı edilmemelidir. Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi, saf bir itiraz modelinin benimsenmesi halinde hem vericinin ve yakınlarının hakları ihlâl edilecek, hem de hukukun temel prensiplerinden önemli tavizler verilecektir. Aynı sorun saf bir zaruret modelinin benimsenmesi halinde de sözkonusudur.

Oysa, irade modelini kabul etmek ve fakat ONK. m. 14'de istisnai olarak öngörölmüş olan zaruret modelini, yapılacak olan kanuni bir düzenleme ile biraz daha genişletmek suretiyle bu soruna daha sağlıklı bir çözüm bulunabilir. Şöyle ki; bir zaruret halinin mevcut olması durumunda, ika edilen fiil ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkar. Ancak bunun için gerçek bir tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin kaçınılması mümkün olmayan zararlara yolaçabilecek nitelikte olması gerekir. Ayrıca, genellikle kabul edildiğine göre bu zarar, bir şahsa yönelik olmalıdır (55).

Borçlar hukuku açısından ise, şahsa veya mala yönelmiş bir zarar ya da derhâl meydana gelecek bir tehlikenin bulunması durumunda zaruret halinden söz edilebilir. Ancak bunun için ayrıca, zarar veya tehlikenin kaynağının malına zarar verilecek kişi olması, zarar veya tehlike dolayısıyla sadece üçüncü bir şahsın malına zarar verilmiş olması, önlenecek zarar ile üçüncü kişinin malına verilecek zarar arasında bir dengenin bulunması ve zarar ya da tehlikenin kaçınılmaz olması gerekir (56).

Görüldüğü gibi, borçlar hukuku açısından, ancak üçüncü kişinin malına zarar verilmesi halinde bir zaruret halinden söz edilebilir. Nitekim bu husus BK. m. 52/II'de de açıkça hükme bağlanmıştır. Başka bir kişinin şahsiyet haklarına, özellikle vücut bütünlüğüne veya yaşama hakkına yönelik saldırılar, ceza hukuku yönünden suç

(53) Geri çekilen taslağın ilgili hükmünde de yakınların ölüden organ alınmasına itiraz edebilecekleri yolunda bir ibare olmadığı gibi, esasen yakınlarından da hiç söz edilmemekteydi.

(54) Kopetzki, 11; Cartens, 121.

(55) Bu konuda bak. Toroslu, Zaruret, 95 vd.

(56) Eren, II, 156 - 157.

teşkil etmese bile, borçlar hukuku yönünden hukuka aykırı fiil niteliğindedir (57).

Bu durumda, hayatı yapılacak olan nakle bağlı olan ve acilen kendisine organ nakledilmesi gereken bir hasta için, uygun bir vericiden rıza olmaksızın organ alınması halinde, ceza hukuku açısından bir zaruret halinin mevcudiyetinden söz edilebilir ve yapılan müdahale suç teşkil etmez. Fakat borçlar hukuku açısından böyle bir müdahale haksız fiil olarak kalmaya devam eder. Çünkü burada yakınların ceset üzerindeki hakları ihlâl edilmiştir. Yakınların ceset üzerindeki hakları onların şahsiyet hakları çerçevesinde mütalâ edildiğinden (58), cesede yönelik böyle bir müdahaleden dolayı yakınlar lehine manevi tazminata hükmedilebilir. Bu da, organı alacak olan hekimin sorumluluk almamak için cesede müdahale etmekten kaçınmasına yolaçar. İşte bu noktada, yapılacak olan bir kanunî düzenleme ile, ceza hukuku açısından suç teşkil etmeyen bir müdahale sözkonusu olduğunda, bu müdahale özel hukuk açısından da hukuka uygun bir müdahale haline getirilebilir. Diğer bir deyişle, BK. m. 52/II'ye bir istisna getirilip, şahsiyet haklarını ihlâl eden bu tür bir müdahaleden dolayı yakınların tazminat talepleri ortadan kaldırılabilir. Ya da tazminat talep etme hakkı, kendisine organ nakledilen kişiye ya da onu sigortalayan kuruma karşı tanımlanabilir. Teklif ettiğimiz düzenlemenin haklılığı, acilen organ bekleyen ve hayatı buna bağlı olan hastanın menfaatleri ile, yakınların cesetten organ alınmaması ve ölünün hatırasına saygı gösterilmesi konusundaki menfaatleri mukayese edildiğinde daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Böyle bir değişiklikten sonra sadece, ONK. m. 14/IV'de belirtildiği gibi "kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle" hayatı sona ermiş olan kimselerden değil, her türlü vericiden, zaruret haline binaen organ alınabilir. Ancak burada, zaruret halinin hangi durumlarda mevcut olduğunun çok iyi tesbit edilmesi gerekir. Doktrinde ileri sürüldüğü gibi, Türkiye şartlarında organ bekleyen binlerce hasta varken, her halükârda zaruret halinin tahakkuk etmiş sayılması gerektiği görüşüne (59) katılmıyoruz. Zira, bir hastanın organa ihtiyacı olması ayrı şey, acilen organa ihtiyacı olması ayrı şeydir. Bir zaruret halinin mevcudiyete

(57) Von Tuhr/Peter, 422, N. 103; Eren, II, 156.

(58) Akıncı, 109; Zevkliler, 383 ve Tedavi Amaçlı, 7; Ayiter, Organtransplantation, 181 ve Şahsiyet, 143; Öztan, 118; Özsunay, 211; Ataay, 129 - 130; Tandoğan, Şahsiyet, 8, N. 24.

(59) Hacıömeroğlu, 540.

tinden söz edebilmek için, yukarıda da ifade edildiği gibi zarar tehlikesinin çok yakın olması gerekir. Bu durumda, örneğin böbrek hastası olduğu için diyaliz tedavisi gören ve bu tedaviyle daha aylarca, belki de yıllarca hayatını devam ettirebilecek olan bir hastaya aşılacak üzere cesetten böbrek alınması halinde zaruret halinden söz edilemez. Daha açık bir deyişle; zaruret halinden söz edebilmek için derhal nakil yapılmazsa hayatı bir tehlikeye maruz kalacak olan hastalara aşılacak üzere cesetten organ alınması gerekir.

Öte yandan, zaruret halinin şartları gerçekleşmişse artık ölünün ya da yakınların rızasının araştırılmasına gerek kalmamaktadır(60). Fakat, kendisinden organ alınacak olan kişi ya da onun yakınları, daha önceden bu konuda iradelerini açıklamışlar ve organ alınmasına muhalefet etmişlerse artık bu iradeye saygı göstermek gerekir.

Yapılacak olan bu hukuki düzenlemenin yanısıra, organ bağışını arttırmak için, kişileri organ vermekten alıkoyan sebeplerin tesbit edilerek ortadan kaldırılması, ayrıca bir takım özendirici tedbirlerin de alınması gerekir.

Türkiye'de cesetlerinden organ alınmasına karşı çıkan insanların büyük bir kısmı bunun dinî inançlarına aykırı olduğunu düşünmektedirler. Oysa İslâm hukukçularının (61) pek çoğu organ vermenin caiz, hatta sevaplı bir iş olduğu kanaatinde dirler. Ayrıca, Diyanet İşleri Başkanlığı (62) da organ naklinin İslâm'a aykırı olmadığı yolunda görüş beyan etmiştir. Ortadaki çelişkinin sebebi, halkın bu konuda yeterince aydınlatılmamış olmasıdır. Gerçekten de, organ nakli ile ilgili sorunlar ve naklin dinî yönü konusunda halkı

(60) Doktrinde de pek çok yazar tarafından, değişik sebeplere istinat etse de, zaruret halinin bulunması durumunda ölünün ya da yakınlarının rızası olmaksızın cesetten organ alınabileceği ve yapılan müdahalenin hukuka aykırı bir müdahale olmayacağı ileri sürülmüştür. Bu konuda bak. Kramer, 99 vd.; Laufs/Uhlenbruck, 773; Cartens, 125 vd.; Hinderling, Die Organtransplantation, 40 vd.; Die Transplantation, 67 ve Organ, 422 - 423; Schreiber/Wolfsblast, 192 - 193; Bayraktar, 192; Akunal, 26 - 28; Bayraktar, Organ, 20 - 21; Bilgin, Hayat, 56 - 57.

(61) Bu konudaki görüşler için bak. Akıncı, 25 vd.; Beki, 289 vd.; Haylamaz, 120 vd.

(62) Diyanet İşleri Başkanlığı, zaruret halinin bulunması, hastanın bu yoldan tedavi edilebileceğine hekimin kanaat getirmesi, organ veya dokusu alınan kişinin, bu işlemin yapıldığı esnada ölmüş olması ve alıcının da kendisine yapılacak bu nakle izin vermesi şartıyla, organ naklinin caiz olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, alıcının işlemiş olduğu iyilik ve kötülüklerden tamamen kendisinin sorumlu olduğu görüşüne de yer verilmiştir. Bu konuda bak. Diyanet İşleri Başkanlığı, Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 6.3.1980 tarih ve 396 sayılı kararı.

aydınlatmaya yönelik çalışmaların yeterli olduğunu söylemek maalesef mümkün değildir. Bu nedenle, halkın doğru bilgilendirilmesi yönünde yoğun çalışmalar yapılmalı ve özellikle naklin İslâm'a aykırı olmadığı hususu çok iyi anlatılmalıdır.

Öte yandan, organ bağışının dini inançlarına aykırı olmadığını düşünenlerin de pek çoğu, kendilerinden alınacak organların, istemedikleri kişilere aşılacağı endişesiyle organ vermekten imtina etmektedirler. Bu konuda fikrini sordüğümüz insanların büyük bir kısmı, organlarının kendileriyle aynı dinden olmayan kimselere aşılmasına karşı oldukları için bağış yapmak istemediklerini söylemişlerdir. Oysa bizim hukukumuzda kişilerin şarta bağlı vasiyetname yapmaları mümkündür. Diğer bir deyişle hukuk sistemimiz, bir kimsenin yapmış olduğu vasiyetname ile, organlarının belli kişilere aşılacak şartıyla alınmasına izin vermesini engelleyici hükümler ihtiva etmemektedir. Ancak bu husus da tam olarak bilinmemektedir. İşte, kamu oyu çalışmalarında halkın bu konuda aydınlatılması ya da şarta bağlı organ bağışı konusunda açık bir düzenleme yapılması, organ bağışını arttırıcı yönde önemli bir rol oynayacaktır.

Nihayet, devlet tarafından organ bağışı konusunda bazı özendirici tedbirler alınabilir. Meselâ hastanede ölen ve ölmeden önce kendisi ya da öldükten sonra yakınları tarafından organları bağışlanan kimselerin tüm hastane ve cenaze masraflarının devlet tarafından karşılanması düşünülebilir. Bu masrafları karşılayan devlet, gerekirse maddî durumu iyi olan alıcıya rücu edebilir. Böylece, hastanede belki uzun bir süre tedavi gördüğü halde sağlığına kavuşamayarak ölen hastaların, maddî durumu kötü olduğu için hastane ve cenaze masraflarını ödeyemeyen yakınlarını organ bağışına sevkedici özendirici bir tedbir alınmış olur.

BİBLİYOGRAFYA

- Abbasoğlu, O. / Çakmakçı, M. : Günümüzde Organ Transplantasyonu, Bilim ve Teknik, Kasım 1993, C. 26, S. 312, s. 825-832.
- Akıncı, Ş. : Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Basılmamış Doktora Tezi, Konya 1994.
- Akünel, T. : "2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun" Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul 1993, s. 19-30.
- Atay, A. : Şahıslar Hukuku, Birinci Ayırım, Giriş - Hakiki Şahıslar, İstanbul 1978.
- Ayiter, N. : Organtransplantation als privatrechtliches Problem, AÜHFD, 1975, C. XXXII, s. 173-184 (Ayiter, Organtransplantation).
- : Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHFD, 1968, C. XXV, S. 1-2, s. 137-144 (Ayiter, Şahsiyet).
- Baykal, A. : Organ Nakli, AD, 1969, S. 5, s. 298 vd.
- Bayraktar, K. : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- : "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun"a İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Yıl 1979, C. 1, S. 2, s. 15-22. (Bayraktar, Organ).
- Beki, A. : İslâm Hukuku Prensipleri Işığında Organ Nakli, Kayseri 1993.
- Bilgin, A. : Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, İstanbul 1968 (Bilgin, Hayat).
- Bilgin, N. : Organ Transplantasyonunun Etik ve Yasal Yönü, Doku ve Organ Transplantasyonları (Editör, M. Haberal), Ankara 1993, s. 9-26.
- Cartens, T. : Das Recht der Organtransplantation, Frankfurt am main - Bern - Las Vegas 1978.

Davas, H. : Blaiberg Bir Yaşında, Cumhuriyet, 6.1.1969.

Eraslan, Ş. : Organ Transplantasyonu ve Fizyolojik Sorunları, AÜ. Tıp Fakültesi Dergisi, 1970, C. XXIII-III, s. 892 vd.

Eren F. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara 1991, (Eren, I), Cilt II, (Eren, II).

Forkel, H. : Verfügungen über teile des Menschlichen Körpers, JZ. 1974, s. 593 vd.

Geilen, G. : Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, JZ. 1968, s. 372-396.

Gramer, E. : Das Recht der Organtransplantation, Diss. Würzburg 1981.

Güner, Ş. : Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü, AD. 1975, S. 5-6, s. 584 vd.

Gürzumar, O. B. : Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler, ABD. Mayıs 1991, S. 3, s. 364-389.

Hacıömeroğlu, B. : Hukuk Açısından Organ ve Doku Nakli, "Transplantation" ABD. Ağustos 1991, S. 4, s. 437-548.

Hausheer, H. : Arztrechtliche Fragen, SJZ. 1977/16-17, s. 245-255.

Haylamaz, R. : İslâm Hukukuna Göre Organ ve Doku Nakli, İzmir 1993.

Hilchenbach, F. : Die Zülässigkeit von Transplantaten nahmen vom toten Spender aus Ziviltrechtlicher sicht (unter besonderer Berücksichtigung der Zustimmungfragen) Diss. Heidelberg 1973.

Hinderling, H. : Die Organtransplantation, der heutigen Sicht des Juristen, SJZ. 1979/3, s. 37-43 (Hinderling, Die Organtransplantation).

————— : (Çev. Erdener Yurtcan), Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları, MHAD. 1969, S. 5, s. 419-425 (Hinderling, Organ).

İşgüzar, H. : 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlâli Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, ABD. 1990, S. 1-6, s. 855-876.

Kohlhaas, M. : Rechtsfolgen von Transplantationseingriffen, NJW. 1970/28, s. 1224-1226.

- Kopetzki, C. H. : Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, Wien - New York 1968.
- Kramer, H. J. : Rechtsfragen der Organtransplantation, München 1987.
- Laufs, A./ Uhlenbruck, W. / Genzel, H. / Kern, B. R. / Krauskopf, / D. Schlund, G. H. / Ulsenheimer, K. : Handbuch des Arztechts, München 1992. (Laufs/Uhlenbruck).
- Özsunay, E. : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu 5. Basım, İstanbul 1982.
- Öztaş, B. : Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1990.
- Peuster, W. : Eigentumsverhältnisse an Leichen und ihre transplantationsrechtliche Relevanz, Dissertation, Klön 1971.
- Samson, E. : Legislatoische Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichenteilen, NJW. 1974/45, 2030-2035.
- Saracoğlu, K. : Washanski'nin Takma Kalbi, Milliyet, 14.12.1967.
- Schreiber, H. L. / Wolfslast, G. : Ein Entwurf für ein Transplantationsgesetz, MedR. 1992/4, s. 189-195.
- Strätz, H. W. : Zivilrechtliche Aspekte der Rechtstellung des Toten Unter besonderer brücksichtigung der Transplantationen, Paderborn 1971.
- Sturm R. : Zum Regierungsentwurf eines Transplantationsgesetzes, JZ. 1979, s. 697-702.
- Tandoğan, H. : Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD. 1963, S. 1-4, s. 1-36 (Tandoğan, Şahsiyet).
- Toroslu, N. : Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968 (Toroslu, Zaruret).
- Toroslu, N. : Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD. 1978, XXXV. S. 1-4, s. 91-118.
- Tress, P. : Die Organtransplantation aus Zivilrechtlicher Sicht, Mainz 1977.
- Trockel, H. : Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, NJW. 1970/12, s. 489-494.

Vogel, H. J. : Zustimmung oder Widderspruch, NJW. 1980/12, s. 625
vd.

von Tuhr / Peter : Allgemeiner Teil des Echweizerischen Obligation-
enrechts, Band I, Zürich 1979.

Wasmuth, C. E. : Legal Aspects of Organ Transplantation, Read at
the 40th Congres of the International Anescnesia Research
Society, February 27-Marc 3, 1966, Bal Harbour, Florida, Anesthesia
And Analgesia, C. 46, No. 1, 1967, s. 25-28.

Zevkliler, A. : Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişi-
ler Hukuk, Aile Hukuku, İzmir 1992.

————— : Tedavi Amaçlı Müdahelerle Kişilik Hakkına Saldırı-
nın Sonuçları, DÜHFD S. 1, s. 1-37 Zevkliler, Tedavi amaçlı).

LİMİTED ŞİRKEİ ORTAK ve YÖNETİCİLERİNİN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUKLARI

Yrd. Doç. Dr. Kürşad Nuri TURANBOY (*)

I — KONUNUN TAKDİMİ

Son zamanlarda, Federal Mahkemenin Limited Ortaklıktaki ortak ve yöneticilerinin culpa in contrahendo sorumluluklarına ilişkin bazı kararları dikkat çekmektedir. Mahkeme kararlarının konusu, Limited ortaklık ile iş ilişkisine girmiş alacaklı tarafın, bu alacağının Limited Ortaklığın finansal sıkıntıları sebebiyle yerine getirememesi sebebiyle, zarara uğraması ve bu zararın giderilmesi hususunda sorumluluğun kime yükleneceğidir.

Mahkeme kararlarında durum, Limited Ortaklıklarla alakalı kanun çerçevesi dışına da çıkılarak incelenmiştir. Limited Ortaklık için düzenlenmiş kanunun getirdiği esaslara göre Limited Ortaklıktaki, ortak ve yöneticilerin sorumlulukları sınırlı olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan Türk Hukuku da Alman Hukukuna uymaktadır. TTK, mad. 532/Te göre sermaye borcunu ödeyen ortağın sorumluluğu sona ermektedir. Yani Limited Ortaklıkta, ortaklar için getirilen sorumluluk esaslarına göre, alacaklıların ortaklara başvurma imkanı bulunmamaktadır. Bu ilkeyi "ortaklar, ortaklık alacaklısına karşı sorumlu değildir" şeklinde ifade edebiliriz. Alacaklılara karşı sorumlu olan ortaklığın tüzel kişiliğidir.

Limited Ortaklıklarda Türk Hukuku, ortakların ortaklık alacaklıları karşısındaki durumunda Alman Hukuku ile aynı düzenlemeyi getirmiştir. GmbHG, parag. 13/II'e göre ortaklık alacaklılarına karşı sadece ortaklık malvarlığı ile, ortaklık tüzel kişiliği sorumlu bulunmaktadır. Bu esasın dışında, Limited Ortaklıktaki ortak ve yöneticilerinin ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluklarını sağlayacak genel bir hüküm mevcut değildir.

Türk - Alman Hukukunda düzenlendiği şekilde Limited Ortak-

(*) Selçuk Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

lık sorumluluk hukuku düzeninde getirilen esaslar, ortak ve yöneticiler için Anonim ortaklıkta getirilen esaslara benzemektedir. Ancak, Federal Mahkeme Kararlarına konu olan aşağıda vereceğimiz bazı hallerde GmbHg.'nin Limited Ortaklıklar için getirmiş olduğu sorumluluk esaslarını uygulama imkanı hem bulunmamakta hemde bu esasların uygulanması alacağını elde edememiş alacaklılar için haksız durumlar ortaya çıkacaktır. Anılan kararlarda, ortaklıkteki ortak ve yöneticiler ortaklık ile iş ilişkisinde bulunan alacaklı tarafı ya Limited Ortaklığın finansal durumunun kötüleştiği hakkında aydınlatmayarak aydınlatma mükellefiyetine uymamakta ya da hileli davranışlar ve aldatma ile veya belli garantiler vererek Limited Ortaklıkla hukuki bir münasebete yönelterek onun bu hususta hukuk düzenince himaye edilmiş bir insiyatifini ihlâl etmektedirler. Bu durumda Limited Ortaklık ile hukuki bir münasebete girmiş olan alacaklı taraf, Limited Ortaklığın finansal durumunun kötüleşmesi, ödemede bulunmaması sebebiyle zarara uğramaktadır ve bu zararın giderilmesi hususunda Limited Ortaklığının sorumluluğunun yetersiz kalması ile karşılaşılabilir.

Böyle bir durumda alacaklı tarafı sözleşme yapmaya iten ya da teşvik eden, ortaklığın finansal durumu hakkında garanti sağlayan ortak ve yöneticilerin alacaklıya karşı ilk elde sorumluluğunu kabul etmemek hakkaniyete aykırı olacaktır. Çünkü ortak ve yöneticilerinin alacaklılara karşı sorumluluklarını sağlayacak başkaca bir hüküm mevcut değildir.

Gerek BGB. parag. 826, 823'lerinde yöneticiler için düzenlenmiş özel haksız fiil sorumluluğu için, gerekse de StGB. parag. 263'de (Einhungbetrug) için öngörülen şartlar burada oluşmamakta ve bu hükümlerin uygulanma şansı bulunmamaktadır. Burada sadece karşı tarafın akit yapmasına sebebiyet vererek, bununla karşı tarafın himaye gören bir durumunun ihlâli sözkonusu olmaktadır. Karşı taraf için getirilmiş himaye, aydınlatma mükellefiyetinin yerine getirilmemesi ile ihlâl edilmekte ve sözleşme yapılmasına sebebiyet verilmektedir.

Bu noktada Limited Ortaklıkta ortak ve yöneticiler için Limited Ortaklıktan fazla olmamakla birlikte, onun sorumluluğunun yanında yeralan özel bir sorumluluk öngörülebilir. Bu sorumluluk Ortaklık adına hukuki ilişkilere yön verecek, yapılmalarını sağlayacak ortak ve yöneticilerin bu yolda yapacakları teşebbüslerden doğmaktadır. Bu sorumluluk, GmbHC. parag. 13/I'de öngörülmüş olan sorumluluğun yanında yeralan şirket alacaklılarının zarara uğramalarını önleyebilecek özel bir sorumluluktur.

Bu özel sorumluluğun kaynağını ise, bir himayenin ihlali, aydınlatma mükellefiyetine riayetsizlik ve genel olarak davranış kaidelerine aykırılık teşkil etmektedir. Muhtevası bu şekilde tespit edilen böyle bir sorumluluk kaynağını, sözleşme - haksız fiil - sebebsiz zenginleşme sorumlulukları arasında yer alan "culpa in contrahendo sorumluluğundan" alabilir.

Culpa in contrahendo sorumluluğu ise kaynağını, MK. mad. 2/T'den yani dürüstlük kaidesinden almaktadır. Bu sorumlulukta hukuki ilişkilere girme aşamasında, tarafların müzakereler esnasında birbirlerine karşı duydukları itimat ile gerçekleri açıklama, doğması muhtemel zararları önleme, karşı tarafın çıkarlarını koruma, ortaya çıkan yeni durumları bildirme şeklindeki özen ve gözetme borcunun taraflar arasında özel bir hukuki ilişki oluşturduğu ve bunun ihlalinin bir mükellefiyeti ihlali gibi değerlendirilmektedir.

Limited Ortaklıkta ortak ve yöneticilerinin culpa in contrahendo sorumluluklarından bahsetmek için öncelikle özel bir sorumluluk türü olan culpa in contrahendo sorumluluğundan genel olarak bahsetmek gerekecektir. Diğer altbaşlıkta genel olarak incelenecek culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında kavramsal ve sorumluluğun kaynağı bakımından ileri sürülen görüşlere konunun alakası çerçevesinde temel bilgilere yer verilecektir.

II — CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

A — Culpa İn Contrahendo Kavramı ve Sulpa İn Contrahendo Sorumluluğunun Kaynağı

1 — Culpa in contrahendo kavramı

Culpa in contrahendo müessesesi akit öncesi, akit yapmaya yönelik müzakereler sırasında tarafların birbirlerine karşı yüklenmiş oldukları birtakım mükellefiyetlerin yerine getirilmemesi manasında karşımıza çıkan hukuki bir müessesedir (1).

Doktrinde ve uygulamada, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında bir takım mükellefiyetlerinin bulunduğu hususunda bir hukuki mesnet aranmaya çalışılmıştır. Buna göre, tarafların birbirlerine duydukları varsayılan itimat neticesinde gerçekleri açıklama, doğması muhtemel zararları önleme, karşı tarafın çıkarlarını koruma ve ortaya çıkan yeni durumları bildirme, sözleşmenin hedeflerinin gayeye ulaşabilmesine hizmet etmekle mükelleftirler. Bu karşılıklı mükellefiyet, taraflar arasında özel bir hukuki ilişki meydana

(1) İnan; s. 878.

na getirmektedir. Bu ilişki genel ve objektif kaideler gereği vücut bulan ve fakat taraflar arasında şekillenen özel ilişkiler sebebiyle özel ve subjektif olarak bir kıymeti olan sosyal ilişki mahiyetindedir (2).

Bu mükellefiyetin yerine getirilmemesi, sözleşme müzakereleri esnasında yapılmış kusurlu bir davranış olarak kabul edilerek tazminat borcu doğurur.

2 — Culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağı ve mahiyeti

a) Culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağı

Culpa in contrahendo sorumluluğu öncelikle taraflar arasında oluşmuş bir bağ neticesinde ortaya çıkan mükellefiyetlerinin ihlâlidir ki bu ihlâl edilmemesi gereken mükellefiyetler dürüstlük kaidesinden ortaya çıkmaktadır (3).

Bugün genellikle kabul edildiği üzere tarafların yüklenmiş oldukları bu mükellefiyet, müzakerelere başlanıldığı anda doğmakta ve kaynağını da MK. mad. 2/1'den almaktadır.

b) Culpa in contrahendo sorumluluğunun mahiyeti

Culpa in contrahendo sorumluluğunun yüklediği borç türleride şu şekilde sıralayabiliriz :

1 — Aydınlatma ve açıklama mükellefiyeti : Bu mükellefiyet halen mevcut olan ya da değişen durumlara ilişkin olabileceği gibi yine bu durumlara ilişkin hususlarda süsma şeklinde de tazhür edebilir.

2 — Tarafların var olmayan durumları bildirerek varılmak istenen hukuki işlemin oluşacağını umudunu uyandırması ve böylece karşı tarafın bu yolda yapacağı masraflarla zarara uğramasına sebep olmak.

3 — Hukuki bir ilişkiye girme safhasında yapmış olduğu davranışlarla karşı tarafın kendisi veya malvarlığına ilişkin zararları önlemek şeklindeki özen mükellefiyeti.

B — Culpa In Contrahendo Sorumluluğunun Mahiyeti Hakkındaki Görüşler

1 — Haksız Fiil Görüşü

Bugün artık terkedilmiş olan bu görüşe göre, tarafların sözleş-

(2) Ulusan; s. 301.

(3) Ulusan, s. 302.

me öncesi ilişkiler için bir sorumlulukları bulunmamaktadır. Bu safhada sorumluluğun haksız fiilden doğabileceği kabul edilmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğun haksız fiil sorumluluğunun özel bir hali olarak değerlendirilmelidir.

Bu görüş taraftarları müzakereler esnasında hukuki manada kendilerini sonuçlar bağlayacak ilişkiler içinde görmemektedir. Görüşün dayanmış olduğu başlıca prensip "akidsiz akdi sorumluluk" olmaz şeklinde ifade edilebilir. Sorumluluğun kaynağını da kimseye zarar vermeme, gerekli özeni gösterme şeklinde genel bir mükellefiyetini ihlâl teşkil etmektedir.

Ancak, sözkonusu müzakere ve ilişkilerin belirli kişiler arasında cereyan ettiğini düşünecek olursak, bu genel mükellefiyetin somut ve özel bir hale geldiğini kabul etmek gerekir. Karşılıklı olarak belirli kişiler arasında bazı somut mükellefiyetlerin ihlâli sözkonusu olacağından, haksız fiil görüşü hakkaniyet ve doğruluk yönünden artık taraftar bulamamaktadır (4).

2 — Akit Görüş

a) Doğacak akit görüşü

Buna göre müzakerelerde ortaya çıkan ilişki, yöneltilen sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımakta, tam tersine onunla bir bütün oluşturmaktadır (5).

b) Bağımsız işlem görüşü

Akit görüşünün aksine, müzakereler esnasında yüklenilen mükellefiyetler ve yönelilen hukuki ilişki arasında bir ayırım bulunmaktadır. Buna göre müzakereler safhasında kurulacak sözleşmeden ayrı bir hukuki ilişki oluşmaktadır (6)

III — LİMİTED ORTAKLIKTA ORTAK ve YÖNETİCİLERİNİN CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUKLARI

A — Genel Olarak Limited Ortaklıkta Ortak ve Yöneticilerin Sorumlulukları

Limited Ortaklıkta ortaklığın idare ve temsili hususunda TTK. da getirilen esaslara göre, bütün ortaklar esas olarak ortaklığı birlikte idare ve temsile yetkilidirler.

(4), İnan; s. 880 - 885; Ulusan; 301; Serozan; s. 17.

(5) Ulusan; s. 305, 306.

(6) Ulusan; s. 306, 307; İnan; s. 880.

TTK. mad. 540'a göre, "Aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar.

Şirket mukavelesi veya umumi heyet kararı ile şirketin idare ve temsili ortaklardan birine veya birkaçına bırakılabilir..." Ayrıca TTK. 441. mad.'ne göre de "Şirketin idare ve temsili ortak olmayan kimselere de bırakılabilir. Bu gibi kimselerin selahiyet ve mesuliyetleri hakkında ortak olan müdürlere ait olan hükümler uygulanır."

Temsil ve idare yetkileri bu şekilde belirlenen Limited ortaklıkta müdürlerin veya temsile yetkili olan diğer şahısların (idareye iştirak eden ortak ve diğer temsilciler) sorumlulukları TTK. 556. mad.'ye göre belirlenecektir.

Madde hükmüne göre temsil yetkisini haiz bu kişilerin sorumlulukları hakkında Anonim Ortaklık için öngörülen sorumluluk hükümleri geçerli olacaktır. Türk hukuku ortakların sorumluluğu hususunda olduğu gibi ortaklığı temsile yetkili yöneticilerin sorumluluğu hususunda da Alman Hukukuna benzeyerek, Anonim Ortaklık için öngörülen hükümlere yollamada bulunmuştur (7).

1 — İç İlişkide Ortakların Sorumluluğu Hususunda Getirilen Hükümler

Ortaklık iç ilişkisinde ortakların asli borcu, ortaklık sözleşmesi ile yükledikleri sermaye borcunu yerine getirmektir. Sözü edilen bu borcun yerine getirilmesi ile ortağın borcu (sorumluluğu) sona ermektedir. Ortağın sermaye borcu, ortaklığın kişiliğine karşı yüklenmiş olduğu bir borçtur.

Bu hükmün manası, "ortaklığa karşı sermaye borcunu yerine getiren ortağın, ortaklık alacaklılarına karşı artak bir sorumluluğu kalmayacaktır" olacaktır. Aslında sermaye borcunu henüz yerine getirmemiş ortağın ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğu doğrudan doğruya değil ancak dolayısı ile olan bir sorumluluktur. Yani, ortaklar ve ortaklık alacaklıları arasında hukuki bir bağ bulunmakta, ortaklık alacaklılarının ortağın sermaye borcunu yerine getirmesi hususunda ne doğrudan doğruya ne de dolayısı ile bir talep hakları bulunmaktadır (8).

Ortakların iç ilişkide sermaye borcunu yerine getirmesi halinde, diğer ortakların bu açığı kapatma hususunda istisnai olarak sorumlu oldukları şeklinde bazı hükümler GmbHG. de bulunmaktadır.

(7) Çamoğlu; s. 505.

(8) Peroy-Tekinalp-Çamoğlu; s. 736; Arslanlı; s. 311 - 312.

Bunlar: GmbHG. parag. 21'e göre, sermaye borcunu yerine getirmemiş olan ortağın bütün ortaklık haklarından mahrum edilebilmesi, parag. 22'e göre, çıkarılan ortağın payını deralanlar için ek-sik kalan kısım için başvurabilme (seleflere başvurabilme), parag. 23'e göre, sermaye borcunu yerine getirmeyen ortağa ait payın açık artırma ile satılabilmesi, bütün bu yollar tükendikten sonra parag. 24'e göre alacaklıların korunması gereği, diğer ortaklara açığı kapatma yani diğer ortakların yerine getirilmeyen sermaye borcunu payları oranında yerine getirmesi mükellefiyetleridir.

2 — Ortak ve Yöneticilerin Dış İlişkide Sorumlulukları

Daha önce de belirtildiği gibi ortak ve yöneticilerin sorumlulukları, Anonim Ortaklık için öngörülen sorumluluk hükümlerine paralellik arzeder. Dış ilişkide sorumluluğun manası, ortaklık alacaklılarının ortak ve yöneticilere başvurabilmesidir. Limited Ortaklık için öngörülen hükümlere göre alacaklılar ile ortak yöneticiler arasında doğrudan veya dolayısı ile bir bağ kurulmamıştır. TTK. mad. 556. ve 336. gereğince ortaklık temsilci ve müdürleri ortaklık adına ve hesabına yaptıkları işlemlerde bunların şahsi sorumlulukları bulunmayacaktır (9).

Sonuç olarak, bu esaslar çerçevesinde ortaklık alacaklısı, alacağına ilişkin taleplere ancak ortaklık malvarlığına karşı ileri sürebilecektir. TTK. mad. 532/III ve 531. ve GmbHG parag. 21. ve devamında öngörülen açığı kapatma ve selef sıfatı ile sorumluluk hükümleri ile alacaklılar korunmaya çalışılmıştır. Ancak bu istisnai durumlarda da ortaklar alacaklılara karşı doğrudan doğruya sorumlu değildir. Bu hallerde ortaklar sadece ortaklığa karşı sorumludurlar (10).

B — Ortak ve Yöneticilerin Culpa İn Contrahendo Sorumlulukları

Son yıllarda Federal Mahkemenin ortaklık ortak ve yöneticilerinin Limited Ortaklığın bazı borçlarından dolayı sorumlu olduklarına dair kararları dikkat çekmektedir. Kararlarda Limited ortaklığa kredi sağlamış fakat Limited Ortaklığın ödemede bulunmaması sebebiyle zarara uğramış kişilere karşı ortak ve yöneticilerin culpa in contrahendo sorumluluklarının bulunup bulunmadığı incelenmiştir.

Sözkonusu alacaklıların taleplerinin yerine gelmesi, Limited Or-

(9) Çevik; s. 257 vd.

(10) Çamoğlu; s. 513.

taklığın ödeme imkanının kalmaması ve ya da zayıflaması sebebiyle mümkün görülmemektedir.

Federal Mahkemenin konu ile ilgili incelenecek ilk kararında, Limited Ortaklıkta ortak yöneticilerine sorumluluk öngörülmüştür. Mahkeme kararına konu olan hadisede Limited ortaklığa uzun süredir kredili malzeme temin eden alacaklının, taleplerinin bu talepleri yerine getirecek ortaklığın bu hususta çok fazla bir imkanı bulunmadığı görülmektedir. Limited ortaklık aşırı borçlu durumdadır. Federal Mahkeme aşırı borçlanma ve ödeme kabiliyetsizliğini iflas sebebi saymakta ve buradan hareketle sözleşmenin kurulması safhasında ortaklığın aşırı borçlu durumu ve ödeme kabiliyetsizliği hususunda ortak ve yöneticilerin aydınlatma mükellefiyetleri olduğunu belirtmektedir. Söz konusu davada da davacı bu aydınlatma mükellefiyetine uymayan davalı ortak ve yöneticilerden tazminat talep etmektedir. Hadisede, odun teslimatında bulunulacak limited ortaklıkta ortak ve yöneticilerin bu teslimatla alakalı olarak sıkı iktisadi menfaatleri mevcuttur. Bu sıkı iktisadi menfaatleri sebebiyle ortak ve yöneticilerin şahsi mesuliyetlerine işaret olunmaktadır.

Mahkeme kararına göre, burada limited ortaklığın GmbHG. parag. 13.'deki esaslara uyularak tek başına sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olacaktır. Böyle bir düşünce ortak ve yöneticilerinin sorumluluk bakımından ortaklıkla olan bağımsızlığının kötüye kullanılmasına sebebiyet verir (11).

Buna, benzer bir durum da Federal Mahkemenin başka bir kararında bulunmaktadır. Burada da bir ortaklık müdürü ve birden çok ortak dava edilmiştir. Dava, ortaklık ile uzun müddettir iş ilişkisi içinde bulunan alacaklı tarafından, limited ortaklıkca geç ödemede bulunulması sebebiyle açılmıştır. Karara konu olan hadisede, Limited ortaklık iktisadi sıkıntı içerisinde bulunmakta ve ödemeleri yerine getirmesi son derecede şüpheli görülmektedir. Bunlardan başka, limited ortaklığın finansal durumunun iyi olduğu hakkında davalılardan birinin kardeşi garanti vermiştir.

Anılan ilk kararda yer alan hadisede de şirket yöneticisi ve teslimatta bulunan kişiler arasında şahsi bir itimat bulunmaktaydı. Burada da uzun senelerdir devam eden iş ilişkisi sebebi ile şahsi bir itimadına bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca burada, ortaklığın finansal durumunun iyi olduğu davalının kardeşi tarafından garanti edilmektedir. Mahkeme kararına göre, limited ortaklık iş ilişkilerine girerken, bu iş ilişkilerinde ortak ve yöneticilerin dolayısı ile

(11) ZEP 1982, 1435=NJW 1983, 676, Brandner; s. 54.

alakalarının bulunduğunu kabul etmek doğru değildir. Ortak ve yöneticilerin bu iş ilişkileri bakımından iktisadi menfaatleri gözönünde tutulmak gerekir (12).

Görüldüğü gibi mahkeme kararlarında ortak ve yöneticilerin, limited ortaklığın yerine getirmediği ödemelerden dolayı sorumlu tutulması, bu ortak ve yöneticilerin girişilen hukuki işlemlerde iktisadi menfaatlerinin bulunmasına da bağlı tutulmuştur.

1 — Ortak ve Yöneticilerin Culpa in Contrahendo Sorumluluklarının Limited Ortaklık Sorumluluk Düzeni İçerisindeki Yeri

Limited ortaklıkta ortak ve yöneticilerin sorumlulukları hususunda daha önce genel olarak bilgi verilmişti. İlgili hükümlerle getirilen esaslara göre ortak ve yöneticilerin sorumluluğu Limited ortaklığa bağlı olan bir sorumluluktur. Bu sorumluluk limited ortaklığa karşı sermaye borcunun yerine getirilmesinden ibarettir. Ortaklık alacaklılarının yöneleceği taraf ortaklık tüzel kişiliğidir ve ortaklar için öngörülmüş olan açığı kapatma ve selef sıfatı ile sorumluluk da alacaklılara ortak ve yöneticilere karşı doğrudan bir talep imkanı sağlamaktadır.

Oysa ortak ve yöneticilerin culpa in contrahendo sorumlulukları ortaklık alacaklılarına meydana gelen zararın doğrudan ve ortaklıkta olan ilişkiden bağımsız olarak giderilmesi imkanını vermektedir. Ortaklık alacaklılarının limited ortaklıkla girişilen hukuki ilişki neticesinde alacağın tatbik edilmemesi halinde doğruluk ve güven kuralları, hakkaniyet gereği ve ayrıca aranan bazı şartların oluşmasıyla (ki bu şartlar diğer alt başlıkta incelenecektir.) oluşan zararın giderilmesi gereğinden doğmaktadır.

Ayrıca sözkonusu zararın giderilmesi hususunda ortaklık yöneticileri için, zarar kastı ve kusurlu davranışta, BGB. parag. 826-823'te öngörülen zel haksız fiil sorumluluğu ve StGB. parag. 263'te öngörülen hükümlerin uygulanması imkanı da bulunmamaktadır (13).

Burada sadece sözleşmenin karşı tarafının sözleşme yapmasına sebebiyet verilerek onun korunması icap eden bir durumunun ihlali ve bu ihlâl sebebi ile doğan zararın giderilmesi hususunda bir sorumluluk sözkonusu olacaktır. Bu sorumluluğun çıkış noktasını da aydınlatma mükelefiyeti teşkil edecektir. Sözleşmenin karşı tarafına karşı getirilmiş aydınlatma mükellefiyetinin ihlali ile alacaklı

(12) BGH ZIP 1983, 428=NfW 1983, 1607, Brandner; s. 54.

(13) Brandner; s. 56.

için sağlanmış olan himaye ihlâl olunmakta ve böylece sözleşmenin yapılmasına sebebiyet verilmektedir.

Limited ortaklıkta ortak ve yöneticilerin culpa in contrahendo sorumluları sorumluluk düzeni içerisinde özel bir yer alacaktır. Bu sorumluluk, ortak ve yöneticilerin genel sorumluluğu dışında, limited ortaklığın alacaklılara karşı sorumluluğu yanında yer alan ve bu sorumluluktan fazla olmayan bir sorumluluktur. Yani özel ve şahsi bir mahiyet taşımaktadır.

2 — Ortak ve Yöneticilerin Culpa İn Contrahendo Sorumlulukları İçin Gereken Şartlar

Federal mahkeme, ortak ve yöneticiler için böyle bir sorumluluk öngörülebilmesi için sözleşmenin kurulmasında ortak ve yöneticilerin bunda menfaatlerinin bulunması ve bunların sözleşmeye taraf olacak kişilerin karar verme safhasında mühim durumları bildirmemelerini yeterli görmektedir (14).

Bu durum hakkında Federal Mahkemenin başka bir kararı da bulunmaktadır. Burada bir maden sendikası yönetim kurulu üyesine karşı dava açılmıştır. Sendikaya sözleşmeye uygun olarak satış değeri üzerinden teslimatta bulunulmaktadır. Ancak aktin kurulması safhasında meydana gelen kredi durumuna ilişkin çok sayıda değişiklik sebebi ile yerine getirilecek eda kısmen kaybolmuştur. Kararda, davalı yönetim kurulu üyesinin kaybolan peşinattan dolayı yüksek bir tazminatı ihtiva eden şahsi mesuliyeti kabul olmuştur. Davalının, sözleşmenin yapılmasında özel bir menfaati bulunmaktadır. Çünkü sendikanın % 85 hissesini elinde tutmakta, ayrıca % 15 hissede ailesine ait bulunmaktadır (15).

Başka bir kararda, aynı çizgide olmakla birlikte buradaki hadisede Limited Ortaklık yöneticilerinin sorumlulukları kabul edilmemiştir. Çünkü burada ortaklık yöneticilerinin iş görüşmeleri devam ederken uyulması icabeden mükellefiyetleri ihlâl edindikleri kabul edilerek sorumluluklarına gidilmemiştir (16).

Federal İş Mahkemesinin bir kararında buna benzer bir durum bulunmaktadır. Komandit ortaklıkta memur olan şahsın ödeme zorluğunu saklamasında bunun ortak ve şirket yöneticisi olarak sorumluluğundan ve taahhüde aykırılıktan sözedilmemiştir. Ortaklık yöneticisinin % 50 katılma payına rağmen ödeme yapılmamasından dolayı doğan sorumluluk kabul edilmemiştir. Karara göre yönetici-

(14) BGH WM 1963, 160, Brandner; s. 55.

(15) BGH WM 1967, 481, Brandner; s. 56.

(16) BGH WM 1977, 73, Brandner; s. 56.

nin sağlamış olduğu güvenirlilik sözleşmenin yapılması safhasında rol oynamakla birlikte bu safhada onun menfaati sadece ortaklık yönetici ve ortağın olması sıfatı ile sınırlı kalmıştır. Böylece bu kişinin ortaklık yerine sorumlu tutulması haksız bulunmuştur. Kararda, vekilin yaptığı tasarruftan dolayı sorumluluğun vekalet verene ait olacağı belirtilmiştir (17).

Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesinin bir kararında, kendi bulduğu hesap makinesinin imal ve pazarlaması için Limited Ortaklık kuran ve 300.000 DM. ödünç alan kişiye karşı ödünç alınan miktarın ödenmemesi sonucu zarara uğrayan alacaklının açmış olduğu dava çözümlenmektedir. Kararda aktin yapılması sebebiyle yerine getirilmeyen ödemelerden dolayı tazminat öngörülmektedir. Ödünç veren kişinin kendisine verilen bilgilere itimat ederek iş görüşmeleri safhasında hataya düşmesi makul görülmüştür. Burada davacının, davalının şahsi itibarına güvendiği görülmektedir. Ayrıca davacının sözleşmenin yapılmasında özel bir menfaati de bulunmaktadır. Davacının ortaklığın giriştiği iş ilişkisi kendi çalışma hayatı ile ilgili bulunmaktadır. Kendi icadı olan bir cihazın imal ve pazarlamasının sağlanması bu özel menfaatin bulunduğunu göstermektedir (18).

Anılan kararlarda iş görüşmelerine katılan, vekillerin aracılardan ya da temsilcilerin sorumluluklarını içine alacak şekilde bir sorumluluk öngörülmüş ve bu yolla ortaklık yöneticilerinin sorumlulukları sağlanmıştır.

Ortaklık yöneticilerinin sorumluluğu ya ortaklığın kredi durumu ve ödeme zorluğu hususunda ya da susma ile kurulabilir. Aydınlatma mükellefiyetinin ihlali bir koruma mükellefiyetinin ihlali olarak karşımıza çıkar ki bu ihlâl de bazı esası hallerde susma, sözleşme konusu ile alakalı durumlarda kısmen aydınlatma, yanıtıcı müzakerelerde bulunma, sözleşmenin başarı şansı hakkında ve kredinin sözleşmenin karşı tarafına geri döneceği hususunda güvence ile yapılır.

Burada yer alan problematik soru aynı zaman da ortaklıkta pay sahibi olan yöneticinin ortaklığın sorumluluğu yanında bir sorumluluk öngörülebilmesi için ne gerektiğidir. Burada yöneticinin sorumluluğuna gidilebilmesi için onun sözleşmenin yapılmasında özel bir menfaatinin bulunması gerekir. Tekrarlamak gerekirse Limited ortaklık genel sorumluluk hükümleri ve ortaklık yönetici ve ortak-

(17) Brandner; s. 57.

(18) Brandner; s. 57.

larının özel sorumlulukları arasındaki fark, şirket ortağının ortaklık sıfatı ile giriştiği iş ile değil bilakis onun özel bir kusurun mevcut olmasında bulunmaktadır.

Bir mahkeme kararında Limited ortaklığın sorumluluğunun yanında durumu icabına göre ortağın da ortaklıkla olan bağımsızlığı gözardı edilerek sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir (19).

Ek olarak ortaklık yöneticisinin aynı zamanda ortak olması halinde durumunun kuvvetlendiğini söyleyebiliriz. Bunun yanında iş görüşmeleri safhasında özellikle itimat açısından, şahsi itimadın varlığı, uzraanlık veya doğrudan doğruya özel bir menfaatin varlığı öngörülebiliyorsa yöneticinin sorumluluğundan sözedilebilir.

Yukarıda bahsedilen şahsi kusur aktin müsbet ihlâli ile birlikte düşünülmesi gereken kusurdur. Bir mahkeme kararında bu durum aynı şekilde anılmaktadır. Limited ortaklık durumunun kötüleşmesi sebebi ile taahhütlerini yerine getirmemektedir. Karara göre sözleşmesel aydınlatma mükellefiyeti, iktisadi durumun ve çalışma ilişkilerinin bozulduğunu ikaz edilmesini içine alır. Bu mükellefiyetin ihlâli, sözleşmesel sadakat ilişkisi ve koruma mükellefiyetinin ihlâli biçiminde aktin müsbet ihlâlidir. Şahsi itimadın bulunması ve sözleşmenin yapılması, yürütmesindeki özel menfaat şahsi sorumluluğun kurulmasına yol açmaktadır. Bu da ortak ve yöneticinin sorumluluğunun sözleşmesel ya da sözleşme yapma vaadinde temsil sorumluluğundan farklı bir biçimde tezahür etmesine sebep olmaktadır.

İş görüşmelerine katılan temsilcilerin sorumluluğu, (ki bunlar yardımcı personel de olabilir) sözleşmenin yapılmasına katkıda bulunmuşlar ise kabul edilebilmelidir. Ancak bu istisnai olarak değerlendirilmelidir. İş görüşmelerine katılan bu kişiler özel bir üçüncü şahıs olarak addedilerek karşı tarafın zararının giderilmesinde bizzat sorumlu tutulabilirler, Burada artık bir temsil ilişkisi kalmamakta sona ermektedir. Bunun içinde karşı tarafa itimat temin edilmiş olması ya da sözleşmenin yapılmasında şahsi bir menfaatin bulunması gerekecektir. Daha bir yeni karar burada iktisadi menfaat ve şahsi itimat şartlarını alternatif olarak değerlendirmiştir (20).

Buradaki şahsi mesuliyet özellikle bir şahsın kanuni temsil yetkisine dayanarak giriştiği ilişkilerden doğar. Sorumluluk için değerlendirmesi icap eden iki nokta-i nazar, sözleşmenin kurulması safhasındaki özel iktisadi menfaat olmalıdır. Şahsi itimadın veril-

(19) BGH ZIP 1982, 1435 (1437 I. Sp.) Brandner; s. 59.

(20) BGH LM 276, Brandner; s. 60.

mesi her zaman temsilci sıfatı ile sorumluluktan ayrı olarak özel şahsi bir sorumluluğun kurulmasına yol açmaz.

Özel iktisadi sebebin bulunması kişinin sözleşme ile alakalı konularda daha yakın olmasını sağlar. Bunlardan başka itimat ve özel iktisadi menfaat açısından sorumluluk öngörülebilmesi için ortak ve yöneticilerin şöhret ve özel menfaatlerinin karşı tarafca önceden bilinmesine gerek yoktur.

Son olarak ortak ve yöneticilerinin ortaklığın sözleşme yapmadaki ortak ve yönetici olarak menfaatlerinin özel bir sorumluluğa yol açmayacağını belirlemek icap eder.

Diğer bir halde itimat temin edilirken bu hususta zorlama yapılmasında özel bir sorumluluk öngörülebilir midir sorusudur. Burada, yapılan zorlama ve telkin şartları oluşmuş ise özel haksız fiil sorumluluğuna sebep teşkil edebilir.

BİBLİYOGRAFYA

- ARSLANLI, Halil : Türk Ticaret aKnunu Şerhi, Limited Şirketler.
- ÇAMOĞLU, Ersin : İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlam ve Mahiyeti, İ.Ü.H. F.M., C. XXX-XIII, S. 1-4, s. 499-519.
- ÇEVİK, O. Nuri : Limited Şirketler. Hukuku ve Uygulaması, 2. B., Ankara 1984.
- İNAN, A. Naim : Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerine Mukayeseli Bir Çalışma, Ad. Cer. s. 7, 1954 ve makalenin devamı, Ad. Cer. S. 8, 1954, s. 878-887, 998-1013.
- PORORY - TEKİNALP, ÇAMOĞLU : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 4. B., İst. 1988.
- SEPOZAN, Rona : Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkileri, Muk. Huk. Der., Yıl 2, No. 3, s. 275-320.
- ULUSAN, İlhan : Culpa İn Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanayın Anısına Armağan, s. 275-320.
- BRANDER, Hans E. : Haftung des Gesellschaft / Geschäftsführers einer GmbH aus culpa in contrahendo?, Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17 Oktober 1984, Berlin - New York 1984, s. 53-65.

AVRUPA BİRLİĞİ BÜNYESİNDE AKTİ BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKA DAİR ROMA SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU (*)

Dr. Vahit DOĞAN (**)

Milletlerarası unsur taşıyan akdi borç ilişkilerinin milletlerarası ticaret hayatında çok büyük önem taşıması ve konu ile ilgili olarak üye devletlerin kendi iç hukuklarında yer alan pozitif düzenlemelerin ve buna bağlı olarak da mahkeme kararlarının farklı olması sebebi ile Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında bu hususta asgari uyumlaştırmanın sağlanması düşüncesi uzun yıllardan beri seslendirilmekteydi (1). Nitekim Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında milletlerarası akdi ilişkilere uygulanacak hukukun uyumlaştırılması ile ilgili olarak uzun yıllar devam eden bu çalışmalar 19 Haziran 1980 tarihinde imzalanan bir sözleşme ile neticelenmiştir. Ancak, sözleşmenin imzalanmasından yaklaşık 11 yıl sonra yürürlüğe girebilmesi için gerekli sayıda ülkenin (2) onaylaması ile birlikte 1 Nisan 1991 tarihinde hukuken (3) yürürlüğe girebilmiştir. Bu sözleşme 1972 tarihli akdi ve akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Avrupa Birliği sözleşmesi ön tasarısına dayanmaktadır. 1978 tarihinde bu ön tasarı üzerinde yapılan çalışmalar neticesinde sözleşmenin yalnız akdi borç ilişkileri ile sınırlandırılması kabul edilmiş ve Şubat 1979 tarihinde komisyona havale edilerek tamamlanmıştır.

Biz bu çalışmamızda, sözleşmede akdi borç ilişkileri hususunda yer alan kuralları ana hatları ile incelemeye çalışacak ve bu hükümlerin genel bir değerlendirmesini yapmaya çalışacağız. Bu nedenle bu çalışmada sözleşmede yer alan hükümlerin üye ülkelere yansımaları konusunu incelememiz dışında tutmayı uygun bulmaktayız.

(*) Bu çalışmada sözleşmenin Almanca metni esas alınmıştır.

(**) S. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) LORENZ, Werner; Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht, IPRax. 7. (1987), s. (269 - 276), 269.

(2) Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, İngiltere, İrlanda sözleşmeyi onaylayan ülkeler arasındadır.

(3) Sözleşmenin hukuken yürürlüğe girmesinden daha önce ve fakat sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan milli kanunlarda (örn. Alman BGBB. m. 27 vd.) bu sözleşmede yer alan hükümler nazara alınmış ve bu sebeple de fiilen yürürlük alanı bulmuştur. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, Vahit; Bireysel İş Akdinden doğan Kanunlar ihtilafı alanında bağlama kuralının ve sınırlarının tespiti, KONYA - 1995 (Yayınlanmamış Doktora tezi), sh. 19 vd.

I. Uygulama Alanı

"Bu sözleşmenin hükümleri farklı ülkelerin hukuklarıyla bağlantıyı gösteren maddi vakıalarda uygulanır" (m. 1/1). Maddede yer alan bu hüküm çerçevesinde, sözleşmede yer alan hükümlerin akdi borç ilişkilerine uygulanabilmesi için gerekli olan ilk şart, bu akdi borç ilişkisinin yabancı unsur ihtiva etmesidir. Ancak sözleşmede yer alan bu hükümde yabancı unsur kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Sözleşmede yabancı unsur kavramı üzerinde açıklama bulunmamasının sebebi; yabancı unsurun çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden, bütün durumların burada sayılmasının imkansız olacağını kabul edilmesindedir (4). Yabancı unsurun varlığı bakımından özel olarak zikredilme ihtiyacı duyulan ve karşılaştırmalı hukuk alanında tartışmaların konusunu oluşturan bir husus; âkit tarafların aralarındaki akdi ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanması hususunda anlaşmaları yabancı unsurun varlığı bakımından yeterli kabul edilecek midir? Başka bir ifade ile, âkit taraflar aralarındaki saf dahili hukuk akitlerine yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilme yetkisine sahip midirler? Bu konu ile ilgili olarak sözleşmede yer alan hükme göre; "Hukuk seçimi zamanında maddi ilişkinin bütün kısımları tek bir devleti gösteriyorsa; taraflarca yabancı bir hukukun seçimi -taraflar seçimi yabancı bir ülkenin mahkemelerinin yetkilendirilmesi sözleşmesi ile tamamlamış veya tamamlamamış ilgili devletin hukukuna göre akitle ayrılmamayan hükümlere dokunamaz ve bunlar 'emredici hükümler' (5) olarak adlandırılırlar" (m. 3/3). Bu çözüm tarzı üye ülkeler arasında mevcut olan iki farklı görüşün bir noktada uyumlaştırılması olarak ifade edilmektedir. Bunlardan ilk görüşe göre, maddi ilişki hukuk seçimi zamanında tarafların iradelerinden başka hiç bir yabancı unsur ihtiva etmiyorsa hukuk seçimine müsaade edilmemesi yönündeydi. Diğer görüşe göre ise, -ki bu görüş ağırlıklı olarak İngilizler tarafından savunulmaktaydı, saf dahili akitler bakımından akdi ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanması âkit taraflarca adalete uygun gözüküyorsa bu durumda taraflara yabancı

(4) Denkschrift zum Übereinkommen, D. B. - 10. Wahlperiode, Drucksache 10/503, s. 22; GIULIANO, Mario/LAGERDE, Paul; Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, D. B. - 10. Wahlperiode, Drucksache 10/503, s. 42.

(5) "Zwingende Bestimmungen" bu kavram Alman hukukunda dahili hukukta emredici hükümler olarak anlaşılmasına rağmen, milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanan kuralları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz. m. 7.

hukukun seçimi imkanının tanınmaması hukuk seçimi serbestisinin çok dar bir kalıp içerisinde sokulması demek olur. Bu nedenle, taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisine yalnız bu yönde bir istisna tanınması faydalı olacaktır (6). Ancak, sözleşmede kabul edilmiş olan bu hüküm, konu ile ilgili tartışmaların sona ermesine sebep olmadığı gibi yeni tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu hükümde yer alan 'emredici hükümler' den ne anlaşılmalıdır? Burada bahsedilen emredici hükümler ile devletler özel hukuku alanında savunulmakta olan 'doğrudan uygulanan kurallar' arasındaki bağlantı nasıl tesbit edilecektir? Konu sözleşmede yeteri derecede aydınlatılamamıştır (7). Burada sonuç olarak şunu söylemek mümkündür; âkit taraflar aralarındaki yabancı unsur ihtiva eden akdi ilişkilerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilme imkanına sahiptirler.

Sözleşmenin 1. maddesinin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin uygulanması bakımından kapsam dışı bırakılan hususlar detaylı bir şekilde tesbit edilmiştir. Buna göre;

Bu sözleşme

a — 11. Madde saklı kalmak üzere, gerçek kişinin hak, fiil ve muamele ehliyeti gibi şahsi durumlarına;

b — Borç ilişkisi :

— Vasiyetnameleri ve miras alanını,

— evlilik mallarını,

— evlilik dışı bir çocuğa karşı mükellefiyetler dahil olmak üzere aileye, akrabalığa veya evlilik ilişkisine veya gebeliğe dayanan hak ve mükellefiyetleri,

ilgilendiriyor ise;

c — Bonolardan, çeklerden, bono ve ticari ilişkiden ortaya çıkarsa dahi diğer kıymetli evraklardan doğan mükellefiyetler;

d — Hakem ve yetkili mahkemeye dair sözleşmeler;

e — Şirketler hukukunu, dernekler hukukunu ve tüzel kişilerin hukukunu ilgilendiren örneğin, kuruluş, hak ve fiil ehliyeti, iç tüzükleri ve topluluğun sona ermesi, dernekler ve tüzel kişilerin ve şirket kurucularının ve organlarının şirketin borçları için şahsi kanuni sorumlulukları gibi, derneğin veya tüzel kişinin ilgili olduğu problemler.

(6) GIULIANO/LAGERDE, s. 50 vd.

(7) Bkz. m. 7 ile ilgili açıklamalar.

f — Temsilcinin veya tüzel kişinin organlarının üçüncü kişilere karşı sorumlulukları ile ilgili problemler;

g — Tröstün kurulması ve hem de kararlaştırılanlar yedieminler ve himaye edenler arasında kurulmuş olan hukukî ilişkiler;

h — 14. Madde saklı kalmak üzere ispat ve usul.

Bunların yanısıra Avrupa Birliğine üye ülkelerin egemenlik alanı içerisinde bulunan sigorta akitleri bakımından da bu sözleşme hükümleri uygulama alanı dışı bırakılmaktadır (Art. 1/3). Başka bir ifade ile, sigorta sözleşmesi Avrupa Birliğine üye devletlerden birisinde mevcut olan bir durumu ilgilendiriyorsa, bu sigorta sözleşmesine de bu sözleşmenin hükümleri uygulanamayacaktır.

Sözleşmenin ikinci maddesinde, sözleşmeye taraf olmayan ülkeler ile irtibat düzenlenmektedir. Buna göre, bu sözleşmeye göre tesbit edilecek hukuk sözleşmeye taraf olmayan bir devletin hukuku olsa dahi uygulama kabiliyetini haiz olacaktır.

II. Uygulanacak Hukukun Tesbiti

Bu sözleşmeye göre, yabancı unsurlu akdi ilişkilere uygulanacak hukuk sözleşmenin 3. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye genel olarak bakıldığında; öncelikle irade muhtariyetinin (sübjektif bağlama), daha sonra genel olarak akdi ilişkilere uygulanmak üzere objektif bağlama kurallarının düzenlendiğini görmekteyiz. Ancak, sözleşmede bir kısım akdi ilişkiler bakımından ise -ki bu tür akdi ilişkiler karşılaştırmalı hukukta sosyal içerikli akdi ilişkiler olarak ifade edilmektedir (8) - bu akdi ilişkilerin özellikleri sebebi ile ayrı hükümlere yer verildiği görülmektedir. Biz sözleşmede yer alan düzenlemeye uygun olarak sırasıyla irade muhtariyeti ilkesini, objektif bağlama kurallarını ve son olarak da sosyal içerikli akdi ilişkiler bakımından getirilmiş olan özel düzenlemeleri incelemeye çalışacağız.

A) Hukuk Seçimi (Sübjektif Bağlama)

1. Genel Olarak

Sübjektif bağlama prensibi, sözleşmenin yeknesak hükümler başlığını taşıyan 2. bölümünün ilk maddesi olan 3. maddede düzenlenmiştir. Hukuk seçimi serbestisi başlığını taşıyan bu maddenin ilk fıkrasına göre, "akit, taraflarca seçilen hukuka tabidir" (m. 3/1-1). Burada da görüldüğü gibi, getirilen bu düzenleme ile genel olarak topluluk üyesi ülkelerin hukuk düzenlerinde (9) kabul edilmekte

(8) Bkz. KELLER, Max: Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank VISCHEER zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s. (175 - 188) 177.

(9) Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. GIULIANO/LAGERDE, s. 47 vd.

olan, akdi ilişkinin taraflarca seçilecek hukuka tâbi olması prensibi sözleşmede de kabul edilmiştir.

Diğer taraftan, karşılaştırmalı hukuk alanında hukuk seçimi prensibine tarafların seçecekleri hukuk ile akdi ilişki arasında bağlantı bulunması gerektiği yönündeki görüş ile âkit tarafların seçtikleri hukukun aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmasında bir menfaatlerinin bulunması gerektiği yönündeki görüşlere itibar edilmemiştir (10). Başka bir ifade ile, tarafların aralarındaki yabancı unsur ihtiva eden akdi ilişkilerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilmeleri için tek bir şart -akdi ilişkinin yabancı unsur ihtiva etmesi şartı- bulunmaktadır. Sözleşmede bu sınırlamanın haricinde tarafların hukuk seçme yönündeki iradelerinin her hangi bir şekilde sınırlanması kabul edilmemiştir.

a — Hukuk Seçiminin Şekli

Tarafların aralarındaki akdi ilişkiye uygulanacak hukukun seçimine ilişkin irade beyanlarının şekli hususu sözleşmede, "hukuk seçimi açık olmalıdır veya olayın durumundan veya akdin hükümlerinden yeteri güvenlikte anlaşılmalıdır" (m. 3/1-2) şeklinde ifade edilerek açık veya zımni irade beyanları ile hukuk seçimi esası kabul edilmiş ve fakat farazi hukuk seçimi ile ilgili her hangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir. Hukuk seçimi sözleşmesinin açık olması (açık irade beyanı) hususunda her hangi bir ihtilaf bulunmamasına rağmen akdin hükümlerinden veya olayın durumundan yeteri güvenlikte anlaşılır olma durumu (zımni irade beyanı) için aynı şeyleri söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Bu husus sözleşmenin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: Hakim, ilgili olayın durumunun genelini nazara aldığında açık bir hukuk seçimi olmamasına rağmen, tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek bir iradelerinin varlığını tesbit edebilir. Örneğin, tarafların hukuk seçimine yönelik her hangi bir açık iradelerinin bulunmamasına rağmen belirli bir hukuk düzenine göre karara bağlanmış olan tipleştirilmiş bir âkit söz konusu olabilir. Bu durumda taraflar arasında hukuk seçimi olmamasına rağmen daha önceden bir hukuk seçimi yapılmış gibi aynı hukuka tâbi olması gerektiği hususunda bir şüphe olmayacaktır (11). Aynı şekilde, şayet taraflar akdi ilişkilerinden doğabilecek uyumsuzluklarda belirli bir ül-

(10) FIRSCHING Karl; Überienkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR - VertragsÜ) vom 11.6.1980, IPRax, 1. (1980), s. (37 - 43) 39.; KEGEL, Gerhard; Internationales Privatrecht, 6. Aufl. München 1987, s. 421.

(11) GUILIANO/LAGERDE, s. 49; DOĞAN, s. 23 vd.

ke mahkemelerinin yetkili olması hususunda anlaşmışlar ve fakat yetkili hukuka ilişkin bir anlaşma yapmamışlar ise, bu durumda âkit tarafların mahkemenin bulunduğu devletin hukukunu aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmak üzere seçtiklerinin de kabul edilmesi gerekir (12). Ancak olayın durumundan veya akdin genelinden hareket ederek tarafların zımnen belirli bir hukuku seçmiş olmaları durumları tamamen önceden tesbit edebilmenin imkan dahilinde olmadığı ve bu nedenle her müşahhas olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir (13). Bununla beraber doktrinde, taraflara tanınmakta olan zımnî irade beyanı ile hukuk seçimi veya olayın durumundan ya da akdin genelinden anlaşılır olma durumu eleştirilmekte ve denilmektedir ki, yalnızca açık irade beyanı ile hukuk seçimi esası kabul edilseydi daha iyi olurdu (14).

b — Hukuk Seçimi Sözleşmesinin Zamanı ve Üçüncü Kişilere Etkisi

Sözleşmede hukuk seçiminin zamanı ile ilgili olarak, "taraflar akdin daha önceden ya bu maddeye göre önceki bir hukuk seçimine binaen ya da bu sözleşmenin başka hükümlerine binaen âkit için yetkili olan hukuktan başka bir hukuka göre karara bağlanmasını her zaman için anlayabilirler. 9. maddenin manasında akdin şekli bakımından geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları tatbik edilecek hukukun hükümlerinin akdin yapılmasından sonra ortaya çıkan değişikliklerinden etkilenmez" (m. 3/2) hükmüne yer verilmiştir.

Sözleşmede kabul edilmiş olan bu prensip üye ülkelerce kabul edilmekte olan esaslara uygundur (15). Bu hükme göre âkit taraflar, akdin yapımından önce veya âkit ile birlikte yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesini daha sonra kaldırabilme veya değiştirebilme imkanına sahiptirler. Taraflara tanınmakta olan bu imkan, hukuk seçimi serbestisi ile de bağdaşmaktadır. Çünkü taraflara hu-

(12) Zımnî irade ile hukuk seçimi ve daha ziyade olayın durumundan veya akdin hükümlerinden hukuk seçiminin yeteri güvencilikte anlaşılır olma durumu ile ilgili olarak bkz. KEGEL, s. 224 vd.

(13) KROPHOLLER, Jan; Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1934, s. 402 vd.; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, in. Schweizerisches IPR Kommentar, Zürich 1993, s. 932 vd.

(14) FÜRSCHEG, s. 39.

(15) İtalyan mahkeme kararlarında farklı bir esas kabul edilmekteydi. Buna göre, taraflarca uygulanacak hukukun seçimi akdin yapımından sonra meydana gelmiş ise bu seçim geçerli değildir. Bu karar İtalyan doktrini tarafından da kabul edilmişti. İtalyan hukukuna göre taraflar ancak akdin yapımı anında hukuk seçimi yapabileme imkanına sahiptiler. Bkz. GIULIANO/LAGERDE, s. 50.

kuk seçimi imkanının tanınmasını yalnızca akdin yapımı anı ile sınırlamak doğru olmayacaktır (16). Sonradan yapılacak hukuk seçimi sözleşmesi, genellikle davanın görülmekte olduğu anda ve bu ülke hukuku lehine yapılmaktadır. Sonradan yapılacak olan bu hukuk seçimi sözleşmesi ile akdin yapımından önce veya yapımı anında akdedilmiş olan hukuk seçimi sözleşmesi arasında hukuk seçiminin hüküm ve sonuçları bakımından her hangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Ancak, akdin kurulmasından sonra yapılacak hukuk seçimi sözleşmesi ile şayet bu süre içerisinde, sonradan yapılacak olan hukuk seçimine her hangi bir şekilde etkisi olmayan üçüncü kişiler belirli hakları kazanmışlar ise, sonradan yapılan hukuk seçimi, bu seçim ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin haklarına dokunamaz (17). Başka bir ifade ile, bu sonradan yapılan hukuk seçimi sözleşmesi üçüncü kişilerin haklarını zedeleyemez.

c — Kısmi Hukuk Seçimi

Âkit taraflara kısmi hukuk seçimi imkanının tanınıp tanınmayacağı problemi, m. 3/1-3'de açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; "taraflar, akdin tamamı veya yalnız onun bir kısmı için hukuk seçimi yapabilirler". Kural olarak akdin tek bir hukuk düzenine tâbi tutulabilmesi, akdin parçalanması problemi ile ilgili bir çok uzman tarafından ileri sürülmektedir. Ancak, unutulmamalıdır ki, âkit gerçekte birden fazla âkitten veya hukuki ya da iktisadi bakımlardan birbirlerinden ayrılabilen birden fazla parçadan oluşmaktadır. Bu sebepten dolayı da, akdin birbirinden ayrılabilen parçaları bakımından farklı hukuk düzenlerinin seçilmesi bir problem yaratmayacaktır. Kısmi hukuk seçiminde dikkat edilmesi gereken husus, akdin parçalanması olayı adalete uygun olmalıdır. Bundan maksat ise, akdi ilişkinin farklı hukuk düzenlerine tâbi tutulan kısımları arasında birbirleriyle çelişecek bir sonucun ortaya çıkmaması gerektiğidir.

Genel olarak kısmi hukuk seçimine yapılan diğer bir itiraz da; tarafların kısmi hukuk seçimi yolu ile emredici hükümlerden kaçabilme imkanına sahip olabilecekleri yönündedir. Başka bir ifade ile, âkit taraflar akdin belirli kısımları için farklı hukuk düzenlerini seçmek yolu ile, ilgili hukuk düzenlerinde yer alan emredici hükümlerden kaçınabileceklerdir. Oysa sözleşmede taraflara hukuk seçimi

(16) GULLIANO/LAGERDE, s. 50.

(17) FIRSCHING, s. 39; GULLIANO/LAGERDE, s. 49 vd.

yolu ile emredici hükümlerden kaçabilme imkanı tanınmamıştır. Başka bir deyişle, belirli emredici hükümlerden kurtulmak amacı ile akdin parçalanması rizikosu sözleşmenin 7. maddesinin yardımı ile ortadan kaldırılmıştır.

d — Hukuk Seçiminin Meydana Gelmesi ve Geçerliliği

Tarafların yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğinin hangi hukuka göre tesbit edileceği hususunda karşılaştırmalı hukuk doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre; hukuk seçiminin geçerliliği hususunda lex forinin karar vermesi akla ve mantık icaplarına uygundur (18). Bu görüş İsviçre'de yeni milletlerarası özel hukuk kanununun yürürlüğe girmesinden önce Federal Mahkeme tarafından da kabul edilmekteydi (19). İkinci dünya savaşından bu yana Almanya'da hakim olan diğer bir görüşe göre ise, hukuk seçiminin geçerliliğine akit statüsünün uygulanması daha uygundur (20). Çünkü tarafların akdi ilişkilerinin esasına uygulanmak üzere seçmiş oldukları hukukun, seçim akdinin geçerliliğine de uygulanması taraf iradeleri ile bağdaşmaktadır (21). Aynı şekilde hukuk seçiminin geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı hususunda da âkit tarafların bir güvencesi olacağı gibi, hukuk seçimi akdine bir hukukun, asıl akde başka bir hukukun uygulanması durumu da akdin büyük parçalanması söz konusu olmayacaktır (22).

Karşılaştırmalı hukukun bugünkü durumuna baktığımızda, konu ile ilgili olarak kanunlarda, hukuk seçiminin geçerliliği hususunda, hukuk seçimi geçerli olsaydı neresi âkit statüsü olacak idi ise o hukuku yetkili gören, pozitif düzenlemelere yer verildiği

- (18) MOSER, Rudolf: Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteilille im internationalen Obligationsrecht, St. Gallen 1948, s. 233 vd.; FERID, Murad: Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Bielefeld 1982 s. 144 vd.
- (19) TURHAN, Turgut; İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, AÜHFĐ. C. XLİ, s. (119 - 149) 123 vd.; MOSER, s. 233 vd.
- (20) SANDROCK, Otto: Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenpraxis, RfW. 32. (1966), s. (841 - 855) 848 vd.; VISCHER, Frank: Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, s. 67.; SCHWUNG, Siegfried: Die Grenzen der freien Rechtswahl, - unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines "Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts"- Wm. 40. (1984), s. (1301 - 1308) 1302.
- (21) SIMITIS, Spiros: Aufgaben und Grenzen der Parteilautonomie im internationalen Vertragsrecht, Jus. 6. (1966), s. (209 - 217) 216.
- (22) GAMLLSCHLEG, Franz: Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteilille im internationalen Vertragsrecht, AcP 157. (1958/59), s. (303 - 341) 307.; SANDROCK, s. 850.

için (23), konu artık tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Sözleşme-
de de hukuk seçiminin geçerliliği hususunda aynı esaslar kabul
edilmektedir.

Tarafların aralarındaki akdi ilişkiye uygulanacak hukuka dair
yapmış oldukları sözleşmenin meydana gelmesi ve geçerliliği söz-
leşmenin 3/4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "tatbik edile-
cek hukuk üzerine tarafların anlaşmasının meydana gelmesi ve ge-
çerliliğine 8., 9. ve 11. maddeler uygulanmalıdır". Bunlardan 8. mad-
dede, anlaşma ve maddi geçerlilik; 9. maddede, şekil ve 11. madde-
de, hak fiil ve muamele ehliyeti düzenlenmektedir. Biz akitlerin şekli
ve tarafların ehliyeti ile ilgili hususları ileride ayrıntılı olarak ince-
leyeceğimiz için burada sadece anlaşma ve maddi geçerlilik ile ilgili
hükmü incelemekle yetineceğiz.

Sözleşmenin anlaşma ve maddi geçerlilik başlığını taşıyan 8.
maddesinde yer alan hükme göre: "1. akdin meydana gelmesi ve
akdin veya onun hükümlerinden birinin geçerliliği akit veya hüküm
geçerli olmuş olsaydı bu sözleşmeye göre uygulanacak olan hukuka
göre karara bağlanır".

"2. Bununla beraber, taraflardan birisinin ilişkisinin neticesi-
nin birinci fıkrada tesbit edilmiş olan hukuka göre tesbit edilmesinin
adalete uygun olmayacağı durumun genelinden ortaya çıkıyor-
ise, akde muvafakat etmeyen tarafın iddiası için onun mutlak meske-
ninin bulunduğu devletin hukuku yetkilendirilebilir".

Görüldüğü gibi birinci fıkrada, akdin şekli bakımından geçerli-
liği haricindeki bütün hususları içine alacak şekilde geniş düzenlen-
miş olmasına rağmen ikinci fıkrada, sözleşme geçerli olsaydı akde
uygulanacak hukukun sözleşmenin veya hükümlerinin geçerliliği-
ne uygulanmasının adalete uygun sonuç vermeyeceği durumlarda,
akde muvafakat etmeyen taraf lehine istisnai bir hükme yer verilmiş-
tir. Ancak ikinci fıkrada getirilmiş olan istisnai kural sözleşmenin
meydana gelmesi problemi için kabul edilmiş olup, sözleşmenin ge-
çerliliği için kabul edilmemiştir. İkinci fıkrada yer alan bu istisnai
kuralın uygulanabilmesi için, akde uygulanması gereken hukukun
uygulanmasının adalete uygun sonuç vermeyeceği akde muvafakat
etmeyen tarafca iddia edilmiş olmalıdır (24). Başka bir deyişle, ha-
kime re'sen adalete uygunluğu denetleme imkanı tanınmamıştır.

(23) Bkz. Art. 27/4 EQBGB'nin yollamasıyla Art. 31 EGBGB.; Art. 116/2-2
IPRG. (İsv.): Bu düzenlemelerde de hukuk seçimi sözleşmesinin, taraflar-
ca asıl akdin esasına uygulanmak üzere seçilmiş olan hukuka tâbi olacağı
kabul ediliyor.

(24) Bkz. GIULIANO/LACEDE, s. 60.

2. Hukuk Seçiminin Sınırlanması

Milletlerarası unsurlu akdi ilişkinin taraflarına tanınmış olan irade muhtariyeti (hukuk seçimi) prensibine iki değişik sınırlamanın getirildiğini görmekteyiz. İlk olarak sözleşmede özel olarak yer verilmiş olan bir kısım akdi ilişkiler bakımından -ki bu tür akdi ilişkiler de âkit taraflardan birisi sosyal veya ekonomik yönden zayıftır ve bu nedenle de bunlara sosyal içerikli akdi ilişkiler denilmektedir-, âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi ilkesinin sınırlandırıldığını görmekteyiz. Bunun yanı sıra genel olarak bütün akdi ilişkiler bakımından bir sınırlamanın getirildiğini görmekteyiz. Bu sınırlama "doğrudan uygulanan kurallar" kapsamında kalan hususlar için söz konusu olabilmektedir. Biz burada sözleşmede yer alan bu düzenlemeye uygun olarak hukuk seçiminin sınırlandırılmasını iki ayrı başlık altında incelemeyi uygun görmekteyiz.

a — Sosyal İçerikli Akdi İlişkiler Bakımından

Genel olarak karşılaştırmalı hukuka baktığımızda sosyal içerikli akdi ilişkiler kavramının iş âkitleri ve tüketici âkitleri bakımından kullanıldığını görmekteyiz (25). Bu tür akdi ilişkilerde âkit tarafların menfaatleri aynı yönde olmadığından dolayı, sosyal veya ekonomik bakımdan zayıf durumda olan tarafı koruyucu nitelikte özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaç maddi hukuk alanında olduğu kadar milletlerarası özel hukuk alanında da kendini hissettirmiştir. Bu nedenle konunun uzmanlarının uzun yıllar çalışması neticesinde bu tür akdi ilişkilere dair özel düzenlemelere yer verme gereği hissedilmiştir.

aa — Tüketici Akitleri

Sözleşmede tüketici akitleri hususunda yer alan özel düzenleme, öncelikle bu özel düzenlemenin uygulama alanı tesbit edilmiştir. Buna göre, "bu madde, menkul malların taşınması üzerine veya bir kişiye hizmet ediminin ortaya çıkması üzerine akitler için, tüketiciyi, tüketicinin mesleki veya sanatsal faaliyetine dahil edilmeyen amacına ve hem de böyle bir muamelenin finansmanına dahil edilmeyen akitler için geçerlidir" (m. 5/1) (26). Bu hükümden

(25) KELLER, s. 175 vd.

(26) Sözleşmede yer alan bu hüküm 22.9.1968 tarihli "Yetkili mahkemeye ve özel ve ticari mallardaki mahkeme kararlarının icrasına dair AET bürüksel anlaşmasının 13. maddesinde yer alan tanımlamaya da uygun düşmektedir. Metin için bkz. JAYME, Erik/HAUSMANN, Rainer; Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 6. Aufl., 1992 Münschen, s. 223.

anlaşıldığına göre, bir kişinin menkul mal nakli, hizmet ediminin yapımı veya kredi garanti etmesi mesleki ya da sanatsal faaliyet alanı ile ilgili ise, sözleşmenin tüketici akitlerine ilişkin hükmünün uygulanabilmesi mümkündür. Menkul malın, hizmet ediminin veya kredinin alıcısı esas itibarıyla kendi mesleki veya sanatsal faaliyet alanı dışında muameleyi yapmış ise, fakat diğer âkit tarafın bundan hiç haberi olmamış veya önemli durumların nazarı altında bundan haberinin olması mümkün değil ise bu hadiseye tüketici akitleri ile ilgili hükümler uygulanamayacaktır (27).

Sözleşmede, genel olarak akdi ilişkiler alanında kabul edilmekte olan hukuk seçimi serbestisine tüketici akitleri bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre, üçüncü maddeye rağmen (irade muhtariyeti) tarafların hukuk seçimi, tüketiciye mutata meskeninin bulunduğu devletin hukukunun emredici hükümlerince sağlanan korumayı elinden alacak şekilde yapılamaz (m. 5/2-1). Bu hükümde tüketici akitleri bakımından hukuk seçimi ilkesi yasaklanmamakta, bilakis tarafların yapmış oldukları sözleşmeye göre yetkili hukuk düzeninde yer alan hükümler tüketicinin mutata meskeni hukukuna göre, ona daha iyi koruma sağlıyorsa bu durumda yapılan hukuk seçimi sözleşmesi geçerli olmaktadır. Başka bir ifade ile, tüketici akitlerinde taraflara, seçilen hukukun tüketicinin lehine olma ön şartına bağlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmaktadır. Sözleşmede bu durum, yani hukuk seçiminin ön şarta bağlı olarak yapılabilmesi şu üç ön şartın varlığına bağlanmıştır.

— Bu devlette akdin yapımına açık bir teklif veya bir reklâm öncü olmuş ise ve tüketici akdin yapımı için gerekli hukuki muameleleri bu devlette yapmış ise, başka bir ifade ile, satıcı menkul malların veya hizmet edimini tüketicinin oturduğu ülkede ifa etmiş ise, veya;

— tüketicinin karşısındaki âkit taraf veya onun temsilcisi tüketicinin siparişini bu devlette kabul etmiş ise; bu duruma, tüketicinin ülkesindeki bir fuarda bulunan yabancı firmanın standında veya tüketicinin ülkesindeki şubede yapılan muameleler örnek kabulünden sayılmaktadır. Burada kullanılmakta olan temsilci ifadesinden bütün ticari temsilciler anlaşılmaktadır, veya;

— âkit, eşyanın (malın) satımını ilgilendiriyorsa ve tüketici bu devletten yabancı ülkeye seyahat etmiş ise ve satıcının bu seyahati tüketiciyi akdi yapmaya sevk etmek amacına sebep olsa dahi, orada siparişini vermiş ise.

(27) GIULIANO/LAGERDE, s. 55; LORENZ, W., s. 275.

Son halde sözleşmenin hazırlık, çalışmalarına katılan bütün delegelerce tüketicinin özel olarak korunma ihtiyacının varlığı kabul edilmiştir (28).

Tüketici akitlerinde, âkit taraflara, karşılaştırmalı hukuk alanında yer alan bir kısım pozitif düzenlemelerin aksine (29), sözleşmede tesbit edilmiş olan bu şartlar çerçevesinde hukuk seçimi imkanı tanınmıştır.

bb — İş Akdi ve İş İlişkisi

Sözleşmede sosyal içerikli akitler kapsamında kabul edilen özel düzenlemeye yer verilen diğer bir hususta iş akdi ve iş ilişkisidir. Buna göre, 3. maddeye rağmen (rade muhtariyeti) iş akitleri ve iş ilişkilerinde tarafların hukuk seçimi, işçiye ikinci fıkraya göre hukuk seçiminin eksikliğinde uygulanması gereken (objektif bağlama kuralları) devletin hukukunun emredici hükümlerince sağlanan korumayı elinden alacak sonuca götüremez. İş akdi ve iş ilişkilerinde taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi imkanı da tüketici akitlerinde olduğu gibi, seçilecek hukukun objektif bağlama kurallarına göre işçi lehine daha iyi hükümler içermesi ön şartına bağlanmıştır.

Her iki tür sosyal içerikli akdi ilişki bakımından da âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisi, seçilen hukukta yer alan hükümlerin korunmaya muhtaç taraf lehine daha iyi hükümler ihtiva etmesi ön şartına bağlanmış olmasına rağmen, zayıf âkit taraf için daha iyi hükümlerin nasıl tesbit edileceği hususuna ne sözleşmede ve ne de sözleşmeye ilişkin olarak hazırlanmış olan raporda bir açıklık getirilmiştir. Elverişli hukukun tesbiti hususu ile Alman doktrini çok fazla meşgul olmuş ve onlar tarafından savunulan görüşler bir çok ülke hukukunda da kabul görmüştür (30). Buna göre, âkit tarafların akitlerine uygulanmak üzere seçmiş oldukları hukuk düzeni ile, şayet taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalardı akdi ilişkiye objektif olarak uygulanması gereken hukuk düzeninin, akdi ilişkinin zayıf tarafını koruyucu nitelikteki hükümlerinin karşılaştırılması yapılacaktır. Yapılacak bu karşılaştırma neticesinde tarafların akdi ilişkilerine uygulanması için seçmiş oldukları hukukun zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri, objektif âkit statüsünde yer alan aynı tür hükümlerden daha elverişli sonuçlar

(28) GTULIANO/LAGERDE, s. 56; LORENZ, W., s. 275.

(29) İsviçre hukukunda tüketici akitleri bakımından taraflara hukuk seçimi imkanı tanınmamaktadır. IPRG. m. 120/2.

(30) Örn. Avusturya hukukunda, Fransız Hukukunda ve topluluk ülkesi olmasına rağmen İsviçre Hukukunda kabul görmüştür. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, s. 78 vd.

doğuruyor ise, hukuk seçimi geçerli kabul edilecek ve fakat objektif âkit statüsünün zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri daha iyi koruma sağlıyor ise, bu durumda yapılan hukuk seçimi bu hükümler bakımından geçersiz kabul edilecektir. Başka bir ifade ile, elverişlilik karşılaştırması neticesinde seçilen hukukun zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri objektif âkit statüsü olması gereken hukukun aynı nitelikteki hükümlerinden daha az koruma sağlıyorsa, bu hükümler bakımından hukuk seçimi geçersiz kabul edilecek, diğer hususlar bakımından hukuk seçimi geçerliliğini muhafaza edecektir. Yani, bu gibi durumlarda hukuk seçimi tamamen geçersiz kabul edilmemektedir (31). Bunun yanısıra elverişliliğin kimin tarafından ve nasıl tesbit edileceği problemi de ortaya çıkaracaktır. Konu ile ilgili olarak değişik öneriler bulunmaktadır. Bu önerileri ana hatları ile açıklarsak; elverişlilik karşılaştırmasını kimin yapacağı hususunda objektif ve sübjektif olmak üzere iki değişik öneri bulunmaktadır.

Sübjektif değerlendirme ölçüsü taraflarına göre, zayıf âkit taraf için elverişli kuralların hangisi olduğuna kendisinin karar vermesi gerekir. Çünkü, zayıf âkit taraf kendisi için neyin daha elverişli olduğuna en iyi şekilde kendisi karar verebilir (32).

Objektif değerlendirme ölçüsüne göre tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından hareket edilerek "akıllı ve makul bir kişinin" akdi ilişkisi nazara alınarak elverişliliğin tesbit edilmesi yoluna gidilecektir (33). Şayet objektif ölçü geçerli olmasaydı müşahhas olayda, hakimce tarafsız bir karar verilmesi de mümkün olmazdı (34). Başka bir ifade ile, bu görüş tarzına göre hakim değerlendirmeyi yapar-

(31) Bu esasın kabul edilmesi halinde milletlerarası özel hukuk alanında kabul edilmekte olan öngörülebilirlik ilkesi zedelenmiş olacaktır. Söyle ki, âkit taraflara hukuk seçimi imkanı tanınacak ve fakat taraflar akdi ilişkilerine seçmiş oldukları hukukun uygulanıp uygulanmayacağını kesin olarak bilemeyeceklerdir.

(32) Elverişlilik karşılaştırması ile ilgili görüşler esas itibariyle Alman iç hukukunda iş âkitleri ile toplu sözleşmeler arasında ihtilaflar bulunması hali için ileri sürülmüş olmasına rağmen benzer bir durum yabancı unsurlu iş akdi ve iş ilişkilerinde ortaya çıkınca bu görüşler milletlerarası özel hukuk alanı bakımından da kabul görmüştür. Bkz. BELLING, Detlev: Das Güntigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984, s. 176.; HUECK, Alfred/NIPPERDEY, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. Band II/1, Kollektives Arbeitsrecht, von NIPPERDEY, H. C., Berlin/Frankfurt a.M. 1986., s. 609 vd.; JUNKER, Abbo: Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1982, s. 258 vd.; DOĞAN, s. 92.

(33) BELLING, s. 176; DOĞAN, s. 92 vd.

(34) HUECK/NIPPERDEY, Band. II/I, s. 609.; BELLING, s. 176.

ken, makul bir kişi aynı şartlar altında hangi faydayı tercih ederdi ise bunu nazara alacaktır. Bu görüŖe göre açık olmayan bir problem vardır; elverişliliği, objektif bağlama kurallarına göre belirlenecek hukuk düzeninin emredici hükümleri mi yoksa tarafların iradelerine göre belirlenecek hukuk düzeninin emredici hükümleri mi tesbit edecektir (35)?

Doktrinde bir kısım yazarlar ise, hakim tarafından elverişlilik değerlendirmesi yapılırken yalnızca bir emare olarak zayıf ákit tarafın sübjektif görüŖ ve arzularının da nazara alınması gerektiğini savunuyorlar (36).

Elverişlilik tesbitinin nasıl yapılacağı hususunda da tekli karşılaştırma, toplu karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma olmak üzere üç değişik öneri bulunmaktadır. Tekli karşılaştırma yöntemine göre, objektif akit statüsünde ve sübjektif akit statüsünde zayıf ákit tarafı koruyucu nitelikteki hükümlerin tek tek karşılaştırılması neticesinde tesbit edilecek hükümler akdi iliŖkiye tatbik edilecektir. Toplu karşılaştırma yöntemine göre ise, objektif ve sübjektif akit statüsündeki zayıf ákit tarafı koruyucu nitelikteki hükümler bir bütün olarak ele alınacak ve karşılaştırılacaktır. Yapılacak bu karşılaştırma neticesinde hangi hükümler zayıf ákit tarafa daha iyi korumaya sağlıyor ise, o hukukta yer alan hükümler olaya uygulanacaktır. Son olarak grup olarak karşılaştırma yönteminde ise, -ki bu yöntem doktrinde genel olarak kabul edilmektedir- birbirleriyle bağlantılı hükümler birlikte nazara alınarak yapılacak karşılaştırma sonunda elverişli hukuk tesbit edilecektir. BaŖka bir deyiŖle, bu esasa göre birbirleriyle bağlantılı olan hükümler birlikte nazara alınarak zayıf ákit taraf için elverişli hukuk tesbit edilmektedir (37).

b — Doğrudan Uygulanan Kurallar Bakımından

Doğrudan uygulanan kurallar veya müdahaleci normlar teorisinin kurucusu olarak kabul edilen Francescakis, milletlerarası mad-

(35) Bu hususta hukuk düzenlerinde farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki: kanuni düzenlemelere bakıldığı takdirde Alman Hukuku'nda ve AET alanında akitlere uygulanacak hukuka dair Roma sözleşmesinde esas kural tarafların hukuk seçimidir. Avusturya Hukuku'nda ise esas olan objektif bağlama kuralıdır. Bundan dolayı Avusturya Hukuku'nda objektif akit statüsü nazara alınacakken, Alman hukuku'nda sübjektif akit statüsü nazara alınacak ve elverişliliği tesbit edecektir. Bkz. GAMILISCHEG, Franz: Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA. 14. (1993), s. (307-373) 335.; MARTINY, Dieter; in: Münchener Kommentar, Band. 7., EGBGB. - IPR, 2. Aufl., München, 1990, s. 1682; JUNKER, Konzern s. 276.

(36) HUECK/NIPPERDEY, Band. II/I., s. 609 (dipnot. 90); BELLING, s. 176.

(37) GeniŖ bilgi için bkz., JUNKER, Konzern, s. 269 vd.; DOĞAN, s. 87 vd.

di ilişkiye iç hukuk kurallarının uygulamasında dahili maddi normların iki farklı kategorisine dikkat çekmiştir. Bu hukuk normlarının ilk kategorisini doğrudan uygulanan kanunlar (lois d'application immédiate) oluşturmaktadır. Bunlar kamusal (devletsel) organizasyonun menfaatine binaen kanunlar ihtilafı kurallarının dışlanmasıyla maddi ilişkiye doğrudan doğruya uygulanırlar. Yalnızca o maddi ilişkiye uygun hiç bir doğrudan uygulanan norm bulunmuyor ise, ikinci hukuki norm kategorisi, -ki bu normlar yabancı hukuk normları ile uyum içerisindedirler-, uygulanmaya gelecektir. Bununla beraber bu ikinci tür dahili normların uygulanması, iki taraflı kanunlar ihtilafı normlarında atfa binaen dolaylı olarak sonuç doğurur (38). Burada birinci grup olarak nitelendirilen normlar, bir devletin iktisadi, politik ve sosyal organizasyonunu kapsayan normlardır. Bu normların hukuki kategorisi ile ilgili olarak yapılacak kamu hukuku - özel hukuk vasıflandırmasının hiç bir önemi yoktur (39). Francescakis tarafından kullanılan organizasyon veya kamusal menfaat (société étatique) kavramlarının yanında ve doğrudan uygulanan kurallar kavramının nitelendirilmesine yetecek başka hiç bir ip ucunun bulunmadığı kabul edilmektedir (40). Bunun yanısıra Francescakis yalnızca for devletin hukukunda yer alan müdahaleci normları nazara almaktadır. Oysa günümüz milletlerarası özel hukuk doktrininde yalnızca lex forinin değil aynı zamanda lex causaenin ve bunların yanısıra bazı özel durumlarda üçüncü devletlerin müdahaleci normlarının da nazara alındığı görülmektedir (41). Sözleşmede ise emredici hükümleri ifade etmek için iki ayrı maddede iki farklı düzenleme aynı kavramlar (zwingende Vorschriften) ile ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, irade muhtariyeti esasının düzenlendiği 3/3. maddede yabancı bir hukukun seçiminin sınırlarının tesbitinde ikincisi ise, gerçek ve teknik manadaki doğrudan uygulanan kuralların düzenlendiği 7. maddede yer almaktadır. Gerçek ve teknik manadaki doğrudan uygulanan kuralların yer aldığı hükme göre, "bu sözleşmeye binaen belirli bir devletin hukukunun uygulanmasında maddi vakıanın sıkı bir ilişkiyi gösterdiği başka bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan normlarına, bu normlar sonuncu olarak ifade edilen devletin huku-

(38) VOSER, Nathalie: Die Theorie der lois d'application im médiate im internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1993, s. 17 vd.

(39) FRANCESCAKIS, Phocion: in Dalloz, Répertoire de droit international, Tome I, Paris 1968, s. 61. (VOSER, s. 16 naklen).

(40) VOSER, s. 16; DOĞAN, s. 128 vd.

(41) SCHWANDER, Ivo: Einführung in das internationale Privatrecht - Allgemeiner Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1990, s. 239 vd.: VOSER, s. 20.

kuna göre akdin hangi devlet hukukuna tâbi olduğuna riayet etmeksizin uygulanıyorlarsa, sonuç bahşedilecektir. Bu doğrudan uygulanan normlara sonuç tevcih edilip edilmeyeceği kararında bunların uygulanmasından veya uygulanmamasından ortaya çıkabilecek konusu ve karakteri ve neticeleri nazara alınacaktır” (m. 7/1). Cürüldüğü gibi burada yer alan düzenleme ile akdi ilişkinin sıkı irtibat gösterdiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları nazara alınmaktadır. Burada üçüncü devlet ile herhangi bir bağlantı değil, bilakis gerçek bir bağlantının bulunması gereklidir. Burada ifade edilmekte olan üçüncü bir devletle “gerçek bir bağlantı” veya “sıkı ilişki” kavramlarına örnek olarak, akdin başka bir devlette ifa edilmesi zorunluluğunun olması, taraflardan birisinin mutlak meskeninin ya da iş merkezinin bu ülkede bulunması sayılmaktadır (42). Başka bir deyişle, akdin, tâbi olduğu devletten başka bir devlet ile akdin geneli arasında ilişkinin bulunmasıdır.

Sözleşmede davanın görülmekte olduğu mahkeme devletinin doğrudan uygulanan kurallarının da nazara alınması gereğinden hareket edilerek, “bu sözleşme maddi ilişkiyi akde uygulanacak hukuka riayet etmeksizin doğrudan (emredici olarak) düzenleyen yetkili mahkeme devletinin hukukuna göre geçerli olan hükümlerin uygulanmasına dokunamaz” (m. 7/2) hükmüne de yer verilmiştir. Davanın görülmekte olduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının nazara alınması gereğinin özellikle, tüketicinin korunması, kartel ve rekabet hukuku gibi alanlarda önemli olacağı kabul edilmektedir (43).

B. Objektif Bağlama Kuralları

Sözleşmede objektif bağlama kuralları ile ilgili olarak, irade muhtariyeti ilkesinde olduğu gibi, ikili bir düzenleme esası kabul edilmiştir. Şöyle ki, önce yabancı unsurlu akdi ilişkilere uygulanmak üzere genel bir objektif bağlama kuralı kabul edilmiş, daha sonra ise, sosyal içerikli akdi ilişkiler bakımından ayrı düzenlemelere yer verilmiştir.

1. Genel İlke

Sözleşmede, bu sözleşmenin kabul edilmesinden önceki dönem karşılaştırmalı hukuk alanında, hukuk seçiminin eksikliğinde akde uygulanacak hukukun tesbiti ile ilgili eğilimlerin -ki bu eğilimler ya tarafların farazi iradelerinin araştırması yolu ile ya da ifa yerinin objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmesi yolu ile yetkili

(42) GIULIANO/LAGERDE, s. 59.

(43) GIULIANO/LAGERDE, s. 60.

hukukun tesbiti şeklinde idi- aksine bir düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre, âkit taraflar akdin yapımında açık iradeleri ile veya olayın durumundan yeteri güvenlikte anlaşılacak şekilde zimni iradeleri ile hukuk seçimi yapmamışlar ise, akdi ilişkinin en sıkı irtibat içinde bulunduğu devletin hukuku objektif bağlama kuralı olarak nazara alınacaktır (44). Bu durum sözleşmede, hukuk seçiminin eksikliğinde tatbik edilecek hukuk başlığını taşıyan 4. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, tatbik edilecek hukuk 3. maddeye göre (irade muhtariyeti ilkesi) tesbit edilmemiş ise âkit, kendisi ile en sıkı ilişkiyi gösteren devletin hukukuna tâbidir (45). Sözleşmede bu prensip, sözleşmenin hazırlık çalışmalarına katılan bütün üye-ülkelerin ortak görüşleri doğrultusunda kabul edilmiştir (46). Buna rağmen, objektif bağlama kuralı olarak akdin sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke hukukunun nazara alınması farazi irade beyanının araştırılması yolunda, şayet âkit taraflar akdi ilişkilerine uygulanmak üzere gerekçesi ile doktrinde eleştirilmektedir. Farazi iradenin araştırılması yolunda, şayet âkit taraflar akdi ilişkilerine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmış olsalar idi hangi ülke hukukunu seçerlerdi? sorusunun cevabı araştırılmakta ve yetkili hukuk bu şekilde tesbit edilmektedir (47). Karşılaştırmalı hukukta genel olarak âkitlerden doğan kanunlar ihtilafı alanında "sıkı ilişki" ve "durumun geneli" esas alınarak pozitif düzenlemelerde objektif olarak tesbit edilmiş olan bağlama kurallarına istisnalar getirilmektedir (48). Ancak bu kavramlardan neyin anlaşılması gerektiği hususunda pozitif düzenlemelerde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Doktrinde (49) ve mahkeme kararlarında (50) âkit tarafların vatandaşlık, işverenin ikâmetgâhı, âkit dili, akdin yapıldığı yer, tarafların ikametgâhı, sıkı ilişkinin tesbitindeki durumun geneli olarak nazara alınmaktadır.

Hakim tarafından âkit tarafların farazi iradelerinin araştırılmasında, esas itibarıyla objektif olarak tarafların

(44) LORENZ, W., s. 274.

(45) Bir kısım yazarlar bu bağlama kuralını temel sapma kuralı (Hauptausweichklausel) olarak ifade etmektedirler. Bkz. KEGEL, s. 396.

(46) GIULIANO/LAGERDE, s. 52.

(47) Bkz. KEGEL, s. 425 vd.; TEKİNALP, Gülören; Milletlerarası Özel Hukuk, b. 3., İstanbul 1986, s. 268 vd.; GIULIANO/LAGERDE, s. 51.

(48) m. 20/1 EGEGB.; m. 117/ IPRG (İsv.); m. 1/1 IPRG (Avus.); m. 4/1 EVÜ.

(49) LORENZE, E., Das objektive Arbeitsstatut, s. 223 vd.; GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 339 vd.; DÄUBLER, Wolfgang: Das neue internationale Arbeitsrecht RTW. 33. (1987), s. (249-256) 252 vd.; MARTINY, in. Mün. Komm., s. 1692.; KRPOHOLLER, (IPR), s. 397 vd.; KELLER/KREN KOSKIEWICZ, in. IPRG. Komm., s. 932 vd.; 1008 vd.

(50) BAG. Urt. vom 24.8.1989-2 AZR. 3/89; Ap. Nr. 28 su IPR Arbeitsrecht.

BAG Ap. Nr. 12 zu IPR Arbeitsrecht; BAG. Ap. Nr. 20 zu IPR Arbeitsrecht.

menfaatlerinin ve objektif unsurların değerlendirilmesi yapılmaktadır (51). Sıkı ilişkili yer hukukunun tesbiti ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde de aynı esaslar nazara alınmaktadır. Bu nedenle, daha önceleri doktrin ve mahkeme kararlarınca reddedilmekte olan farazi taraf iradelerinin tesbiti yolu ile yetkili hukukun belirlenmesi ilkesi, yalnızca kullanılan kelimelerin değiştirilmesi yolu ile tekrar kabul edilmiştir (52). Sıkı ilişkinin tesbitinde nazara alınan kriterler hemen hemen aynı şekilde farazi (varsayılan) iradenin tesbiti yolu ile hukuk seçiminde de nazara alınıyordu (53). Bu nedenle denilebilir ki; sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama şimdiye kadar farazi irade ile hukuk seçiminden ne anlaşılıyor idi ise ondan başka bir şey değildir. Çünkü milletlerarası özel hukuktaki her normun ödevi sıkı ilişkiyi tesbit etmektir. Eğer kanun koyucu bu sıkı ilişkinin tesbitini yapamıyorsa, susmalı ve buradan doğan boşluğun doldurulmasını doktrin ve mahkeme kararlarına bırakmalıdır (54). Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama hususunda bu şekilde ciddi bir eleştiri olmasına rağmen, doktrinde ve mahkeme kararlarında sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanması hususunda hemen hemen görüş birliği bulunmaktadır (55). Bunun sebebi de doktrin ve mahkemelerin ya kendi ödevlerini hatırlamak veya hukuk politikası bakımından yanlış bağlama kurallarından kurtulmak istemeleridir (56).

Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama prensibine göre, akdi ilişkinin birbirinden ayrılabilen kısımları farklı ülke hukukları ile sıkı irtibatı gösteriyorlar ise, her kısım için bu farklı ülke hukuklarının uygulanması mümkün kılınmıştır. Başka bir ifade ile, objektif bağlama kurallarının temelini teşkil eden sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama kuralı bakımından da aktin parçalanabileceği açıkça kabul edilmiştir (57). Bu husus sözleşmede, "bununla beraber aktin bir kısmı aktin geri kalan kısmından ayrılabilir ve bu kısım başka bir devlet ile daha sıkı irtibatı gösteriyorsa, istisnai olarak bu kısma bu başka devletin hukuku uygulanabilir" (m. 4/1-2) şeklinde ifade edilmektedir.

Bu açıklamalardan da görüldüğü gibi sözleşmede objektif bağ-

(51) KEGEL, s. 425.

(52) KEGEL, s. 426.; LORENZ, W., s. 274.

(53) Bkz. TURHAN, s. 126; NOMER, s. 303 vd.

(54) KEGEL, s. 426.

(55) Karşılaştırmalı hukukta yer alan pozitif düzenlemelere örnek olarak; m. 28/1 EGBGB.; m. 117/1 IPRG (İsv.); m. 1/1 IPRG (Avus.) verebiliriz.

(56) KEGEL, (IPR), s. 192.

(57) FIRSCHING, s. 40.

lama kuralı olarak, esas itibariyle akdi ilişkinin en sıkı irtibat halinde bulunduğu devletin hukukuna bağlama esasını nazara alınmıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus, sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esasının uygulanabilmesi için, âkit tarafların akitlerine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmamış olmaları gereklidir. Şayet âkit taraflar akdi ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmışlar ise, akit başka bir ülke hukuku ile daha sıkı irtibat halinde bulunsada dahi, bu sıkı ilişkili ülke hukukunun olaya uygulanması mümkün değildir (58).

Sözleşmede sıkı ilişkinin tesbiti hususunda örnek kabilinden bazı özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu özel düzenlemelerde sıkı ilişkili ülke hukuku şu şekilde tesbit edilmiştir:

1 — İfa yeri hukuku: Buna göre akdi ilişkinin karakteristik edim borçlusunun gerçek veya tüzel kişi olmasına göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Şayet karakteristik edim borçlusu gerçek kişi ise, akdin yapımı zamanında mutad meskeninin bulunduğu devlet ile; şayet şirket, dernek veya herhangi bir tüzel kişi söz konusu ise, bu halde onun asıl idare merkezinin bulunduğu devlet ile sıkı ilişkinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bunların yanısıra, şayet akit, mesleki veya sanatsal bir edimin ifasını konu alıyorsa bu durumda sıkı ilişki bu mesleki veya sanatsal edimi ifa edecek kişinin asıl ikâmetgahının bulunduğu devlet ile, ya da akde göre edim asıl merkezden başka bir merkezde ifa edilecek ise bu merkezin bulunduğu ülke ile sıkı irtibatının olduğu kabul edilmektedir (m. 4/2). Sözleşmede kabul edilmekte olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuna objektif bağlama esasını karşılaştırmalı hukuk alanında uzun yıllardan beri hem doktrinde ve hem de mahkeme kararlarında kabul edilmekte olan bir prensip idi (59). Bu sebeple karakteristik edimden neyin anlaşılması gerektiği hususunda önceki doktrin ve mahkeme kararlarından yararlanmak mümkündür.

2 — Gayrimenkule ilişkin akitler: Âkit bir gayrimenkule ilişkin aynı hakkı veya bir gayrimenkulün kullanma hakkını konu ediniyorsa, ikinci fıkrada kabul edilmiş olan ifa yeri bağlama kuralına

(58) GIULIANO/LAGERDE, s. 52.

(59) Bkz. Münchener Kommentar, III; Schweizerisches Kommentar, III; Osterreichisches Kommentar, s. I.

Önceki doktrin ve mahkeme kararlarına göre; tek tarafa borç yükleyen akdi ilişkilerde karakteristik edimin tesbiti problem yaratmamaktaydı. Bunun yanısıra iki tarafa borç yükleyen akdi ilişkilerde, taraflardan birisinin edimi para borcu ise, bu durumda karşı âkidin ediminin karakteristik edim olduğu kabul edilmektedir.

rağmen, akdin gayrimenkulün bulunduğu ülkeye sıkı ilişkiyi gösterdiği kabul edilmektedir (m. 4/3). Bu hükümde gayrimenkulün bulunduğu ülke lehine ifa yeri kuralına bir istisna kabul edilmiştir.

3 — Nakliye sözleşmeleri: Nakliye sözleşmelerinde de sıkı ilişkinin tesbitinde ifa yeri kuralından ayrılmış ve bu akitler için, yükleme veya indirme veya gönderenin asıl ikametgahı bu devlette bulursa dahi, nakledenin akdin yapımı anında asıl ikametgahının bulunduğu devlet ile sıkı ilişkiyi gösterdiği kabul edilmiştir. Menkul mal naklini konu alan akitler olarak bu fıkranın uygulaması tek bir seyahat için charter akitleri ve esas olarak menkul mal nakline hizmet eden diğer akitler için geçerlidir (m. 4/4). Yolcu taşıma akitleri hususunda bu fıkrada yer alan hüküm geçerli olmayıp, ifa yeri kuralının geçerli olması gerektiği sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında genel kabul görmüştür (69).

Karakteristik edim nazara alınarak tesbit edilmiş olan bu objektif bağlama kuralları, şayet karakteristik edim tesbit edilemiyor ise uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumda akdi ilişkinin sıkı irtibatının tesbiti hususunda ilk fıkrada yer alan genel kuraldan hareket edilecektir. Başka bir ifade ile, akdin genelinden ve tarafların durumundan hareket edilerek sıkı ilişkinin tesbiti yoluna gidilecektir (m. 4/5-1). Bunun yanı sıra, şayet, durumun genelinden akdi ilişkinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisinin bulunduğu tesbit edilir ise, bu durumda yukarıda tesbit edilmiş olan objektif bağlama kuralları uygulama alanı bulamayacak, onun yerine daha sıkı ilişkiyi gösteren bu başka ülkenin hukuku olaya uygulanacaktır (m. 4/52). Bu istisna hükmünün kabul edilmesinin sebebi sözleşmeye ilişkin hazırlanmış olan raporda, özel olayda akdi ilişkinin yukarıda tesbit edilmiş olan objektif bağlama kurallarına göre başka bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkisinin olduğunun tesbiti hususunda mahkemelere takdir yetkisi tanımak olduğu benimsenmiştir. Başka bir ifade ile, bu hükümde kabul edilmiş olan objektif bağlama kuralları akdi ilişkinin burada tesbit edilmiş olan ülkeler ile sıkı ilişkisinin olduğu yönünde sadece birer karineden ibaret olup akdin genelinden başka bir ülke ile daha sıkı ilişkinin bulunduğu anlaşılır ise, bu başka ülke hukukunun olaya uygulanması hususunda hakime takdir yetkisi verilmiştir (61).

2. Sosyal İçerikli Akdi İlişkilerde Objektif Bağlama

Genel olarak bütün akdi ilişkiler bakımından kabul edilmiş olan

(60) GIULIANO/LAGERDE, s. 54.

(61) GIULIANO/LAGERDE, s. 55.

objektif bağlama kurallarına istisna getirilmiş olmasına rağmen, yine de bazı akdi ilişkiler hususunda bu akdi ilişkilerin kendi hususiyetlerinden dolayı sıkı ilişki bizzat sözleşmede tereddüte yer vermeyecek şekilde tesbit edilmiştir. Bu akdi ilişkiler; tüketici akitleri ve iş akitleridir. Bu akdi ilişkiler hakkında özel düzenlemelerin kabul edilmesinin sebebi, akdin tarafları arasında ekonomik ve sosyal bakımlardan eşitliğin bulunmamasıdır. Başka bir deyişle, bu akdi ilişkilerde, taraflardan birisi (tüketici-işçi) diğerine göre ekonomik ve sosyal bakımlardan daha kötü durumdadır. Bu sebeple, ilişkinin zayıf tarafının kanun koyucu tarafından özel korunmaya ihtiyacı olduğu kabul edilmektedir. Uzun yıllardan beri karşılaştırmalı hukuk alanında doktrin tarafından savunulmakta (62) olan bu düşünce tarzının etkisi ile sözleşmede de bu akdi ilişkiler bakımından özel düzenlemelere yer verilmiştir.

a — Tüketici Akitleri

Tüketici akitlerinin diğer akitlerden farklı olduğu yönündeki fikirlerden hareket eden bir kısım ülke kanun koyucuları konuyla ilgili milletlerarası özel hukuka ilişkin mevzuatlarında özel düzenlemelere yer vermişlerdir (63). Sözleşmede de aynı yol izlenerek, genel olarak kabul edilen objektif bağlama kurallarından ayrılmıştır. Başka bir deyişle sıkı ilişkinin tesbiti hususunda tahmini bağlama kuralları tesbit edilmemiş, bilakis sıkı ilişkili ülke sözleşmede bizzat tesbit edilmiştir. Tüketici akitlerinin düzenlendiği 5. maddeye göre, "4. maddeden farklı olarak (genel objektif bağlama kuralları) 3. maddeye göre hukuk seçiminin eksikliğinde ikinci fıkrada (64) nitelendirilen durumların meydana gelmiş olduğu akitler için tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku yetkilidir" (m. 5/). Buna göre tüketici akitleri sözleşmede tesbit edilmiş olan objektif bağlama kurallarına göre yetkili ülke hukukundan başka bir ülke ile daha sıkı ilişki içinde bulunsa dahi bu ülke hukukunun olaya uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Yani, tüketici akitlerinde sayet taraflar hukuk seçimi yapmamışlar ise bu durumda tüketicinin mutad meskeni hukuku mutlak objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir (65).

(62) Bkz. KELLER, s. 175 vd.; KREN, Jolanta; Schutz der schwächeren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZVgIRWiss. 88. (1989).

(63) Örneğin, 1989 tarihli Avusturya kanunu IPRG. m. 41.; İsviçre, IPRG, m. 120. Alman, EGBGB, m. 29.

(64) Bkz. s. 8 vd.

(65) FIRSCHING, s. 41.

b — İş Akdi ve İş İlişkisi

İş akdi ve iş ilişkilerinde tarafların akdi ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralının tesbiti hususunda kabul edilmiş olan prensip aynen kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, iş akdi ve iş ilişkilerini düzenleyen 6. maddede objektif bağlama kuralları tesbit edildikten sonra, iş akdi ve iş ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisinin bulunması halinde, tesbit edilmiş olan bu objektif bağlama kuralları değil bilakis bu sıkı ilişkili ülke hukukunun olaya uygulanması esas kabul edilmiştir (66). Sözleşmede yer alan hükme göre, "İş akdi ve iş ilişkilerine 3. maddeye göre hukuk seçiminin bulunmadığından dolayı 4. maddeden farklı olarak".

"a. Hatta geçici olarak başka bir devlete gönderilmiş olsa dahi işçinin akdin ifasında mutaden kendi işini gördüğü devletin hukuku, veya";

"b. İşçi mutad olarak kendi işini bir ve aynı devlette yapmıyorsa işçiyi işe alan merkezin (67) bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır" (m. 6/2).

"Meğer ki iş akdi veya iş ilişkisinin başka bir devlet ile daha sıkı ilişkiyi gösterdiği durumun genelinden ortaya çıksın; bu durumda bu diğer devletin hukuku uygulanmalıdır" (m. 6/3). Milletlerarası iş akdi ve iş ilişkileri bakımından bu kuralın kabul edilmesinin sebebi, işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin veya onu işe alan şubenin bulunduğu yerin daima yer itibariyle en iyi bağlama kuralını oluşturmayacağına kanun koyucu tarafından kabul edilmesidir (68).

III. Uygulanacak Hukuka Ait Ortak Hükümler

Yabancı unsurlu akdi ilişkilerde subjektif veya objektif ölçü nazara alınarak tesbit edilecek olan ülke hukukunun uygulama alanı sözleşmede kapsamlı olarak tesbit edilmiştir.

A — Şekil

Sözleşmede akitlerin ve hukuki muamelelerin şekline ilişkin olarak ikili bir düzenleme kabul edilmiştir. Akitlerin şekli geçerliği hususunda sözleşmede yer alan ilk düzenlemede karşılaştırmalı hukuk alanında kabul edilen, akdin yapıldığı yer (LRA) veya akdin

(66) FIRSCHING, s. 41.; LORENZ, W., s. 275; GIULIANO/ALGERDE, s. 58; DOĞAN, s. 110 vd.

(67) Niederlassung

(68) JUNKER, Internationales Arbeitsrecht, s. 214; LORENZ, Egan; Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, RdA. 42 (1988), s. (220-228) 221.

esasına uygulanacak yer (Lex causae) hukuku prensibi alternatifli olarak kabul edilmiştir. Sözleşmede yer alan hükümde, aynı ülkede bulunan taraflar arasında yapılan akitlerde, akdin yapıldığı veya akdin esası hakkında yetkili olacak ülke hukuku yetkili kabul edilmişken, taraflar farklı ülkelere bulunuyorlar ise, başka bir ifadeyle mesafeli akitler söz konusu ise, bu durumda akdin şekli bakımından geçerli olabilmesi için yapıldığı yer veya taraflardan birinin akdin yapımı anında bulunduğu yer hukukuna uygun olarak yapılmış olması yeterli kabul edilmiştir (69). Şayet, âkit temsilci aracılığı ile yapılmış ise, bu kurallar temsilcinin yapmış olduğu akdin şekli geçerliliği için de kabul edilmiştir (70). Bu hükümlerin akdedilmiş sözleşmeler için geçerli olduğu gibi, henüz akdedilmemiş sözleşmeler için de geçerli olduğu kabul edilmiştir (m. 9/1-4). Ancak sözleşmede henüz akdedilmemiş sözleşmelerden neyin kastedildiği belirtilmemiştir. Sözleşmeye ilişkin raporda bunlardan maksadın, icap, kabul veya âkit yapma vaadi gibi durumları kapsadığı ifade edilmiştir (71).

Bu prensipler bütün akdi ilişkiler bakımından kabul edilmiş olmasına rağmen tüketici akitleri ve gayrimenkullere ilişkin akitler bakımından kabul edilen alternatif bağlama kuralına istisnalar getirilmiştir. Buna göre, tüketici akitlerinin şekli geçerliliği hususunda da tüketicinin mutad meskeni hukuku yetkili kılınmıştır. Başka bir ifade ile, şayet âkit taraflar tüketicinin mutad meskeni hukukunun şekil kurallarına uymaksızın akit yapmışlar ise, bu akit şekil bakımından geçerli olmayacaktır (m. 9/5). Gayrimenkulün aynı veya gayrimenkulün kullanılmasını konu alan akitlerin şekli geçerliliği bakımından akdin yapıldığı yere ve akdi ilişkinin esasına uygulanacak hukuka bakılmaksızın gayrimenkulün bulunduğu ülke hukuku tek yetkili hukuk olarak kabul edilmiştir (m. 9/6).

B — Tarafların Ehliyeti

Âkit tarafların hak, fiil ve muamele ehliyetlerine ilişkin olarak yer verilen düzenlemede yalnızca gerçek kişiler nazara alınmış olup, tüzel kişilerin ehliyetleri hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sözleşmede tarafların ehliyetini düzenleyen hükme göre, aynı ülkede bulunan kişiler arasında yapılan sözleşmelerde bu ülke hukukuna göre hak, fiil ve muamele ehliyetine sahip olan bir

(69) Bu çözüm tarzı daha önceleri Alman Hukukunda hakim görüşü. Bkz. FIRSCHING, s. 41.

(70) GIULIANO/LAGERDE, s. 60 vd.

(71) GIULIANO/LAGERDE, s. 61.

gerçek kişi yalnızca, diğer âkit taraf akdin yapımında bu hak, fiil ve muamele ehliyetine sahip olmadığını biliyorsa veya kusurundan dolayı bilmiyorsa, başka bir devletin hukukuna göre idare edilen hak, fiil ve muamele ehliyetini yetkilendirebilir (m. 11). Görüldüğü gibi, bu hükümde yalnızca işlem güvenliği ve dolayısıyla iyi niyetli karşı âkidin korunması nazara alınmış olup, sözleşmede âkit tarafların ehliyetinin tesbiti hususunda yetkili hukuk açık olarak belirtilmemiş, bu husus milli kanun koyuculara bırakılmıştır (72).

C — Asıl Akde Uygulanacak Hukukun Geçerlilik Alanı

Akit statüsünün uygulama alanı ile ilgili olarak sözleşmede yer alan hükme göre, “bu sözleşmenin 3, 6, ve 12. maddelerine göre akde uygulanacak hukuk özellikle;

a. Yorumu,

b. Akitle kurulmuş olan mükellefiyetlerin ifası,

c. Zararın tayini mahkemeye kendi usul hukukunca düzenlenmiş olan yetkinin sınırlanmış olduğu hukuk normlarına göre sonuç doğurduğu için zararın tesbiti hariç olmak üzere mükellefiyetlerin kısmen veya tamamen ifa edilmemesinin sonucu,

d. Mükellefiyetlerin sona ermesinin farklı türleri ve hem de bir sürenin başlangıcından ortaya çıkan zamanaşımı ve hak düşümü,

e. Akdin butlanının sonuçları için, yetkilidir” (m. 10/1).

Akit statüsünün uygulama alanının bu hükümde sayılan hususlarla sınırlı olmadığı bunların sadece örnek kabilinden tesbit edilmiş hususlar olduğu benimsenmiştir. Bu sonuca burada kullanılan “özellikle” ibaresinden hareket edilerek varılmaktadır (73).

“İfanın tarz ve usulü hakkında ve alacaklı tarafından eksik ifa olayında alacağı tedbirlerle ilişkide ifanın sonuç doğuracağı devletin hukuku gözönünde tutulmalıdır” (m. 10/2).

D — Alacağın Temlik

Sözleşmede alacağın temlik, iradi temlik ve kanuni temlik olmak üzere iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Alacağın iradi temlikinde devreden ve devralan arasındaki hukuki ilişki bunlar arasındaki temlik sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi tutulmuştur. Sözleşmede devir ve temlik ile ilgili olarak yer alan hükme göre,

(72) GIULIANO/LAGERDE, s. 66; FIRSCHING, s. 41.

(73) FIRSCHING, s. 42; GIULIANO/LAGERDE, s. 64.

"bir alacağı devreden ve devralan arasındaki mükellefiyetler için bu sözleşmeye göre onlar devreden, devralan arasındaki akde uygulanacak hukuk yetkilidir" (m. 12/1).

Sözleşmenin ikinci fıkrasında "devir ve temlik edilen alacağın tâbi olduğu hukuk, alacağın devir ve temlik edilebilirliğini, borçlu ile devir ve temlik alan arasındaki ilişkiyi, borçluya devir ve temlik hangi şartlar altında ileri sürülebileceğini ve borçlu tarafından edimin serbest bırakılmasının neticesini belirler" (m. 12/2). Hakkını bırakan ile borçlu arasındaki ilişki sözkonusu ise ve bunlar arasında bir akit bulunuyor ise ikinci fıkra hükmünün zararsızlığı bu fıkra düzenlenmiş olan sorular -ki devir ve temlik edilebilirlik istisnası ile- akit bu problemleri kapsıyorsa akte uygulanacak hukuka göre belirlenir (74).

Alacağın kanunî temlikinin düzenlendiği 13. maddeye göre, bir kişi, alacaklı, başka bir kişiye, borçlu, karşı akitten doğan bir alacağına sahipse ve alacaklıyı tatmin eden üçüncü bir kişi mükellefiyetlere sahipse veya üçüncü kişi alacaklıyı bu mükellefiyete binaen tatmin edecekse, üçüncü kişi borçluya karşı alacaklının talebi onların ilişkisi için yetkili hukuka göre tamamı veya belirli bir kısmı için ileri sürmemeye hakkı olup olmadığı üçüncü kişinin mükellefiyetleri için yetkili olan hukuka göre belirlenir. İkinci fıkra ise, birden fazla kişi aynı akdi alacağı ifa edeceklerse ve alacaklı bu kişilerden birisince memnun edilmişse bunun da geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bu düzenlemelerden de görüldüğü gibi bu hüküm yalnızca akdi borç ilişkilerini kapsamakta olup bütün kanunî temlikleri kapsamamaktadır. Başka bir deyişle, bu hüküm, akdi borç ilişkileri dışında kalan diğer kanunî temlikleri kapsam dışı bırakmıştır. (76).

E — Atıf

Kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı bir hukuka yetki tanıdığı hallerde, bu yabancı hukukun uyuşmazlık hususunda kendi maddi normlarını değil, başka bir devletin maddi normlarını yetkili görmesi haline genel olarak atıf denilmektedir (76). Karşılaştırmalı hukukta atfa ilişkin olarak iki değişik görüş bulunmaktadır. Bir kısım hukukçular atfı kabul etmelerine rağmen, diğer bir kısım hu-

(74) GIULIANO/LAGERDE, s. 67.

(75) GIULIANO/LAGERDE, s. 67.

(76) NOMER, s. 147 vd.; KEGEL, s. 237 vd.; KELLER, Max/SIEHR, Kurt: Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, s. 468; KARAYALÇIN, Yaşar: Devletler Hususi Hukukunda Atıf, Ankara 1945, s. 6

kukçular atfın kabulünü, ihtilafı sürüncemede bırakacağı gerekçesi ile reddetmektedirler (77).

Âkit tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları durumunda, seçilen bu hukukun maddi normlarının olaya uygulanacağı açık olarak kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, tarafların akdi ilişkilerine uygulanacak hukuku açık olarak seçtikleri durumlarda seçilen bu hukukun kanunlar ihtilafı normlarının değil, maddi normlarının olaya uygulanacağı karşılaştırmalı hukukta genel olarak kabul edilmektedir (78). Objektif bağlama kurallarına göre akit statüsünün tesbit edildiği durumlarda ise, tesbit edilen bu akit statüsünün yalnızca maddi normlarının mı? yoksa aynı zamanda kanunlar ihtilafı normlarının da mı? nazara alınması gerektiği hususunda karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemeler ve bu düzenlemelere paralel olarak da farklı görüşler bulunmaktadır. Buna rağmen akit statüsünün objektif olarak tesbit edildiği durumlarda da, akit statüsünün kanunlar ihtilafı kurallarının değil, yalnızca maddi normlarının nazara alınacağı, yani atfın borç akitleri bakımından açıkça reddedildiği kabul edilmektedir. Ancak bu görüşün, özellikle milletlerarası karar ahengine ters olduğu ve milli hukuku veya tanıdık bir hukuku uygulama arzusundan kaynaklandığı kabul edilmektedir (79).

Sözleşmede yer alan düzenlemede ise atıf, akdi borç ilişkileri bakımından tamamen dışlanmıştır. Atfa ilişkin düzenlemenin bulunduğu 15. maddeye göre, bir devletin bu sözleşmeye göre uygulayacak hukuku altında onun milletlerarası özel hukuk normlarının dışlanmasıyla bu devlette geçerli hukuk normlarının anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Sözleşmede objektif bağlama kurallarının uygulanacağı durumlarda da atfın reddedilmesinin gerekçesi, objektif bağlama kurallarının tesbitinde akdi ilişkinin en sıkı irtih-

(77) KARAYALÇIN, s. 7 vd.

(78) Art. 4/2 EGBGB. "Taraflar bir devletin hukukunu seçebildiğine göre, yalnızca maddi normlara gönderebilirler." Geniş bilgi için bkz. SCHRÖDER, Jochen: Vom Sinn der Verweisung im internationalen Schuldvertragsrecht. IPRax 7. (1987) s. (90 - 92) 91.

Art. 11/1 IPRG (Avis.). "Tarafların hukuk seçimi (§ 19, § 35/I) şüphe halinde seçilen hukukun atıf normlarını kapsamaz."

KELLER/KREN KOSKIEWICZ, in: IPRG. Komm., s. 903 vd.; STURM, Fritz: Die allgemeinen Grundsätze im schweizerischen IPR-Gesetzentwurf. Eine kritische Analyse, Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Rudolf MOSER, Zürich 1987, s. (3 - 23) 10 vd.

(79) SCHRÖDER, s. 91; MARTINY, in: Mün. Komm., s. 1827 vd.; HELDRICH, in: PALAND Komm., s. 2322; HENNI, Anton, in: IPRG. Komm., s. 112 vd.; STURM, s. 11.

batlı ülke hukukunun nazara alınmış olduğu ve bu sebeple de bu durumda atfın kabul edilmesinin mantıksızlık olacağıdır (80).

F — Kamu Düzeni

Milletlerarası özel hukuk alanındaki kamu düzeninden maksat, hakimın hukuk düzeninin dokunulmaz kısmıdır (81). Başka bir ifade ile kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasının ihtimal dahilinde olan sakıncalarının düzeltilme uygulaması gibidir. Kamu düzeni uygulamasındaki temel menfaat, maddi hukuk adaletinin sağlanmasıdır. Bunun yanı sıra kamu düzeni uygulaması bakımından devlet menfaatleri de önemlidir (82). Şöyle ki, for hakimi somut olayda ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına binaen yabancı bir hukuku uyguladığında, bu yabancı hukukun uygulanması ile karar verilecek olan maddi ilişkide tamamen adalete uygun olmayan bir sonuç doğuracak ise, bu norm kamu düzeni esasına binaen uygulanmayacaktır. Yani hakim, böyle bir durumda kural olarak uygulanması gereken yabancı hukuk prensibini istisnai durumlarda uygulamayacaktır. Çünkü for hakimi milletlerarası unsurlu maddi ilişkilerde de dahili hukuk düzeninin temel prensiplerine uygun, adaletli karar vermek zorundadır (83). Bu esaslardan hareket edilerek sözleşmede kabul edilen hükme göre, "bu anlaşmaya göre tesbit edilecek hukukun bir normunun uygulanması açıkça yetkili mahkemenin, kamu düzeni ile bağdaşmıyorsa yalnızca vazgeçilebilir" (m. 16). Bu hükümden anlaşıldığı gibi, yetkili yabancı hukukun uygulanmasının engellenebilmesi için, aykırılığın açık olması, başka bir deyişle somut olayda kabul edilemeyecek nitelikte bir sonuca götürüyor olması gerekmektedir.

G — İspat

İspata ilişkin belirli problemler sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen genel bir kural getirilmemiştir. Sözleşmede yer alan hükme göre, beyyine külfeti istisnası ile âkit devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan ispat problemleri kural olarak lex foriye tâbi tutulmuştur. Akdi borç ilişkileri için kanunî karine-ler tanzim edilmişse veya beyyine külfeti tevzii edilmişse bu sözleşmeye göre âkit için yetkili olan hukuk uygulanacaktır (m. 14/1).

(80) GIULIANO/LAGERDE, s. 69 vd.

(81) KEGEL, (IPR), s. 324.

(82) KEGEL, (IPR), s. 325.

(83) SCHWANDER, Einführung, s. 220; VISCHER, in. IPRG. Komm., s. 180 vd.; KELLER/STERR, s. 536 vd.; KROPHOLLER, (IPR), s. 216 vd.; GIULIANO/LAGERDE, s. 70.

Bu maddeye göre; ispat yetkili mahkeme önünde yapılsa bile, bir hukuki muamelenin ispatına lex forinin veya hukuki muamelenin şekli geçerliliğini düzenleyen 9. maddede belirtilen hukuklardan birinin bütün ispata usulleri geçerlidir (m. 14/2).

IV. Genel Değerlendirme ve Türk Hukuku

Sözleşme, yabancı unsurlu akdi borç ilişkilerinde genel olarak karşılaştırmalı hukuk alanında kabul edilmekte olan âkit tarafların iradelerine göre yetkili hukukun belirlenmesi (sübjektif bağlama) esasını bütün akdi ilişkiler bakımından ilk derece bağlama kuralı olarak kabul etmiştir. Taraflara tanınmış olan irade muhtariyeti ilkesine, ilki bir kısım akdi ilişkiler bakımından zayıf tarafın korunması gayesi ile diğeri de doğrudan uygulanan kurallardan olmak üzere iki farklı sınırlama getirilmiş ve âkit tarafların hukuk seçimini makul çıkar veya sözleşmeyle ilgi şartına bağlama gibi başkaca bir sınırlama getirmemiştir. Sözleşmeye göre, âkit taraflar akitlerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku açık iradeleri ile veya zimni iradeleri ile seçebilecekleri gibi, asıl akdin yapımı anında veya daha sonradan da yetkili hukuku seçebileceklerdir.

Diğer taraftan sözleşmede, taraflarca hukuk seçiminin yapıldığı hâllerde uygulanmak üzere, objektif bağlama kuralı olarak, akdi ilişkinin sıkı irtibat halinde bulunduğu ülke hukuku esas benimsenmiştir. Sözleşmede bütün akdi ilişkilerde geçerli olmak üzere, sıkı ilişki esasından hareket edilerek tesbit edilmiş olan objektif bağlama kuralları birer karineden başka bir niteliğe sahip değildirler. Başka bir ifade ile, müşahhas olayda sözleşmede tesbit edilmiş olan bir objektif bağlama kuralı bulunsa dahi, şayet akdi ilişkinin bu ülkeden başka bir ülke ile daha sıkı irtibatının olduğu tesbit edilir ise, bu durumda sözleşmede tesbit edilmiş olan objektif bağlama kuralı değil, bu sıkı ilişkinin bulunduğu ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmede bir kısım akdi ilişkiler bakımından, bu akdi ilişkilerin kendi özelliklerinden dolayı, özel bağlama kuralları tesbit edilmiştir. Burada tesbit edilmiş olan özel sözleşmelerden tüketici akitlerinde akdin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisi bulunsa dahi, bu başka ülke hukukunun uygulanması mümkün değildir. İş akdi ve iş ilişkilerinde ise, akdin başka bir ülke ile sıkı irtibatı tesbit edilir ise, bu hukukunun olaya uygulanması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, sözleşmede tüketici akitleri bakımından tesbit edilmiş olan objektif bağlama kuralları mutlak olmasına rağmen, iş akitleri bakımından mutlak değildir.

Türk Hukukunda ise, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygu-

lanacak hukuka ilişkin düzenleme MÖHUK. m. 24'de yer almaktadır. Buna göre;

"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir".

"Tarafların açık olarak bir kanunu seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tesbit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır".

Kanunun kabul etmiş olduğu bu hükümde, âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisine herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Başka bir ifade ile, taraflar aralarındaki yabancı unsurlu bütün akdi ilişkileri bakımından diledikleri bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Akdi ilişkinin taraflarına irade muhtariyeti tanınması bakımından sözleşme ile Türk Hukuku arasında bir farklılık bulunmamasına rağmen hukuk seçiminin yapılışı bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki; sözleşmede, taraflara açık iradeleri ile veya olayın durumundan veya akdin hükümlerinden yeteri güvencilikte anlaşılabilir şekilde zımni iradeleri ile hukuk seçebilme imkanı da tanınmışken, Türk Hukukunda yalnızca açık irade beyanı ile hukuk seçimi imkanı tanınmıştır. Metinde yer alan "açık" kelimesinden hareketle doktrinde bir kısım yazarlar (84), Türk Hukukunda zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin kabul edilmediğini savunuyorlar. Bunlara göre, zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin kabulü halinde seçilecek hukukun tesbitinde güçlüklerle karşılaşılacaktır. Bu nedenden dolayıdır ki, kanunun hazırlık çalışmaları esnasında zımni irade beyanı ile hukuk seçimi bilinçli olarak kabul edilmemiştir (85). Diğer bir görüşe göre ise, kanunda zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin yapılamayacağı ifade edilmesine rağmen, akdi ilişkinin taraflarının hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğu açıkça tesbit edilebiliyor ise, bu durumda kanunun aradığı manada "açık" bir hukuk seçiminin varlığının kabulü gereklidir (86). Bize göre de, kanunda her ne kadar

(84) TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, b. 4., İstanbul 1992, s. 252; ÖELİKEK, Aysel: Milletlerarası Özel Hukuk, b. 3., İstanbul 1992, TURHAN, s. 144.

(85) TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı SEMPOZYUMU 22 - 24 Kasım 1976, İstanbul 1978, s. 165 vd.; TEKİNALP, Gülören: Akti İlişkilere Uygulanacak Hukuk - MÖHUK. m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi, MHB. 5. (1985), s. (28 - 31) 29 vd.; TURHAN, s. 144.

(86) NOMER, (DEH), s. 302 vd.

“açık” irade beyanından bahsedilmiş ise de, tereddüte yer vermeyecek şekilde tarafların hukuk seçimi yönünde iradelerinin olduğunun tesbit edilebilmesi kastedilmiş olsa gerekir. Aksinin kabulü, kanunun aynı maddesinin aynı fıkrasında çelişkili bir durumun olduğunun da kabul edilmesi demektir. Şöyle ki, MÖHUK. m. 24/1’de “seçtikleri kanuna tâbidir” ibaresinden bahsedilmiştir. Şayet yabancı hukukta pozitif düzenlemelere yer verilmemiş olmasına rağmen konu ile ilgili uygulamalar bulunuyor ise, kanuni düzenleme olmaması sebebi ile bu uygulamaların nazara alınmaması gerekir ki, böyle bir hususun kabulü doğru olmasa gerekir. Çünkü maddede bahsedilen “kanun” ibaresinden amaç, sadece pozitif düzenlemelerin nazara alınması buna karşılık fiili uygulamaların veya mahkeme kararlarının dışlanması olmasa gerekir. Bu nedenle bize göre, kanunda kullanılan “açık” ibaresinden tereddüte yer vermeyecek şekilde hukuk seçiminin olduğunun anlaşılır olması kastedilmiştir.

Sözleşmede objektif bağlama kurallarının tesbitinde esas olarak, sıkı ilişki prensibi kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile, objektif bağlama kurallarının tesbitinde akdi ilişkinin en fazla irtibat halinde bulunduğu ülke hukuku nazara alınmış, bu baptan olmak üzere bir kısım müşahhas bağlama kurallarına da yer verilmiştir. Ancak, sözleşmede tesbit edilmiş olan bağlama kuralları kesin bağlama kuralları olmayıp, birer karine niteliğindedirler. Türk Hukukunda ise, kanunda kesin bağlama kurallarına öncelik verilmiş, şayet bu bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tesbit edilemediği durumlarda sıkı ilişkili yer hukuku esas benimsenmiştir. Her ne kadar sözleşmede ve Türk Hukukunda ifa yeri bağlama kuralı ilk derece bağlama kuralı olarak nazara alınmış ise de, bu iki düzenlemenin paralel olduğunun kabulü imkansızdır. Çünkü, ifa yeri kuralına bağlama esası, sözleşmede sıkı ilişkinin tesbitinde karine niteliğine sahipken, Türk Hukukunda kesin bağlama kuralıdır. Daha açık bir deyişle, akdi ilişkinin ifa yerinden başka bir ülke ile daha sıkı irtibatının bulunması durumunda iki düzenleme arasındaki farklılık açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Bu durumda, sözleşmeye göre akdi ilişki bu sıkı irtibatın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacakken, Türk Hukukuna göre ifa yeri hukuku yetkili kalmaya devam edecektir.

Sözleşmede taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu bazı akdi ilişkiler bakımından özel düzenlemelere yer verilmiştir. Oysa Türk Hukukunda akitlerin ve âkit tarafların sosyal veya ekonomik durumları nazara alınmamış ve dolayısıyla bütün akdi ilişkiler bakımından aynı esaslar kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle, bütün

akdi ilişkiler bakımından âkit tarafların teorik bakımdan mutlak manada hukuk seçimi imkanları bulunduğu gibi, şayet âkit taraflar yetkili hukuku kendileri belirlememişler ise, bu durumda akdin ifa yeri veya ağırlıklı edimin ifa yeri hukuku akdi ilişkiyi idare edecektir (87). Bize göre sosyal veya ekonomik bakımlardan eşit durumda bulunan kişiler arasındaki akdi ilişkiler ile, sosyal ve ekonomik yönlerden taraflar arasında dengesizliğin bulunduğu akdi ilişkilerin aynı kategoriye tâbi tutulması doğru olmasa gerekir. Taraflar arasında sosyal ve ekonomik bakımlardan dengesizliğin bulunduğu akdi ilişkilerde, ilişkinin zayıf tarafının korunması gereği dahili hukuk alanında kabul edilmesine rağmen (88) milletlerarası ilişkilerde bu düşüncenin göz ardı edilmesi doğru olmasa gerekir.

Sözleşmede doğrudan uygulanan kurallar teorisine kapsamlı bir pozitif geçerlilik tanınmıştır. Şöyle ki; bu teorinin kurucusu olarak kabul edilen Francescakis yalnızca for devletinin doğrudan uygulanan kurallarına geçerlik tanınmasını savunuyordu. Oysa, sözleşmede for devletinin doğrudan uygulanan kurallarından başka âkit ile irtibatlı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına da bazı özel durumlarda geçerlik tanınmaktadır. Türk Hukukunda ise, doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Bu durumda Türk Hukuku bakımından âkit statüsünün ve for devletinin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınabileceken, âkit ile irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasına imkan yoktur. For devletinin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili bir düzenleme hukukumuzda yer almamasına rağmen kamu düzeninin müsbet etkisinden hareket ederek bu sonuca ulaşmak imkanına sahibiz. Başka bir ifade ile, Lex forinin müdahaleci normları ile ilgili olarak kanunlarda pozitif düzenlemelere yer verilmemiş olması, bu normların içeriği dolayısıyla kamu düzeninin müsbet etkisinden hareket edilerek aynı sonuca ulaşılmasına engel teşkil etmeyecektir (89).

Yapmış olduğumuz bu inceleme neticesinde gördük ki, yabancı unsurlu akdi ilişkiler ile ilgili mevcut pozitif düzenlemede eksikler bulunmaktadır. Her şeyden önce, MÖHUK, m. 24 bugünkü anlaşılış şekli ile karşılaştırmalı hukuk alanında kabul edilmekte olan temel prensipler ile bağdaşmamaktadır. Bir defa irade muhtariyetinin düzenlendiği m. 24/1'de yer alan "açık" kelimesinin yorumun-

(87) Geniş bilgi için bkz. İş akitleri için; TEKİNALP, (MÖH), s. 288 vd.; NOMER, s. 306 vd.

(88) Örn. İş Kanunu, Tüketicinin Korunması Kanunu, vb.

(89) SCHWANDER, Einführung, s. 239.

da tarihi yorum yönteminden vazgeçilmeli ve gai yorum esasından hareket edilerek, tarafların akitlerine uygulanmak üzere yetkili hukuku seçtiklerini gösteren emarelerden kesin bir sonuca varmak imkanı bulunduğu durumlarda bu seçimin nazara alınması doğru olacaktır. Bunun yanısıra ikinci fıkranın son cümlesini ve dolayısıyla kademeli bağlamanın son basamağını oluşturan sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esası objektif bağlamada esas olarak alınmalıdır. Ayrıca, kanun koyucunun iç hukuk alanında sosyal içerikli akdi ilişkilerde, ilişkinin zayıf tarafının korunması hususunda göstermiş olduğu titizliği milletlerarası ilişkilerde de göstermeliydi. Ancak mevcut pozitif düzenlemeye göre, sosyal içerikli akdi ilişkiler bakımından ilişkinin zayıf tarafının korunması yalnızca kamu düzeni uygulaması çerçevesinde mümkün gözükmemektedir ki bu da yeterli olmasa gerekir.

EDİME UYGUN İFA KURALININ İSTİSNALARI

Arş. Gör. Süleyman YALMAN (*)

Giriş :

Bir borç ilişkisinde, taraflar neyi borçlanmış iseler; onu ifa etmek, yerine getirmek zorundadırlar. Buna "Edime uygun ifa kuralı" denir. Bu kural, tarafların borçlanılan edimden başka bir edim ile ifa yapmalarına engel olur. Fakat taraflar, kendi aralarında bir sözleşme yaparak borçlanılan edimden başka bir edim ile ifanın gerçekleşmesini kabul edebilirler. Buna ifa ikameleri veya edime uygun ifa kuralının istisnaları denir. Bu incelememizde, edime uygun ifa kuralının istisnalarını incelemeye çalışacağız. Edime uygun ifa kuralının istisnalarını incelemeye geçmeden önce, ifa kavramı ve hukuki mahiyetini belirterek, asıl konumuz olan ifa ikamelerinin daha iyi anlaşılmasına çalışacağız.

§ 1 — İFA KAVRAMI - MAHİYETİ - KONUSU VE SONUÇLARI

I — İfa Kavramı

İfa, kural olarak her borç ilişkisinin amacıdır, ama Borçlar Kanununda tanımlanmamıştır. Fakat, birçok maddede ifa yerine tediye (Ödeme) terimi kullanılmıştır. Borçlar Kanunu 84, 166, 170. maddeleri bu konuda örnek gösterilebilir.

Doktrinde ifa genellikle şu şekilde tarif edilmektedir :

"İfa, borçlanılmış edimin yerine getirilmesi suretiyle, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir"(1). İfa, her borç ilişkisinin amacıdır ve ifa ile borçlu borcundan kurtulur; borç iliş-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Larenz, K. Lehrbuch der Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, München 1987, s. 235; Medicus, D., Bürgerliches Recht. München, 1979, s. 336; Eren, F., Borçlar Hukuku, C. III, Ankara 1990 s. 79; Von Tuhr, A., Borçlar Hukuku (Çev. Edege C.) Ankara 1983, s. 457; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977, s. 3; Becker, H., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu (Çev. Tolun, O.), Ankara 1969, s. 403; Oser/Schönenberger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. V, Borçlar Hukuku (Çev. Seçkin, R.) Ankara 1950, s. 592.

kisi amacına ulaşır (2), ama mutlaka borç ilişkisini sona erdirmez. Çünkü, borç ilişkisi, bor ilişkisinden doğan bütün borçların ifa edilmesi ile sona erer. Bu yüzden ifa, her zaman dar anlamda borcu sona erdiren bir sebeptir, fakat birden fazla edimleri kapsayan borç ilişkilerinde; ifa ödenen kısmı sona erdirir (3), borç ilişkisi devam eder.

Kanunumuzda "İfa" ile "Tediye" kavramları eş anlamda kullanılmıştır. Fakat tediye ifa kavramından daha dar anlamı olduğundan, tediye ile yalnız para borçlarının ifası amaçlandığı kabul edilmektedir (4). Bu yüzden tediye ile yalnızca para borçlarının ifası amaçlanmaktadır.

II — Hukukî Mahiyeti

İfanın hukukî mahiyeti sorunu; borçlunun, borçlandığı edimi, borç ilişkisine uygun olarak yerine getirmesi borcun ifası için yeterlidir, yoksa buna ek olarak alacaklı ile borçlunun edimin ifa amacıyla yapılmış olması hususunda anlaşmış olmaları, başka bir ifadeyle ifa sözleşmesi yapmalarının gerekli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde belli başlı üç teorileri sürülmektedir. Bunlar: Genel Akid Teorisi, Edimin Fiilen Gerçekleşmesini Yeterli Bulan (Maddi Fiil) Teorisi ve Sınırlı Akid Teorisidir.

1 — Genel Akid Teorisi

Bu teoriye göre, ifa, mutlaka bir sözleşmeyi, başka bir ifadeyle borçlunun edimin yerine getirilmesi için icapta bulunmasını ve alacaklının bu irade açıklanmasını kabul etmesini veya icap ve kabul şeklindeki irade açıklamalarının edim üzerinde birleşmiş olmasını gerektirir (5). Bu yüzden, geçerli bir ifadan söz edilebilmesi için, hem borçlunun hem de alacaklının fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Alacaklı veya borçludan biri sınırlı ehliyetsiz ise, ifanın geçerli olması için kanunî mümessilin izin veya muvafakatı gereklidir (6). Pandekt Hukukunda ve Alman Medenî Kanununun kabu-

(2) Eren, F., s. 80; Von Tuhr, s. 457.

(3) Tunçomağ, K., Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri, C. I, İstanbul 1978, s. 663; Feyzioğlu, s. 3; Eren, s. 81.

(4) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1985, s. 1009; İnan, A. N., Borçlar Hukuku, Ankara s. 437; Reisoğlu, S., Borçlar Hukuku, Ankara 1986, s. 175.

(5) Eren, s. 83; Tunçomağ, s. 665; Feyzioğlu, s. 5; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1011; Larenz, s. 237.

(6) Feyzioğlu, s. 5 - 6; Eren, s. 83; Tunçomağ, s. 665; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1011; Von Tuhr, s. 465.

lünü takip eden ilk yıllarda savunulan bu teori, bugün artık terk edilmiştir (7).

2 — Edimin Fiilen Gerçekleşmesini Yeterli Bulan (Maddî Fiil) Teorisi

Bu teori, genel akit teorisinin tam aksini ileri sürmektedir. Bu teoriye göre, borç ilişkisinin konusunu teşkil eden edimin, borç ilişkisinin muhtevasına uygun bir şekilde ifa edilmesi gerekir. İfa, tamamen maddî bir fiil ile veya herhangi bir kazandırıcı işlemle olsun, bir ifa sözleşmesinin varlığını gerektirmez (8). Fakat bazı durumlarda, edimin borçluya yüklediği tavır ve fiilin gerçekleşmesi bir sözleşmenin yapılmasını gerektirebilir; örneğin bir şeyin mülkiyetinin borçludan alacaklıya geçmesi için, bir teslim veya tescil işlemine, bir sözleşmeye ihtiyaç duyulabilir; bu sözleşme edimin borçluya yüklediği tavır ve fiilin bir kısmını veya parçasını oluşturmuş olduğundan ayrı bir ifa sözleşmesini kapsamaz (9). O halde ifanın gerçekleşmesi için, alacaklının da katılması gereken durumlarda, (Örneğin bir şeyin zilyedliğinin devrinde ve devir önerisinin kabul edilmesinde olduğu gibi) alacaklının katılması edimin gerektirdiği fiil ve hareketlerin gerçekleşmesine ait olup, bir ifa sebebi üzerinde anlaşma değildir (10). Bu yüzden alacaklının teklif edilen şeyin mülkiyetini kabul etmesi yeterli olup, borçlu ile ifa sebebi üzerinde bir anlaşma yapmalarına lüzum yoktur.

3 — Sınırlı Akid Görüşü

İsviçre - Türk Hukuklarında hakim olan bu teoriye göre, ifanın gerçekleşmesi için, edimin mahiyetine bakılarak bir ayırım yapılması gerektiği savunulmaktadır (11). Buna göre, borçlanılan edim, maddî bir fiil veya yapmamadan ibaret ise, ifanın geçerliliği için borçluda ifa kasdının bulunmasına ve tarafların bu konuda anlaşmış olmalarına gerek yoktur (12), borçlunun edimi usulüne uygun

(7) Eren, s. 83; Feyzioğlu, s. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1011; Tunçomağ, s. 664 - 665.

(8) Feyzioğlu, s. 7 - 8; Eren, s. 84; Tunçomağ, s. 665; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1012.

(9) Tekinay, S. S., Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, s. 540 - 541; Tunçomağ, s. 665; Eren, s. 85; Feyzioğlu, s. 8.

(10) Tunçomağ, s. 665; Feyzioğlu, s. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1012; Eren, s. 85.

(11) Bucher, E., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zurich 1988, s. 293; Eren, s. 85; Tunçomağ, s. 664; Oser/Schönenberger, s. 593 - 594; Becker, s. 403 - 404; Reisöglu, s. 176; İnan, s. 558.

(12) Tunçomağ, s. 664; Feyzioğlu, s. 6; Eren, s. 85; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1012; Becker, s. 403; Von Tuhr, s. 461.

olarak yerine getirmesi veya getirmemesi ile ifa tamamlanmış olur. Örneğin; bir şahıs, hizmet ifası ile mükellef olduğunu bilmeksizin hizmette bulursa, kendisinde ifa kasdı olmasa bile borç ifa edilmiş sayılır. Bu durumda alacaklının da ifayı kabul iradesi ile hareket etmesine de gerek yoktur, alacaklının ifanın yapıldığını bilip anlaması yeterli olmaktadır (13).

Borçlanılan edim, maddi bir fiil veya yapmama ibaret olan durumlarda ne alacaklının ne de borçlunun fiil ehliyetine sahip olmalarına ihtiyaç yoktur, borçlu, edimi usulüne uygun olarak yerine getirdiği zaman ifa gerçekleşmiş sayılır (14).

Buna karşılık, edim, ancak bir hukuki işlemle, özellikle bir kazandırıcı işlemle ifa edilebilir nitelikte ise, örneğin, bir şeyin teslimi ve temlikinde olduğu gibi, bu durumda alacaklı ve borçlu hukuki işlemin sebebi üzerinde anlaşmış olmaları zorunlu ve gereklidir (15).

Çünkü, her kazandırıcı işlemin bir hukuki sebebi vardır. Bu hukuki sebep, bir ifa sebebi (causa solvendi), bir iktisap sebebi (causa credendi) olabilir (16). Bir borcun ifasındaki hukuki sebep de, ifa sebebidir, taraflar bu hukuki sebep üzerinde açık bir şekilde anlaşabilecekleri gibi örtülü bir şekilde de anlaşabilirler. Borçlanılan edimin ifası, bir akidle yapılması gereken durumlarda borçlunun ifa kasdı ile hareket etmesi gerekir (17).

İfa, sözleşmeyle yerine getirildiği durumlarda borçlunun ve alacaklının sözleşme ehliyetine sahip olmaları gerekir; çünkü borçlunun taahhüt ettiği edimin konusu, bir şeyin mülkiyetinin devri, alacağın temlik gibi tasarruf işlemi yapılmasını gerektiren durumlarda fiil ehliyeti de gerekmektedir (18). Mümeyyiz küçük ve mahcur bir borçlunun ifa sebebiyle yapmış olduğu tasarruf işleminin geçerli olması için kanuni temsilcisinin izin veya muvaffakatına ihtiyaç vardır, kanuni temsilci izin vermez ise, ifa sonuçlarını doğurmaz, yine ifa sözleşmesi tasarruf işlemiyle yapıldığı durumlarda alacaklının da fiil ehliyetine sahip olması gerekir (19).

İfa, bir tasarruf işleminden ibaret ise, tarafların yalnız fiil ehliyetine sahip olmaları yetmez, tasarruf yetkisine de sahip olmaları

(13) Eren, s. 86.

(14) Osar/Schönenberger, s. 594; Eren, s. 86.

(15) Feyzioğlu, s. 6; Eren, s. 87; Von Tuhr, s. 461; Tunçomağ, s. 664.

(16) Von Tuhr, s. 461; Feyzioğlu, s. 6.

(17) Eren, s. 87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1011.

(18) Bucher, s. 294; Von Tuhr, s. 466; Eren, s. 88.

(19) Eren, s. 88; Von Tuhr, s. 466 - 467.

gerekir; çünkü ifada iki tasarruf işlemi mevcuttur. Bunlardan biri ile borçlu edimin konusu olan şeyde tasarruf eyley, diğeri ile de alacaklı ifayı kabul ederek, alacağını sona erdirir (20). Eğer, borçlu ve alacaklı tasarruf yetkisine sahip değil iseler, yapmış oldukları ifa ve kabul işlemi hükümsüzdür. Örneğin; iflâsın açılmasından sonra, müflis bir borcu için ödemede bulunsa, bu işlem geçersizdir, çünkü, müflisin malları üzerinde tasarruf yetkisi yoktur, tasarruf yetkisi iflâs idaresine aittir. Müflis tarafından, karşı tarafa yapılan eda, iflâs idaresi tarafından, istihkak davası ile geri alınır, bu mümkün olmaz ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinden faydalanılarak alınabilir (21).

III — İfanın Konusu ve Sonuçları

1 — İfanın Konusu

İfanın konusunu, borcun da konusu olan edim oluşturmaktadır (22). Borçlu, neyi borçlanmış ise, onu ifa etmek suretiyle borcundan kurtulur; başka bir ifadeyle neyi borçlanmış ise onu ifa etmek zorundadır, buna edime uygun ifa kuralı denir (23). Bu yüzden borçlu, kural olarak borçlandığı şeyden başka bir şeyi alacaklısına vererek borcundan kurtulamaz, alacaklı da, borçlanılan edimden başka bir şey talep edemez (24). Çünkü, borçlu da, alacaklı da, borçlanılan edimle bağlı olup başka birşeyi ifa konusu yapamayacakları gibi talep de edemezler.

İfa konusu edim, yapma ve kaçınma fiillerini kapsar, geniş anlamda yapma fiili olumlu bir edim olup, birşey yapma veya birşey vermeden meydana gelir. Verme borçlarında edimin konusu maddi bir mal veya şey olduğundan; bu şey parça borcunun konusunu oluşturabileceği gibi cins borcunun konusunu da oluşturabilir (25).

Parça borçlarında borçlu, belirlenen şeyi vererek ifada bulunabilir; belirlenen şeyden başka birşey ile ifada bulunamaz. Borçlu belirlenen şeyden başka birşey ile ifada bulunur ise, (aliud), yanlış

(20) Von Tuhr, s. 466.

(21) Eren, s. 89; Tunçomağ, s. 664; Von Tuhr, s. 466.

(22) Eren, s. 90; Feyzioğlu, s. 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1013; Reisoğlu, s. 181.

(23) Oğuzman, M. K., Borçlar Hukuku dersleri, Borçların İfası, İfa edilmesi, Sona ermesi, İstanbul, 1979, s. 20.

(24) Eren, s. 90; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1013; Oğuzman, s. 20; Feyzioğlu, s. 9; Tunçomağ, s. 665.

(25) Eren, s. 90.

ifa sözkonusu olur (26). Cins borçlarında da borç yalnız borçlanılan şeyin türünden birşey ile ifa edilebilir, borçlu yanlış türde birşey ile ifa yapamaz; yapar ise, burada da (aluid), yanlış ifa sözkonusu olur.

2 — İfanın Sonuçları

İfa, dar anlamdaki borcun normal şekilde sona ermesini sağlar (27). Dar anlamdaki borç, alacaklının talebini ifade eder. Geniş anlamdaki borç, yani borç ilişkisi, birden fazla talepleri kapsıyor ise, ifa borç ilişkisini sona erdirmez. Bu durum, sürekli borç ilişkilerinde sözkonusudur. Yine borçlanılan asıl edimin ifa edilmesi ile de, çoğu zaman borç ilişkisi sona ermez, ancak geriye kalan yan edimlerin, yani ikinci üçüncü derecedeki edimlerin ifa edilmesi gerekecektir.

§ 2 — İFA UĞRUNA EDİM SÖZLEŞMESİ

I — Sözleşmenin Önemi ve Hukuki Mahiyeti

1 — İfa Uğruna Edim Sözleşmesinin Önemi

İfa uğruna edim sözleşmesi, "Sözleşme Serbestisi" ilkesinin uygulanması sonucu meydana gelen ve alacaklıyı, ifa yerine edim sözleşmesinin kötü sonuçlarından kurtarmaya yönelik bir sözleşmedir. Çünkü, ifa yerine edimde, alacaklı, kendisine devir olunan bir alacağı tahsil edemeyebilir veya kendisine devir olunan alacak, kendi alacağından daha düşük, değersiz ve ayıplı olması halinde alacağını tamamen veya kısmen elde edemeyebilir. İfa yerine edim kabul edildiği zaman, asıl alacak hakkı ortadan kalkmış olur (28), alacaklının elinde satım sözleşmesindeki ayba karşı tekeffül hükümlerine ve B.K. m. 169'a dayanarak veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurarak kayıplarını talep edebilir ki, bu yollar da alacaklı için pek emin olmayabilir (29). Bu yüzden ifa uğruna edim sözleşmesi, ifa yerine edimin sakıncalarını ortadan kaldıran ve alacaklıya hakkını elde edebilmesi için fazladan imkan tanıyan bir müessesedir. İfa uğruna edimde, asıl borcun sona ermesi, alacaklının kendisine verilen ifa uğruna edim vasıtalarından alacağını tahsil etmesine

(26) Acemoğlu, K., Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud konusundaki tutumu üzerine, MHAD. 1972, sayı 9, s. 19 vd.; Serozan, R., Parça Borcu - Cins Borcu; Aşılması gerekli Bir Ayrım, MHAD., 1969 sayı 5, s. 211 vd.; Eren, s. 91.

(27) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1009; Tunçomağ, s. 674; Eren, s. 90.

(28) Fezyioğlu, s. 11; Tunçomağ, s. 718; Eren, s. 94; Bucher, s. 312.

(29) Cemal, A., Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim, MHAD. 1969, sayı 5, s. 245; Tunçomağ, s. 719; Fezyioğlu, s. 12; Oğuzman, s. 22; Becker, s. 406.

bağlıdır ve borcun sona ermesi tahsil edilen alacak oranında olmaktadır.

2 — İfa Uğruna Edim Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Benzer Müesseselerden Ayrımı

Sözleşmenin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. İfa uğruna edim sözleşmesini doktrinde, bazı müellifler vekalet veya vekalet benzeri bazıları isimsiz akid, bazıları da vekalet benzeri inançlı işlem olarak nitelendirmektedirler.

a — İfa Uğruna Edim Sözleşmesi - Vekalet

İfa uğruna edim sözleşmesi, vekaletten, amaç, tarafların hak ve borçları ile sona erme konuları bakımından farklılık arz etmektedir.

Vekalet sözleşmesinde amaç, vekilin, müvekkili adına ve hesabına bir hizmetin veya işin ifasını yerine getirmedir (BK. m. 386). İfa uğruna edim sözleşmesinde ise, alacaklı, daha önceki bir borcun ifasını sağlayacak bir edimi, kıymetlendirip, veya paraya çevirerek, önceki alacağına mahsup etmeyi ve artan kısım var ise bunu da borçluya geri vermeyi vadeder (30). İfa uğruna edim sözleşmesinde amaç ifaya yöneldiğinden, vekaletten ayrılmaktadır. Vekaletde, vekilin borcu sözleşme gereği üzerine aldığı iş veya hizmeti, müvekkilin iradesi ve menfaatine uygun bir şekilde yerine getirmedir. İfa uğruna edim sözleşmesinde ise, alacaklı, kendisine ifa uğruna tevdi edilen şeyi değerlendirip, paraya çevirmekle yetinmeyip, bunu asıl alacağına mahsup da edecektir. Bu yüzden alacaklı, hem kendi menfaatini korumakta, hem de borçlunun menfaatini tatmin etmektedir (31).

Vekalet sözleşmesi, her zaman tarafların iradesine göre sona erdirebilir (BK. m. 396). Bunun sebebi, vekaletin güven ilişkisine dayanmasıdır. İfa uğruna edim sözleşmesini taraflar istedikleri her zaman sona erdiremezler. Yani alacaklı, kendisine sağlanan yeni vasıtayı değerlendirmek için herhangi bir çabada bulunmadan eski edim üzerinde direnemez. Çünkü, alacaklı, ifa uğruna edim sözleşmesiyle, eski alacağını infisahi şarta bağlamıştır (32). Bu yüzden, alacaklı, anlaşmadan tek başına vaz geçerek asıl edimin ifasını talep edemez, ancak ifa uğruna kendisine verilen vasitalardan alaca-

(30) Cemal, s. 246; Feyzioğlu, s. 15; Tunçomağ, s. 719.

(31) Bucher, s. 313; Cemal, s. 247; Tunçomağ, s. 720; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1018; Von Tuhr, s. 472.

(32) Cemal, s. 247; Tunçomağ, s. 719.

ğını tahsil edemez ise, işte o zaman asıl edimin ifasını talep edebilir (33).

b — İfa Uğruna Edim Sözleşmesi - Vekalet Benzeri İnançlı İşlem

İfa uğruna edim sözleşmesi, doktrininde, bazı müelliflerce vekalet benzeri inanca işleme benzetilmektedir (34). Bu benzetme alacaklının, kendisine sağlanan ifa uğruna edimi, değerlendirip, paraya çevirirken borçlunun vekili gibi davranması yüzündendir. Fakat, bir sözleşmeyi belirli safhada başka bir sözleşmenin havasını taşıması yüzünden o sözleşmenin benzeri olarak nitelenmek sözleşmelerin amaçları gözönüne alındığı zaman yeterli değildir.

İfa uğruna edim, her zaman inanca işlem tarzında belirmesi zorunlu olmadığından ve inanca işlemden, ancak alacaklıya ek bir takım değerler verilmesi, fakat vadenin gelmesine kadar bunlara başvurma yetkisinin tanınmamış olması halinde söz edileceğinden; bu durum ne borcu sona erdiren, ne de yeni bir vadeye bağlayan etki göstermediğinden, ifa uğruna edim inanca işlemden ayrılmaktadır (35). Bu yüzden, vekalet benzeri inanca işlem, ifa uğruna edim sözleşmesinin hukuki mahiyetini tayinde yetersiz kalmaktadır.

c — İfa Uğruna Edim Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti

İfa uğruna edim sözleşmesi, doktrinde bazı müelliflerce, vekalet, vekalet benzeri inanca işlem gibi nitelendirilmekte olsa da, sözleşmelerin gayeleri gözönüne alındığı zaman bu nitelenmenin yetersiz olduğu görülecektir. Çünkü, ifa uğruna edim sözleşmesi, iki taraflı borç yükleyen, isimli sözleşmeler grubu içinde yer alan bir hukuki ilişkidir (36). Sözleşmeyle, borçlu, alacaklının, kendisinden olan alacağına karşılık ve bu alacağın daha kolay temin edilmesi için bir vasıta sağlayacak, alacaklı da, alacağını önce, kendisine sağlanan ifa uğruna edimden almak için çaba sarfederek, edimi değerlendirirken gerekli dikkat ve özeni gösterme mükellefiyeti altına girmektedir.

İfa uğruna edim sözleşmesi ile, taraflar, aralarındaki asıl borç ve alacağı, borcun ve alacağın temelindeki sözleşmede belirlenen

(33) Feyzioğlu, s. 15; Tunçomağ, s. 719; Von Tuhr ise, s. 471. Dip not 14'de alacaklının, ifa uğruna verilen edimi geri vermek suretiyle infisah şart defisinin kullanılmasının önlenilebileceğini öne sürmektedir, fakat bu gerçeğe uygun düşmemektedir.

(34) Bucher, s. 313; Eren, s. 96; Von Tuhr, s. 471; Oser/Schönenberger, m. 172, no, 1.; Tunçomağ, s. 719 - 720.

(35) Feyzioğlu, s. 16; Cemal, s. 247.

(36) Cemal, s. 243.

edimden farklı bir edimle sona erdirmektedirler (37). Burada borçlunun alacaklıya kazandırdığı edimin hukuki sebebi, ifanın özel bir çeşididir. Yani, ifa uğruna edim sözleşmesinde, gaye ifadır; vekalet ise, bir iş veya hizmetin görülmesidir, inançlı işlemde ise, gaye, teminat veya bir şeyin idaresidir. Bu yüzden, amaçları farklı olan ilişkileri, aynı tip içinde mütalaa etmek, ifa uğruna edim sözleşmesinin hukuki mahiyetini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu yüzden ifa uğruna edim sözleşmesinin gayesi gözönüne alındığında, bu sözleşmenin kendine has isimsiz bir sözleşme olduğu ortaya çıkmaktadır.

II — Sözleşmenin Kurulması

İfa uğruna edim sözleşmesinin kurulması için, alacaklı ve borçlunun icap ve kabulü gerekmektedir. Sözleşmeye ilişkin icap her iki tarafça yapılabilir nitelikte olmasına rağmen, genellikle borçlu tarafından yapılmaktadır. Çünkü, borçlu bazı hallerde borcun konusu edimi, ifa edebilecek durumda olmayabilir; ama edimi başka bir vasıta ile ifa etme imkanına sahip olabilir. İşte böyle durumlarda, alacaklı da, asıl edimi beklemeden, alacağının başka vasıtalar ile ifa edilmesini kabul ederse, bu kabul bildirimini ile sözleşme kurulmuş olur.

III — Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçları

1 — Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

İfa uğruna edim sözleşmesi, bağımsız bir sözleşme olduğundan taraflara haklar kazandırır, borçlar yükler.

a — Alacaklının Hak ve Yükümlülükleri

aa — Hakları

Alacaklı, sözleşme gereği, ifa uğruna verilen edimden hakkını almaya girişmeden asıl edimin ifasını talep edemeyeceğinden, yalnızca, sözleşmede öngörülen edimi talep etme hakkını kazanır (38). Alacaklı, asıl edimi, ancak alacağın ifa uğruna edimden tahsil edemediği durumlarda talep edebilir.

Alacaklının, diğer bir hakkı ise; kendisine ifa uğruna verilen sözleşme gereği edimi, değerlendirip paraya çevirerek alacağına mahsup etmesidir.

Borçlu, alacaklıya, ifa uğruna edimi değerlendirip paraya çe-

(37) Feyzioğlu, s. 14; Eren, s. 95; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1015.

(38) Cemal, s. 251; Feyzioğlu, s. 16; Tunçomağ, s. 719; Von Tuhr, s. 471.

virmesi için vekalet vermek durumunda olabilir. Bu vekaletteki temsil yetkisi normal vekalet ilişkisinde olduğu gibi, her zaman geriye alınıp alınmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Von Tuhr'a göre, ifa uğruna edim sözleşmesindeki edimin tahsil edilmesine ilişkin temsil yetkisi, diğer bütün ilişkilerdeki temsil yetkisi gibi her zaman geri alınabilir (39). Fakat, BK. m. 34'deki hükmün konuluş amacı, temsil edilenin kişiliği ve güvenini korumaktadır (40). Temsil yetkisinin geri alınmaması ve temsilcinin, müvekkilinin izni olmadan dilediği gibi hareket etmesi, hukuk ve doğruluk kurallarına uygun bir çözüm olmamakla beraber; temsil ilişkisi sadece temsil edilenin menfaatine hizmet etmekten çıkıp, temsilcinin menfaatine de temsil ilişkisine karışır ise, temsil yetkisinin geri alınmaması şahsiyet haklarının zedelenmesi sonucunu doğurmaz. Bu yüzden, ifa uğruna edim sözleşmesindeki edimin tahsil edilmesi için verilen temsil yetkisi alacaklıya (Temsilciye) hakkını elde edebilme imkanını sağlamaktadır. Zaten borçlu, bu temsil yetkisini ifa amacıyla vermiştir (41), bu amacın gerçekleşmesini engelleyecek bir davranışa izin verilmemesi gerekir. Bu yüzden, ifa uğruna edim sözleşmesindeki edimin, tahsil edilmesi için verilen temsil yetkisi, her zaman geri alınamaz, çünkü bu temsil yetkisi, borçluya sözleşmenin yüklediği borçlardan biridir (42).

bb — Yükümlülükleri

Alacaklının borçlarından ilki, sözleşmeden sonuç alınıncaya kadar, asıl borcun konusu olan edimi talep edememesidir. Çünkü ifa uğruna edim sözleşmesinin yapılması ile birlikte, asıl edim infisahî şarta bağlanmış olur (43) ve borçluya yeni bir süre verildiğinden, alacaklı, belirli bir süre asıl edimi talep etme imkanından mahrum kalır.

Alacaklının diğer borcu ise; ifa uğruna verilen edimi, gerekli dikkat ve özeni göstererek değerlendirme yapma borcudur. İfa uğruna edim sözleşmesi taraflar arasında bir güven ilişkisi meydana getirir; borçlu da bu güvene dayanarak, alacaklının edimini elde etmesi için bir imkan sağlar. İşte bu durumda, alacaklı yalnız kendi alacağını elde edecek kadar derecede özen göstermekle yetinmeyip, kendisine sağlanan imkanın asıl değerini bulacak şekilde özen

(39) Von Tuhr, s. 471.

(40) Cemal, s. 251; Feyzioğlu, s. 16.

(41) Feyzioğlu, s. 16.

(42) Feyzioğlu, s. 16; Cemal, s. 252.

(43) Tunçoğlu, s. 719; Cemal, s. 253; Von Tuhr, s. 471; Eren, s. 95.

göstererek değerlendirme yapmak zorundadır (44). Bunun nedeni taraflar arasındaki güven ilişkisidir.

Alacaklı, edimi değerlendirmede gerekli özeni göstermeyip, değerinden daha aşağı değerlendirilirse, geri kalan alacağı için ilk edimi talep ettiği zaman borçlunun takas beyanı ile karşılaşabilir; ayrıca borçlu, alacaklının ihmâl göstermesinden doğan zararlarını BK. m. 41'e dayanarak, alacaklıdan talep edebilir (45).

Alacaklı, özen gösterme borcunu hiç yerine getirmeyerek, edimi değerlendirme hususunda temerrüde düşer ise; alacaklının bu durumu, BK. m. 154 anlamında dürüstlük kuralına aykırı hareket ise, asıl alacak sona erer (46). Ayrıca, borçlu, BK. m. 106 vd. deki temerrüt hükümlerine dayanarak, tazminat talep edebilir; bu durumda asıl edim sona ermez; borçlu elde edeceği tazminatı asıl edim ile takas edebilir (47).

b — Borçlunun Hak ve Yükümlülükleri

aa — Hakları

Alacaklı, sözleşme yapıldıktan sonra, sözleşmenin sonucu belli olmadan ilk edimi talep ederse, borçlu, geciktirici bir def'i ile buna karşı koyma hakkına sahiptir. Yani borçlu, geciktirici bir def'i hakkına haizdir. Ayrıca, ifa uğruna verilen edimin, alacaklı tarafından değerlendirilmesi sonucu sağlanan değer, alacaklının hakkını aşar ise, aşan miktar, borçlu tarafından talep edilebilir; bunların yanında, gerekli özeni göstermeyen alacaklıdan zararını da talep edebilir (48).

bb — Yükümlülükleri

İfa uğruna edim sözleşmesinde, borçluya düşen vazife, alacaklının asıl alacağını elde etmeye yarayacak bir vasıtayı temin etmektir. Borçlunun temin ettiği vasıta, asıl alacağı tamamen karşılamaz ise, karşılanmayan oran dahilinde, alacaklı ilk edime dönerek hakkını elde edebilir. İfa uğruna teslim edilen şey, ayıplı çıkar ise, borçlunun teminat verme yükümlülüğü sözkonusu olmaz; çünkü alacaklı ilk edime dönme hakkına haizdir, bu yüzden teminat yükümlülüğü sözkonusu olmaz (49).

(44) Feyzioğlu, s. 16; Eren, s. 96; Cemal, s. 253.

(45) Feyzioğlu, s. 17; Cemal, s. 254; Tunçomağ, s. 719.

(46) Feyzioğlu, s. 17; Cemal, s. 255.

(47) Cemal, s. 254.

(48) Feyzioğlu, s. 17; Eren, s. 96; Cemal, s. 255.

(49) Cemal, s. 255.

§ 3 — İFA İKAMETLERİ (ERFULUNGSURROGATE)

I — Genel Olarak

İfa ikameleri, hukuk sistemimizde hakim olan "İrade Serbestisi" ilkesinin bir sonucudur. Çünkü, borçların ifasında kural; borçlanılan edimin, borç ilişkisinde kararlaştırıldığı gibi, ifa edilmesidir. Fakat taraflar borç ilişkisinin konusunu teşkil eden edimin ifasını, irade serbestisi ilkesi gereği aralarındaki sözleşmede değişiklikler yaparak, asıl edimden farklı şeyler ile yerine getirebilirler (50). Bunlara edime uygun ifa kuralının istisnaları veya ifa ikameleri denir. İfa ikameleri ifa gibi tesir gösterirler; Alman Hukukunda, tevdi, fergat, takas ve ibra, ifa ikamesi olarak kabul edilmektedir (51).

Alacaklının, tatmin edilmesi, başka bir edimin ifası ile sağlanabilmesi için, taraflar arasında bir sözleşme yapılarak farklı edimin ifasını alacaklının kabul etmesi gerekir. Yani böyle bir ifayı, borçlunun teklif etmesi alacaklının da ifa yerine edim olarak kabul etmesi gerekir (52). Bu gibi durumlarda, ifa ile edimin konusu birbirinden farklı şeylerdir.

Türk - İsviçre Hukuk Sistemlerinde, ifa ikameleri; ifa yerine edim, ifa uğruna edim ve seçimlik yetki olmak üzere üç tanedir (53). Bu istisnai durumları aşağıda incelemeye çalışacağız.

II — İfa Yerine Edim

Bir borç ilişkisinde, taraflar irade serbestisi gereği değişiklikler yaparak, borçlanılmış olan edimden başka bir edimin verilmesi suretiyle ifa yapılmasını kararlaştırabilirler. Asıl edimden başka bir edimin verilmesi suretiyle yapılan ifaya; başka bir ifade ile alacaklının tatmin edilmesi asıl edimden başka bir edim ile sağlanır ise, buna ifa yerine geçen edim (Datio Solutum) denir (54). Fakat, ifanın bir alt türü olan bu husus Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiştir. İfa yerine edimde de yalnız bir borç sözkonusudur, ama borç başlangıçta belirtilen edimden farklı bir edim ile ifa edilir. Bu itibar ile ifa yerine edim borcun yenilenmesi (Tecdit) değildir; çünkü, bu-

(50) Larenz, s. 247; Feyzioğlu, s. 10.

(51) Medicus, s. 358.

(52) Larenz, s. 247.

(53) Bucher, s. 312; Keller/Schöbi., Das Schweizerische Schuldrecht, band, I, Allgemeine Lehren Des Vertragsrecht, Basel/Frankfurt, 1982, s. 156 - 167; Eren, s. 93.

(54) Larenz, s. 247; Eren, s. 93; Tunçoğlu, s. 718; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 1015; Feyzioğlu, s. 11; Von Tuhr, s. 470 - 471.

rada yalnızca borcun konusu değişmektedir (55). Buna, yani ifa yerine edime değiştirme sözleşmesi de denir (66). Çünkü, ifa henüz yerine getirilmediğinden, asıl sözleşme devam etmekte, ifa yerine edim sözleşmesi bu sözleşmenin içindedir ve asıl edimin değiştirilerek ifasını öngörmektedir.

İfa yerine edimin konusunu her şey oluşturabilir. Örneğin: bunlar bir eşya olabileceği gibi bir alacak hakkı da olabilir. İfa yerine edim ile ifa yapıldığı zaman borç sona erer (57). İfa yerine edimin asıl edimden az veya çok olması önemli değildir. Çünkü, ifa yerine edim teknik anlamda ifa olmasa bile, teknik anlamda ifanın sonuçlarını doğurur (58). Bu yüzden, ifa yerine edimin, değerinde sonradan değişme olur ise, ne fazlalık alacaklı tarafından geri verilir, ne de eksiklik borçlu tarafından tamamlanır.

İfa yerine verilen edim, zapta uğrar veya ayıplı çıkar ise durum ne olacaktır? Alacaklı, aldığı şeyi iade ederek, asıl alacağını talep edebilecek mi? Yoksa, satım sözleşmesindeki ayıp ve zapta karşı tekeffül hükümlerinden kıyasen yararlanarak tazminat mı talep edebilecektir?

Bu problem, Müşterek Hukukta, iki yol yani; ifa yerine edimi geri verip, asıl alacağı dayanma ya da asıl alacak kesin olarak son bulmuş sayılarak, zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kıyasen yararlanarak borçludan tazminat talep etme, seçimlik olarak tanınarak çözüme kavuşturulmuştur (59).

Alman Medeni Kanunu m. 365'de sadece ikinci yol alacaklının faydalanmasına imkan tanımıştır. Çünkü, AMK. 65.'e göre, asıl borç, ifa yerine edim ile sona erdiğinden, bu yüzden alacaklının asıl alacağı dayanması sözkonusu olamaz, alacaklı sadece maddi ve hukuki ayıplar nedeniyle satım sözleşmesindeki alıcının hak ve imkanlarına sahip olur ve borçludan tazminat talep edebilir (60).

İsviçre - Türk Borçlar Kanunlarında, bu konu ile ilgili pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bazı müellifler (61), AMK.

(55) Larenz, s. 248; Keller/Schöbi, s. 167; Bucher, s. 313; Eren, s. 94; Tunçomağ, s. 718; Becker, s. 406.

(56) Larenz, s. 248; Eren, s. 94; Cemal, s. 243; Koyuncuoğlu, T., Türk - İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul, 1972, s. 52.

(57) Keller/Schöbi, s. 167; Eren, s. 94; Tunçomağ, s. 718; Von Tuhr, s. 469.

(58) Von Tuhr, s. 469; Tunçomağ, s. 718; Koyuncuoğlu, s. 53.

(59) Schwarz, A., Asıl Edimin Yerini Tutan Bir Şeyle İfade Hukuki Sorumluluk (Çev. Tekinay, S. S.), MHAD., 1970, Sayı 6, s. 122; Feyzioğlu, s. 12.

(60) Schwarz, s. 123 - 125; Tunçomağ, s. 719; Feyzioğlu, s. 12; Von Tuhr, s. 470.

(61) Von Tuhr, s. 470; Tunçomağ, s. 719.

m. 365'in vermiş olduğu çözüm tarzının Türk - İsviçre Hukukunda kabul edilmesinin yerinde olacağı kanaatindedir. Diğer bazı müellifler ise, Alman Kanunundaki yetersiz olan bu çözüm tarzının tek başına kabul edilmesinin isabetsiz olacağını, bunun yanında temel hatasına da dayanılmasının isabetli ve yerinde olacağını belirtmektedirler (62).

İfa yerine verilen şeyin ayıplı olması halinde, kıyasen satım sözleşmesine ait ayıp ve zapt hükümlerinin uygulanabileceği gibi şartları var ise, BK. m. 24/4 uygulanarak, ifa yerine edim sözleşmesinin iptal edilmesi, alacaklının korunması bakımından daha isabetli görülmektedir. Çünkü, AMK. m. 365 emredici bir kural değildir; doğruluk ve güven kurallarının uygulanması ile eski alacağın canlanması yolunda bir yorumu kabul etmektedir (63).

III — İfa Uğruna Edim

İfa uğruna edimde de, asıl edimin konusunda bir değişme sözkonusu olup, alacaklının tatmin edilmesi asıl edimden başka bir edim ile sağlanmaktadır. Yani, ifa uğruna edimde, borçlu, alacaklı ile anlaşarak, ifa amacıyla borçlanılan edimden başka bir edim ile ifa yapmakta ve bunu da alacaklı kabul ederek, paraya çevirip asıl alacağından mahsup etmektedir (64). İfa uğruna edim de Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Fakat, bunun özel türleri olan, ödeme amacıyla yapılan temlik (BK. m. 170) ile ödeme amacıyla yapılan havale (BK. m. 458) kanunda pozitif bir düzenlemeye sahiptirler.

İfa uğruna edimde, borç, ifa yerine edimden farklı olarak, edimin yerine getirildiği zamanda değil, alacaklının edimi paraya çevirip, alacağını tahsil ettiği oranda sona ermektedir (65). Örneğin, borçlu, borçlandığı ilk edim olan borcuna karşılık bir taşınır veya taşınmazı devretse ve alacaklı da bunu kabul etse, bu durumda ifa uğruna edim sözkonusu olur; fakat ifa uğruna edimin kabulü ile borç sona ermez, devredilen edimin paraya çevrilerek alacağın tahsil edilmesi ile sona erer. Alacaklı, kendisine ifa uğruna edim olarak verilen şeyi paraya çevirerek alacağını elde etme imkanına sahip bulunduğu müddetçe, asıl edime dayanarak borçluya tekrar başvuramaz; çünkü borçlu, bu durumda geciktirici bir def'i hakkına sahip olup, alacaklıya kendisine devredilen şeyden alacağını tahsil etme-

(62) Sch/arz, s. 130 - 131; Feyzioğlu, s. 12, Dip not: 8; Oğuzman, s. 22, Dip not 8.

(63) Schwarz, s. 125.

(64) Eren, s. 95; Oğuzman, s. 21; Bucher, s. 313; Von Tuhr, s. 471; Tunçomağ, s. 719; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1016.

(65) Bucher, s. 313; Kellen/Schöbi, s. 167; Eren, s. 95; Tunçomağ, s. 719; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1016.

sini eğer arta kalan var ise, kendisine o zaman tekrar başvurmasını ileri sürebilir (66).

İfa uğruna edimin alacaklı tarafından kabul edilmesi, alacaklının asıl borç ilişkisinden doğan talep hakkını sona erdirmemekte, yalnızca borçluya yeni bir süre tanınmaktadır. Bu yüzden, ikame edilen edimin paraya çevrilmesi ile sağlanan paranın, alacaktan fazla olması halinde; alacaklı fazla kısmı borçluya geri vermesi, az olması halinde de az olan kısmı borçlunun telafi etmesi gerekmektedir (67).

İfa uğruna edimin özel bir türünü "İfa Uğruna Temlik" (BK. m. 170) ile "Ödeme Uğruna Yapılan Havale" (BK. m. 458) oluşturmaktadır. İfa uğruna havale, temlike nazaran özellik taşır. Genel olarak, bir borcu, asıl edimden başka bir edim ile ifasını talep eden borçlunun bu talebini alacaklı kabul etmeye mecbur olmadığı gibi, cevap vermek zorunda da değildir (BK. m. 3-7, 6. m. hükmü saklı kalmak kaydı ile). Fakat bunun istisnalarına BK. m. 387 ile 458'de rastlanılmaktadır. BK. m. 458/e göre ifa uğruna havale teklifi alan alacaklı bunu kabul etmek istemediği zaman, bunu borçluya derhal bildirmek zorundadır. Bunu zamanında bildirmez ise, bu yüzden meydana gelecek zararları tazmin etmek zorundadır.

Tarafların, ifa uğruna edim mi, yoksa ifa yerine edim mi kararlaştırdıkları kesin olarak belirlenemez ise, ifa amacıyla yapılmış bir edimin varlığı kabul edilmektedir (68).

IV — Seçimlik Yetki

Seçimlik yetki, borçlunun ve alacaklının, borç ilişkisinin konusu olan asıl edim yerine geçmek veya karşılık teşkil etmek üzere, başka bir edimi talep ve teklif etme yetkisidir (69). Seçimlik yetkinin sözkonusu olduğu borç ilişkilerinde bir tek esas edim bulunur; yedek edim veya seçimlik yetki borcun içinde değil, ifada kabul edilen bir durumdur (70). Başka bir ifade ile yedek edim borcun içinde yer almamakta, fakat asıl edimin yanında bir yedek ifa imkânını oluşturmaktadır.

(66) Tunçomağ, s. 719; Von Tuhr, s. 471.

(67) Bucher, s. 313; Eren, s. 96; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1016; Tunçomağ, s. 720.

(68) Bucher, s. 312; Eren, s. 96; Tunçomağ, s. 720; Oğuzman, s. 16.

(69) Keller/Schöbi, s. 166; Seliçi, Ö., Seçimlik Borçların İfası, İHFM, 1969 - Sayı 1 - 4, s. 381; Eren, s. 93.

(70) Seliçi, s. 382.

Seçimlik yetkinin borçluda olduğu durumlarda, borç ilişkisi ile belirli bir tek asıl edim borçlanılmıştır; ama borçluya, borçlanmadığı bir yedek edimi ifa ederek borcundan kurtulma imkanı tanınmıştır (71). Fakat, alacaklının yedek edimi talep hakkı yoktur; asıl edim imkansızlaşır ve bu imkansızlıktan borçlu sorumlu olmaz ise, BK. m. 117'e göre borç sona erer ve borçlu borcundan kurtulmuş olur (72).

Borçlunun, yedek edim yetkisini kullanarak borcunu asıl edimden başka bir edim ile yerine getirmesi, kanundan doğan bir yedek edim yetkisine dayanıyor ise; alacaklının rızasına ihtiyaç duymadan doğan bir "İfa yerine edim" sözkonusu olur (73).

Seçimlik yetki kanundan doğabileceği gibi, taraf iradelerinden de doğabilir. Kanundan doğan seçimlik yetkiye, kanuni seçimlik yetki; taraf iradelerinden doğan seçimlik yetkiye ise, iradî seçimlik yetki denir. Kanuni seçimlik yetki BK. m. 83'de düzenlenmiştir. İradî seçimlik yetki ise, sözleşmenin kurulması anında taraflarca kararlaştırılır. Örneğin, bir para borcunun hizmet edimi ile ifa edilebileceğini, taraflar kararlaştırabilirler. Tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları seçimlik yetkide bir ifa yerine edim sözkonusu olur (74). İradî seçimlik yetki genel olarak borçluya ait olduğu kabul edilmekle beraber, alacaklıya da tanınması mümkündür (75).

(71) Seliçi, s. 382; Von Tuhr, s. 75.

(72) Seliçi, s. 382; Tunçomağ, s. 76; Von Tuhr, s. 75.

(73) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1088; Seliçi, s. 382.

(74) Eren, s. 93.

(75) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1088; Eren, s. 93.

Sonuç :

Taraflar, borç ilişkisinde neyi borçlanmışlar ise, onu ifa etmekle mükelleftirler. Yani ifanın borç ilişkisine uygun olması gerekir. Buna edime uygun ifa kuralı denir. Tarafların anlaşarak, borçlanılan edimden başka bir edim ile ifa yapılmasını sağlayabilirler. Bu durum "Edime uygun ifa kuralının istisnalarını" oluşturur. Bu incelememizde, edime uygun ifa kuralının istisnalarını incelemeye çalıştık ve çalışmamızda varılan sonuçları şöyle belirtebiliriz :

"İfa, borçlanılmış edimin yerine getirilmek suretiyle, alacaklının tatmin edilerek, borcun sona erdirilmesidir."

İfanın hukuki mahiyetinin tayininde belli başlı üç teori öne sürülmektedir. Bunlar : Genel Akid Teorisi, Sınırlı Akid Teorisi ve Maddî Fiiil Teorisidir. Hukuk Sistemimizde hakim görüş sınırlı akid teorisini benimsemektedir.

Edimin, başka bir edim ile ifasını sağlayan durumlar, hukukumuzda, ifanın istisnalarını, ifa ikamelerini oluştururlar Bunlar : İfa Yerine Edim, İfa Uğruna Edim ve Seçimlik Yetki olmak üzere üç tanedir.

İfa yerine edim, borçlanılan asıl edimin konusunu değiştiren bir değiştirme sözleşmesidir. İfa uğruna edim ise, alacaklının tatmin edilmesini, ifa uğruna devredilen şeyin paraya çevrilmesi ile sağladığından, taraflar arasında güvene dayanan bir bağ olur. Bu bağ, isimsiz bir sözleşmedir. Seçimlik yetki de, yedek bir edimi kapsadığından ifa yerine edim söz konusu olur.

BİBLİYOGRAFYA

- Acemoğlu, K. : Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine, MHAD. 1972, Sayı, 9.
- Becker, H. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu (Çev. Tolun, O.), Ankara 1969.
- Bucher, E. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Ohne Delictsrecht, Zürich, 1988.
- Cemal, A. : Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak, İfa Uğruna Edim, MHAD. Sayı 5, 1969.
- Ersen, F. : Borçlar Hukuku, C. III, Ankara 1990.
- Feyzioğlu, F. N. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977.
- İnan, A. N. : Borçlar Hukuku, Ankara 1984.
- Keller/Schobi : Das Schweizerches Schuldrecht, Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Basel / Frankfurt 1982.
- Koyuncuoğlu, T. : Türk - İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972.
- Larenz, K. : Lehrbuch der Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, München 1987.
- Medicus, D. : Bürgerliches Recht, München, 1979.
- Reisoğlu, S. : Borçlar Hukuku, Ankara 1986.
- Seliçi, O. : Seçimlik Borçların İfası, İHFM. 1969, Sayı 1-4.
- Serozan, R. : Parça Borcu - Cins Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım, MHAD., 1969 Sayı 5.
- Schwarz, A. : Asıl Edimin Yerini Tutan Bir Şeyle İfada Hukuki Sorumluluk (Çev. Tekinay, S.), MHAD., Sayı 6, 1970.
- Tekinay, S. S. : Borçlar Hukuku, İstanbul 1974.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I., İstanbul 1985.
- Tunçomağ, K. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I., İstanbul 1976.
- Oğuzman, M. K. : Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1979.
- Oser/Schönenberger : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku (Çev. Seçkin, R.), Ankara 1950.
- von Tuhr A. : Borçlar Hukuku (Çev. Edege, C.), Ankara 1983.

MEDENİ USUL HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI İTİRAZ VE ŞİKÂYET

Ars. Gör. İbrahim ERCAN (*)

A — GİRİŞ

Bir davanın açılması ile hükme bağlanması arasında çoğu kez uzunca bir zamana ihtiyaç vardır. Bu zaman süreci içerisinde, gerek malı elinde bulunduran davalının yapacağı bir takım muamele ve fiiller sonucunda (örneğin, dava konusu şeyin satılarak teslim edilmesi gibi), gerekse dava konusu şeyin özelliğinden kaynaklanan bazı nedenlerle (örneğin, dava konusu olan peynir veya yağ gibi şeylerin bozulması gibi) dava sonucunda elde edilecek hükmün icrası imkânsız hale gelebilir.

Devlet, bizzat hak almayı (ihkâk-ı hak) yasakladığına göre (1), davacının bu şekilde bir zarara uğramasına da engel olmakla yükümlüdür. Bu nedenle devlet, bir yandan adalet mekanizmasını davacının emrinde bulundurmak, diğer yandan da bu mekanizmanın işlemesi sonucunda elde edilen başarının çeşitli nedenlerle sonuçsuz kalmasını önleyecek tedbirleri düzenlemek zorundadır.

Bu belirttiğimiz nedenlerden dolayı, davacının davayı kazanması halinde, dava konusu şeye kavuşmasını davadan önce veya dava sırasında güvence altına almak amacıyla ihtiyati tedbir kurumu düzenlenmiştir.

İhtiyati tedbir kararı kanuna uygun olarak verilmeyebilir veya ihtiyati tedbir kararı icra edilirken kanuna aykırı davranılabilir.

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

(1) Ancak, bazı istisnai durumlarda kanun koyucu buna izin vermiştir. Örneğin, Borçlar Kanunu m. 52'de şahsın kendi hakkını koruması için kuvvet kullanmasına izin verilmiştir. Ayrıca Medeni Kanun m. 677'deki zorunlu durumlarda başkasının taşınmazına yapılan tecavüzü ve Medeni Kanun m. 894'teki zilyedin zilyedliğine yapılacak gasp ve tecavüzlere karşı zilyedliğini koruma hakkını da örnek olarak gösterebiliriz.

Bu durum karşısında, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen kişi de itiraz veya şikayet yollarına başvurabilir.

B — İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI İTİRAZ

I. Genel Olarak

Mahkeme, ihtiyati tedbir kararını tarafları çağırıp dinledikten sonra verebileceği gibi (HUMK. m. 105, I c. 1), davacının hakkının derhal korunmasının zorunlu olduğu hallerde, tarafların yokluğunda da verebilir (HUMK. m. 105, I c. 2).

İhtiyati tedbir kararı, taraflar davet edilip dinlendikten, yani duruşma yapıldıktan sonra verilmiş ise, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen şahsın ihtiyati tedbir kararına itiraz etmesi mümkün değildir (2).

Buna karşılık, ihtiyati tedbir kararı karşı tarafın yokluğunda verilmiş ise, davalı bu ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilir (HUMK. m. 107, c. 1). Buna göre, ancak aleyhine tedbir konulanın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz edilebilir.

II. İtiraz ve İtirazın İncelenmesi Usulü

İhtiyati tedbir kararına itiraz, dilekçe ile yapılır. İhtiyati tedbir kararına itiraz eden, itiraz dilekçesine yazılı delillerini de eklemek zorundadır (HUMK. m. 108, D).

İhtiyati tedbir kararına karşı itiraz süresi konusunda Kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle yargılamanın sonuna kadar ihtiyati tedbir kararına itiraz edilebilir (3). Bununla beraber, doktrinde ihtiyati hacze itirazda olduğu gibi (İİK. m. 265), ihtiyati tedbir kararına itirazın da belli bir süreye bağlanmasının gerekli olduğu ileri sürülmüştür (4).

Kanımca, ihtiyati tedbire yapılacak itiraz belli bir süreye bağ-

(2) Buna karşılık, yüzüne karşı ihtiyati tedbir kararı verilen şahıs, ihtiyati tedbir kararına itiraz edemezse de, HUMK. m. 111'e göre, ihtiyati tedbir kararının değiştirilmesini veya kaldırılmasını isteyebilir.

(3) Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. 5. İstanbul 1991, s. 3087; Ansay, S. Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, B. 7. Ankara 1960, s. 199; Kuru, B./ Arslan R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 6, Ankara 1994, s. 546; Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, B. 5. İstanbul 1992, s. 574; Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975, s. 494; Yılmaz, O., İhtiyati Tedbirler, B. 2, Ereğli/Konya, s. 117; Önder, A., İhtiyati Tedbirler (AD., 1943, S. 3, s. 134).

(4) Bilge, N./Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, Ankara 1973, s. 375 - 376.

lanmamalıdır. Çünkü, herşeyden önce Kanunda bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Kanun tarafından düzenlenmemiş bir husus hakkında, davalı aleyhine kıyas yolu ile sınırlama getirmek uygun değildir. Ayrıca, ihtiyati tedbir kararı, geçici bir karar olduğu için, itirazın yanında, teminat karşılığında veya hal ve şartlar gerektirirse hâkim tarafından her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir (HUMK. m. 111). Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararına itirazın belli bir süreye bağlanmasının, olması gereken hukuk açısından da uygun olmayacağı kanısındayım.

İtiraz, ihtiyati tedbir kararını vermiş olan mahkemeye yapılır. Ancak, ihtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verilmiş ve itirazdan önce esas hakkındaki dava açılmışsa (HUMK. m. 109), ihtiyati tedbir kararına itirazın, esas hakkındaki davaya bakan mahkemeye yapılması gerekir (HUMK. m. 108, II c. 1). Bununla birlikte, esas hakkındaki davaya bakmakta olan mahkeme, ihtiyati tedbirin daha az masrafla ve çabuk icrası için başka bir yer mahkemesini istinabe etmiş ise (HUMK. m. 104, II), o yer mahkemesince verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı yapılacak itiraz da, ancak istinabe olunan mahkemeye yapılabilir (HUMK. m. 108, II c. 2).

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmiş ise, esas hakkındaki dava henüz açılmadan, bu ihtiyati tedbir kararına karşı yapılacak itiraz, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye yapılır. Ancak, bu mahkemenin on gün içinde tarafları davet ederek, ihtiyati tedbir kararına yapılan itiraz hakkında bir karar vermesi oldukça zordur. On gün içinde dava açılmaması halinde ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkacağından, dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararını veren mahkemenin, ihtiyati tedbir kararına yapılan itirazı incelemesine imkân ve gerek yoktur. Bu nedenle, dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararını vermiş olan mahkemenin, kendisine yapılan itiraz dilekçesini, ihtiyati tedbir dosyası ile birlikte davaya bakan mahkemeye göndermesi ve ihtiyati tedbir kararına yapılacak itirazın herhalde davaya bakan mahkeme tarafından incelenmesi daha uygun olur (5).

İhtiyati tedbir kararına karşı yapılan itirazın olması gereken hukuk açısından kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye yapılmasının uygun olacağı kanısındayım. Buna göre, örneğin, sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen bir ihtiyati tedbir kararına asliye hukuk mahkemesinde, asliye hukuk mahkemesi tarafından verilen bir ihtiyati tedbir kararına da, aynı yerdeki diğer (aynı yerde başka bir as-

(5) Kuru - Usul, s. 3088.

liye hukuk mahkemesi yoksa en yakın yerdeki) asliye hukuk mahkemesinde itirazda bulunulmasının şimdiki düzenlemeye göre daha uygun olacağı; böylece daha sağlıklı bir uygulamanın gerçekleştirilebileceği kanısındayım.

Davanın açıldığı mahkeme yetkisiz veya görevsiz olsa bile, ihtiyati tedbir kararına yapılan itirazı inceleyip karara bağlama yetkisini haizdir (6). Ancak, görevsiz veya yetkisiz mahkeme, dava hakkında görevsizlik veya yetkisizlik kararı vererek, davadan elini çekmiş ise, artık ihtiyati tedbir kararına yapılacak itirazı inceleyemez. Bu durumda, mahkemenin itiraz dilekçesini yetkili veya görevli mahkemeye göndermesi gerekir (7).

İtiraz, ihtiyati tedbir kararının icrasını kendiliğinden durdurur. 111'e göre teminat karşılığı veya yeni oluşan durumlara göre tedbirin kaldırılması isteğine ilişkin olabilir (8).

İtiraz ihtiyati tedbir kararının icrasını kendiliğinden durdurmaz. Ancak, mahkeme, itiraz üzerine ihtiyati tedbir kararının icrasının geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (HUMK. m. 107, c. 2).

Mahkeme, iki tarafı davet edip dinledikten sonra itirazı karara bağlar. Taraflardan biri veya ikisi de gelmezse, mahkeme, evrak üzerinde inceleme yaparak itirazı karara bağlar (HUMK. m. 108, II c. 3 ve 4).

İtiraz üzerine mahkemenin nasıl karar vereceği HUMK. m. 108, II c. 3'te düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme yapılan itirazı haklı görürse, ihtiyati tedbir kararını değiştirebileceği gibi, tamamen de kaldırabilir. Mahkeme itirazı haklı görmezse, itirazın reddine karar verir.

İhtiyati tedbir kararı geçici nitelikte olduğu için kesin hüküm (şekli ve maddi anlamda) teşkil etmez (9). Çünkü, bu karar mahiyeti gereği davanın esasına dair verilecek karar kesinleşinceye kadar varlığını sürdürür. Karar kesinleştikten sonra ortadan kalkar. Bunun gibi, durum ve şartların değişmesine bağlı olarak değiştirilebilen, hatta şartları varsa tamamen kaldırılabilen nitelikte bir karardır. Bu nedenle ihtiyati tedbir kararı, nihai karar olmayıp, ara

(6) Kuru - Usul, s. 3088.

(7) Bkz. 2. HD., 7.12.1961, 7313/7500 (Yılmaz, s. 117).

(8) Üstündağ - Usul, s. 574.

(9) Gürdoğan, B., Medeni Yargılama Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 25; Çenberci, M., Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965, s. 33 - 34; Yılmaz, s. 26.

kararı mahiyetindedir ve temyiz olunamaz (10). Aynı şekilde, mahkemenin, itirazın kabulüne veya reddine ilişkin kararı da ihtiyati tedbir kararı gibi temyiz edilemez (11).

C — İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI ŞİKÂYET

I — Genel Olarak

İhtiyati tedbir kararının icrasından dolayı bir takım ihtilaflar doğabilir. İhtiyati tedbir kararını yerine getirmekle görevli memurlar, bu görevlerini yaparlarken, bir hakkı yerine getirmeyebilir veya tedbir kararının uygulanmasını sürüncemede bırakabilirler. Başka bir ifade ile, ihtiyati tedbir kararını yanlış uygulayabilirler. Bu şekilde, ihtiyati tedbir kararının yanlış uygulanması nedeniyle, taraflar veya bir üçüncü kişi zarara uğrayabilir. İşte, ihtiyati tedbir kararının usulsüz uygulanmasından dolayı zarara uğrayanlar, bu karara karşı şikâyet yoluna gidebilirler (12).

Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununda sadece ihtiyati tedbir kararlarına karşı tarafların itiraz hakkından bahsedilmiş (HUMK. m. 107, 108); buna karşılık, şikâyet konusunda bir düzenleme getirilmemiştir (13).

(10) Postacıoğlu, s. 425; Bilge/Önen, s. 368; Kuru - Usul, s. 3079; Berki, Ş., Hukuk Mahkemeleri Usulü, Ankara 1959, s. 31; Üstündağ, S., İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981, s. 55; Yılmaz, s. 93; Yasasever, F., İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Kabil midir? (İLH., 1948, S. 32, s. 491); Çetinkaya, M., İhtiyati Tedbirler (AD., 1971, S. 11, ss. 785). Yargıtay da bir çok kararında ihtiyati tedbir kararının temyiz olunamayacağını belirtmiştir. Örneğin, TD., 7.12.1967, 3944/4529: "... Tedbir kararları nihai nitelikte olmadığından bunlar üzerinde temyiz incelemesi yapılması kanunen mümkün değildir." (Kuru - Usul, s. 3079); ayrıca bkz. 9. HD., 21.11.1967, 10004/10000 (Kuru - Usul, s. 3079).

(11) Üstündağ - Usul, s. 573; Kuru - Usul, s. 3080; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 54811. HD., 1.10.1979, 4108/4306: "Davacı şirketle ilgili olarak icra takiplerinin durdurulması yolundaki ihtiyati tedbir kararına vaki itiraz üzerine yapılan murafaa sonunda verilen 15.5.1979 gün ve 1979/404 - 285 sayılı karara itiraz etmiştir. İhtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararların temyiz kabiliyeti yoktur." (YKD., 1980, S. 7, s. 1003 - 1004); aynı şekilde, bkz. TD., 19.8.1950, 3487/3506 (TYK., 1950, S. 8, s. 514); 4. HD., 27.11.1980, 13480/13734, (Yasa, 1981, S. 1, s. 111 - 112).

(12) Kuru - Usul, s. 3083 - 3084; Üstündağ - Usul, s. 573; Yılmaz, s. 133.

(13) Bu arada, şikâyet ile itirazın birbirine karıştırılmaması gerektiğini de ifade edelim. Şikâyet ile itiraz birbirinden farklı kavramlardır (Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kuru, B., İcra ve İflâs Hukuku, C. I, B. 3, İstanbul 1988, s. 201 vd.; Pekcanitez, H., İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 25 vd.). İtirazda ihtiyati tedbirin esasına karşı çıkıldığı halde, şikâyet, ihtiyati tedbirin usulsüz uygulanmasına ilişkindir. İtiraz, sadece aleyhine tedbir uygulanan şahsa tanındığı halde, şikâyet, kararın

Oysa, İcra ve İflâs Kanununda, icra ve iflâs dairelerinin yaptığı işlemlerden doğan ihtilaflar konusunda şikâyet yolu düzenlenmiştir (İİK. m. 16 vd.).

Öncelikle, İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen şikâyet ile ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmasından doğan şikâyet hakkının bir çok yönden birbirinden farklı olduğunu ifade etmek gerekir. İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen şikâyet kurumunda, şikâyetin konusu icra ve iflâs dairelerinin bizzat yapmış oldukları işlemlerdir (14). Buna karşılık, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasından doğan şikâyet hakkında ise, şikâyetin konusu, icra dairelerinin yanında, mahkeme yazı işleri müdürü veya kâtibinin ihtiyati tedbir kararını usulsüz uygulamasından kaynaklanmaktadır (15). Bunun gibi, İcra ve İflâs Kanununa göre, şikâyet icra tetkik merciine yapıldığı halde, ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmasından doğan şikâyet talepleri, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye yapılır (16).

Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanununda şikâyet ile ilgili hükümlerin, niteliğine aykırı düşmedikçe ihtiyati tedbir kararının uygulanmasından doğan şikâyet hakkında da uygulanabileceği kanısındayım (17). Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasından doğan şikâyet konusunu incelerken, İcra ve İflâs Kanunundaki şikâyet ile ilgili hükümlerle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki itiraz ile ilgili hususların düzenlendiği hükümlere (m. 107, 108) gerektiğinde başvuracağız.

II. Şikâyetin Tarafları

Şikâyet bir dava olmadığı için, şikâyet incelemesinde davalı ve

uygulanmasından zarar görenlere (aleyhine tedbir kararı uygulanan ve üçüncü kişilere) tanınan bir yoldur. Ancak gerek uygulamada (bkz. örneğin TD., 4.3.1963, 1303/1288; İKİD., 1964, S. 10, s. 2914), gerek öğretilerde (bkz. örneğin, Bilge/Önen, s. 377) bu ayırma uyulduğu söylenemez. Çoğu kez şikâyet yerine de itiraz kelimesi kullanılmaktadır.

(14) Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, B. 5, İstanbul 1990, s. 50; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, B. 7, Ankara 1994, s. 54; Postacıoğlu, İ. E., İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s. 58; Kuru - İcra, s. 88.

(15) Kuru - Usul, s. 3084; Üstündağ - Usul, s. 573.

(16) Ancak, icra müdürü, burada icra müdürü sıfatı ile hareket etmemektedir. Örneğin, "Tedbirin uygulanması ile ilgili şikâyetin, tedbir veren mahkemece tetkik edilmesi gerekmesine, icra memurunun bu sıfat ile değil, infaz memuru sıfatı ile hareket etmesine binaen..." 12. HD. 6.10.1989, 2756/11748 (YKD., 1990, S. 1, s. 70).

(17) Yılmaz, s. 135.

davacı terimleri yerine şikâyet eden ve şikâyet olunan terimleri vardır.

İcra dairesinin veya mahkeme yazı işleri müdürü yahut kâti-
binin ihtiyati tedbir kararını usulsüz uygulamalarından zarar gö-
ren her ilgili şikâyet yoluna başvurabilir (18).

Buna göre, şikâyet hakkı, şikâyet konusu işlemin iptal ettiril-
mesinde hukuken korunmaya değer bir menfaati bulunan, alacaklı,
borçlu ve üçüncü kişilere aittir (19). Örneğin, ihtiyati tedbir kara-
rının uygulanması sırasında, ihtiyati tedbir kararında bulunmayan
bir mal üzerine de tedbir konulması halinde, malın sahibinin, bu iş-
lemin iptali için mahkemeye başvurarak şikâyetle bulunma hakkı
vardır (20).

Şikâyet olunan, ihtiyati tedbir kararını icra eden icra müdürü
veya yazı işleri müdürü yahut zabıt kâtibidir (21).

(18) Kuru/Arslan/Yılmaz - İcra, s. 56; Üstündağ - İcra, s. 54; Postacıoğlu - İcra, s. 62; Kuru - İcra, s. 91.

(19) Üstündağ - İcra, s. 54; Kuru/Arslan/Yılmaz - İcra, s. 8; Kuru - İcra, s. 91.

(20) Üstündağ - Usul, s. 573.

(21) İcra ve İflâs dairelerinin bir icra işlemi usulsüz yapmalarından doğan şikâyet hakkında şikâyet olunanın kim olacağı konusunda öğretici ve uygulamadaki farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Uygulamada ve öğretide hakim olan görüşe göre, icra dairesi şikâyetle taraf değildir. Başka bir ifade ile, şikâyet olunan, lehine işlem yapılan kişidir (Postacıoğlu - İcra, s. 72; Üstündağ - İcra, s. 55; Berkin, H., Tatbi-
katçuları İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 395). Bkz., 12. HD., 12.6.1989, 14372/8784 (Uyar, T., İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, B. 2, Manisa 1991, s. 541); 16.6.1980, 3553/5179 ve 23.1.1980, 9913/395 (Uyar, s. 544).

Diğer bir görüşe göre, şikâyet icra dairesinin bir işlemine karşı olduğundan, şikâyet olunanın icra dairesi olması gerekir; (Kuru - İcra, s. 92-93; Ansay, Ş., Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, B. 5., Ankara 1960, s. 29; Kuru/Arslan/Yılmaz - İcra, s. 57; Uyar, s. 538). Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre, hiç değilse tetkik mercii şikâyeti incelemeye başlamadan önce icra dairesinin şikâyetle karşı bir cevabını almak zorunda olmalıdır. Böylece, icra dairesi ile şikâyet konusu işlem lehine olan kimse zorunlu olarak şikâyet olunan durumunda olmalıdır (Bkz., Kuru - İcra, s. 93; Kuru/Arslan/Yılmaz - İcra, s. 57).

Üçüncü bir görüşe göre, şikâyetle karşı taraf olarak ne işlemi yapan icra organı ve ne de işlemde yararlı bulunan kişilerin gösterilmesi zorunlu değildir. Ancak şikâyeti inceleyen tetkik mercii işlemi yapan icra müdürünü veya işlemde yararlı bulunan kişileri dinleyebilir (Pekcanitez, s. 110; İhalenin feshi istemi ile yapılan şikâyet açısından Arslan, R., İcra - İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 183).

III. Şikâyetin Yapılacağı ve İnceleneceği Mercî

İhtiyati tedbir kararını yerine getiren memur, ister icra müdürü veya yardımcısı olsun, ister yazı işleri müdürü veya katiplerden birisi olsun, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme tarafından tayin olunur ve bu mahkemenin denetiminde tedbiri icra eder (22).

Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararının icrası, mahkeme yazı işleri müdürü veya zabıt katiplerinden birine değil de icra dairesine bırakılmış olsa bile, ihtiyati tedbir kararının icrasına ilişkin her türlü şikâyetler, ihtiyati tedbir kararını vermiş, (dava açılmış ise, dava bakan) mahkem tarafından incelenip karara bağlanır (23).

IV. Şikâyetin Yapılması ve İncelenmesi

Şikâyet, ihtiyati tedbir kararı vermiş olan (veya dava açıldıktan sonra davaya bakan) mahkeme tarafından incelenip karara bağlanır (24).

Şikâyetin nasıl yapılacağı konusunda Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımca, itirazda olduğu gibi (HUMK. m. 108), şikâyetin de dilekçe ile yapılması gerekir (25).

Şikâyet üzerine mahkeme, duruşma yapılmasının gerekli olup olmadığına karar verir. Mahkeme, duruşma yapılmasına karar verirse, tarafları en kısa zamanda duruşmaya davet eder ve gelmeseler bile yokluklarında gereken kararı verir (HUMK. m. 108, II. son cümle).

İhtiyati tedbir talebinin ve ihtiyati tedbir kararına şikâyetin incelenmesinin hangi yargılama usulüne göre yapılacağı konusunda Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 507/2 hükmü bize ışık tutmaktadır. Bu maddeye göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun başka bir yargılama usulünü göstermediği hallerde, Kanunun tarafları dinlemek veya dosya üzerinde karar vermek konusunda mahkeme-

(22) TD., 4.10.1963, 1303/1287 (İKİD., 196, S. 10, s. 2914).

(23) Kuru - Usul, s. 3083 - 3084; Bilge/Önen, s. 397; Yılmaz, s. 137; Üstündağ - Usul, s. 574; 12. HD., 16.12.1974: "İhtiyati tedbir kararları hakkında her türlü itiraz ve şikâyetin kararı veren mahkemeye yapılması icap edeceğine ve bu itibarla mercîin mahkeme katibinin yaptığı muameleye vaki şikâyeti tetkik etmek vazifesi haricinde olduğuna..." (Kuru - Usul, s. 3084); ayrıca bkz., İD., 4.10.1963, 10146/10390 (ABD., 1964, S. 2, s. 211); TD., 4.3.1963, 1303/1287 (ABD., 1963, S. 2, s. 280; İD., 26.12.1963, 13864/13846 (Kuru - Usul, C. III, s. 3084).

(24) Kuru - Usul, s. 3084; Yılmaz, s. 139.

(25) Yılmaz, s. 139.

ye takdir hakkı tanıdığı ve mahkemenin de tarafları dinlemeye karar verdiği işlerde basit yargılama usulü uygulanacaktır.

İhtiyati tedbir ve şikâyet talebinin incelenmesi sırasında mahkeme tarafları davet edip etmeme konusunda bir takdir hakkına sahiptir. Buna göre, Kanununun 105 ile 507/2 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, hâkim ihtiyati tedbire karar vermek veya ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına karşı yapılan şikâyeti incelemek için tarafları duruşmaya davet etmiş ise, burada basit yargılama usulünün (HUMK. m. 507 - 511) uygulanacağını söylemek mümkündür (26). Mahkeme, gerekli görürse bilirkişiye de başvurabilir.

İhtiyati tedbir ve ihtiyati tedbir kararlarına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin kararlar gibi (27), ihtiyati kararlarının icrasından doğan şikâyet hakkında verilen kararların da temyizi mümkün değildir. Bu kararlar da ancak esas hüküm ile birlikte temyiz olunabilir.

D — SONUÇ

İhtiyati tedbir kararının kanuna aykırı olması veya ihtiyati tedbir kararının usulsüz uygulanması halinde, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen kişi itiraz veya şikâyet yoluna başvurabilir.

Ancak, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununda sadece ihtiyati tedbir kararlarına karşı tarafların itiraz hakkından bahsedilmiş (HUMK. m. 107, 108), şikâyet konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanununda şikâyet ile ilgili hükümlerin, niteliğine aykırı düşmedikçe ihtiyati tedbir kararının uygulanmasından doğan şikâyet hususunda da uygulanabileceği kanısındayım.

İhtiyati tedbir kararı, geçici bir karar olduğu için, itirazın yanında, teminat karşılığında veya hal ve şartlar gerektirirse hâkim tarafından her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir (HUMK. m. 111). Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararına itirazın belli bir süreyle bağlanması uygun olmayacağı kanısındayım.

İhtiyati tedbir kararına itiraz, kararı veren mahkemeye yapılır. Ancak, ihtiyati tedbir kararına karşı yapılan itirazın olması gereken hukuk açısından kararı veren mahkemeye değil, başka bir mahkemeye (örneğin, sulh hukuk mahkemesinin vereceği ihtiyati tedbir kararlarına karşı asliye hukuk mahkemesine, asliye hukuk mah-

(26) Bkz., Ansay, s. 197; Yılmaz, s. 48; Çetinkaya, s. 783; Önder, s. 131.

(27) Bkz., yuk., s. 516-517.

kemesinin vereceği ihtiyati tedbir kararlarına karşı ise, aynı yerdeki -aynı yerde asliye hukuk mahkemesi yoksa en yakın yerdeki diğer asliye hukuk mahkemesine) yapılmasının şimdiki düzenlemeye göre daha uygun olacağı kanısındayım. Çünkü, ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin itiraz üzerine tekrar aynı konu hakkında yapacağı incelemede objektif olamaması veya hatasını görememesi ihtimali bulunmaktadır. Nitekim, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda, tutuklama kararına karşı yapılan itirazlarda bu yöntem benimsenmiştir.

BİBLİYOGRAFYA (*)

- ANSAY, S. Ş. : Hukuk Yargılama Usulleri, B. 7, Ankara 1960.
- ANSAY, S. Ş. : Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, B. 7, Ankara 1960.
- ARSLAN, R. : İcra - İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- BERKİ, Ş. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959.
- BERKİN, N. : Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- BİLGE, N./ ÖNEN, E. : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, Ankara 1978.
- ÇENBERCİ, M. : Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965.
- ÇETİNKAYA, M. : İhtiyati Tedbirler (AD., 1971, S. 11, s. 773-788).
- GÜRDOĞAN, B. : Medeni Yargılama Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. 5, İstanbul 1991. (Kuru - Usul).
- KURU, B. : İcra ve İflâs Hukuku, C. I, B. 3, İstanbul 1988. (Kuru - İcra).
- KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E. : İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, B. 7, Ankara 1994. (Kuru/Arslan/Yılmaz - İcra).
- KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E. : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 6, Ankara 1994. (Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul).
- ÖNDER, A. : İhtiyati Tedbirler (AD., 1943, S. 3, s. 121-139).
- PEKCANITEZ, H. : İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
- POSTACIOĞLU, İ. E. : İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.
- POSTACIOĞLU, İ. E. : Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, B. 5, İstanbul 1992. (Üstündağ - Usul).
- ÜSTÜNDAĞ, S. : İcra Hukukunun Esasları, B. 5, İstanbul 1990. (Üstündağ - İcra).

(*) Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

ÜSTÜNDAĞ, S. : İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981.

YASASEVER, F. : İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Kabil midir? (İLH., 1948, S. 32, s. 491-492).

YILMAZ, O. : İhtiyati Tedbirler, B. 2, Ereğli/Konya.

UYAR, T. : İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, B. 2, Manisa 1991.

HUKUK YARGILAMAMIZDA GENEL MAHKEMELER, GÖREV KAVRAMI VE GÖREVSİZLİK KARARI

Arş. Gör. Murat ATALI (*)

A. GENEL MAHKEME KAVRAMI

Hukuk yargılamasına ilişkin mahkeme teşkilâtımız iki derecedir. Birinci derecede "hüküm mahkemeleri" (1), ikinci derecede ise kontrol mahkemesi olan "Yargıtay" bulunur.

Bu şekildeki yapılanmanın dayanağı (2) 8 Nisan 1340 (1924) tarih ve 469 sayılı Mahakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mahakim Teşkilâtına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun'dur (3) (4). Bu Kanunun 1 inci maddesi gereğince; Türkiye Cumhuriyetinde birinci olarak, yetkileri kanun ile belirli sulh mahkemeleri, ikinci olarak da, buldukları ilçenin adıyla anılan asliye mahkemeleri vardır.

Hüküm mahkemeleri, taraflar arasındaki uyumsuzluğa ilk önce bakan yargı mercileridir (5). Bu noktadan hareketle şunu söyleyebiliriz ki, gerek Teşkilât Kanununa göre kurulan sulh ve asliye mahkemeleri, gerek özel kanunlarla kurulan özel mahkemeler birer hüküm mahkemesidir.

Teşkilât Kanununa göre kurulan (ve hüküm mahkemesi olduk-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Bunlara "ilk derece", "bidayet" ve "hadise" mahkemeleri de denilmektedir. bkz. Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 1990, s. 41; Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 7.

(2) Ansay, S. Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 39; Kuru - Usul C. I, s. 39; Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 89; Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I - III, İstanbul 1992, s. 47; Önen, E., Die Organisation Der Richter (Gericht) Und Der Rechtsanwalte in Der Türkei (J. G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 271 - 290), s. 273 - 274 ve orada dn. 14.

(3) RG., 26.4.1340, S. 69. Bu Kanuna bundan sonra kısaca "Teşkilât Kanunu" diyeceğiz.

(4) Bununla birlikte, Yargıtay'ın kuruluşu ve görevleri 2797 sayılı Yargıtay Kanunu ile düzenlenmiştir, bkz., RG., 8.2.1983, S. 17953.

(5) Bilge, N./Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 31.

larını ifade ettiğimiz) sulh ve asliye mahkemelerinin bakacakları işler belirli kişi veya iş gruplarına göre sınırlandırılmamıştır. Bilâkis, aksi özel bir hükümle emredilmedikçe, bu mahkemeler, hukuk yargılamasına ilişkin bütün dava ve işlere bakmaktadır. Söz konusu bu özellikleri nedeniyle, sulh ve asliye mahkemelerine "genel mahkemeler" (6) adı verilmektedir (7) (8).

Buna karşılık, sadece belli kişiler arasındaki veya belli çeşit uyumsuzluklara bakmak üzere, özel kanunlarla kurulan ve aksine hüküm bulunmadıkça 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbi olan mahkemelere ise "özel mahkeme" adı verilmektedir (9). Bunlara örnek olarak, kadastro mahkemeleri (10) ve iş mahkemeleri (11) ile tüketici mahkemelerini (12) göstermek mümkündür.

- (6) Kuru - Usul C. I, s. 41; Üstündağ - Usul, s. 47; Bilge/Önen, s. 31; Kuru, B./Arslan, E./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 1981, s. 68; Berkin, N. M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 229; Özdemir, Ş., Yargılama Organları Mahkemeler (TNBHD, 1987/58, s. 10 - 24), s. 11. İdari ve Askeri olanlar dışındaki bütün hukuk ve ceza mahkemelerine "genel mahkeme" adı verilmesindeki isabetsizlik hakkında bkz. Kuru - Usul C. I, s. 41.
- (7) Tanımdan da anlaşılacağı üzere, genel mahkeme ifadesi özel mahkemelerin karşısı olarak kullanılmaktadır. Hüküm mahkemesinin karşısı ise, kontrol mahkemesi olan Yargıtay'dır.
- (8) Alman Hukuk Yargılamasına ilişkin mahkeme teşkilâtında; "Amtsgericht" bizdeki sulh hukuk mahkemesine, "Landgericht" ise bizdeki asliye hukuk mahkemesine karşılık gelmektedir (GVG § 12). Bununla birlikte, bu ülkedeki mahkeme teşkilâtı, idari yapıdan (eyalet sistemi) kaynaklanan farklılıklar göstermektedir. Bu konuda bkz., Rosenberg, L./Schwab, K. H., Zivilprozessrecht, München 1986, s. 113 vd.; Lent, F./Jauernig, O., Zivilprozessrecht, München 1972, s. 19 - 20. Avusturya'daki durum için bkz., Fasching, H. W., Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Wien 1962, s. 26 vd.
- (9) Kuru - Usul C. I, s. 41; Postacıoğlu - Usul, s. 61; Bilge/Önen, s. 31. Bu mahkemelerin görevinin istisnai olmasıyla hareketle bunlara "istisnai mahkemeler" de denilmektedir, bkz., Postacıoğlu - Usul, s. 92.
- (10) Kadastro mahkemeleri, 3402 sayılı Kadastro Kanunu ile kurulmuştur (bkz., RG., 9.7.1987, S. 19512). Bu Kanunun, "adli kuruluş" başlığını taşıyan 24 üncü maddesinde; "genel mahkemelere ait olup da bu Kanunun uygulanması ile ilgili dava ve işlere, belirlenen usul ve esaslara göre bakmak üzere her kadastro bölgesinde tek hakimli ve Asliye Mahkemesi sıfatını haiz yeter sayıda kadastro mahkemesi kurulur" hükmü yer almaktadır. Aynı Kanunun Geçici 1 inci maddesi ise, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan tapulama mahkemelerinin "kadastro mahkemesi" adını almasını öngörmüştür.
- (11) İş mahkemeleri, 552İ sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kurulmuştur (bkz., RG., 4.2.1950, S. 7424). Bu Kanunun 1inci maddesinde; "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (değişik ikinci maddenin C, D ve E fık-

Teşkilât Kanunumuzun "yerli" olarak nitelendirilebilmesine karşılık Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu Usul Kanunundan iktibas edilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun zaman içinde önemli değişikliklere (13) uğramasına karşılık, Teşkilât Kanunumuz, (bazı hükümlerinin yürürlükten kalkmasının ötesinde) önemli bir değişiklik geçirmemiştir (14). Oysa, her usul kanununun yanında, onunla uyum içinde olan özel bir teşkilât kanununun bulunması kaçınılmazdır (15).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun mehazi olan Neuchâtel Kantonunun hukuk yargılamasına ilişkin mahkeme teşkilâtında, bizdeki genel mahkemelere karşılık gelmek üzere "bölge (sulh) mahkemesi" ve "kanton (asliye) mahkemesi" bulunmaktadır (16). Kanton mahkemesi, bölge mahkemesinin bazı kararları için, aynı zamanda bir itiraz mahkemesi olarak da görev yapmaktadır. Bu mahkemelerin, İsviçre Federal Mahkemesinin temyiz incelemesine tâbi olanlar dışındaki kararlarının temyiz mercii ise Neuchâtel Temyiz Mahkemesidir (17).

Kuruluşları Teşkilât Kanunu ile düzenlenen genel mahkemele-
rimizin görevleri ise, (esas itibarıyla) Hukuk Usulü Muhakemeleri
Kanununda gösterilmiştir. Bunun yanında, başka kanunlarda da,
genel mahkemelerin görevine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

ralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur" hükmü yer almaktadır.

- (12) Bkz., 4077 sayılı Kanun m. 23, Geçici Madde 1, (RG., 3.3.1965, S. 22221).
- (13) Bu değişikliklerin kronolojik bir sıralaması ve değiştiren kanun ile değiştirilen maddelerin sistematik bir gösterimi için bkz., Kuru, B./Yılmaz, E./Arslan, R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1991, s. 18 - 20.
- (14) Teşkilât Kanununun bugün yürürlükte bulunan tam metni için bkz. Kuru/Yılmaz/Arslan, s. 308 - 310.
- (15) Ergün, A. Ş., Tatbikat Notları ve Her İşe Bakan Mahkemelerde Vazife Ütirazi (AD., 1938/1 - 12, s. 1381' - 1389), s. 1383.
- (16) Bunların görev ve yetkileri hakkında bkz., Kummer, M., Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1978, s. 45 - 57.
- (17) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Habscheid, W. J., Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht, Basel und Frankfurt 1986, s. 61 vd.; Guldener, M., Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Zürich 1947, s. 14 vd.; Kummer, s. 31' - 42; Berkin, N. M., İsviçre Adliye Teşkilâtı, İHFM., 1960/1 - 4, s. 120 vd.; Umar, B., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mehazi Neuchâtel Kantonundaki Tatbikati, İstanbul 1967, s. 7.

Sulh ve asliye mahkemelerini, öncelikle kuruluş ve yapıları açısından incelemekte yarar vardır.

I. Sulh Hukuk Mahkemesi

Teşkilât Kanununun 1 inci maddesi gereğince, her ilçede (ve işi çok olan bucaklarda) sulh mahkemesi kurulur. Sulh mahkemeleri de buldukları yerin adıyla anılır (18). Buldukları yerin iş durumuna göre, sulh mahkemeleri birden çok daireye ayrılabilir.

Sulh mahkemeleri tek hakimlidir. Ancak, ülkemizde hakim azlığı nedeniyle her mahkemeye ayrı bir hakim verilememekte, bir çok yerde tek hakim, hem sulh hem de asliye işlerine bakmaktadır (19).

Burada bir hususa işaret etmek istiyoruz: Teşkilât Kanununda "sulh" ve "asliye" mahkemelerinden söz edilmekte; buna karşılık, "sulh hukuk mahkemesi" ve "asliye hukuk mahkemesi" kavramlarına yer verilmemektedir. Ashında, anılan bu kavramlar, yapılan yargılama faaliyetinin niteliği sonucu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; sulh mahkemesinin, görevine giren bir hukuk davasına, hukuk yargılamasına ilişkin hükümlere göre bakması durumunda "sulh hukuk mahkemesi"; aynı mahkemenin, görevine giren bir ceza davasına, ceza yargılamasına ilişkin hükümlere göre bakması durumunda ise "sulh ceza mahkemesi" sözkonusu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle burada, "mahkemenin gördüğü işe hangi sıfatla ve hangi hükümler çerçevesinde baktığı" hususu belirleyici (ayırıcı) olmaktadır. Aynı şentezi, asliye mahkemeleri açısından yaparak, "asliye hukuk" ve "asliye ceza" mahkemesi kavramlarına ulaşmak mümkündür. Bununla birlikte, sulh ve asliye mahkemelerinin birden çok daireye ayrıldığı yerlerde, dairelerden bir veya birkaçının hukuk, diğerlerinin ceza işlerini görmek üzere Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilmeleri (daha doğrusu, bu şekilde kurulmaları) mümkündür (20). Nitekim, büyük merkezlerdeki yapılanma bu şekildedir (21).

(18) Bilge/Önen, s. 36.

(19) Hakim azlığının en önemli nedeni, mesleki ve ekonomik güvencesinin tatmin edici olmamasından ötürü, bu mesleğe başvurunun fazla olmamasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, B., Hukuk Davalarının Uzunluğu Sebepleri (Ankara Hukuk Fakültesi Mezunları Derneği Birinci Genel Kurulu, Ankara 1969, s. 31 - 49), s. 33; Kılıçoğlu, A., Yargının Sorunları (ABD., 1987/5 - 6, s. 663 - 666), s. 663 - 666.

(20) Belgosay, M. R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, I Teoriler, İstanbul 1948, s: 109.

(21) Örneğin, Ankara, İstanbul, İzmir gibi büyük merkezlerde "sulh hukuk", "sulh ceza", "asliye hukuk" ve "asliye ceza" mahkemeleri ayrı ayrı, hatta birden çok sayıdadır.

II. Asliye Hukuk Mahkemesi

Teşkilât Kanununun 1 inci maddesine göre; her ilçede, o ilçenin adıyla anılan bir asliye mahkemesi kurulur. Aynı Kanunun 2 nci maddesi, iş yoğunluğunun gerektirdiği yerlerde asliye mahkemesinin birden çok daireye ayrılabilmesine imkân tanımıştır. Bugün bu imkân, özellikle büyük merkezlerde kullanılmakta ve asliye mahkemeleri (de sulh mahkemelerinde olduğu gibi) birden çok daireye ayrılmaktadır. Bunun yanında, bazı büyük merkezlerde asliye mahkemesinin bir (veya birden çok) dairesi, toplu mahkeme (hakim) esasına göre teşkil edilerek asliye hukuk mahkemesinin görevine giren ticari davalara bakmakla görevlendirilmektedir.

Asliye mahkemelerinin bir başkan ve iki üyeden mürekkep olarak kurulmaları her ne kadar Teşkilât Kanununun 1 inci maddesinde öngörülmüşse de, aynı Kanunun geçici maddesi Adalet Bakanlığına, bu mahkemeleri tek hakimli olarak da kurabilme yetkisi vermiştir. Bugün ülkemizdeki bütün asliye mahkemeleri (ticaret mahkemeleri hariç), bu geçici maddeye dayanılarak tek hakimli olarak kurulmaktadır. Dolayısıyla, Teşkilât Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda sözü edilen "başkan" (22), "üye" (23) ve "tahkikat hakimi" (24) terimleri, mevcut uygulama karşısında (ticaret mahkemeleri dışında) tek asliye hukuk hakimi anlamına gelmektedir (25).

Teşkilât Kanununun öngördüğü bu "toplu hakim (mahkeme)"

- (22) Teşkilât Kanunu, toplu mahkeme olmasını öngördüğü asliye mahkemesinde, tıpkı Yargıtayda olduğu gibi, üyelere birisinin "başkan" sıfatını taşımasını, hatta, asliye mahkemesinin birden çok dairesi bulunması durumunda, bunların başkanlarından birinin "birinci başkan", diğerlerinin ise "ikinci başkan" ünvanını taşıyacağını belirtmiştir (Teşkilât Kanunu m. 1 ve 2). Nevar ki, uygulamada bu mahkemelerin tek hakimli olmaları karşısında, "başkan" kavramına yer bulunmamaktadır. Mahkemeleri dışı karşı temsil edecek, mahkemelerin idari işlerini yürütecek, o yerdeki mahkemeler arasındaki iş dağıtımını yapacak ve mahkemenin araç, gereç, personel işleri vs. ile ilgilenecek bir mahkeme başkanına ihtiyaç bulunduğu yönündeki görüş için bkz., Kuru - Usul C. I, s. 46.
- (23) Birden çok hakimden oluşan (toplu) mahkemede, başkan dışındaki hakimler üye sıfatını taşır.
- (24) Toplu mahkemelerde üyelere birinin, kanunun belirlediği işlerde tek başına araştırma yapması durumunda, bu üye "tahkikat hakimi" olarak adlandırılır. Ticaret mahkemelerinde tahkikat hakiminin görev ve yetkileri konusunda bkz. Semiz, A., Tatbikattan Meseleler: Ticaret (Hukuk) Mahkemelerinde Tahkikat Hakimliği (Yetki-Görev) (İBD., 1973/9 - 10, s. 963 - 977), s. 963 vd.
- (25) Kuru - Usul C. I, s. 44; Berkin - Rehber, s. 230.

sistemi, yarar ve sakıncaları açısından ele alınarak değerlendirilmiştir. Mevcut uygulama karşısında pratik olmasa da, yapılacak kanun değişiklikleri açısından yol gösterici olacağı kanısıyla, sözkonusu değerlendirmelere burada kısaca değinmek istiyoruz.

Toplu hakim sisteminin yararları arasında gösterilen en önemli husus; "birden çok hakimın, önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak kendisine göre en doğru çözümü ileri sürmesi, birbirlerini eleştirmesi ve uyarması sonucu en isabetli kararı vermesi"dir (26). Buna ilâveten, birden çok hakimın (tamamının) tesir altında bırakılmasının zorluğunu takdir eden halkın, mahkemeye güveninin daha fazla olması (27), mesleğe yeni başlayan hakimın heyet (kurul) içinde tecrübe kazanarak, sorumluluk üstlenmeksizin ve yapacağı yanlışların önemli sakıncalar doğurmasına (çoğunlukla) yer bulunmaksızın kendisini yetiştirmesine imkân vermesi (28) bu sistemin yararları arasında sayılmaktadır (29).

Buna karşılık, tek hakim sisteminin daha yararlı olduğu ifade edilirken şu görüşlere yer verilmektedir: Bu sistem, hakimi daha dikkatli olmaya yönlterek ondaki sorumluluk duygusunu güçlendirir (30), işlerin daha çabuk sonuçlanmasını temin eder ve hakim sayısı açısından tasarruf sağlar (31). Öte yandan, toplu hakim sis-

-
- (26) Bu yönde bkz. **Belgesay - Teoriler**, s. 91; **Ansay - Usul**, s. 36; **Postacıoğlu - Usul**, s. 91; **Üstündağ - Usul**, s. 48, dn. 9; **Berkin - Rehber**, s. 280.
- (27) **Ansay - Usul**, s. 36.
- (28) **Üstündağ - Usul**, s. 48, dn. 9.
- (29) Bu sistemin yararları hakkında geniş bilgi için bkz. **Rosenberg/Schwab**, s. 114; **Ansay - Usul**, s. 36 - 37 ve orada dn. 69.
- (30) **Lent/Jaunernig**, s. 20.
- (31) **Ansay - Usul**, s. 36; **Belgesay - Teoriler**, s. 91; **Postacıoğlu - Usul**, s. 91; **Berkin - Rehber**, s. 279; **Üstündağ - Usul**, s. 48, dn. 9; **Özdemir - Mahkemeler**, s. 13; **Yücel, M.**, **Hukuk Mahkemelerindeki Artan İş Yükünü Önleyici ve Azaltıcı Tedbirler** (AD, 1988/3, s. 101-112), s. 109 - 110. **Berkin**, hakim miktarındaki tasarruf sonucu, hakimlere daha yüksek maaş verilebileceğini, bunun da, mesleğe rağbeti artıracakını (dolaylı bir yarar olarak) ifade etmektedir, bkz., **Berkin - Rehber**, s. 279. **Guldener** ise, İsviçre iş mahkemelerinde (meslek mensuplarının da katılımıyla) uygulanan toplu hakim sistemine yönelttiği eleştiride, bu mahkemelerin hukuki olmaktan çok, sosyal siyaset düşüncesiyle hareket edecekleri görüşüne işaret etmektedir, bkz., **Guldener**, s. 21 - 22. **Ansay** da, çoğunlukla verilen kararlarda, mantriki gerekçe ve düşünce yerine, matematiksel üstünlük ve tesadüfün kaim olacağına ilişkin görüşü aktarmaktadır, bkz., **Ansay - Usul**, s. 36. **Postacıoğlu**, hakimlikte yükselen kişilerin genellikle toplu hakim sisteminin aleyhinde, buna karşılık, hakimlik mesleğinde bulunmayan hukukçuların ise, bu sistemin lehinde oldukları yönündeki izlenimini belirttikten sonra, toplu hakim sisteminin üstünlüğünü kendisinin de kabul etti-

teminde, hakimlerden nüfuzlu birisinin (32), görüşünü diğer üyelerle de kabul ettirmesiyle, görünüşte bir heyetin ortak (veya çoğunluk) görüşü olarak tezahür eden karar aldatici bir değer taşır (33). Keza, bu sistemde, genellikle çalışkan ve bilgili her hakim (çoğu zaman başkan) yargılamanın bütün yükünü taşır, diğer üyeler ise sadece oylarını bildirirler (34).

Ülkemiz gerçekleri dikkate alındığında (35), kanımızca da, tek hakim sistemi hüküm mahkemelerinde daha yararlıdır. Tek hakim sistemi lehine olarak aktardığımız görüşlere ilke olarak katılmakta, toplu hakim sistemine ise, işaret ettiğimiz eleştiriler doğrultusunda endişe ile bakmaktayız (36).

B. GENEL MAHKEMELERİN GÖREVİ

I. Görev Kavramı

Üzerinde büyük ölçüde mutabakat bulunan tanımıyla görev; uyumsuzluğun mahiyet veya kıymetine göre, belirli bir yerdeki hü-

günü, tek sorunun ise, bu sistemin faydaları ile getireceği mülki külfetin orantısı olduğunu söylemektedir, bkz. Postacıoğlu - Usul, s. 91. Barıkan, ticaret mahkemelerinde (bir hakim yardımcısı verilmesi koşuluyla) tek hakim sisteminden yana olduğunu belirttik, biraz farklı bir sistem önermektedir, bkz., Barıkan, A., Adalette Sürat ve Mahkeme Teşkilatı (ABD., 1951/88 - 89, s. 2 - 4), s. 3. Bilge ise, toplu hakim sisteminin ülkemizde bir türlü yerleştirilemediğine dikkat çekerek ve bu yoldaki zorluklara (özellikle mülki zorluklara ve hakim sıkıntısına) değinerek, ayrıca, sadece birkaç büyük merkezde bulunan ticaret mahkemelerinde bu sistemin uygulanmasının mahkemeler teşkilatı sistemimizde ikilik yaratmak suretiyle eşitlik prensibini zedeleyeceğini ileri sürerek, ticaret mahkemelerinin de tek hakimli olmaları gerektiğini savunmaktadır. Yazar, 1963 tarihli Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Kanunu Tasarısını bu açıdan olumlu bularak desteklemektedir, bkz., Bilge, N., Adalet Mahkemelerinin Kuruluşu (Seminer, Ankara 1964, s. 8 - 36), s. 21 vd.

- (32) Bu hakimın daha bilgili ve tecrübeli olduğunu ve çoğunlukla isabetli karar verdiğini söylemek her zaman için mümkün değildir.
- (33) Beigesay - Teoriler, s. 91 - 92.
- (34) Ansay - Usul, s. 36; Karafakih, İ. N., Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s. 25; Üstündağ - Usul, s. 48, dn. 9.
- (35) Nitekim, Devlet Planlama Teşkilatı Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu'na Türkiye Barolar Birliği'nin sunduğu 24.6.1988 tarihli raporda da, ülkemizde toplu hakim sisteminin uygulandığı ticaret mahkemelerinin mülki ve eleman israfına neden olduğu belirtilmiştir, bkz., Ergül, T., Adalet Hizmetleri Açısından VI. Beş Yıllık Kalkınma Planı (ABD., 1990/1, s. 10 - 21), s. 11 vd.
- (36) Burada şunu da ifade edelim ki, "bu konuda her zaman ve her yerde geçerli olacak genel ve kesin bir çözümün olmadığı" şeklindeki Postacıoğlu'nun görüşüne (bkz., Postacıoğlu - Usul, s. 91) biz de katılmaktayız.

küm mahkemelerinden hangisi tarafından görüleceğini belirten kurallardır (37) (38).

Görev, bazen "yargı hakkı" ve "yargı yolu" kavramlarıyla karıştırılmaktadır. Her birine verilen anlamların ve bağlanan sonuçların farklı olduğu bu kavramları da burada kısaca ele almak gerekir (39).

Yargı hakkı, esas itibarıyla soyut bir kavramdır ve genel anlamda; "uyuşmazlıklara bakmak hak ve yetkisinin, bağımsız Türk mahkemelerine ait olmasını" ifade eder (40). Bu kavram aynı zamanda, Türk yargısının ülke ve kişi yönünden sınırlarına ilişkin olmakla (41) Devletler Özel Hukukunu da ilgilendirmektedir (42).

Yargı yolu da, bazen görev kavramı içinde mütalâa edilmektedir (43). Oysa yargı yolu, yargı çeşitleri (kolları) arasındaki ilişkidir (44). Yargı çeşidi (kolu) ise; hukuki mahiyetleri itibarıyla bir bütün teşkil eden ve müstakil bir yargılama usulüne tâbi olan işler bütünüdür (45) (46).

-
- (37) **Ansay - Usul**, s. 77; **Karafakih - Usul**, s. 48; **Belgesay - Teoriler**, s. 99; **Berkin - Rehber**, s. 284; **Kuru - Usul C. I**, s. 132; **Postacıoğlu - Usul**, s. 171; **Üstündağ - Usul**, s. 132; **Bilge/Önen**, s. 148.
- (38) Bu anlamda görev kavramına karşılık gelmek üzere; "vazife", "şey yönünden yetki", "mutlaka yetki" ve "madde itibarıyla yetki" ifadeleri de kullanılmaktadır. Terim sorunu için bkz., **Kuru - Usul C. I**, s. 130.
- (39) Görevi de kapsayan geniş anlamıyla, "salahiyet" in yargı hakkı ile ilişkisi hakkında geniş bilgi için bkz. **Berkin, N. M.**, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Vazife Hükümleri ve Tatbikatı (İHF.M. 1952/1 - 2, s. 188 - 214)**, s. 189.
- (40) Nitekim bu husus Anayasamızda da "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" (AY. m. 9) şeklinde ifade edilmiştir.
- (41) **Ansay - Usul**, s. 31 - 32; **Kuru - Usul C. I**, s. 877.
- (42) **Ansay**, yargı hakkı olmamasına rağmen verilen hükmün geçerli ve bağlayıcı olduğu (fakat bu hükmün yabancı mahkeme ve makamlarca tanınmasının istenemeyeceği) kanısındadır, bkz., **Ansay - Usul**, s. 31.
- (43) Bkz., **AY. m. 158/III**; **UMK. m. 7**; **İYUK. m. 9, 14**.
- (44) **Rosenberg/Schwab**, s. 45 vd.; **Habscheid**, s. 75; **Bruns, R.**, **Zivilprozessrecht, München 1979**, s. 34; **Heintzmann, W.**, **Zivilprozessrecht I, Heidelberg 1985**, s. 220; **Peters, E.**, **Zivilprozessrecht, Frankfurt am Main 1986**, s. 1 vd.; **Kuru, B.**, **Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet. - Kaza (Yargı) Yolu - (ABD., 1960/2, s. 27 - 33)**, s. 29; **Önen - Usul**, s. 23.
- (45) **Kuru - Yargı Yolu**, s. 27.
- (46) Bu tanım doğrultusunda; hukuk yargısı, ceza yargısı, idari yargı ve askerî yargı birer yargı çeşidi (kolu) olmaktadır. "Yargı yolu" ve "yargı kolu" kavramları mevzuatımızda yer almamıştır. Her iki kavram da öğretiden tarafından getirilmiştir, **Bilge/Önen**, s. 136. **Rosenberg/Schwab**, çekışmesiz yargıyı adli yargı (hukuk yargılaması) içinde mütalâa etmektedir, bkz.,

Yargı yolunun caiz olması, bir dava şartıdır (47) ve kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebilmesinin yanında, hakim tarafından da re'sen (kendiliğinden) dikkate alınır (48) (49). Yargı yolunun caiz olmaması mutlak bir temyiz (bozma) nedenidir (m. 428, I/2).

Görevden farklı olarak, yargı yolu uyuşmazlıkları Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından çözümlenir (UMK. m. 1) (50). Yargı yolunun caiz olmamasına rağmen verilen bir kararın (51) kesinleşmesi durumunda, bu kararın akibeti tartışmalıdır.

Bir görüşe göre (52), böyle bir karar şeklen mahkeme kararı olmakla birlikte batıldır ve normal bir mahkeme kararının haiz olduğu sonuçları doğurmaz (53). Buna rağmen, böyle bir karar "yok" hükmünde olmadığından (ve mahkeme kararlarına güveni temin açısından), kararın geçersizliğinin hukuki menfaatleri bulunanlar tarafından açılacak bir tesbit davasıyla hüküm altına alınması gerekir.

Diğer görüşe göre (54) ise, yargı yolunun caiz olmadığı bir mahkemeden verilen karar "yok" hükmünde olup, hiçbir sonuç doğurmaz (55).

Rosenberg/Schwab, s. 56. Çekişmesiz yargının (nizasız kazanın) da bir yargı çeşidi olduğu yönünde ve diğer yargı çeşitlerinden farkı hakkında geniş bilgi için bkz., Kuru, B., Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 14 vd.

(47) Rosenberg/Schwab, s. 56; Kuru, B., Davaya Şartları (S. Ş. Ansay Armağanı, Ankara 1964, s. 109 - 147), s. 113 vd.

(48) Kuru - Usul C. I, s. 473; Kuru - Yargı Yolu, s. 30. Bu niteliklerinden dolayı, yargı yolu sözleşmesinin caiz olmadığı (böyle bir sözleşmenin geçersiz olduğu) hakkında bkz., Kuru - Yargı Yolu, s. 30.

(49) Yargı yolunun caiz olup olmadığı, mahkeme tarafından ilk önce incelenip karara bağlanmalıdır, Kuru - Usul C. I, s. 1073/48; Bilge/Önen, s. 147; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 182.

(50) Oysa görev (ve yetki) uyuşmazlıkları, kural olarak "merci tayini (yargı yolu belirlenmesi)" yoluyla, Yargıtay tarafından çözümlenir (m. 25).

(51) Örneğin, idare mahkemesi tarafından verilmiş bir boşanma kararı.

(52) Kuru - Yargı Yolu, s. 30 vd.; Bilge/Önen, s. 135.

(53) Örneğimizde, taraflar boşanmış olmazlar.

(54) Belgesay - Teoriler, s. 99; Postacıoğlu - Usul, s. 123; Berkin - Rehber, s. 285.

(55) Görüldüğü gibi, her iki görüş açısından da, yargı yolunun caiz olmamasına rağmen verilen ve kesinleşen bir karar maddi anlamda kesin hüküm oluşturmamaktadır. Oysa, görevsiz mahkemeden verilen ve şekli anlamda kesinleşen bir karar maddi anlamda da kesin hüküm oluşturur. Kesin hüküm konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Gürdoğan, B., Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 13 vd.; Arslan, R., Kesin Hüküm İtirazı ve Yanılma Gerçeği (AİD., 1988/5 - 6, s. 722 - 737), s. 722 vd.

Yargı yolunun caiz olmadığı gerekçesiyle verilen görevsizlik kararları üzerine yapılacak işlemler konusunda bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, bir idari davanın hukuk mahkemesinde açılması durumunda, bu mahkemenin, yargı yolunun caiz olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermekle yetinmesi gerekir (56). Böyle bir durumda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 27 ve 193 üncü maddeleri uygulanmaz (57).

Buna karşılık, bir hukuk davasının idari mahkemede açılması durumunda, bu mahkemenin, yargı yolunun caiz olmadığı gerekçesiyle vereceği görevsizlik kararı üzerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 27 ve 193 üncü maddeleri uygulanır (58).

Yargı hakkı ve yargı yolunun yanında, aynı mahkemenin birden çok dairesi ve asliye hukuk mahkemesi ile ticaret mahkemesi arasındaki ilişki de bazen görev ilişkisi olarak anlaşılmaktadır (59).

Buraya kadar olan açıklamalarımızdan çıkan sonuç şudur ki, teknik anlamıyla görev kavramı, asliye hukuk mahkemeleri, sulh hukuk mahkemeleri ve özel mahkemeler arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Bu anlamıyla görev, Alman Hukukundaki "madde itibarıyla selahiyet (sachliche Zuständigkeit)" kavramını karşılamaktadır.

Alman Hukukunda, geniş anlamıyla "yargı hakkını kullanan mahkemelerin kanuni görev (vazife) sahaları" olarak tanımlanan (60) adli selahiyet, üç kısma ayrılmaktadır. Buna göre; "mahal (yer) itibarıyla selahiyet (ortliche Zuständigkeit)" (61) bizdeki

(56) 4. HD, 18.12.1986, 7904/8433: "Yargı yolu bakımından görevsizliğe karar verildikten sonra mahkemece dosyanın görevli idare mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Oysa İYUK'nun 3 üncü maddesi, İdare Mahkemesinde dava açılması biçimini, 4 üncü maddesi ise dava dilekçesinin verilmiş yerlerini düzenlemiştir. Bu bakımdan gönderme kararı ile dosyanın İdare Mahkemesinde işleme konulması olanağı yoktur. Öyleyse görevsizlik kararı vermekle yetinilmelidir" (Kuru - Usul C. I, s. 1072/49).

(57) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kuru - Usul C. I, s. 472, 1072/48 vd.

(58) Kuru - Usul C. I, s. 493, 1072/51 vd.; Üstündağ - Usul, s. 169.

(59) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Atalı, m. Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü İlişkisi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1993.

(60) Rosenberg/Schwab, s. 161; Biomeyer, A., Zivilprozessrecht, Berlin 1985, s. 42 - 43; ayrıca bkz., Berkin, N. M., Alman Hukukunda Vazife ve Selahiyet (M. R. Seviğ'e Arnağan, İstanbul 1956, s. 277 - 294), s. 277.

(61) Bkz., Rosenberg/Schwab, s. 181 vd.; Biomeyer, s. 50 - 55; Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen 1984, s. 678 vd.; Lent/Jauernig, s. 31 - 34; Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartmann,

"yetki" kavramına, "madde itibarıyla salahiyet (sachliche Zuständigkeit)" (62) bizdeki "görev" kavramına karşılık gelmektedir. "Fonksiyonel salahiyet (funktionelle Zuständigkeit)" ise, davanın özel mahiyeti veya çeşidine göre belirlenmektedir (63). Ancak, bu kavramın karşılığı Türk Hukukunda bulunmamaktadır (64) (65).

II. Sulh Hukuk Mahkemesinin Görevi

Sulh hukuk mahkemelerinin görevleri, kural olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 8 inci maddesinde düzenlenmiştir (66). Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, "maddede belirtilen işlerin yanında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve diğer kanunların sulh mahkemesi veya hakimini görevlendirdiği işlerin de sulh mahkemesi tarafından görüleceği" hükmü getirilmiştir (67).

Sulh hukuk mahkemesi, genel mahkemeler arasında bulunmasına rağmen, ancak açıkça bu mahkemede görüleceği belirtilen işlere bakar. Bu kuralın istisnasını ise, mamelek hukukundan doğan davalardan (iflâs ve vakfa ilişkin olanlar hariç) miktar veya değeri iki milyon lirayı geçmeyen davalara da sulh hukuk mahkemesinin bakması (m. 8, D) oluşturur (68). Bu özelliği nedeniyle sulh hukuk mahkemelerine öğretide "istisnai mahkeme" de denilmektedir (69).

P., Zivilprozessordnung, München 1992, s. 25; Zöllner, R., Zivilprozessordnung, Köln 1991, s. 39; Heintzmann, s. 228; Zimmermann, W., Zivilprozessordnung, Heidelberg 1991, s. 25, 38 vd.; Schlosser, P., Zivilprozessrecht I, München 1991, s. 67 vd.; Bruns, s. 39; Peters, s. 12.

(62) Bkz., Rosenberg/Schwab, s. 168 vd.; Blomeyer, s. 46 - 50; Stein/Jonas, s. 481 vd.; Lent/Jauernig, s. 30 - 31; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 25; Zöllner, s. 39; Heintzmann, s. 224 vd.; Zimmermann, s. 25 vd.; Schlosser, s. 75 - 76; Bruns, s. 39; Peters, s. 12.

(63) Rosenberg/Schwab, s. 164 vd.; Lent/Jauernig, s. 30; Blomeyer, s. 43 vd.; Zöllner, s. 40; Schlosser, s. 76; Bruns, s. 39.

(64) Berkin - Vazife ve Salahiyet, s. 277 vd. Öte yandan, Alman Hukukundaki objektif-sübjektif salahiyet ayırımı için bkz., Rosenberg/Schwab, s. 161; Berkin - Vazife ve Salahiyet, s. 279 - 280.

(65) İsviçre Hukukunda, madde itibarıyla, mahal (yer) itibarıyla, fonksiyonel ve kantonal salahiyet kavramları hakkında bkz., Guldener, s. 65 vd.; Habscheid, s. 86; Kummer, s. 46 - 49. Avusturya Hukuku için bkz., Fasching, s. 26 vd.

(66) Alman Hukukunda ise sulh hukuk mahkemesinin (Amtsgericht) görevleri, Mahkemeler Teşkilâtı Kanununda (GVG § 23 - 27) düzenlenmiştir, bkz., Rosenberg/Schwab, s. 169 vd.; Blomeyer, s. 46 - 47; Stein/Jonas, s. 484.

(67) Ayrıcı bkz., Kuru/Arsilan/Yılmaz - Usul, s. 26, dn. 13 - 14.

(68) Bu sınır, Alman Hukukunda 6.000- DM (Deutsche Mark)'tır (GVG § 23/1).

(69) Bkz., Berkin - Rehber, s. 230; Postacıoğlu - Usul, s. 91. Belgesay, sulh mahkemelerini ihtisas mahkemeleri kategorisi içinde mütalâa etmektedir,

Mamelek hukukundan doğan davalarda, sulh ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki sınıra ilişkin miktar, zaman içinde (enflasyon nedeniyle) nisbi olarak düştüğünden, bu mahkemeler arasındaki iş yükü dengesi, asliye hukuk mahkemesi aleyhine bozulmuştur. Bu sakıncayı gidermek için, sözkonusu miktarın sık sık (kanunla) yükseltilmesi gerekmiştir. Bunun yanında, özellikle 1711 sayılı Kanunla (70) müddeabihin (dava konusunun) değerine bakılmaksızın bazı davalar, asliye hukuk mahkemesinin görevinden çıkarılarak sulh hukuk mahkemesinin görevine dahil edilmiştir (71).

Çalışmamızın amaç ve sınırları doğrultusunda, burada sulh hukuk mahkemelerinin görevlerini tek tek sayma yoluna gitmeyeceğiz (72). Bu başlık altındaki (genel) açıklamalarımızı, sulh hukuk mahkemelerinin ayrı ticaret daireleri (diğer bir ifadeyle, ayrı sulh ticaret mahkemeleri) bulunmadığından, miktar veya değeri ikimilyon lirayı geçmeyen ticari davaların da bu mahkemelerde görüleceğini belirterek bitirmek istiyoruz.

III. Asliye Hukuk Mahkemesinin Görevi

Hukuk yargılamamızda, özel bir hükümle sulh hukuk mahkemesi veya bir özel mahkemenin görevli kılınmadığı bütün dava ve işler asliye hukuk mahkemesinin görevine girer (Teşkilât Kanunu m. 3) (73). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve özel kanunlarla getirilmiş olan özel sınırlamalar dışında, asliye hukuk mahkeme-

bkz., Belgesay, M. B., İhtisas Mahkemeleri ve Mahkemeler Arasındaki Vazife İhtilâfları (İHFB, 1943/1 - 2, s. 249 - 256), s. 251. Kanımızca bunda isabet yoktur. Çünkü, bu mahkemelerin görevine giren işler nazara alındığında, bu kadar çok ve çeşitli iş için ihtisaslaşmadan söz edilemeyeceği açıktır. Ancak, böyle bir nitelendirme, teknik anlamda değil de, asliye hukuk mahkemelerine oranla, (bir ölçüde) yapılabilir.

(70) RG., 8.3.1973, S. 14529.

(71) 1711 sayılı Kanunun görev konusundaki yenilikleri için bkz., Postacıoğlu, İ. E., 1711 sayılı Kanuna Toplu Bir Bakış (Sempozyum, İstanbul 1976, s. 1 - 9), s. 3 vd.; Özdesir, S., Görev Sorunu (Sempozyum, İstanbul 1976, s. 17 - 40), s. 23 vd. Sulh hukuk mahkemesinin görevine ilişkin HMK. m. 8 hükmü şu kanunlarla da değiştirilmiştir: 2606 s. K. (RG., 23.12.1934, S. 2886), 5464 s. K. (RG., 27.12.1949, S. 7390), 2494 s. K. (RG., 18.7.1981, S. 17404), 3156 s. K. (RG., 5.3.1985, S. 18685).

(72) Sulh hukuk mahkemelerinin görevleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Yalçın, L., Sulh Mahkemelerinin Vazifeleri, (Hukuk-Ceza), Ankara 1980, s. 11 vd.; Olcay, A., Sulh Hukuk Mahkemelerinin Görevleri Konusunda Bir İnceleme (KBD., 1975/9, s. 8 - 15), s. 8 vd.

(73) Alman Hukukunda asliye hukuk mahkemelerinin (Landgericht) görevleri (GVG § 71) hakkında bkz., Rosenberg/Schwab, s. 171 - 172; Blomeyer, s. 47 vd.; Stein/Jonas, s. 497 vd.

lerinin görevine ilişkin tek genel sınırlama, miktar veya değeri iki-milyon lirayı geçmeyen mamelek hukuku davalarının sulh hukuk mahkemelerinin görevine girmesidir (m. 8, D).

Bazı büyük merkezlerde kurulan ticaret mahkemeleri ise, o yer asliye hukuk mahkemesinin görevine giren ticari davalara bakarlar (TTK. m. 5, II). Burada kısaca belirtelim ki; ticaret mahkemelerinin bulunduğu yerlerde, bu mahkemelerle asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki "işbölümü ilişkisi", sulh hukuk mahkemeleriyle ise "görev ilişkisi"dir.

C. GÖREV KURALLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Görev kuralları kamu düzenine ilişkindir (74). Bunun sonucu olarak, mahkemenin görevsizliğine yönelik bir iddia, bir itiraz olarak, davanın her aşamasında (75) ileri sürülebileceği (76) gibi (m. 7, II) mahkeme tarafından da re'sen nazara almır (m. 7, D).

Görev itirazı, kural olarak, davalı tarafından yapılırsa da, esas hakkındaki davası reddedilen davacının da, hükmü, görev yönünden temyiz edebileceği kabul edilmektedir (77).

Kanımızca, bu hakkı davacı açısından, esas hakkındaki davasının reddolunması koşuluna bağlamak suretiyle sınırlandırmak, görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve re'sen dahi nazara alınması özellikleriyle bağdaşmamaktadır.

Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olmasının bir sonucu da, görev konusunda tarafların sözleşme (görev sözleşmesi) yapamamalarıdır (78). Zira, kamu yararını gerçekleştirmek amacı ile konulmuş olan usul hükümlerini değiştirmeye veya uygulanmamasını sağlamaya yönelik usul sözleşmeleri caiz değil, bilâkis batıldır (79).

Ne var ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 2 nci mad-

(74) Ansay - Usul, s. 80; Belgesay, M. R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939, s. 8; Berkin - Vazife Hükümleri, s. 199; Kuru - Usul C. I, s. 216; Bilge/Önen, s. 173.

(75) HUMK., m. 7, II'de "davanın her safhasında" ifadesinin bulunmasına karşılık, Neuchâtel Usul Kanununda "davanın sonuna kadar" ifadesi yer almaktadır. bkz., CPCN. 7.

(76) Nitekim, görevsizlik itirazının dava sonunda (veya temyiz aşamasında) ileri sürülmesi Neuchâtel uygulamasında da hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir, bkz., Umar, s. 212, no.: 213 ve s. 237, no.: 278.

(77) Kuru - Usul C. I, s. 218; Postacıoğlu - Usul, s. 134; Bilge/Önen, s. 174.

(78) Ansay - Usul, s. 80; Kuru - Usul C. I, s. 216.

(79) Arslan, R., Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kurah, Ankara 1989, s. 66.

desinin ikinci fıkrasının ikinci bendi hükmünün karşıt anlamından, tarafların müddeabihin değerinde anlaşmaları halinde, hakim bu hususta inceleme yapma yetkisinin bulunmadığı anlamı çıkmaktadır. Böyle bir durum ise, (dolaylı olarak) görev sözleşmesine izin vermek olur (80). Bunun bir çelişki olduğunu kabul etmekle birlikte, anılan hükmün açıklığı karşısında (bu çelişki bir kanun değişikliğiyle giderilinceye kadar), konusu paradan başka bir şey olan mamelek hukuku davalarında, tarafların müddeabihin değerinde anlaşmış olmalarının mahkemeyi (hakimi) bağlayacağı kanısındayız.

Görev sözleşmesinin geçerli olmamasının yanında, tarafların görev kurallarını kanuna karşı hile yoluyla çiğnemeleri de mümkün değildir (81). Örneğin, iki milyon liradan daha yüksek bir talebin, parçalara bölünerek, borçlu aleyhine birden çok davanın sulh hukuk mahkemesinde açılması (82) iyiniyet (dürüstlük) kuralıyla bağdaşmaz (83). Bu şekilde açılan birden çok davanın reddedilmesi gerekir (84).

Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin bulunmasının bir diğer sonucu da, görev konusunda taraflar için "kazanılmış (müktesep) hak" (85) doğmamasıdır. Dolayısıyla, yeni bir kanunla kabul edilen görev kuralları, geçmişe de etkili olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, dava devam ederken çıkan yeni bir kanunla görevsiz hale gelmişse, görevsizlik kararı vermesi gerekir (86).

Eski tarihli bir içtihadı Birleştirme Kararı (87), görev konusunda "usuli kazanılmış hak" (88) kavramının da yeri olmadığını hük-

(80) Bu konuda etraflı eleştiriler için bkz. *Kuru - Usul C. I*, s. 216 vd.; *Üstündağ - Usul*, s. 144 vd.

(81) *Arslan - Dürüstlük Kuralı*, s. 67.

(82) Burada sözkonusu olan kısmi dava değildir. Çünkü, kısmi davada alacağın bir kısmı talep edilmekte, diğer kısmın saklı tutulduğu açıkça belirtilmektedir. Kaldı ki, kısmi dava da, ancak hukuki yarar bulunması koşuluyla açılabilmektedir, bkz. *Kuru - Usul C. I*, s. 966 vd.

(83) *Üstündağ - Usul*, s. 133.

(84) *Üstündağ - Usul*, s. 133.

(85) *Kazanılmış hak*; "önceden yürürlükte olan hükümlere göre bir kişi lehine sabit olan, hakim yeni bir kanun hükmünü uygulayarak ihlâl edemeyeceği hak" demektir, *Türk Hukuk Lügati*, Ankara 1991, s. 255.

(86) *Kuru - Usul C. I*, s. 217.

(87) *İBK.*, 4.2.1959, 13/5 (RG., 28.4.1959, S. 10193).

(88) *Usuli müktesep hak*; "ilk derece mahkemesi hükmünün Yargıtay'ca bozulmasından sonra, bozmaya uyan mahkemenin bundan vazgeçip daha sonra ısrar kararı vermemesi ve ilk derece mahkemesinin bozmaya uyması sonucunda verdiği kararın Yargıtay'ın ilk bozma kararı ile benimsemiş

me bağlamıştır. Anılan kararda; "usuli kazanılmış hak kavramının görev konusunda, kural olarak yeri olmayacağı ve duruşmanın bittiği bildirilinceye kadar görevsizlik kararı verilebileceği" belirtilmiştir.

Bu durum, öğretide (89); "görev kurallarının kamu düzenine ilişkin bulunmasına böyle aşırı sonuçlar bağlanmasının, davaların sürüncemede kalmasını önleme amacıyla çeliştiği" gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Mahkemenin görevli olması, aynı zamanda bir dava şartıdır (90). Dava şartlarının, "davanın esası hakkında yargılama yapılabilmesi için varlığı veya yokluğu gereken şartlar olması" (91) nedeniyle, görevsizlik itirazıyla karşılaşan veya bunu re'sen nazara alan mahkemenin ilk önce bu hususu inceleyerek bir karar vermesi gerekir.

Davanın taraflarında dava arkadaşlığının sözkonusu olması durumunda bir ayırım yapılması gerekir. Buna göre; mecburi dava arkadaşlığında tek bir dava olduğundan, görevli mahkeme bu davanın müddeabihine göre (92); ihtiyari dava arkadaşlığında ise dava arkadaşı sayısı kadar dava olduğundan, görevli mahkeme her bir davanın müddeabihine göre belirlenir (93).

Görev kuralarına aykırılık mutlak temyiz nedenidir (m. 428, 1/2). Bu yön taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile, Yargıtay'ca re'sen

bulduğu hususlara aykırı bir biçimde ikinci kez bozması"dir, Yılmaz, E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992, s. 942. Görüldüğü üzere, "kazanılmış hak" ve "usuli kazanılmış hak" kavramları birbirinden farklıdır. Ancak, görev konusunda hiçbirinin yeri bulunmamaktadır.

(89) Acemoğlu, K., 4.2.1959 Gün, 13/5 Sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı Üzerine Düşünceler (İHFM., 1962/1 - 4, s. 476 - 480), s. 480; ayrıca bkz., Postacıoğlu - Usul, s. 134, 760 vd.; Bilge/Önen, s. 174; Berkin - Rehber, s. 301; Kuru - Usul, C. I, s. 217. Belgesay, görev konusunun fazla büyütülmemesi, kanun değişikliklerinin görülmekte olan davaları etkilememesi için, bu hususta kazanılmış hak kavramına yer verilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. Belgesay, M. E., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Yapılması Gereken Tadilat (İHFM., 1947/1, s. 157 - 174), s. 158; Belgesay, M. E., Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, İstanbul 1944, s. 28. Kanun değişikliklerinde bu hususun intikal hükümleriyte düzenlendiği yönünde bkz., Kuru - Usul C. I, s. 217.

(90) Kuru - Dava Şartları, s. 116.

(91) Kuru - Dava Şartları, s. 111.

(92) Ulukapı, Ö., Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 142 - 143.

(93) Ulukapı, s. 201; ayrıca bkz., Berkin - Vazife Hükümleri, s. 194.

gözetilir (94). Buna karşılık, görev itirazını temyiz üzerine halleden Yargıtay kararları aleyhine, karar düzeltme yoluna gidilemez (m. 440, III/3).

Taraflarca ileri sürülmediği ve re'sen de nazara alınmadığı için, görevsiz mahkemece verilen ve şeklen kesinleşen bir hüküm, madde anlamında da kesin hüküm teşkil eder (95).

D. GÖREVSİZLİK KARARI VE BU KARARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Görevsizlik Kararının İçeriği

Taraflarca yapılan görevsizlik itirazı üzerine veya yapacağı inceleme sonucu re'sen görevsiz olduğu kanısına varan mahkeme görevsizlik kararı (96) verir (m. 7, D).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 27 nci maddesi gereğince, görevsizlik kararında görevli mahkemenin de belirtilmesi gerekmektedir (97). Nitekim Yargıtay da, buna riayet edilmemiş olmasını, görevsizlik kararı için bir bozma nedeni olarak görmektedir (98).

Görevsizlik kararında, davacının, yargılama giderlerine (ve bu arada vekâlet ücretine de) mahkum edilmesi gerekmektedir. Eski tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında (99) belirtilen bu husus öğretide eleştirilmiştir.

(94) Bunun istisnasını, m. 7, III hükmü oluşturur. Buna göre; asliye hukuk mahkemesince verilen bir hükme karşı (ilk derece mahkemesinde görevsizlik itirazında bulunulmamış olmak koşuluyla), davanın sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği gerekçesiyle temyiz yoluna başvurulamayacağı gibi, Yargıtay da bu hususu re'sen gözeterek hükmü görev yönünde bozamaz.

(95) Kuru - Usul C. I, s. 217 - 218; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 123.

(96) Terim sorunu için bkz. Kuru - Usul C. I, s. 221 - 222.

(97) Gündüz, A., Görevsizlik ve Gönderme Kararları (HUMK., 193 ncü madde) üzerine Bir İnceleme (ABD., 1973/2, s. 234 - 239), s. 234.

(98) 3. HD., 26.2.1976, 1471/2053: "HUMK.'nun 27. maddesine göre, kararda görevli mahkemenin de belirtilmesi, dilekçe ve dava dosyasının da görevli mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi zorunludur" (Kuru - Usul C. I, s. 222). Görevli mahkemeyi göstermeyen bir görevsizlik kararının düzeltilerek onanmasının usul ekonomisine daha uygun olacağı, Kuru tarafından savunulmaktadır. bkz. Kuru - Usul C. I, s. 222 ve orada dn. 431.

(99) İBK., 26.4.1945, 21 - 7/9; "Bunların ilerde 193. maddeden yararlanmak suretiyle yetkili mahkemeye başvurmak isteyip istemeyeceği önceden kestirilemeyen davacının gideceği mahkemenin takdir ve hükmüne bırakılması bazı hallerde ve meselâ davacının on gün içinde yetkili mahkemeye başvurmayıp sonradan yeni bir dava açması yahut davadan bütüştün vazgeçmesi yahut da karar, idari yargıya bağlı bir davaya mahkemece

Öğretide hakim olan görüşe (100) göre; yargılama giderlerine, davacının on gün içinde başvuracağı görevli mahkemece (esas hakkındaki hükümle birlikte) karar verilmelidir. Çünkü, yargılama giderlerine ancak davanın esası hakkındaki kararda hükmedilebilir (101). Eğer davacı on gün içinde görevli mahkemeye başvurmayarak davanın açılmamış sayılmasına yolaçarsa, bu durumda dava, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 425 inci maddesi hükmüne dayanarak, görevsizlik kararı vermiş olan mahkemeye başvurarak yargılama giderlerini hüküm altına alabilir.

II. Görevsizlik Kararının Hukukî Niteliği

Görevsizlik kararı, mahkemenin davadan el çekmesini gerektiren nihai bir karardır (102) (103).

Nihai kararlar kural olarak temyiz edilebilir (m. 427, I, c. 1). Bu nedenle, görevsizlik kararlarına karşı da temyiz yolu açıktır. Fakat, esas hakkında verilecek kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğu davalara ilişkin görevsizlik kararları ile miktar veya değeri dörtyüzbin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin görevsizlik kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz (104). Diğer bir ifadeyle, bu davalarda verilen görevsizlik karar-

bakılmaması yolunda verilip işin Danıştay veya diğer bir idari yargı makamının görevlerinden bulunması hallerinde görevsiz mahkemede yargılanmaya çağrılmış ve bu yüzden bazı masraflar yapmak ve avukat tutmak zorunda bırakılmış olan tarafın haklarına ve kanun hükümlerine uygun görülmez. Her mahkeme kendi yargılama masraflarıyla tarafların avukat ücreti hakkında ona bildirdikleri istemleri kendisi takdir edip son kararıyla birlikte karara bağlar, yoksa bunları başka bir mahkemenin takdir ve hükmüne bırakmaz. Bundan dolayı yargılama masraflarıyla avukatlık ücretine dair olan istemlerin görevsizlik kararı veren mahkemece hüküm altına alınması gerekli olduğuna karar verildi" (RG., 28.7.1946, S. 6069).

- (100) Kuru - Usul C. I, s. 224; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 125, 623; Postacıoğlu - Usul, s. 138; Bilge/Önen, s. 176; Üstündağ - Usul, s. 171 - 172. Berkin de, bu çözüm tarzının, işlerin sür'atle görülmesini engelleyeceği ve iyiniyet sahibi davalının menfaatine uygun düşmeyeceği görüşündedir, bkz., Berkin - Rehber, s. 305.
- (101) Usule ilişkin bir nedenle davanın reddi halinde dahi yargılama giderlerine hükmedilebileceği yönünde bkz., Üstündağ - Usul, s. 171, dn. 56a; karşı Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 651.
- (102) Kuru - Usul C. I, s. 224; Üstündağ - Usul, s. 164; Önen - Usul, s. 33, dn. 33a; Gündüz, s. 234; ayrıca bakz. yuk. dn. 99 da belirtilen İçtihatı Birleştirme Kararı.
- (103) Buna karşılık, mahkemenin görev itirazını red kararı (görevlilik kararı) nihai olmayıp, bir ara kararı niteliğindedir, Bilge/Önen, s. 175.
- (104) Özel kanun hükümleri gereğince temyiz edilemeyen kararlar hakkında bkz., Kuru, E., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 1991, s. 3300 vd.

ları, verildiği anda kesinleşir (m. 427, II). Her halde, görevsizlik kararlarının temyizi üzerine Yargıtay'ca verilecek kararlara karşı, karar düzeltme yoluna gidilemez (m. 440, III/2).

Buna karşılık, bir ara kararı niteliğinde olan görevlilik (görev itirazını red) kararı aleyhine temyiz yoluna başvurulamaz. Bu karar, ancak esas hakkındaki hükümle birlikte temyiz edilebilir (105).

E. GÖREVSİZLİK KARARI ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLER

I. Görevsizlik Kararı Veren Mahkemece Yapılacak İşlemler

Taraflarca yapılan itiraz üzerine veya re'sen yapacağı inceleme sonucu, görevsiz olduğu kanısına varan mahkemenin, davayı görev yönünden red ile dosyayı görevli mahkemeye göndereceği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 27 nci maddesinde belirtilmiştir. Buna karşılık, öğreti (106) ve uygulamada (107) hakim olan görüş; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 27 ve 193 üncü maddelerinin birlikte uygulanması gerektiği yönündedir.

Buna göre, görevsizlik kararı veren mahkemenin, bu kararında görevli mahkemeyi göstererek dava dosyasının o mahkemeye gönderilmesine karar vermekle yetinmesi, dosyayı kendiliğinden göndermemesi gerekir. Zira, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, görevsizlik (veya yetkisizlik) kararı üzerine davacının karşı tarafa görevli (veya yetkili) mahkemede tebligat yaptırması gereğinden; aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise, aksi takdirde davanın açılmamış sayılacağından söz edilmektedir. Demek ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesiyle, davaya görevli mahkemede devam edilebilmesi, davacının yapacağı bazı işlemlere bağlanmıştır.

Bununla birlikte, Yargıtay'ca da benimsenin görüşe (108) göre; açtığı dava görevsizlik nedeniyle reddedilen davacı, görevsizlik ka-

(105) Aydın, olması gereken hukuk açısından, görevlilik kararlarının da temyiz edilebilmesinin, "Heride hükmün görev yönünden bozulması durumunda ortaya çıkacak sakıncaları (zaman ve emek kaybını) önleyeceği gerekçesiyle", isabetli olacağını savunmaktadır, Aydın, H., 193 üncü Madde ve Tefsiri (İBD., 1937/8, s. 427 - 435), s. 5714.

(106) Kuru, B., Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları Üzerine Yapılacak Muameleler (AÜEHFD., 1967/T-4, s. 155 - 181), s. 162; Postacıoğlu - Usul, s. 134 - 135; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 125; Üstündağ - Usul, s. 164.

(107) Bkz., 7. HD., 5.2.1976, 1143/1867 (İKİD., 1976/186, s. 4630); 7. HD., 18.11.1976, 6131/6117 (YKD., 1976/6, s. 381 - 382); 3. HD., 26.2.1973, 1471/2055 (Kuru - Usul C. I, s. 222).

(108) Bkz., HGK., 8.12.1954, 118/119; TD., 11.2.1960, 3660/456 (Kuru - Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları, s. 163, dn. 27 - 28).

rarı veren mahkemeye başvurarak, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini talep eder ve davalıya tebligat yapılması için gerekli masrafları da yatırır, davasının açılmamış sayılmasına imkân yoktur. O halde, böyle bir başvuruyla karşılaşan (görevsizlik kararı vermiş) mahkemenin, dosyayı görevli mahkemeye göndermesi gerekir.

II. Taraflarca Yapılacak İşlemler

Bu başlık altında inceleyeceğimiz konu, görevsizlik kararından sonra davaya (görevli mahkemede) devam edilebilmesi için tarafların yapmaları gereken işlemlerdir. Görevsizlik kararının temyiz edilebileceğini yukarıda belirtmiştik. Bunun dışında, görevsizlik kararından sonra davasına devam etmek istemeyen davacının bu kararı temyiz etmemesi, yahut görevli mahkemeye başvurmadan kaçınması da, hiç şüphesiz mümkündür. Görevsizlik kararı karşısında davalının durumunu da kısaca ele almakta yarar vardır.

1. Davalı Tarafça Yapılacak İşlemler

Öğretide savunulan bir görüşe (109) göre; görevsizlik kararı üzerine, davalıya da görevli mahkemeye başvurma hakkı tanınmalıdır. Çünkü, görevsizlik kararı üzerine, eğer davacı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki on günlük süre içinde görevli mahkemeye başvurarak davalıya tebligat yaptırmazsa, görevsiz mahkemede açmış olduğu dava açılmamış sayılacaktır (m. 193, IV). Bu da, sonuç itibarıyla, davacının davasını takipten vazgeçmesidir. Oysa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 185 inci maddesinin birinci bendine göre, davacı, davalının rızası olmaksızın, davasını takipten vazgeçemeyeceğinden, davalının bu (rızasını bildirme) hakkını kullanabilmesi için, ona da, görevli mahkemeye başvurma hakkının tanınması gerekir. Ayrıca, davacının davasından feragat etmiş olmasına rağmen kamu düzeni nedeniyle davaya devam edilmesi gereken davalarda (100) da, görevsizlik kararı üzerine, davalının görevli mahkemeye başvurarak, davaya devam edilmesini isteme hakkını öncelikle kabul etmek gerekir.

(109) **Aydiner, H.**, 193 üncü Madde ve Tefsiri (İBD., 1937/7, s. 379-389), s. 5668; **Kuru, B.**, Görevsizlik veya Yetkisizlik Kararı Üzerine Davalının da Görevli veya Yetkili Mahkemeye Başvurma Hakkı Var mıdır? (HUMK., m. 193 fıkrası 2) (ABD., 1987/6, s. 897-900), s. 897 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul**, s. 125.

(110) Örneğin, hakimler aleyhine açılan tazminat davaları (m. 573, 576), (Kuru - Davalının Başvurma Hakkı, s. 899).

Buna karşılık, (uygulamada da benimsenmiş olan) öğretideki diğer görüşe (111) göre ise, davanın açılmamış sayılması ile davacının davayı takipten vazgeçmesi farklı kavramlar olduğu ve farklı sonuçlar doğurduğundan, görevli mahkemeye başvurma hakkı sadece davacıya tanınmalıdır (112).

Kanımızca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, bu hakkın "davacı"ya verildiği açıkça belirtilmiş olduğundan, davalının görevli mahkemeye başvurma hakkı yoktur. Fakat, birinci görüşün gerekçesinin yabana atılması mümkün değildir. Ayrıca, davanın açılmamış sayılmasıyla, davacının dava açma hakkı ortadan kalkmadığından, davacının yeni bir dava ile aynı taleplerini (dava, zamanaşımına uğramadığı sürece) davalıya karşı ileri sürebilmesi daima mümkündür. Bu durum ise, davalıyı belirsiz bir süre için potansiyel bir dava tehdidi altına sokar (113). Zaten, davacı, açtığı (görevsizlik kararı verilen) dava ile bu yöndeki temayülünü izhar etmiştir. Böyle bir tehdidin ise, davalıyı, dava konusu olan hakla ilgili tasarruflarında tedirgin etmesi kaçınılmazdır. Bu sakıncaların giderilmesi için, yapılacak kanun değişikliği ile, bu hakkın davalıya da tanınması uygun olur.

Bu hakkın davalıya da tanınması durumunda, görevsizlik kararı üzerine onun yapması gereken işlemler, davacı tarafça yapılması gereken işlemlerin aynısı olacaktır.

2. Davacı Tarafça Yapılacak İşlemler

Görevsiz mahkemede açmış olduğu dava (görevsizlik nedeniyle) reddedilen ve bu davaya (görevli mahkemede) devam edilmesini isteyen davacının ne yapması gerektiği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, davacının, görevli mahkemeye başvurarak davalıya tebligat yaptırması gerekmektedir. Buradaki başvurunun, temyiz süresinin sona erdiği veya Yargıtay'ın onama kararının tebliğ

(111) Postacıoğlu - Usul, s. 136, dn. 33; Berkin - Rehber, s. 304, dn. (**); Üstündağ - Usul, s. 166. Bu yönde olarak bkz., 1. HD., 2.5.1983, 4472/4880 (YKD., 1984/2, s. 199 - 200); 13. HD., 20.12.1983, 8076/9053 (Yasa, 1984/2, s. 289).

(112) Bununla birlikte, davacının feragatinin davaya son vermeye yetmediği hallerde, bu hakkın davalıya da tanınması gerektiği görüşünün (bir dereceye kadar) doğru olduğu (ikinci görüş yanlısı) Üstündağ tarafından da kabul edilmektedir, bkz., Üstündağ - Usul, s. 167.

(113) Davalının bu tehditten kurtulmak için, bir olumsuz tesbit davası açabileceği düşünülürse de, hukuki yarar koşulu (çoğu zaman) gerçekleşmeyeceğinden, bu mümkün olmayacaktır.

edildiği tarihten itibaren on gün içinde yapılması gerektiği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülmüştür. Ne var ki, uygulamada (farklı yorumlamalar sonucu) bazı sorunlar doğuran her iki fıkra hükmünü bir arada değerlendirmek gerekmektedir.

a) Başvurulacak Mahkeme

Görevsizlik kararı üzerine davasına devam etmek isteyen davacının başvuracağı mahkemenin "görevli mahkeme" olduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Bundan maksatın, görevsizlik kararında görevli olarak gösterilen mahkeme olduğu kabul edilmektedir (114).

Bununla birlikte, davacının, görevsizlik kararı veren mahkeme-ye başvurarak, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini istemesinin de yeterli olduğu, öğretisi (115) ve uygulama (116) tarafından, "kolaylık sağladığı ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne uygun düştüğü" gerekçesiyle, kabul edilmektedir (117).

Kanımızca, davacı bu başvurusunu, görevsizlik kararı veren veya bu kararda görevli olarak gösterilen mahkeme dışındaki bir mahkemeye de yapabilmelidir (118).

b) Başvuru Süresi

Görevli (veya görevsizlik kararı veren) mahkemeye başvuru süresinin, görevsizlik kararına karşı temyiz süresinin sona erdiği veya Yargıtay'ın onama kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren

(114) Kuru - Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları, s. 162.

(115) Kuru - Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları, s. 163; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 125; Üstündağ - Usul, s. 165.

(116) Bkz., HGK., 13.1972, 2 - 757/139 (İBD., 1972/7 - 8, s. 726 - 727); HGK., 26.11.1969, 4-1390/841 (REKD., 1970/3, s. 54 - 56).

(117) Davacının, bu başvurusunda, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini istemesi ve davalıya tebliğat yapılması için gereken masrafları mahkeme veznesine yatırması gerekir. Aksi halde, bu başvuru geçersiz olur.

(118) Örneğin, görevsizlik kararı, kendisi adına tebliğatı kabule yetkili bir kişiye (örneğin, ailesi efradı veya hizmetçisine) tebliğ edilmiş (Tebliğat Kanunu m. 16, ayrıntılı bilgi için bkz., Yılmaz, E./Çağlar, T., Tebliğat Hukuku, Ankara 1991, s. 211 vd.), fakat davacının bundan haberdar olması gecikmiştir. Bu arada on günlük süre de bitmek üzeredir. Görevli (veya görevsizlik kararı veren) mahkemeye uzak bir yerde bulunan davacının, bulunduğu yer mahkemesine başvurarak, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini istemesinin geçerli sayılması uygun olacaktır. Yetkisizlik kararı açısından bu yönde bir görüş için bkz., Aydınar - II, s. 5669 - 5670.

"on gün" olduğu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Bu süre hak düşürücü bir süredir ve hakim tarafından re'sen nazara alınması gerekir (119).

Görevsizlik kararına karşı temyiz yolunun kapalı olduğu durumlarda ise, bu sürenin, görevsizlik kararının (duruma göre) tefhim veya tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir (120).

c) Başvuru Süresinin Yaptırımı

Bir hak düşürücü süre olduğunu belirttiğimiz on günlük süre içinde başvurunun yapılmaması durumunda, görevsiz mahkemede açılan dava, başka bir işleme gerek kalmaksızın açılmamış sayılır (m. 193, IV). Bununla, dava açılmasının maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin sonuçları da kendiliğinden ortadan kalkar (121).

Bununla birlikte, görevsiz mahkemede açılan davada, dava dilekçesinin davalıya tebliği ile davalının mütemerrit duruma düşürülmesi sözkonusu olmuşsa, davanın açılmamış sayılması, bu (temerrüt) durumu ortadan kaldırmaz (122). Keza, davanın görevsiz mahkemede açıldığı tarih ile açılmamış sayılma durumunun gerçekleştiği tarih arasında dava zamanasını süresi dolmuşsa, davacı, Borçlar Kanununun 137nci maddesindeki altmış günlük süreden yararlanır (123). Ayrıca, on günlük sürenin son gününün adli tatil ile rastlaması (ve davanın adli tatilde görülemeyecek davalardan olması) durumunda, süre, adli tatilin bitiminden itibaren yedi gün daha uzar (m. 177).

Süresi içinde başvurulması durumunda, davaya görevli mahkemede devam edilir. Bu dava, yeni bir dava olmayıp, görevsiz mah-

(119) Kuru - Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları, s. 168; Berkin - Rehber, s. 303; Postacıoğlu - Usul, s. 136, dn. 33; Üstündağ - Usul, s. 169; aynı yönde, 13. E.D., 15.2.1988, 6655/740: "Davacı ... usulün 193 üncü maddesine göre 10 gün içinde yeniden dilekçe vermek veya yeniden davetiye tebliğ ettirmek zorundadır. Bu süre ... hak düşürücü bir süre olup mahkemece kendiliğinden (re'sen) gözetilmek gerekir" (Yasa, 1988/8, s. 1188 - 1189).

(120) Kuru - Usul C. I, s. 226 ve orada dn. 450.

(121) Davanın açılmamış sayılmasıyla, davacı davasını takipten vazgeçmiş (m. 185/1) ve terk etmiş (m. 425) sayılır; fakat, davasından feragat etmiş (m. 91 vd.) sayılmaz. Bunun en önemli sonucu ise, davacının, zamanasını süresi içinde, (harç ödeyerek) davasını tekrar açabilmesidir, bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 127.

(122) Kuru - Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları, s. 176, dn. 51a.

(123) Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru - Usul C. I, s. 245 vd.; Üstündağ - Usul, s. 170.

kemede açılmış olan davanın devamıdır (124). Buna karşılık, on günlük başvuru süresi geçtikten sonra davacının yeniden harç ödeyerek (görevli mahkemede) açacağı dava, yeni bir dava olduğundan, davacının yeni bir dava dilekçesi vermesi gerekir (125).

Başvurunun, görevsizlik kararının verilmesi ile on günlük sürenin başlaması arasındaki bir tarihte yapılması durumunda, görevsizlik kararı henüz kesinleşmemiş olduğundan, davalı tarafça, görevli mahkemede derdestlik itirazında bulunulması mümkündür (126). Fakat, Yargıtay aksi görüşte olup, görevsizlik kararı kesinleşmeden dahi görevli mahkemeye başvurulabilmesini kabul etmektedir (127).

d) Başvurunun Şekli ve İçeriği

Başvurunun bir dilekçe ile yapılması gerekir (m. 193, III). Bu dilekçe, bir dava dilekçesi olmayıp, bununla, davanın görevli mahkemede görülmesi için gerekli işlemlerin yapılması istenir (128). Dilekçe, görevsizlik kararı veren mahkemeye verilecekse dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi ve orada davalıya tebligat yapılması istenir. Görevli mahkemeye verilen dilekçede ise, dosyanın görevsizlik kararı veren mahkemeden getirilmesi ve davalıya tebligat yapılması istenir (129).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, davacının görevli mahkemede davalıya tebligat yaptırması zorunluluğundan, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, "yeniden dilekçe verilmesi veya yeniden çağrı kağıdı tebliğ ettirilmesi" gereğinden söz edilmektedir. Burada, her iki fıkra hükmü arasında bir çelişki olduğu gözükmemektedir.

Yargıtay, on gün içinde mahkemeye başvurulmuş olmasını ye-

(124) Ayrıntılı bilgi için bkz., *Kuru - Usul C. I, s. 236 vd.*

(125) *Kuru - Usul C. I, s. 244.*

(126) *Berkin - Rehber, s. 302 - 303.*

(127) 6. HD., 30.12.1983, 12960/13801: "Davacı, görevsizlik kararı kesinleşmeden, yani, HUMK.'nun 193, III. maddesindeki on günlük başvurma süresi henüz işlemeye başlamadan önce de görevli mahkemeye başvurabilir. Bunu engelleyen yasal bir hüküm yoktur. Bu başvuru üzerine davalı, davanın görevsizlik kararı veren mahkemede derdest olduğunu ilk itiraz olarak ileri süremez. Çünkü burada görevli mahkemeye başvurmak, yeni bir dava açmak değil, görevsiz mahkemede açılmış olan davaya görevli mahkemede devam edilmesini isteme niteliğindedir" (YKD., 1984/5, s. 737 - 738).

(128) Bu dilekçenin bir dava dilekçesi olmaması gerektiği yönündeki görüş ve eleştiriler hakkında geniş bilgi için bkz., *Aydiner - I, s. 379 - 389.*

(129) *Kuru - Usul, C. I, s. 235, dn. 486.*

terli görmekte (130), tebligatın da bu süre içinde yapılmış, hatta, tebligat giderlerinin bu süre içinde yatırılmış olmasını dahi aramaktadır.

Kanımızca, her iki fıkra hükmünü bir arada değerlendirmek gerekir. Buna göre, davacının, davanın görevli mahkemede görülmesi için gerekenin yapılması istemiyle vereceği dilekçe, yalnız başına yeterli sayılmalıdır. Çünkü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki "dilekçe verilmesi" ifadesi, sonraki ifadeden "veya" bağlacıyla ayrılmıştır. Bunun anlamı; ikisinden birinin yapılmasının, davanın açılmamış sayılmasına engel olmaya, diğer bir ifadeyle, davaya görevli mahkemede devam edilmesine kâfi gelmesidir. Bu cümleden olarak, davacının, karşı tarafın görevli mahkemeye davetini temin için ona çağrı kağıdı (davetiye) tebliğ ettirmeyi havi bir başvurusu da yeterli olmak gerekir. Her iki halde de, (dilekçenin veya çağrı kağıdının) karşı tarafa tebliğ edilmesi gereklidir (m. 193, II). Fakat, tebligatın, söz konusu on gün içinde, karşı tarafa ulaşmasını da aramak doğru olmaz. Çünkü bu, ne davacının ne de mahkemenin iktidarındadır. Buna karşılık, tebligat giderlerinin on gün içinde yatırılmış olmasını aramak, maddenin ruhuna daha uygun düşer.

e) Başvurunun Sonuçları

Başvurunun yukarıda açıkladığımız prosedüre uygun olarak yapılması durumunda, davaya görevli mahkemede devam olunur. Diğer bir ifadeyle, burada yeni bir dava değil, bilâkis, (bütün sonuçlarıyla) görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamı sözkonusudur (131).

Buna karşılık, başvurunun gerekli prosesüre uygun olmaması veya hiç yapılmaması durumunda (görevsiz mahkemede açılmış olan) dava açılmamış sayılır (m. 193, IV). Bu sonucun doğması için bir mahkeme hükmüne gerek yoksa da, açılmamış sayılan davanın, görevsizlik kararı verilen davanın devamı olarak görülmesi istemiyelerle görevli mahkemenin önüne getirilmesi durumunda, bu mahkemenin, davanın açılmamış sayılmasına re'sen karar vermesi gere-

(130) 8. HD., 3.2.1987, 1052/872: "HUKUK'un 193 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında ...denilmiş, 3. fıkrasında ise (her iki halde karara karşı temyiz süresinin sona erdiği veya Yargıtay'ın onama kararının tebliğ edildiği tarihten başlayarak on gün içinde yeniden dilekçe verilmesi veya yeniden çağrı kağıdı tebliğ ettirilmesi gerekir) denilmiştir... Bu yön, davacı tarafın seçimine bırakılmıştır" (Yasa, 1987/6, s. 925 - 926).

(131) Ayrıntılı bilgi için bkz., Kuru - Usul C. I, s. 238 vd.

kir (132). Bu husus gözetilmeden davanın esasına girilerek hüküm verilmesi, başlıbaşına bir temyiz (bozma) nedenidir (133).

III. Görevsizlik Kararında Görevli Olarak Gösterilen Mahkemenin Bu Karar Karşısındaki Durumu

Görevsizlik kararının temyiz edilmeksizin kesinleşmesi üzerine, on günlük süre içinde, anılan kararda görevli olarak gösterilen mahkemeye başvurulması durumunda, bu mahkeme de (gerek re'sen, gerek itiraz üzerine), "görevsizlik kararı veren (veya bir başka) mahkemenin görevli olduğu" gerekçesiyle görevsizlik kararı verebilir. Çünkü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 25 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün karşıt anlamından çıkan sonuç; "temyiz edilmeksizin kesinleşen görevsizlik kararlarının diğer mahkemeleri bağlamayacağı" yönündedir. Bu (ikinci) görevsizlik kararının da temyiz edilmeksizin kesinleşmesi durumunda, ortaya iki tane (kesinleşmiş) görevsizlik kararı, diğer bir ifadeyle, olumsuz görev uyuşmazlığı çıkmaktadır. Bu uyuşmazlığın ise, "merci tayini" yoluyla (134) (Yargıtay'ca) çözümlenmesi gerekir (m. 25, II).

Buna karşılık, (birinci) görevsizlik kararının temyiz yolundan (onanarak) geçmesi durumunda, bu karar, görevli olduğu belirtilen mahkemeyi bağlar. Bu (ikinci) mahkeme, görevsiz olduğu kanısına varsa bile, artık görevsizlik kararı veremez, davayı esastan çözümlenmek zorundadır. Aynı sonuç, birinci görevsizlik kararının temyiz edilmeksizin, buna karşılık ikinci temyiz kararının temyiz yolundan (onanarak) geçmesi durumunda, birinci görevsizlik kararı veren (daha doğrusu, ikinci görevsizlik kararında görevli olduğu belirtilen) mahkeme açısından sözkonusudur (m. 25, III).

IV. Görevsiz Mahkemede Yapılmış Olan İşlemlerin Durumu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, bu konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bundan hareketle, görevsiz mahkemede yapılmış olan bütün işlemlerin, görevli mahkemede geçersiz olması düşünülebilirse de, öğretide (135), bunlardan bazılarının geçerli olması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşün temel dayanağı; "görevsiz mahkemede yapılmış olan işlemlerin de bir mahkeme-huzurunda, çoğunlukla aynı dereceli, hatta tek hakimli yerlerde

(132) Kuru - Usul C. I, s. 243.

(133) Kuru - Usul C. I, s. 243.

(134) Ayrıntılı bilgi için bkz., Kuru - Usul C. I, s. 424 vd. ve s. 1072/37 - 1072/38.

(135) Aydın - I, s. 5673; Kuru - Usul C. I, s. 241; Berkin - Rehber, s. 306; Üstündağ - Usul, s. 176 - 177.

aynı hakimın huzurunda yapılmış olması"dir (136). Diğer bir temel dayanak ise; "görülmekte olan davanın, görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamı niteliğinde olması ve bu bağlamda usul ekonomisi ilkesinin de gözetilmesi gereği"dir (137).

Bunlara ek olarak, her işlemle ilgili olarak kanunda yer alan düzenlemeler, o işlemin geçerli sayılıp sayılmamasındaki değerlendirilmede nazara alınmalıdır.

Görülmekte olan dava, görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamı niteliğinde bulunduğundan, görevsiz mahkemede konulmuş olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, burada da devam eder (138). Keza, taraflar görevsiz mahkemede delillerini hasretmişlerdiyse bununla bağlıdır, görevli mahkemede yeni delil gösteremezler.

Görevsiz mahkemede yapılmış olan taraf usul işlemlerinin (139) görevli mahkemede de geçerli olacağı kabul edilmektedir (140). Dolayısıyla, görevsiz mahkemede yapılan yemin, ikrar, sulh, kabul ve feragat, görevli mahkemede de geçerli sayılır (141). Keza, özel bir neden bulunmadıkça, görevli mahkeme, görevsiz mahkemedeki tanık beyanlarını veya yapılan keşfi de hükmüne esas tutabilir (142). Buradaki özel nedene örnek olarak; "hakimin, delillerle doğrudan temas etmesinin faydalı olacağını düşünmesi" gösterilebilir (143).

Buraya kadarki açıklamalarımız, görevsizlik kararı üzerine, gerekli prosedüre uyularak davanın görevli mahkeme önüne getirilmesi, diğer bir ifadeyle, davaya bu mahkemede, görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamı olarak bakılması durumuna münhasırdır.

Buna karşılık, davanın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 193 üncü maddesinin dördüncü fıkrası gereğince açılmamış sa-

(136) Aydın - I, s. 5673.

(137) Berkin - Rehber, s. 306.

(138) Aydın - II, s. 5711; Kuru - Usul C. I, s. 239; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 126.

(139) Taraflardan birisinin yapmış olduğu ve yargılamanın yürütülmesine yarayan, böylece dava sonucuna etkili olan, hüküm ve sonuçları, yargılama hukuku tarafından belirlenen işlemlere "taraf usul işlemi" denir, bkz., Ansay - Usul, s. 152; Yılmaz, E., Medeni Yargılama Hukukunda İslah, Ankara 1982, s. 99.

(140) Kuru - Usul C. I, s. 241; Üstündağ - Usul, s. 177.

(141) Kuru - Usul C. I, s. 241; Postacıoğlu - Usul, s. 143; Berkin - Rehber, s. 306; Bilge/Önen, s. 177.

(142) Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 127.

(143) Üstündağ - Usul, s. 177.

yılmasından sonra, yeniden harç ödenerek görevli mahkemede açılan (yeni) dava açısından, görevsiz mahkemede yapılan işlemler kural olarak geçersizdir. Fakat, davaya bakan mahkeme, tekarlanmasında bir yarar görmediği işlemleri hükmüne esas alabilir (144).

(144) Kuru/Erslan/Yılmaz - Usul, s. 127.

İŞ HUKUKU UYGULAMASINDA SÖZLEŞMELİ PERSONEL VE ÖZELLEŞTİRMENİN BUNLARA ETKİSİ

Arş. Gör. M. Fatih UŞAN (*)

GİRİŞ

Sözleşmeli personel statüsü, Türk Hukukunda özellikle 1983 yılından itibaren yoğun bir şekilde uygulama alanı bulmuştur. Zira, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin (KIT.) diğer devlet teşkilatı gibi 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre yönetilme şekli, özel teşebbüs ile rekabet ortamında çalışan sözkonusu kuruluşları zor durumda bırakmıştır (1). Bunun sonucunda sözleşmeli personel kurumuyla, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin yönetim kademelerinin çalışan üst düzey yöneticilerinin özel sektöre geçmelerinin önlenmesi ve böylece KİT.'lerin daha verimli ve üretken bir şekilde kullanımı hedeflenmiştir (2).

Sözkonusu amaçla yoğun bir şekilde kullanılan sözleşmeli personel kurumu, yapılan yasal düzenlemelerin de etkisiyle başlangıçtaki hedefinden saptırılmıştır. Siyasi iktidar, Kanun Hükmündeki Kararnamelerle (KHK.) KİT.'lerde çalışan personellerin hukuki statülerine müdahale etmiştir. Böylece, daha önce Hukukumuzda bulunmayan şekliyle bir sözleşmeli personel rejimi ihdas edilmiştir. Sözkonusu düzenlemelerin Anayasaya aykırılıkları nedeniyle Anayasa Mahkemesince iptal edilmelerinden sonra da, uygulamada bir

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD.

(1) UL, Necdet, Sözleşmeli Personelin İş Sonu Tazminatı Yürürlükten Kalktı mı? İş ve Hukuk, Y. 25, S. 202, Mayıs 1990, s. 4.

(2) Serim'e göre, "Aşında sözleşmeli personel denilince, özel ihtisas öğrenimine ihtiyaç gösteren belirli görevlerde, yasalarda belirtilen esaslara uygun olarak, geçici ve sürekli işlerde sözleşme ile çalıştırılan kişilerin anlaşılması gerekmektedir. Sözleşmeli statü, belirli bir iş için uzmanlaşmış bir elemanı yüksek ücretle çalıştırarak, işi en iyi biçimde yürütmek ve iş bittikten sonra çalışan kişinin ilişkisini keserek Devlet bütçesine gereksiz yere yük olmasını önlemek için geliştirilmiş bir statüdür. Bugün için sözleşmeli statünün bu amacı ile kullanıldığını söylemek güçtür", SERİM, Bülent, Öğreti, Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel, Ankara 1987, s. 85.

takım sorunlar çıkmıştır. Ortaya çıkan bu karmaşık yapı, yargı kararları ile çözümlenmeye çalışılmıştır. İşte, biz bu çalışmamızda KİT'lerde sözleşmeli personel uygulamasının İş Hukuku bakımından ortaya çıkardığı sorun ve sonuçları inceleyeceğiz. Ayrıca, özelleştirmenin sözkonusu kuruluşlarda çalışan kişilerin hukuki statülerini ne şekilde etkileyeceğine de değineceğiz.

I. TARİHİ GELİŞİM VE GENEL BİLGİLER

1961 Anayasası döneminde (3), Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışanların hukuki statüleri tartışmalara neden olmuş, bu sorunun çözümlenmesi için değişik yasal düzenlemeler getirilmiş, farklı yargı kararları ortaya çıkmış (4), sözkonusu alandaki uygulamalar karmaşık bir hal almıştır. 1961 Anayasası m. 117/1'de, "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür", hükmü yer almaktaydı. Bunun sonucu olarak, devlet ve diğer kamu kuruluşlarında memur olarak çalışmanın mümkün olduğu, buna karşın, KİT'lerde çalışanların ise, ancak hizmet sözleşmesiyle çalışan işçiler olabileceği görüşleri ortaya atılmış, bunun yanı sıra, AY. m. 119'dan hareketle "Memurlar ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin yönetim ve denetim işlerinde çalışanlar" ifadesinden yola çıkarak, bu müesseselerde de atama yoluyla ve hizmet akdi dışında istihdam edilen kimselerin bulunduğu yolunda tartışmalar devam ede gelmiştir (5).

1982 Anayasası m. 128/1'e göre ise, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile görülür". Böylece anayasa koyucu kamu hizmetinin yürütümü ile ilgili olarak hem Kamu İktisadi Teşebbüslerini ve hem de diğer kamu

(3) 1961 Anayasası döneminde sözleşmeli personel hakkında bilgi için bkz. ULER, Yıldırım, Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler, AÜHFED., C. XXII'den Ayrı Bası, Ankara 1967, s. 238 vd.

(4) Bkz. REİSOĞLU, Seza, Anayasa Mahkemesi Kararı ve 399 sayılı KHK Açısından Sözleşmeli Personelin Hukuki Durumu, Tütis, C. 11, S. 12, Şubat 1990, s. 3; REİSOĞLU, Seza, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 28, 29.

(5) Bkz. ULER, s. 230 vd.; REİSOĞLU, Şerh, s. 28; REİSOĞLU, Seza, İşçi - Memur Ayrımında Son Yasal Gelişmeler, Özellikle 233 Sayılı KHK Açısından KİT Personelinin Hukuki Durumu, Tütis, C. 9, S. 2 - 3, Mayıs 1985, s. 6; OĞUZMAN, Kemal, İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Karma Ekonomi Teşebbüslerinde Çalışan Personelin Hukuki Durumu, Batider, C. III, S. 1, 1965, s. 22 vd.

görevlileri kavramını getirmiştir (6).

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu da sözleşmeli personel statüsüne yer vermiştir. Gerçekten, DMK., m. 4/B'ye göre, sözleşmeli personel, "Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir" (7) (8). Esasen Devlet Memur-

- (6) Anayasa Mahkemesi, "diğer kamu görevlileri" kavramına sözleşmeli personelin girip girmeyeceği hususunda çelişkili kararlar vermiştir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, "3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun" bazı maddelerinin iptali davasında, "Anayasanın 128. maddesinde "Diğer kamu görevlileri", memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olarak çalışanlardır. Bu ilişkinin doğal sonucu, bunlara bütçeden ödeme yapılması, haklarında özel kuralların uygulanmasıdır. Öğretide ve yargı kararlarında düşünce ve görüşlerin birleştiği bir tanım şimdilik sözkonusu değilse de sözleşmeli personel genel çizgileriyle, kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde, memur ve işçiden ayrı, kamu hukuku bağlantısı olan kimsedir. Sözleşmeli olarak çalışan böyle bir görevli "diğer kamu görevlisi" sayılabilir", şeklinde sözleşmeli personelin diğer kamu görevlisi kavramı içerisinde yer aldığı içtihadında bulunmuştur, AYM. 19.4.1988 t., E. 1988/16, K. 1988/8, AYMKD., S. 24, Ankara 1989, s. 118. Buna karşın aynı Mahkeme 233 sayılı KHK'de değişiklik yapan 308 sayılı KHK'yi iptal davasında Anayasa m. 128'de yer alan "diğer kamu görevlileri" kavramına sözleşmeli personeli sokmamıştır. Gerçekten, AYM'ne göre, "... kararname ile düzenlenen "sözleşmeli personel" statüsü, bu haliyle Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler ölçüsüne uygun bir düzenleme yapmamaktadır. Bu durumda yaratılan "sözleşmeli personel" statüsü, dayanağını Anayasa'dan almamaktadır. Bu statü Anayasa'ya aykırı olarak yaratılmıştır", AYM., 22.12.1988 t., E. 1988/5, K. 1988/55, AYMKD., S. 24, Ankara 1989, s. 472. Bu konudaki görüşler ve Anayasa Mahkemesince yapılan çelişkinin eleştirisi için bkz. BAKIRCI, Kadriye, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Sorunu, İstanbul 1992, s. 41 vd.
- (7) "Önemli projelerin gerçekleştirilmesi için, özel bir meslek ve ihtisasına ihtiyaç gösterilen kişiler ancak "sözleşmeli personel" kavramına dahil edilebilir. Yurt dışı temsilciliklerindeki aşılık hizmetinin, dışişleri personelinin güvenlikleri açısından büyük bir önemi olduğu açıktır. Taraflar arasındaki ilişki hizmet akdine değil, idari sözleşmeye dayandığından görevsizlik kararı verilmesi gerekir", Yarg. 9. HD., 20.12.1993 t., E. 1993/9709, K. 1993/19056, YKD., C. 20, S. 5, Mayıs 1994, s. 749 - 751.
- (8) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunundaki sözleşmeli personelle ilgili düzenlemenin geçirdiği evre için bkz. SERİM, Sözleşmeli Personel, s. 89 vd.

ları Kanununa göre, bu Kanun kapsamına giren işlerde dört tür görevli çalıştırılabilir. Bunlar, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçilerdir (DMK. m. 4) (9). 233 sayılı KHK'nin ilk şekli ve 308 sayılı KHK'de öngörülen sözleşmeli personel ile 657 sayılı Kanunda düzenleme altına alınan sözleşmeli personel arasında bir ilgi bulunmamaktadır (10). Anayasanın 128. maddesinin kapsamına giren sözleşmeli personel ise, kamusal nitelikte olup, İdare Hukukuna tabidir (11). 399 sayılı KHK. ile sözleşmeli personelin bu özelliği sağlanmaya çalışılmıştır.

1982 Anayasası döneminde KİT'lerde sözleşmeli personel statüsü, 60 sayılı KHK. (12) ile getirilmiş, 60 sayılı KHK. 2929 sayılı Kanun ile yasalaşmıştır (13). Bundan sonra, 233 sayılı KHK. yürürlüğe konulmuştur (14). 233 sayılı KHK.'yi değiştiren 308 sayılı KHK. (15)

- (9) Bkz. SERİM, Sözleşmeli Personel, s. 85 vd.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/AKIL-LAOĞLU, Tekin, Yönetim Hukuku, 5. B., Ankara 1992, s. 146 vd.; KARATEPE, Şükrü, İdare Hukuku, İzmir 1993, s. 151, 152.
- (10) KARATEPE, s. 152; REİSOĞLU, Seza, 308 sayılı KHK ile Değiştirilen 233 sayılı KHK Açısından Kit'lerde ve Bağlı Ortaklıklarda Çalışanların Hukuki Durumu, Tühis, C. 11, S. 5, Mayıs 1988, s. 4; Kutal'a göre de, "Bu tanımla (657 sayılı Kanundaki) hukuki çerçevesi çizilen sözleşmeli personelin, KHK'lerle belirlenen personelle bir ilgisi olmadığı kesindir. Daha çok bir özel hukuk ilişkisine benzetilen ve bir hizmet sözleşmesi ile işe alınan, Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi tutulan, uyumsuzluk halinde adli yargı organları yetkili kılınan, kendisinden özel bir meslek bilgisi ve ihtisası aranmayan, geçici değil sürekli, istisnai değil her türlü işte çalıştırılan bu personelle bir ilişkileri olduğu düşünülemez", KUTAL, Metin, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Statüsü (Hukuki Sorunlar ve Yargı Kararları), Cahit Talas'a Armağan, Ankara 1990, s. 390.
- (11) KARATEPE, s. 153.
- (12) 60 sayılı "İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu Kuruluşları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" için, RG., 20.5.1983 t. ve 18052 S.
- (13) 2929 Sayılı "İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun" için, RG., 22.10.1983 t. ve 18199 S.
- (14) 233 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" için, RG., 18.6.1984 t. ve 18435 Mükerrer S.
- (15) 308 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname" için, RG., 18.1.1988 t. ve 19698 S. Bu KHK., AYM'nce 22.12.1988 t., E. 1988/5, K. 1988/55 S.h karar ile iptal edilmiştir. (AYMKD., S. 24, Ankara 1989, s. 485 - 526). Söz konusu Karar, Resmi Gazete'de yayınlandıktan itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. Karar, 25.7.1989 t. ve 20232 S.h RG.'de yayınlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu KHK.'yi iptalinin öğretide değerlendirilmesi açısından bkz. BAKIROĞLU, Sözleşmeli Personel, s. 120 - 128; KUTAL, Metin, KİT'lerde Sözleşmeli Personel Statüsü ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı (I), İkt ve Mal M., C. XXXVI,

ile, 308 sayılı KHK.'nin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali sonucunda düzenlenen 399 sayılı KHK. (16) ve bu KHK.'nin de bazı maddelerinin Anayasa Mahkemesince iptalinden sonra yürürlüğe giren 3771 sayılı Kanun (17), sözkonusu statüyü muhafaza etmiştir.

Şunu belirtelim ki, 233 sayılı KHK. ile KİT.'lerde istihdam biçimleri, memur (kadrolu personel), sözleşmeli personel ve işçi olarak düzenlenmiştir (m. 43). Bu KHK.'yi değiştiren 308 sayılı KHK.'de memurlar, sözkonusu kategoriden çıkarılmıştır (m. 3 ile değişik 233 sayılı KHK. m. 42). Anayasa Mahkemesinin 308 sayılı KHK.'yi iptalinden sonra ise, 399 sayılı KHK.'nin bazı maddelerini değiştiren 3771 sayılı Kanun ile, KİT.'lerdeki istihdam biçimleri memur, sözleşmeli personel ve işçiler (m. 3) olmak üzere düzenleme altına alınmıştır (18).

- S. 8, Ağustos 1989, s. 333 - 337; KUTAL, Metin, KİT.'lerde Sözleşmeli Personel Statüsü ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı (II), İkt ve Mal D., C. XXXVI, S. 9, Eylül 1989, s. 375 - 382; KUTAL, Metin, Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 Tarihli İptal Kararından Ortaya Çıkan Yeni Durum ve Sonuçlar, İkt ve Mal D., C. XXXVI, S. 10, Ekim 1989, s. 411 - 417; SERİM, Bülent, Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve KİT Personeli, AİD., C. 22, S. 3, Eylül 1989, s. 51 - 73. Ayrıca 308 sayılı Kararnamenin Anayasa yanında, Uluslararası Sözleşmelere de aykırı olduğu konusunda bkz. GÜLMEZ, Mesut, Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar, AİD., C. 21, S. 4, Aralık 1988, s. 25 - 44.
- (16) 399 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" için, RG., 29.1.1990 t. ve 20417 Mükerrer S. Bu KHK.'nin bazı maddeleri AYM.'nce, 4.4.1991 t., E. 1990/12, K. 1991/7 S.İ kararları ile iptal edilmiştir, (AYMKD., S. 27, C. 1, Ankara 1993, s. 185 - 251). Sözkonusu Karar da Resmi Gazete'de yayımlandıktan altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. Karar, 13.8.1991 t. ve 20959 sayılı RG.'de yayınlanmıştır. 399 sayılı KHK.'nin Anayasa Mahkemesince iptal kararının değerlendirilmesi için bkz. REİSOĞLU, 399 sayılı KHK., s. 3 vd.; BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 167 - 165; BAKIRCI, Kadriye, Anayasa Mahkemesi'nin 399 sayılı KHK.'yi İptal Kararının Değerlendirilmesi, İHD., C. II, 1992, s. 86 - 104; AKTAY, Nizamettin, Sendika Hakkı, Ankara 1993, s. 120 vd.
- (17) 5.2.1992 t. ve 3771 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" için, RG., 11.2.1992 t. ve 21139 S.
- (18) 3771 sayılı Kanunun esas itibariyle, 399 sayılı KHK.'nin iptal edilen maddelerinin yasalasmış şekli olduğu ve bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. ULUCAN, Devrim, Özelleştirmenin Hukuki Çerçevesi ve Özelleştirilen Kuruluşlarda Çalışanların Hukuki Durumu, İHD., C. III, S. 4, Ekim - Aralık 1993, s. 507 vd. Ayrıca bkz. AKTAY, s. 124; GÜZEL, Ali, Özelleştirmenin Hukuki Boyutu ve Çalışanlar Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar, Dün-

Bu dönem içerisinde mevzuatta ortaya çıkan karışıklık ve Anayasa Mahkemesince KHK'lerin iptaliyle oluşan boşluk ve bunların yeni işlemlerle doldurulması aşamalarında, sözkonusu karmaşık oluşumun da etkisiyle, farklı ve bazen de çelişkili yargı kararları ortaya çıkmıştır (19). Biz bu çalışmamızda, KİT'lerde sözleşmeli personel uygulamasıyla ilgili genel bir bilgi verdikten sonra, mevcut düzenlemenin İş Hukuku açısından ortaya çıkardığı sorunları ve Yargı kararları ile bu sorunlara getirilen çözüm tarzını incelemeye çalışacağız.

II. SÖZLEŞMELİ PERSONEL NİTELİĞİ

A) SÖZLEŞMELİ PERSONELLE BAĞITLANAN SÖZLEŞMELE- RİN NİTELİĞİ, BU KONUDAKİ YARGITAY KARARLARI

Bu başlık altında anlatım biçimi, tarihi gelişime de uygun olarak, önce 233, sonra 308 ve daha sonra da 3771 sayılı Kanunla değişik 399 sayılı KHK'lerle düzenleme altına alınan sözleşme biçimleri şeklinde olacaktır. Buna karşın KİT'lerle ilgili 233 sayılı KHK. halen yürürlüktedir. Ancak, bu KHK.'de öngörülen istihdam biçimleri, 308 ve 309 sayılı KHK.'ler ve 3771 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır.

1. 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Döneminde

233 sayılı KHK. m. 43'e göre, "Teşebbüslerde memurlar (kadrolu personel), sözleşmeli personel ve işçiler istihdam edilir. İşçiler bu Kanun Hükmünde Kararnameye tabi değildir. Sözleşmeli personel, belirli bir sözleşme ile teşebbüste çalışan; işçi ve memur statüsünde olmayan personeldir". Öğretide, sözleşmeli personelle yapılan sözleşmenin niteliği tartışmalara neden olmuştur. Kutal'a göre, bu sözleşme bir idari sözleşmedir. 233 sayılı KHK.'de işçi statüsünden tamamen farklı bir istihdam türü öngörüldüğüne göre sözleşmeli personel ile idare arasındaki ilişki, hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Kaldı ki Kararnamenin bütünü incelendiğinde idareye tanınan geniş yetkiler nedeniyle önceden belirlenmiş bir statünün işlerlik kazandığı da anlaşılmaktadır (20). Ulucan'a göre, sözleşmeli

yada ve Türkiye'de Özelleştirme, Türkiye Maden İşçileri Sendikası Yayını, Editör, Ergin ARIÖĞLU, Ankara 1994, s. 167.

(19) Bkz. ULUCAN, Devrim, Sözleşmeli Personel ve Değişik Mahkeme Kararları, İş ve Hukuk, Y. 24, S. 197, Kasım - Aralık 1989, s. 5 vd.

(20) KUTAL, Metin, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989, s. 15. Yine, Kutal'a göre, 233 sayılı KHK. ile ihdas edilen sözleşmeli personel kavra-

personelin, 657 sayılı Kanunda belirtilen ve özellikleri açıklanan idari sözleşme ile hiç bir ilgisi yoktur. Kararnamede ilk bakışta, bu kimselerin işçi sayılmayacakları hükmü, sözleşmenin hizmet sözleşmesi olmadığı intibasını uyandırmaktadır. Ancak, sözleşmeli personel, kadrolu personel (memur) ve diğer kamu görevlilerinden de sayılmayacağına göre, bu personelin gördükleri işe uygun olan sözleşme biçimi, hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmeidir (21). Sağlam'a göre ise, 233 sayılı KHK.'de sözleşmeli personel tanımının belli bir içeriği bulunmamakla birlikte, sözleşmeli personel, teorik olarak, 657 sayılı DMK. m. 4'de öngörülen personel statüsü içerisinde mütalaa edilebilir. Ancak, KHK. uygulaması göstermiştir ki, sözleşmeli personel rejimi, özel bilgi ve uzmanlık sahibi kişileri kamu hizmetine çekmekten çok, gerek sosyolojik ve gerekse hukuki açıdan işçi niteliğini taşıyan bir grup personelin işçi statüsünden çıkarılarak, onlara tanınan haklardan mahrum edilmesi amacına yönelmiştir (22). Bakırçı'ya göre de, sözleşmeli personel, ne Anayasa tanım-lamasında "diğer kamu görevlisi" sayılarak genel idare esasları anlamında çalışan kimse olarak belirlenebilir, ne de bu kimselerle yapılan sözleşme hizmet sözleşmesi olarak kabul edilebilir. 1982 Anayasası anlamında kamu görevlisi sayılan sözleşmeli personel ile idare arasında yapılan sözleşme, bir idari sözleşmedir. Böylece sözleşmeli personel, idari güvencelerden yararlanabilecektir (23).

Yargıtay da, 233 sayılı KHK. döneminde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, kişinin çalışma ilişkisindeki sıfatının sözleşmeli personel olmasına karşın, gerçek çalışma ilişkisine bakmak gerektiği yolun-

ma, Türk Hukukuna yeni sokulan bir statü olup, daha önce personel rejiminde kullanılan kavramdan daha başka anlamda kullanılmıştır. Ayrıca, bu ilişki hizmet sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Zira, Borçlar Kanunu uyarınca tarafların serbest iradeleri ile belirlenen ve emek sahibine işçi niteliği kazandıran hizmet sözleşmesi ile kamu hukuku çerçevesinde yapılan ve işçi niteliğine kesinlikle imkan tanımayan bu sözleşme arasında hiç bir benzer yan bulunmamaktadır. Bkz. KUTAL, Metin, KİT'lerde Sözleşmeli Personel Statüsünden Doğan Sorunlar, İkt ve Mal D. C., XXXIV, S. 4, Temmuz 1986, s. 127, 128.

- (21) ULUCAN, Devrim, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, EYRENCİ/TAŞKENT/SAĞLAM/ULUCAN, İstanbul 1987, s. 111 - 116. Aynı görüşteki Tuñcay'a göre de, "Sözleşme, sözleşmeli personelin ücret karşılığı işverene (KİT'e) bir hizmet edimini konu edindiğine göre olsa olsa "hizmet sözleşmesi" olabilir. Nitekim uygulamada da bu tür personele imzalatılan sözleşmeler "hizmet sözleşmesi" başlığını taşımaktadır", TUNÇAY, A. Can, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, C. 2, S. 2, Mart 1988, s. 22.
- (22) SAĞLAM, Fazıl, Sözleşmeli Personel Sorunu, MÜKİYEHLER Bir. Der., S. 93, Haziran 1988, s. 5.
- (23) Bkz., BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 101 - 105.

da kararlar vermiştir. Gerçekten Yargıtay'a göre, "Sözleşmeli personel, kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan zaruri ve istisnai hâllere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.

Akaryakıt yükleme ve boşaltma işinde çalışan kimseleri sözleşmeli personel kavramı içinde mütalaa etmek mümkün değildir. Bu itibarla bunların TİS'den yararlandırılmasına karar verilmesi doğrudur" (24). Uyuşmazlık konusu olayda davacı, mevsimlik işçi statüsünde çalışırken, daimi işçi statüsüne geçirilmesi öngörülmüş, ancak daha sonra sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiştir. Bunun sonucunda çalışan, kendisinin işçi statüsünde çalıştığından hareketle, işçilikten doğan hakları talep etmiştir. Yargıtay, bu talebi haklı bulmuştur. Zira, sözkonusu kimse, DMK. anlamında sözleşmeli personel olmayıp, işçi olarak çalıştırılmaktadır. Öğreti de, Yargıtayın bu görüşünü yerinde bulmuştur (25). Ancak, sözkonusu olayda Yargıtay, gerekçesini; 233 sayılı KHK.'de öngörülen KİT Personel Kanununun çıkarılmamasına ve sözleşmeli personel tanımının da yapılmamasına bağlamış ve DMK. m. 4/B'deki tanımları benimsemiştir (26).

Yargıtay bir başka kararında da, işçi statüsünde çalışan kişinin 233 sayılı KHK. gereği sözleşmeli personel olarak istihdamına devam edilmesi durumunda, bu kimsenin yaptığı işin niteliği gereği işçi sayılması gerekiyorsa, sözkonusu kişinin işçilik haklarından yararlanacağını belirlemiştir (27).

(24) Yarg. 9. HD., 17.12.1987 t., E. 1987/10300, K. 1987/11205, İşveren, C. XXVI, S. 4, Ocak 1988, s. 15, 16.

(25) KUTAL, Değerlendirme 987, s. 14; KUTAL, Sorunlar, Yargı Kararları, s. 385; TUNÇAY, Karar İncelemesi, s. 20-24; ÖZKUL, Aydın, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1967 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989, s. 35.

(26) Bakırcıya göre, "Yargıtay büyük bir yanlışlıkla 233 sayılı KHK.'de yer alan sözleşmeli personeli, 657 sayılı Yasada sözü edilen sözleşmeli personel kavramı içinde kabul etmiştir. Bu kararıyla Yargıtay, hukuksal işlemin adına ve niteliğine biçim ve koşullarına bakarak, kurulan hukuksal ilişkili özel hukuk alanında bir "hizmet akdi" ilişkisi olarak kabul etmiştir. Sonucu bakımından karara katılmakla beraber; vurgulamalıyız ki, 657 sayılı Yasada sözü edilen sözleşmeli personelle 233 sayılı KHK.'de sözü edilen sözleşmeli personel kavramları farklıdır, bunları birbirine karıştırmamak gerekir. Düzenlemelerde güdülen amaç farklıdır", BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 106.

(27) "Davacı, işyerinde işçi olarak çalışmakta iken (işyerinde pastacı ve ekmeççi olarak çalışmaktadır) 233 sayılı KHK. hükmüne göre sözleşmeli

2. 308 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Döneminde

308 sayılı KHK., sözleşmeli personeli, bir hizmet sözleşmesi ile çalışan ve işçi statüsünde olmayan personel biçiminde tanımlamıştır (m. 42). Burada aradaki ilişkinin açıkça hizmet sözleşmesi olduğu belirlenmiştir (28). Ancak, KHK. sözkonusu sözleşme ile çalışan kimsenin işçi sayılmayacağını, işçilik haklarından yararlanamayacağını ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargı olduğunu hükme bağlamıştır.

Öğretide, mevcut çelişkiler nedeniyle KHK.'nin Anayasa'ya aykırılığı öne sürülmüştür (29). Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, 308 sayılı KHK.'nin tamamını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Kararname'nin iptal gerekçeleri arasında şu hususlara değinilmiştir: KHK.'ler ile personel arasındaki ilişkinin kamu hukuku alanını ilgilendirmesi, aradaki sözleşmenin idari sözleşme olması ve AY. m. 91'in ida-

personel statüsüne geçirilmiş ve bu statüde işçilik işlerinde çalıştırılmaya devam edilmiş ve yine bu statüde iken malülen emekli olmuştur. Davacının gördüğü işin mahiyetine göre işçi statüsüne tabi olması gerekir ve bu durumda İş Kanununa göre kıdem tazminatından yararlanır. Buna göre davacı sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeyerek çalışmasını işçi olarak sürdürseydi, emekli olduğu tarihte ne ücret alacak idiyse bu ücret üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi gerekir", Yarg. 9. HD., 6.12.1988 t., E. 1988/11035, K. 1988/11580, Kamu-İş, C. 1, S. 7, Ocak 1989, s. 30, 31. Kararın değerlendirmesi ve yerindeligi için, DEMİR, Fevzi, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990, s. 13, 14. Ayrıca bkz., ULUCAN, Değişik Mahkeme Kararları, s. 5 vd. Buna karşın Bakırcı, kararın açıklamasında Yargıtayın, 308 sayılı KHK. m. 42/2'deki, sözleşmeli personelin toplu iş sözleşmesi kapsamına alınamayacağı ve bunlara toplu iş sözleşmesindeki menfaatler emsal alınarak hiç bir nakdi ve aynı yardımın yapılamayacağı kuralını yok saydığını belirtmektedir. Bkz., BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 120.

- (28) TUNCA, Karar İncelemesi, s. 24; KUTAL, Değerlendirme 1987, s. 16; REİSOĞLU, 308 sayılı KHK., s. 7, 8. Sağlam'a göre, "... 308 sayılı KHK. ile getirilen düzenlemeler, sözleşmeli personel tanımında yer alan hizmet sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu teyid etmektedir. Özellikle karşılıklı fesih imkanının bulunması, sözleşmeye herhangi bir ciddi ve geçerli nedene dayalı olmaksızın son verme olanağı, kıdem tazminatının dörtte bire indirilerek "iş sonu tazminatı" altında verilmesi, sözleşmeli personelin SSK.'na tabi olması, uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi "özel hukuk" niteliğini teyid eden hükümlerdir", SAĞLAM, s. 5. Bakırcı'ya göre ise, her ne kadar KHK.'de hizmet sözleşmesi ifadesi yer almakta ve bazı açılardan aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğu yolunda hükümler varsa da, mevcut ilişki idari hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Bkz. BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 113 - 116.

reye mahkemelerin görev alanlarını belirleme yetkisi vermemesidir (30).

Yargıtay, bu dönem içerisinde çalışan kişinin çalışma ilişkisinin gerçek niteliğine bakarak işçi mi yoksa sözleşmeli personel mi olduğunun tesbit edilmesi gerektiği yolundaki görüşünü sürdürmüştür. Gerçekten **Yargıtay**'a göre, "Davacı kargo (Yükleme-Boşaltma) işinde mevsimlik işçi olarak çalışırken gördüğü işte değişiklik olmaksızın sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiştir. 657 sayılı Yasanın 4/B fıkrasının 4. paragrafında sözleşme ile istihdam edilecek personel gösterilmiştir. Davacının gördüğü işin niteliği şekil ve şartları itibarıyla yapılmasını sözleşmeli personel kavramı içinde mütalaa etmek mümkün değildir. Davacının işçi sayılarak; sendika üyesi olması gözetilerek sendikanın işçi adına dava açma yetkisi vardır" (31).

- (29) KUTAL, Değerlendirme, 1987, S. 16, 17; REİSOĞLU, 308 sayılı KHK., s. 7, 8; REİSOĞLU, 399 sayılı KHK., s. 4; SAĞLAM, s. 5, 6; Tuncay'a göre, "... 308 sayılı KHK.'nin düzenlediği sözleşmeli personel özel hukuk anlamında hizmet akdinden başka bir şey değildir. Çünkü ... 308 sayılı KHK. de yeni sözleşmeli personelin yasalar açısından işçi sayılmasını gerektiren pek çok hüküm bulunmaktadır. Bu açıdan bakılacak olursa onlara toplu iş sözleşmesi, grev ve sendika haklarını kapamak Anayasa ile işçileşen tanınmış olan haklara aykırılık teşkil eder. Yürütme organının, bir kalemde genel hükümlere göre işçi, 308 sayılı KHK.'ye göre işçi ayrımı getirmeye hakkı yoktur", TUNCAY, Karar İncelemesi, s. 24.
- (30) Bkz., SERİM, s. 67. Ayrıca, AYM., 22.12.1988 t., E. 1988/5, K. 1988/56, AYMKD., S. 24, Ankara 1989, s. 492 vd.
- (31) Yarg. HGK., 9.10.1991 t., E. 1991/9-403, K. 1991/470, Tühis, C. 12, S. 7, Kasım 1991, s. 27, 28; "233 sayılı KHK.'nin 45. maddesi ile adli yargı mercilerinin görevli olduğu kabul edilmiş ise de; bu madde Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş ve yerine 399 sayılı KHK.'nin ilgili hükmü getirilmiştir. Davacının gördüğü işin niteliğine göre o tarihteki mevzuata göre sözleşmeli personel olarak istihdamı mümkün olduğundan sözleşmeli sitede işçi olarak kabul edilemez. O halde, İş Mahkemesinin İdari Yargının görevli olması nedeniyle görevsizlik kararı vermesi gerekirken; Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru değilse de; sonuç itibarıyla ve bu gerekçe ile kararın onanması gerekmektedir", Yarg. 9. HD., 29.4.1991 t., E. 1990/14034, K. 1991/7644, Tühis, C. 12, S. 5, Mayıs 1991, s. 14, 15. Aynı doğrultuda, 28.11.1991 t., E. 1991/10506, K. 1991/15039, Tühis, C. 12, S. 8, Şubat 1992, s. 12, 13. Soyer'e göre de, "Yüksek Mahkeme 1991 yılında vermiş olduğu üç kararda; sözleşmeli personel statüsünde çalışanların hukuki ilişkilerini, önceki içtihadı doğrultusunda, gördükleri işin türüne göre nitelendirmeye devam etmiştir". (Tebliğde yukarıda verdiğimiz üç karar belirtilmektedir), SOYER, M. Polat, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1992, s. 7.

Buna karşın bazı olaylarda Yargıtay, sözleşmeli personel ile davalı arasındaki ilişkinin idare hukuku ilişkisi olduğunu belirlemiştir. Yargıtay burada da, çalışan kimsenin eski statüsüne bakarak sorunu çözümlenmiştir: "Davacı, T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi olarak memur statüsünde çalışmakta iken 233 sayılı KHK. hükmü gereğince sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiş ve sözleşme, süresinin bitiminde yenilenmeyerek görevine son verilmiştir. Bunun üzerine davacı, işinin sona erdirilmesi ile ilgili kararın iptaline ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini talep etmiştir. Davacı ile davalı arasındaki hukuki ilişki, İş Kanunu anlamında hizmet akdi değil, İdare Hukuku ilişkisidir. Bu nedenle, davaya bakmaya idari yargı yeri görevlidir" (32).

Böylece 308 sayılı KHK. dönemindeki Yargıtay uygulamasında, işçi statüsünden sözleşmeli personel statüsüne geçirilen kimselerin gördükleri işin niteliği dikkate alınarak işçi gibi çalıştırılması sürdürülüyorsa, bu kimselerin sözleşmeli personel statüsünde geçen çalışmaları, işçilik hakları bakımından değerlendirilmiştir. Buna karşın, 657 sayılı DMK.'na tabi olarak memur statüsünde çalışırken sözleşmeli statüye geçirilenlerin durumları da, İdare Hukuku ilişkisi olarak kabul edilmiştir (33).

3. 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Döneminde

3771 sayılı Kanunla değişik, 399 sayılı KHK. m. 3/c'ye göre, "... sözleşmeli personel, teşebbüs ve bağlı ortaklıkların, genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personeldir. (Bunlar bu Kanun Hükmünde Kararnamede sözleşmeli personel olarak geçecektir). Sözleşmeli personel işin niteliğine göre yılın veya günün belirli sürelerini kapsamak üzere kısmi zamanlı da istih-

(32) Yarg. 9. HD., 19.1.1989 t., E. 1989/10500, K. 1989/165, Tühis, C. 11, S. 8, Şubat 1989, s. 18, 19; "Müris ile davalı kurum arasındaki ilişkinin 233 sayılı K.H.K.'ye tabi sözleşmeli personel statüsüne dayandığı anlaşılmaktadır. Ada geçen K.H.K. hükümlerine göre sözleşmeli personel işçi sayılmaz. Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 gün ve 1988/5 Esas, 1988/55 Karar nolu kararında da vurguladığı üzere taraflar arasındaki ilişkiyi kuran sözleşme, (idari sözleşme) dir. Bu nedenle taraflar arasındaki uyumsuzluk kamu hukukuna göre ancak idari yargı yerinde çözümlenir...", Yarg. 9. HD., 16.11.1989 t., E. 1989/4560, K. 1989/9897, Türk Kamu-Sen, C. 1, S. 10, Aralık 1989, s. 57. Yarg. 9. HD., 24.1991 t., E. 1990/14034, K. 1991/7644, Tühis, C. 12, S. 5, Mayıs 1991, s. 14, 15.

(33) Bkz., ULUCAN, Değişik Mahkeme Kararları, s. 7.

dam edilebilir" (34) (35). Böylece, 399 sayılı KHK ile diğer KHK'lerden farklı bir sözleşmeli personel statüsü ortaya konulmuştur. Bu personel, her ne kadar genel idare esaslarına göre hizmet görmese de, kamu görevlisi olarak sayılmış ve kendileri için kamu görevlilerine tanınan iş güvencesi sağlanmıştır (36).

Görüldüğü üzere KHK'lerde sözleşmeli personel ile KİT arasında mevcut sözleşme, başlangıçta belirli bir sözleşme, hizmet sözleşmesi iken, daha sonra, idari nitelik almıştır.

Sonuç olarak, Yargıtay önüne gelen uyumsuzluklarda 399 sayılı KHK'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, KİT'lerde sözleşmeli personel olarak çalıştırılanlardan gördüğü işin niteliği gereği işçi olarak çalışanların bir çoğunu işçi olarak kabul etmiş ve buna göre sözkonusu kimselerin işçilik haklarından yararlanabileceklerine karar vermiştir (37). Özkul'a göre de, "399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye gelinceye kadar sözleşmeli statüde çalışan kişilerin durumları netlik arz etmiyordu. Önümüze gelen davalarda Dairemiz, yapılan işin türünü gözönünde tutmak suretiyle çok kısa zamanda net bir tavır aldı. Bu gerek doktrinde ve bu işlerle ilgilenen çevrelerde büyük bir memnuniyetle karşılandı. Gerçekten yaptığı işin türü bedeni ağırlıklı bir iş türüyse, bu dedik işçidir. Yok

- (34) 399 sayılı KHK'nin Anayasa Mahkemesince iptalinden önceki dönem hakkında bilgi için bkz. BAKIRCI, Kadriye, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Açısından Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Çalıştırma, İBD., C. 64, S. 10 - 11 - 12, Ekim, Kasım, Aralık 1990, s. 911 vd.
- (35) 3771 sayılı Kanunla değişik 399 sayılı KHK, m. 3/b, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda çalıştırılabilecek memurları tanımlamıştır. Buna göre, "Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin kârı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibarıyla kuruluşunun kârlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulamaya ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütülür. Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri; genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personel eliyle görürülür.

Bunlar hakkında bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır."

(36) ULUCAN, Özelleştirme, s. 507.

(37) ULUCAN, Devrim, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992, s. 6.

eğer, böyle değil de gerçekten yüksek diplomalı, büyük tecrübe sahibi kişi ile yapılmış olan sözleşme ise, artık bu sözleşmeli personel statüsünde çalışan kişidir sonucuna vardık. Daha sonra Anayasa Mahkemesinin iptal kararı karşımıza çıktı, ondan sonra 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile konu açıklığa kavuştu. Artık ister bedeni olarak çalışmış ister fikri çalışması üstün olsun, nasıl çalıştıysa çalışsın, değil mi ki, sözleşmeli statüye geçmiştir, artık bu idari sözleşmedir. Çünkü Kanun Hükmünde Kararname bu güvenceyi vermiştir. Bu personelin özlük haklarını güvence altına almıştır. Bu sebeple, artık bunların işçi sayılması olanağı yoktur sonucuna vardım. Dairemizin uygulaması da halen bu doğrultudan devam etmektedir” (38).

Nitekim, Yargıtay'a göre de, “Sicil dosyasından davacının 399 sayılı KHK'nin yürürlüğe girmesinden sonra da bu KHK'de belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilen sözleşme ile istihdam edilip çalıştırıldığı görülmektedir. Bu durumda davacının sözleşmeli personel olduğunun kabulü ile uyumsuzlukta idari yargı yerinin görevli olması nedeni ile görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, bu yasal düzenleme dışına çıkarılarak işin niteliği bakımından işçi olduğunun tesbitine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir. Mücerret olarak bir kimsenin işçi olup olmadığının tesbitine de karar verilemez” (39).

B) SÖZLEŞMELİ PERSONELİN MALİ VE SOSYAL HAKLARI

1. Ücret

Sözleşmeli personele ödenecek ücretle ilgili düzenleme 399 sayılı KHK'nin 25 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, söz-

- (38) ÖZKUL, Aydın, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992, s. 22.
- (39) Yarg. 9. HD., 1.6.1992 t., E. 1992/168, K. 5822, Çimento İşveren, C. 6, S. 5, Eylül 1992, s. 39, 40; “233, 308 ve ondan sonraki Kanun Hükmünde Kararnameler uyarınca sözleşmeli personel işçi değildir. Bu nedenle hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Taraflar arasındaki ilişki idari sözleşme ilişkisidir. Buna göre davaya bakmaya görevli mahkeme idare mahkemesidir”, Yarg. 9. HD., 21.6.1990 t., E. 1990/4534, K. 1990/7640, İş ve Hukuk, Y. 25, S. 206, Eylül 1990, Kararın değerlendirilmesi için, ULUCAN, Değerlendirme 1990, s. 6. Aynı doğrultuda, Yarg. 9. HD., 28.9.1992 t., E. 1992/2692, K. 1992/10447, Tühis, C. 13, S. 1, Kasım - Şubat 1993, s. 34, 35. Kararın değerlendirilmesi ve yerindeligi için bkz. KUTAL, Metin, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, s. 64.

leşmeli personele ödenecek ücret asgari ücretin altında belirlenemez. Sözleşmeli personele temel ücret yanında başarı ve kıdem ücreti de ödenir (m. 25, 26, 27) (40).

399 sayılı KHK. sözleşmeli personele fazla çalışma yapması durumunda fazla çalışma ücreti de ödenmesini öngörmüştür. Fazla çalışma ücreti saat başı olarak ödenecektir (m. 30) (41). Yine, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda çalışanlar açısından ücret, 9.4.1990 t. ve 418 sayılı KHK. m. 40 gereği, kamu payının % 50'nin altına düşmesine kadar, Yüksek Planlama Kurulu tarafından tesbit edilir.

Özelleştirilen kuruluşlarda çalışan sözleşmeli personel, bir başka kuruluşa memur statüsünde nakledilecektir (42). Bu durumdaki personelin ücreti hususunda da 24.11.1994 t. ve 4046 sayılı "özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" m. 22/son'a göre, "... Kamu kurum ve kuruluşlarına atanan personelin devir sözleşmelerinin yapıldığı tarihteki kadro ve pozisyonlarına ait aylık, ek gösterge, ikramiye her türlü zam ve tazminat haklarının veya sözleşme ücretinin (varsa ikramiye dahil) net tutarından fazla olması halinde aradaki fark giderilinceye kadar, herhangi bir kesintiye tabi tutulmaksızın tazminat olarak ödenir..." (43).

2. Çalışma Süreleri ve İzinler

399 sayılı KHK.'nin Altıncı Bölümü "Çalışma Saatleri ve İzinleri" düzenler. Buna göre, sözleşmeli personelin haftalık çalışma süresi kırk saattir (m. 20). Sözleşmeli personelden hizmeti on yıla kadar olanlara (on yıl dahil) yılda 20 gün, on yıldan fazla olanlara 30 gün ücretli izin verilir (m. 21). Bunun yanı sıra mazereti olanlara on gün ücretli izin verileceği (m. 22), hastalık ve doğum izninin de sözkonusu olabileceği hükme bağlanmıştır (m. 23).

3. Sözleşmeli Personelin Sendikal Haklardan ve Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamaması

Gerek 233 ve gerekse 308 sayılı KHK.'de sözleşmeli personelin

(40) Geniş bilgi için bkz. BAKIRCI, 399 sayılı KHK., s. 821 vd.; BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 145 vd.

(41) 308 sayılı KHK. döneminde Yüksek Planlama Kurulu sözleşmeli personelin fazla çalışma ücreti alamayacağı yönünde bir karar almıştı. Bkz. 18.3.1988 t., ve 88/40 Sayılı Karar Ek B., REİSOĞLU, 399 Sayılı KHK., s. 8; ULUCAN, Güncel Sorunlar, s. 117.

(42) Bkz. aşa. II, C. 2.

(43) RG., 27.11.1994 t. ve 22124 S.

sendikal haklardan yararlanıp yararlanamayacakları hakkında bir hüküm bulunmamaktaydı (44). Buna karşın, 308 sayılı KHK. döneminde sözleşme ücretlerini gösteren bir kılavuz hazırlamakla yükümlü bulunan Yüksek Planlama Kurulu (Geçici m. 1/5, a), 18.3.1988 t. ve 88/40 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Ücretlerinin Tesbitinde Uygulanacak Usul ve Esaslar" hakkındaki kararıyla sözleşmeli personelin sendikaya üye olamayacağını ve sendikal faaliyetlerden yararlanamayacağını öngörmüştür. Böylece, sendikal haklar konusunda KHK.'lerde bulunan boşluk, yasaklama olarak idari bir kararla doldurulmaya çalışılmıştır (45).

399 sayılı KHK. m. 14'e göre ise, "Sözleşmeli personelin herhangi bir sendikaya üye olması, sendikal faaliyette bulunması, grev kararı vermesi, bu yolda propoganda yapması, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılması, desteklemesi veya teşvik etmesi yasaktır". Böylece, KHK., sözleşmeli personelin idari bir sözleşmeye dayanarak çalışması ve işçi sayılmaması nedeniyle, sendikaya üye olamaması ve greve katılamamasını hüküm altına almıştır (46) (47).

Sözleşmeli personel toplu iş sözleşmesinden de yararlanamaz (48). Bu husus, 233 sayılı KHK.'de açık olarak hüküm altına alınmıştır (233 sayılı KHK. m. 41/2, 308 sayılı KHK. ile değişik m. 42/2). Söz konusu kural 399 sayılı KHK.'de de korunmuştur. Gerçekten, 399 sayılı KHK. m. 3/d'ye göre, "Memurlar ve sözleşmeli personel toplu iş sözleşmeleri kapsamına alınmaz ve bunlara toplu iş sözleşmele-

(44) Sözleşmeli personelin işçi niteliğinin reddedilmesi onların sendikal haklardan yararlandırılmayacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bkz. KUTAL, Sorunlar Yargı Kararları, s. 384; KUTAL, Sorunlar Temmuz 1986, s. 130; ULUCAN, Güncel Sorunlar, s. 118; ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 129.

(45) Bkz. BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 112.

(46) "Davacı, sendika üyesi olduğunu iddia ettiği işçi adına açtığı bu davada temsil ettiği işçinin İş Kanunu anlamında işçi olduğu halde, sözleşmeli personel statüsüne geçirilerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına engel olduğunu iddia ederek sözleşmeli personel olarak çalıştığı süreye ilişkin olarak uygulanmayan TİS.'si haklarının tesbitini istemiştir. İleri sürülmüş biçimine göre, işçinin dava edilen dönemde sözleşmeli personel statüsünde çalıştırıldığı anlaşılmaktadır ... sözleşmeli personel ... ilgili Kanun Hükmünde Kararname uyarınca sendika üyesi olamaz, sendikaya üye olmuşa dahi geçerli bir üyelik olarak kabul edilemez. Böyle olunca sendika, işçi adına onu temsilen dava açamaz", Yarg. 9. HD., 2.10.1990 t., E. 1990/6051, K. 1990/9815, İş ve Hukuk, Y. 25, S. 209, Aralık 1990, s. 35.

(47) Söz konusu hükmün eleştirisi ve genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurul başkanı vs. dışındaki sözleşmeli personelin de sendikal haklardan yararlandırılması gerektiği hususunda bkz. AKTAY, s. 125.

(48) ŞAHLANAN, s. 129.

riyle veya toplu iş sözleşmeleri emsal alınarak hiçbir ayni ve nakdi menfaat sağlanamaz”.

4. Sözleşmeli Personelin Sosyal Güvenlik Hakkı

233 sayılı KHK'nin ilk şeklinde, sözleşmeli personelin sosyal güvenliği ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu boşluk Başbakanlığın yorumu ile doldurulmaya çalışılmıştır. Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğünün 18.6.1985 t. ve 19-383-10919 S.lı Genelgesine göre, “Sözleşmeli olarak çalıştırılacaklar 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerine göre sigortalı olarak çalışacaklar ve sosyal güvenlikleri bakımından Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı olacaklardır. Kurulmuşta halen 657 sayılı yasaya göre çalışan personelden sözleşmeli statüye geçmeyenlerin özlük hakları olduğu gibi korunacaktır” (49). Yine, bu Genelgeye göre, 657 sayılı Yasaya önceden bağlı olup da sözleşmeli personel statüsüne geçenlerin sosyal güvenlik hakları korunacaktır. Bunların 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na bağlılıkları devam edecektir (50).

Bunun yanısıra, 233 sayılı KHK'de 308 sayılı KHK. ile yapılan değişiklikten sonra sözleşmeli personel 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına alınmıştır. Gerçekten 308 sayılı KHK. ile değişik 233 sayılı KHK. m. 45/5'e göre, “Sözleşmeli personel 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabidir”. Ancak, 331 sayılı “657 ve 3056 sayılı Kanunlar ile 233 ve 320 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” m. 3 ile, 233 sayılı KHK. m. 45/5 değişikliğe uğramıştır. Buna göre, “Sözleşmeli personel 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabidir. Ancak sözleşmeli statüde olup ta T.C. Emekli Sandığı ile iştirakçiliği devam edenlerin sağlık yardımları ile sağlık izinleri hakkında sözleşmeli statüye geçmeden önce tabi oldukları hükümlerin uygulanmasına devam olunur” (51).

Son düzenleme olan 399 sayılı KHK. m. 12'ye göre ise. “Sözleşmeli statüde istihdam edilen personel, 5434 sayılı T.C. Emekli San-

(49) Bkz. BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 99, 100; Kutal, Başbakanlığın bu çözüm tarzının uygun olmadığını, zira SSK'nun kimlerin bu Kanun kapsamına olduğunu belirlediğini bu nedenle sözleşmeli personel hakkında yasada açıkça belirtilmek kaydıyla Emekli Sandığı hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir, KUTAL, Sorunlar, Temmuz 1988, s. 130, 131.

(50) BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 99. Nitekim, 5434 sayılı Kanuna 3284 sayılı Kanunla eklenen 14'üncü maddeyle sözleşmeli personelin başvuruda bulunması halinde bunların sandıkla ilgilerinin sürdürüleceği hükmü getirilmiştir. Bkz. RG., 22.5.1986 t. ve 19114 S.

(51) RG., 30.6.1988 t. ve 19858 S.

diği Kanununa tabidir". Geçici m. 1'e göre de, "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte sözleşmeli statüde çalışanlardan sosyal güvenlikleri bakımından Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olanlar iki ay içinde T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler". Ayrıca KHK. Geçici m. 8'e göre ise, "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta olanlardan 1 sayılı cetveldeki kadrolara geçirilenlerin sözleşmeli statüde geçen hizmet süreleri, işsonu tazminatı almamış olmaları kaydıyla, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri çerçevesinde emekli ikramiyesi ödenmesine esas hizmet süresinin tespitinde dikkate alınır. 1 sayılı cetveldeki kadrolara geçmek istemeyerek teşebbüs vya bağlı ortaklıklardan ayrılanlara sözleşmeli statüde geçen hizmet süreleri için işsonu tazminatı ödenir".

5. Sözleşmeli Personelin Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Bundan Doğan Hakları

a) Sözleşmenin Sona Ermesi

399 sayılı KHK.'de sözleşmenin sona erme durumları m. 13 ve 45.'de düzenlenmiştir.

399 sayılı KHK. m. 13'e göre, "Sözleşmeli personel, bu Kanun Hükmünde Kararname ile sözleşmesinde belirtilen şartlarla görevinden çekilme hakkına sahiptir". Yine, Anayasa Mahkemesince iptal edilen 45. maddenin 3771 sayılı Kanunla değişik yeni şekline göre de, "Teşebbüs veya bağlı ortaklıklarda çalışan sözleşmeli personelin sözleşmesi aşağıdaki hallerde feshedilir :

i) İzinsiz veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın kesintisiz 5 gün veya bir sözleşme dönemi içinde kesintili 10 gün göreve gelmemek,

ii) İşe alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının anlaşılması veya bu şartlardan birinin sonradan kaybedilmesi,

iii) Görev veya görev yerinin değişmesi halinde belirlenen süre içinde mücbir bir sebep olmaksızın yeni görevine başlanamamak,

iv) Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sözleşme hükümlerine aykırı davranışlarda bulunmak,

v) Sicil ve başarı değerlendirmeleri birbirini izleyen iki sözleşme döneminde (D) düzeyinde olmak,

İstek, yaş haddi, malullük veya sicil sebeplerinden biri ile emekliye ayrılma hallerinde sözleşme sona erer".

Ayrıca sözleşmeli personelin bazı suçları işlemesi durumunda görevden uzaklaştırılması da mümkündür (m. 51 vd.) (52).

b) Sözleşmesi Sona Eren Sözleşmeli Personelin İş Sonu Tazminatı ile İşçi İken Sözleşmeli Statüye Geçirilen Kişilerin Kıdem Tazminatı Hakları

308 sayılı KHK. ile sözleşmesi sona eren sözleşmeli personele, iş sonu tazminatı ödeneceği hüküm altına alınmıştı. Gerçekten, 308 sayılı KHK. ile değişik 233 sayılı KHK. m. 45/5'e göre, "Sözleşmenin yaşlılık veya malullük aylığı bağlanması, ölüm veya taraflardan birinin arzusu üzerine feshedilmesi hallerinde; ilgiliye veya kanuni mirasçılara sözleşmenin devamı süresince geçen her tam yıl için sözleşmenin feshi tarihindeki aylık ücretinin dörtte biri nisbetinde iş sonu tazminatı ödenir. Ancak sözleşmenin ilgilinin bu Kanun Hükümünde Kararnameye, hizmet sözleşmesine veya genel hükümler uyarınca belirlenecek ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışları sebebiyle feshi hallerinde bu tazminat ödenmez".

Bakırcı'ya göre, 233 sayılı KHK.'de 308 sayılı KHK. ile yapılan değişiklikle düzenleme altına alınan iş sonu tazminatı, memurlar için sözkonusu olan emeklilik ikramiyesi ile işçiler için geçerli bulunan kıdem tazminatından farklıdır (53). Buna karşılık, Sağlam'a göre, 308 sayılı KHK. ile, işçiler için geçerli olan kıdem tazminatı, sözleşmeli personel için, dörtte bire indirilerek iş sonu tazminatı adı altında verilmektedir (54). Uyuşmazlık Mahkemesi de, iş sonu tazminatını kıdem tazminatı olarak nitelendirmiştir (55). Uyuşmazlık Mahkemesinin hareket noktası, İş Kanununa 2457 sayılı Kanunla eklenen Ek m. 2 (56) olmuştur. Buna göre, "Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kurum ve kuruluşların, haklarında 1475, 854, 5953 ve 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır ve bu Kanununun 14'üncü maddesindeki esaslara ve miktara göre ödenir. Bu maddeye aykırı

(52) Bkz. BAKIRCI, 399 sayılı KHK., s. 831 vd.

(53) BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 111.

(54) SAĞLAM, s. 5. UL'a göre ise, "... bu madde ile sözleşmeli personele işçi statüsündeki personelin kıdem tazminatına paralel bir "iş sonu tazminatı" hakkı tanınmış, ancak bunun miktarı her hizmet yılı için son aylık ücretin dörtte biri olarak tesbit edilmiştir", UL, İş Sonu Tazminatı, s. 5.

(55) Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 28.6.1993 t. ve E. 1993/29, K. 1993/29, İHD., C. III, S. 3, Temmuz - Eylül 1993, s. 458 - 460.

(56) RG., 8.5.1981 t. ve 17334 S.

hareket edenler hakkında da 98 inci maddenin ilgili hükmü uygulanır" (57).

Kanaatimizce de, sözleşmeli personel için öngörülen iş sonu tazminatı, kıdem tazminatı niteliğindedir. Aslında sözleşmeli personel, işçi niteliğinde değildir. Bu nedenle sözkonusu personel, kural olarak işçiler için geçerli olan haklardan yararlanamaz. Ancak, 1475 sayılı İş Kanununa 2457 sayılı Kanunla eklenen Ek m. 2 dikkate alındığında, iş sonu tazminatının niteliği gereği kıdem tazminatı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira Ek m. 2, kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kuruluşlarda çalışan ve haklarında İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanmayan personel ile, kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak çalışanlar için, gerek kanuni düzenlemelerinde ve gerekse sözleşmelerinde kıdem tazminatı niteliğinde öngörülen ödemelerin, kıdem tazminatı sayılacağını açıkça düzenlemiştir (58).

Ayrıca, KİT'lerin İş K. m. 14 anlamında kıdem tazminatı ödemesinde kamu kuruluşu oldukları hususunda tereddüt etmemek gerekir. Zira, İş K. m. 14/7'e göre, "Bu maddede geçen kamu kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kuruluşları kapsar". Maddede sözü geçen, 12.5.1964 t. ve 468 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun" (59), 2.4.1987 t. ve 3346 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenme-

(57) Ayrıca bkz. aşa., II, B, 6.

(58) 2457 sayılı Kanunla getirilen bu düzenleme sonucunda, kişinin çalışma ilişkisinin hizmet sözleşmesi olmadığı durumlarda da -Yargıtayın bu yöndeki uygulamasına ait sözkonusu görüş, Karar Değerlendirme toplantısında sendika yöneticisi ile sendika arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olmasına ve de sendikaların İş K. Ek. m. 2 kapsamına giren kuruluşlar olup olmadığı incelenmeksizin ifade edilmiştir - geçerli olduğu hususunda bkz. ÇUBUKÇU, Erdoğan, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993, s. 149. Ayrıca bkz. aynı yer, s. 156. Yarg. 9. HD., 29.6.1988 t., E. 1988/6374, K. 1988/7094 ile, sendika yöneticisinin tüzükte öngörülen hizmet ödülünün, 2457 sayılı Kanun gereği, kıdem tazminatı sayılması yolunda karar vermiştir. Sözkonusu kararın değerlendirilmesi için bkz. EKONOMİ, Münir, Sendikalar Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990, s. 167, ayrıca bkz., aynı yer, s. 99, 141, 148, 150, 152, 158.

(59) RG., 22.5.1964 t. ve 11709 S.

sinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun" (60) m. 14 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, 468 sayılı Kanun m. 4 ile 3346 sayılı Kanun m. 2 arasında kural olarak benzer bir düzenleme getirilmiştir. Gerçekten, 3346 sayılı Kanun m. 2/1'e göre, "Ödenmiş sermayesinin yarısından fazlası kamu tüzel kişilerinince sağlanmış olan kurumlar ile bu kurumların ödenmiş sermayesinin yarısından fazlasını sağlamış oldukları diğer kurumlar...", ifadesi, KİT'lerin İş K. m. 14/7 ve Ek. m. 2 anlamında kamu kurum ve kuruluşu olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır (61).

Böylece, kamu kuruluşlarında sözleşmeli personel olarak çalışan kimselerin, sözleşmelerinin sona ermesi durumunda ödenen iş sonu tazminatı, niteliği gereği, kıdem tazminatı olarak kabul edilmelidir.

Ek m. 2, tazminatın hesaplanmasında İş K. m. 14'ün dikkate alınacağını belirtmiştir. Ancak, iş sonu tazminatı açısından 308 ve 399 sayılı KHK'lerde tazminat miktarı belirlenmiştir. Bu durumda özel düzenleme olan KHK'ler uygulanacaktır. KHK'lerde öngörülemeyen hususlar hakkında ise, genel düzenleme olan İş K. m. 14 dikta-

(60) RG., 9.4.1987 t. ve 19426 S.

(61) Yargıtay da bir kararında TUBİTAK'ın İş K. m. 14/7 anlamında kamu kuruluşu olmadığı yolunda karar verirken, "2.6.1964 günlü, 468 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, ekonomik alanda faaliyette bulunmak üzere kurulmuş iktisadi devlet teşekkülleri ile Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu gibi Kamu Kuruluşlarını kapsamına almaktadır. TUBİTAK'ın Özel Yasasında 1050, 2490 ve 3460 sayılı Kanunlara tabi olmadığı, hesaplarının murakıplar kurulu tarafından denetleneceği de açıkça belirtildiğine göre, hesaplarının Türkiye Büyük Millet Meclisini denetimine tabi tutulmadığı ve dolayısıyla da 468 sayılı Yasa kapsamına girmediği açıktır", hükmüyle KİT'lerin m. 14/7 anlamında kamu kuruluşu olduklarını karara bağlamıştır. Yarg. HGK., 29.4.1992 t., E. 1992/9-221, K. 1992/279, TEZ-KOOP-İŞ, 1989-1993 Yıllarına Ait Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları ve Hukuk Genel Kurulu Kararları, Ankara, s. 453 - 455. Yargıtayın Kararının değerlendirilmesi için bkz. KUTAL, Değerlendirme 1992, s. 68. Yalnız, Yargıtay 468 sayılı Kanunun daha sonra 3346 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırıldığını gözardı etmiştir. Buna karşın başka bir kararında Yargıtay, "Davalı ...Bankası T.A.Ş. 1475 sayılı İş Kanununun 14/7 fıkrasında sınırlı olarak sayılan genel, katma ve özel bütçeli idarelerden olmadığı gibi, 468 sayılı Kanun yerine geçen 3346 sayılı Kanunda belirtilen kurumlardan da değildir. Bu nedenle davacının ayrı bir kamu kurumu olan T.C. Ziraat Bankası ve Sağlık Bakanlığında geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatının hesabında birleştirilmesi mümkün değildir. Dairemiz kararları da bu yöndedir", görüşüyle sözkonusu durumu belirlemiştir. Yarg. 9. HD., 22.6.1993 t., E. 1993/1876, K. 1993/10857, Çimento, C. 7, S. 5, Eylül 1993, s. 43.

te alınacaktır. Bir başka ifadeyle, sözleşmenin sona erme durumları ve tazminatın miktarı özel olarak KHK'ler ile tesbit edildiğinden, bu hususlarda İş K. m. 14 uygulanamaz. Ancak, düzenleme altına alınmayan durumlarda İş K. Ek m. 2'deki açıklık karşısında, m. 14 uygulama alanı bulabilecektir.

Açıklamalarımız doğrultusunda iş sonu tazminatının gerçekte kıdem tazminatı niteliğinde olduğu belirlenirken, 399 sayılı KHK. m. 3/d (308 sayılı KHK. ile değişik 233 sayılı KHK. m. 42/2) gözardı edilmemelidir. Nitekim, sözleşmeli personel, toplu iş sözleşmeleri kapsamına alınmaz ve bu kimselere, toplu iş sözleşmeleri örnek alınarak aynı ve nakdi menfaatler sağlanamaz.

399 sayılı KHK.'de sözleşmeli personelin sözleşmesinin sona ermesi durumunda iş sonu tazminatı alıp alamayacağı yolunda bir hüküm bulunmamaktadır (62). Zaten, 399 sayılı KHK. m. 59 ile iş sonu tazminatını düzenleyen 233 sayılı KHK. m. 45 yürürlükten kaldırılmıştır. Yine, m. 59 ile işçi olarak çalışmakta olup da sözleşmeli statüye geçirilenlerin kıdem tazminatı haklarının saklı tutulacağını öngören 308 sayılı KHK.'nin geçici 1. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile, sözleşmeli personel olarak çalışanlar, iş sonu tazminatından, SSK'ya göre emekli olabilmeye ve özel sandıkların tanıdığı haklardan yararlanma imkanından yoksun bırakılmışlardır. Bunun gibi, işçi olarak çalışırken sözleşmeli statüye geçirilenler ise, sözkonusu hakların yanında, işçi olarak çalıştıkları dönem için geçerli olan kıdem tazminatından da mahrum edilmişlerdir (63).

Böylece, sözleşmeli personelin çalıştığı süreler, Emekli Sandığı'nın emeklilik ve sosyal güvenliğe ilişkin hükümleri çerçevesinde korunmaya çalışılmıştır (399 sayılı KHK. m. 12 ve Geçici m. 1). Ayrıca, sözleşmeli personel olarak çalışıp da, sosyal güvenlik açısından Sosyal Sigortalara bağlı olanların, 399 sayılı KHK. Geçici m. 1'e göre, KHK.'nin yayımını izleyen iki ay içerisinde Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi karşısında, hak kaybına uğrayacak olanların, sözleşmelerini feshetmeleri durumunda ne tür güvencelere sahip oldukları konusu da çözüme kavuşturulmamıştır (64). Bununla birlikte, **Uyumsuzluk Mahkemesi**, Sosyal Sigortalardan emekli olmasına çok az bir süre kalan sözleşmeli personelin Emekli Sandığına geçirilmesi aşamasında, sözleşmesini İş Kanunu m. 16'ya göre feshederek aç-

(62) Bu konuda bkz. aşa., II, B, 6.

(63) Bkz., BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 142; BAKIRCI, 399 sayılı KHK., s. 818.

(64) BAKIRCI, 399 sayılı KHK., s. 818.

miş olduğu davada talep ettiği iş sonu (kıdem) tazminatıyla ilgili uyumsuzluğun, adli yargının görev alanına girdiğini belirlemiştir (65).

399 sayılı KHK.'deki boşluk nedeniyle oluşan haksız durum, 408 sayılı KHK. (66) ile doldurulmaya çalışılmıştır. Gerçekten, 408 sayılı KHK. m. 2 ile, 299 sayılı KHK. geçici m. 8'e şu fıkralar eklenmiştir: "Sözleşmeli personelden geçici 9 uncu madde uyarınca işçi statüsüne geçenlerin teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda sözleşmeli statüde geçen hizmet süreleri kıdem tazminatlarının hesabında dikkate alınır.

308 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 1 inci maddesi uyarınca kapsam dışı statüden sözleşmeli statüye geçmiş bulunanların statü değişikliği tarihindeki mevzuat hükümleri çerçevesinde ve ödeneceği tarihteki ücretleri üzerinden kıdem tazminatı haklarının saklı tutulmasına devam olunur.

Bu madde uyarınca sözleşmeli statüde geçen bir yıllık hizmet karşılığında ödenecek iş sonu tazminatı ilgililerin brüt sözleşme ücretlerinin dörtte biridir".

Belirtilen bu istisnai hüküm dışında artık sözleşmeli personelin iş sonu tazminatı yürürlükten kalkmıştır (67). Zira, sözleşmeli personel, 399 sayılı KHK. m. 12 gereği sosyal güvenlik açısından Emekli Sandığı Kanununa tabidir. Dolayısıyla sözkonusu kimseler için iş sonu tazminatı değil, ancak emekli ikramiyesi geçerli olabilir (68) (69).

Yargıtay, 233 ve 308 sayılı KHK. döneminde, sözkonusu KHK.'lerdeki düzenleme ve sözleşmeli personelin statüsü konusundaki tartışmalar nedeniyle, kişinin işçilik haklarından yararlanabilmesi açısından, gerçek çalışma ilişkisine bakmıştır. Dolayısıyla, çalışma sıfatının sözleşmeli personel olmasına karşın, gerçekte çalışanın işçi olması durumunda, sözkonusu kimsenin işçilik haklarından yararlanabileceği yolunda kararlar vermiştir. Nitekim, Yargıtay'a göre, "Davacı, işyerinde işçi olarak çalışmakta iken (pastacı ve şeker-

(65) Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 28.6.1993 t., E. 1993/29, K. 1993/29, İHD., C. III, S. 3, Temmuz - Eylül 1993, s. 458 - 460. Ayrıca bkz. aşağıda, II, B, 6.

(66) 408 sayılı "T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile 233 ve 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" için bkz., RG. 28.3.1990 t. ve 20475 S.

(67) UL, İş Sonu Tazminatı, s. 6; TUNÇAY, A. Can, Özelleştirme ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları, Çimento İşveren, C. 5, S. 5, Eylül 1991, s. 7.

(68) UL, İş Sonu Tazminatı, s. 6.

(69) Sözleşmeli personelin sosyal güvenliğiyle ilgili düzenleme için bkz. yuk. II, B, 4.

ci olarak) 233 sayılı KHK. hükmüne göre sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiş ve bu statüde işçilik işlerinde çalıştırılmaya devam edilmiş ve yine bu statüde iken malülen emekli olmuştur. Davacının gördüğü işin mahiyetine göre işçi statüsüne tabi olması gerekir ve bu durumda İş Kanununa göre kıdem tazminatından yararlanır Buna göre davacı sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeyerek çalışmasını işçi olarak sürdürseydi, emekli olduğu tarihte ne ücret alacak idiye bu ücret üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi gerekir" (70).

Bu tür durumlar dışında sözleşmeli personel statüsünde çalışan kimselerin sözkonusu ilişki içerisinde çalıştıkları döneme ait kıdem tazminatı hakları bulunmamaktadır (71). Zira, başlangıçta kişi hizmet sözleşmesiyle ve işçi sıfatıyla çalışmış olsa da, artık sözleşmeli personel statüsüne geçmekle mevcut hizmet sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermiştir (72). Bundan sonra, çalışan sözleşmeli statüdeki dönem için kıdem tazminatı istemez (73). **Yargıtay'a** göre de, "Davacı davalı bankada 1.2.1981 tarihinde işçi statüsünde çalışmaya başladığını, 15.7.1988 tarihinde sözleşmeli personel statüsüne geçirildiğini ve 8.7.1991 tarihinde görevinden ayrıldığını, kendisine kıdem tazminatı ödenmediğini ileri sürerek istekte bulunmuştur... 1475 sayılı İş Kanununun 14. madde-

- (70) Yarg. 9. HD., 6.12.1988 t., E. 1988/11035, K. 1988/11580, Kamu-İş, C. 1, S. 7, Ocak 1989, s. 30, 31; Yarg. HGK., 9.10.1991 t., E. 1991/9-403, K. 1991/470, Tühis, C. 12, S. 7, Kasım 1991, s. 27, 28.
- (71) Sözkonusu halin istisnası, 408 sayılı KHK. m. 2 ile 399 sayılı KHK. geçici m. 8'e eklenen fıkradır. Buna göre, "Sözleşmeli personelden geçici 9 uncu madde uyarınca işçi statüsüne geçenlerin teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda sözleşmeli statüde geçen hizmet süreleri kıdem tazminatlarının hesabında dikkate alınır." 399 sayılı KHK. Geçici m. 9'a göre de, "Özel Hukuk hükümlerine göre kurulmuş olup yönetim kademelerinde iş kanunları çerçevesinde personel çalıştıran ve ekli 1 sayılı cetvelde yer almayan teşebbüs ve bağlı ortaklık personeli hakkında, yeni bir düzenleme yapılmaya kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tabi oldukları iş kanunu hükümleri uygulanır. Bu kuruluşların genel müdür, genel müdür yardımcısı ve yönetim kurulu üyelerinin (seçimle gelenler hariç) atanmalarında 2477 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Bunun dışında kalan görevlere yönetim kuruluşuna atama yapılır."
- (72) "Davacının sözleşmeli personel statüsüne geçirildiği ve hizmet akdinin sona erdiği 15.7.1988 tarihinde kıdem tazminatına hak kazandığını kabul etmek gerekir. Çünkü hizmet ilişkisi kıdem tazminatını hak edecek şekilde zaten sona ermiştir", Yarg. 9. HD., 28.9.1992 t., E. 1992/2692, K. 1992/10447, Tühis, C. 13, S. 1, Kasım - Şubat 1993, s. 34, 35.
- (73) Narmanoğlu'na göre de, "işçi sayılması kabul bulunmayan İdare Hukukuna tabi "sözleşmeli personelin de İş Kanunundan doğan kıdem tazminatı talep hakları yoktur", NARMANOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 2. B., Ankara 1994, s. 367.

sine göre, kıdem tazminatı işçilikte geçen hizmet süresi için öngörülmüştür. Sözleşmeli personel hizmet akdiyle çalışan, İş Kanununa tabi işçi değildir. Bu nedenle, davacının sözleşmeli personel olarak çalıştığı dönem için kıdem tazminatı istemesi mümkün değildir (74) (75).

Buna karşın, başlangıçta işçi olarak çalışmakla birlikte sözleşmeli statüye geçirilen kimselerin işçilik dönemi için sözkonusu olan kıdem tazminatı hakları, eğer alınmışlarsa saklı tutulmuştur. Gerçekten, 308 sayılı KHK. m. 16 ile 233 sayılı KHK.'ye eklenen Ek Geçici m. 1/4'e göre, "Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda bu Kanun Hükümünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte toplu iş sözleşmeleri kapsamı dışında hizmet akdi ile çalışan yönetim personeli en geç 31/12/1988 tarihinde sözleşmeli statüye geçirilirler. Bu suretle sözleşmeli statüye geçirildikleri tarihe kadarki sürelerle ait kıdem tazminatı hakları tazminatın ödeneceği tarihteki ücretleri üzerinden ve statü değişikliği tarihinde yürürlükte olan hükümler dairesinde saklıdır". 308 sayılı KHK. KİT.'lerde çalışan ve toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında işçi sıfatıyla çalışanların 31.12.1988 tarihine kadar sözleşmeli personel statüsüne geçirileceklerini öngörmüştür (76). Ancak, Anayasa Mahkemesi, toplu iş sözleşmesi kapsamı

- (74) Yarg. 9. HD., 1.3.1993 t., E. 1992/7647, K. 1993/2999, İşveren, C. XXXIII, S. 1, Ekim 1993, s. 17; "Memur ve sözleşmeli personel statüsünde çalıştıktan sonra işçiliğe geçen kişinin kıdem tazminatına esas alınacak hizmet süresi, işçilikte geçen süreyle sınırlıdır... 657 sayılı Kanuna ve sözleşmeli personel statüsüne tabi olarak geçen süre işçilikte geçen süre sayılmaz. Kıdem tazminatı işçilikte geçen süre için söz konusudur", Yarg. 9. HD., 28.11.1991 t., E. 1991/10506, K. 1991/16033, Tühis, 12, S. 8, Şubat 1992, s. 17.
- (75) Şunu belirtelim ki, sözleşmeli personelin sözleşmesinin sona ermesi durumunda kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemelerin, (örneğin 308 sayılı KHK. döneminde öngörülen iş sonu tazminatı) ismine bakılmaksızın, kıdem tazminatı olarak kabulü gerekmektedir. Zira İş Kanunu Ek m. 2, bu madde çerçevesinde yer alan sözleşmeli personel hakkında sözkonusu kuralı açık olarak düzenlemiştir. Bu konuda bkz., yuk., II, B, 5, b ve özellikle dn. 53 - 61 civarı.
- (76) Bu tarih, 23.12.1988 t. ve 352 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi, 308 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Geçici Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Hükümünde Kararname" ile (RG. 29.12.1988 t. ve 20034 S.), 31.3.1989 olarak değiştirilmiş, Bakanlar Kuruluna, 31.5.1989 tarihine kadar bu süreyi uzatma yetkisi tanınmıştır (m. 3). Daha sonra ise, 22.5.1989 t. ve 370 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükümünde Kararnameye Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Hükümünde Kararname" (RG. 30.5.1989 t. ve 20180 Mükerrer S.), m. 1 ile, "Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda toplu iş sözleşmeleri kapsamı

dışında çalışan işçilerin sözleşmeli statüye geçirilmelerini öngören bu geçici maddenin ilk cümlesini iptal etmiştir (77). Bu maddenin iptali ile, KİT'lerde toplu iş sözleşmesi kapsamında çalışsın, çalışmasın işçilikte geçen süreler için kıdem tazminatı hakları saklı tutulmuştur (78) (79).

399 sayılı KHK. döneminde de, 408 sayılı KHK. ile kapsam dışında olup da sözleşmeli statüye geçirilenlerin kıdem tazminatlarının saklı tutulmasına devam olunmuştur (m. 2). Böylece yine, 308 sayılı KHK. döneminde olduğu gibi, kapsam içi ve dışı ayrımı yapılmıştır. Kanaatimizce, burada da toplu iş sözleşmeleriyle işçi sıfatıyla çalışıp da -kapsam içi, dışı ayrımına bakılmaksızın- sözleşmeli statüye geçirilenlerin kıdem tazminatlarını geçiş döneminde aldıkları, eğer almadılar ise, 408 sayılı KHK.'deki korumadan yararlanacakları yolundaki çözüm tarzı (80), hakkaniyet ve eşitlik ilkelerine uygun olacaktır.

İşçi olarak çalışıp da, sözleşmeli statüye geçirilenlerin korunan

dışında hizmet akdi ile çalışan yönetim personeli en geç 31.12.1989 tarihine kadar sözleşmeli statüye geçirilirler" hükmü getirilmiştir.

(77) Bkz., AYM., 22.12.1988 t., E. 1988/5, K. 1988/55, AYMKD., S. 24, Ankara 1989, s. 511.

(78) Ulucan'a göre, "Aslında kapsam içi, kapsam dışı ayrımının da nesnel ölçü olarak konumuz açısından hiç bir değeri yoktur. Böyle bir ayrım sadece toplu iş sözleşmesi hukuku bakımından bir anlam ifade etmektedir. KHK.'ler ile getirilen bu yapay ölçü uygulamada da hiç anlaşılammış ve sürekli eleştirilmiştir". ULUCAN, Karar İncelemesi, İHD., C. 1, 1991, s. 603.

(79) Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce, toplu iş sözleşmesi kapsamında çalışıp da sözleşmeli statüye geçen işçilerin kıdem tazminatlarının korunup korunmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşın sözkonusu kimselerin geçiş döneminde kıdem tazminatına hak kazanacakları ve kendilerine kıdem tazminatı ödeneceği kabul edilmiştir. Eger sözkonusu kimseler kıdem tazminatı almamışlar ise, hiç şüphesiz bu kişiler de, ek geçici maddedeki korumadan yararlanacaklardır. Bkz., ULUCAN, Devrim, Karar İncelemesi, İHD., C. 1, 1991, s. 106; USTA, Osman, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, 2. B., Ankara 1994, s. 107.

(80) ULUCAN, Karar İncelemesi, s. 108; ULUCAN, Karar İncelemesi, s. 603; Usta'ya göre, "Maddede yine kapsam dışı, kapsam içi ayrımı yapılmıştır. Bunun anlamı, kapsam içi personele statü değişikliği tarihinde derhal kıdem tazminatı ödeneceği, kapsam dışı personel bakımından kıdem tazminatı haklarının saklı tutulabileceği olabilir. Ancak kapsam içi personele kıdem tazminatı ödenmemiş ise bu durumda, Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda onların da kıdem tazminatı haklarının saklı tutulması gerekir", USTA, s. 381. Ayrıca bkz., UL, Necdet, İşçi Statüsünde İken Sözleşmeli Olan Personel ve Kıdem Tazminatı, İş ve Hukuk, Y. 24, S. 196, Eylül - Ekim 1989, s. 6.

kıdem tazminatlarında sözkonusu olan ücret en son aldıkları, bir başka ifade ile, sözleşmeli statüde aldıkları ücrettir (408 sayılı KHK. m. 2/2, 308 sayılı KHK. Geçici m. 1/4). Buna karşın ücret dışındaki hükümler açısından hangi tarihin esas alınması gerektiği hususu öğretide tartışılmalıdır. Ul'a göre, kıdem tazminatına esas ücret, sözleşmeli personel olarak çalışmakta olan ücret olmakla birlikte, kıdem tazminatına ilişkin diğer hususlarda işçilikten ayrılma anı esas alınır. Örneğin, kıdem tazminatı tavanını belirleyen katsayı, bunlarla ilgili gösterge rakamlarını içeren hükümler, işçilikten sözleşmeli personel statüsüne ayrılma anına göre belirlenecektir (81). Buna karşın, **Ulucan'a** göre ise, ücretin yanısıra tavan sınırı bakımından da statü değişikliğindeki tarih esas alınmalıdır (82). **Kanaatimizce** de, KHK. ile getirilmeye çalışılan amaç, işçilikten sözleşmeli personel statüsüne geçirilen kimsenin kıdem tazminatı hakkının korunmasıdır. Bu da, sözleşmeli personel statüsünün sona ermesi anındaki ücret üzerinden olmalıdır. Bunun yanında, kıdem tazminatında tavan miktarının belirlenmesinde de, işçilikten sözleşmeli personel statüsüne geçme değil, sözleşmeli personel statüsünden ayrılma anı esas alınmalıdır. Yoksa, aradan uzun bir sürenin geçmesi durumunda kişinin işçilikten ayrılma anını esas almak, KHK.'de belirtilen işçinin son ücreti hükmünün enflasyonist bir ortamda herhangi bir hükmünün kalmaması anlamındadır. Aksi biçimde bir yorum tarzı, KHK. düzenlemesine açık olarak aykırılık teşkil eder ve kıdem tazminatı miktarının sabit tutulması, hatta zaman içerisinde azalması sonucunu doğurur.

Yargıtay, başlangıçta kıdem tazminatı için geçerli olan tazminatın belirlenmesinde işçilikten sözleşmeli statüye geçerken sözkonusu olan ücretin dikkate alınması gerektiğini öngörmüştür (83). Yargıtay'ın sözkonusu kararı istisna niteliğinde verilmiş olan bir

(81) Bkz., **UL**, Kıdem Tazminatı, s. 6.

(82) **ULUCAN**, Karar İncelemesi, s. 106 vd.; **ULUCAN**, Karar İncelemesi, s. 603, 604; **USTA**, s. 361; Ayrıca bkz., **NARMANLIOĞLU**, Ünal, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992, s. 76; **ÖZKÜL**, Genel Görüşme 1990, s. 90.

(83) "İşçi statüsündeyken sözleşmeli personel statüsüne geçirilen işçinin kıdem tazminatının hesabında statü değişikliği tarihindeki ücreti dikkate alınır. Sözleşmeli personel statüsünde çalışmaktayken işten ayrıldığı tarihteki tavan sınırına göre hesap yapılması yanlıştır", Yarg. 9. HD., 27.9.1990 t., E. 1990/5890, K. 1990/9879, Çimento İşveren, C. 4, S. 6, Kasım 1990, s. 24, Kararın değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. **ULUCAN**, Devrim, İHD., C. 1, 1991, s. 101 vd.; Ayrıca bkz., **NARMANLIOĞLU**, Değerlendirme 1990, s. 76.

karardır (84). Nitekim Yargıtay yanlış olan bu görüşünden dönmüştür. Gerçekten Yargıtay'a göre, "Sözleşmeli personel olarak çalışmakta iken SS. Kurumundan yaşlılık aylığı almak için sözleşmesi sona erdirilen davacı hizmet akdi ile çalıştığı süre için emekli olduğu tarihteki ücreti üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatına hak kazanır" (85).

Hemen şunu ifade edelim ki, işçi olarak çalışmakta olan kişinin hizmet sözleşmesi, sözleşmeli statüye geçtiği anda sona ermektedir. Bundan sonra sözleşmeli statüde devam eden çalışmanın ne şekilde sona erdiğinin, korunan kıdem tazminatlarının ödenmesinde bir önemi yoktur (86) (87).

6. Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Yargı Yolu

KİT. ile sözleşmeli personel arasında bağitlanan sözleşme, bir idari sözleşme olduğundan, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların da çözüm yeri İdari Yargıdır (88). Buna karşın 308 sayılı KHK. döneminde sözkonusu duruma dikkat edilmemiştir. 308 sayılı KHK.

- (84) Özkul'a göre, "...sözleşmeli personelle ilgili bir konuya değinmek istiyorum. Burada sözleşmeli personel statüsüne geçirilen işçinin kıdem tazminatı hesabında statü değişikliği tarihindeki tavan sınırının mı, yoksa işten ayrıldığı tavan sınırının mı dikkate alınması gerektiği sorunu. Hemen belirtelim ki, bu Dairemizin vermiş olduğu kararlardan tek istisnasını oluşturmaktadır. Biz sözleşmeli statüye geçiş tarihinin esas alınması gerekir sonucuna yanlış olarak varmışız... 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4. bendi bu konuda çok açıktır. Bu karar emsal teşkil etmez... Fakat sonra vermiş olduğumuz tüm kararlar, son ücret üzerinden ve fesih tarihindeki yani sözleşmeli personel statüsünün son bulduğu tarihteki tavan sınırına göre, kıdem tazminatının hesap edilmesi gerekeceği sonucuna varmak lazımdır. Kararlarımızın tümü bu doğrultudadır..." ÖZKUL, Genel Görüşme 1990, s. 90.
- (85) Yarg. 9. HD., 17.6.1991 t., E. 1991/3104, K. 1991/9730, Kararın değerlendirilmesi için, ULUCAN, Devrim, Karar İncelemesi, İHD., C. 1, 1991, s. 601 vd.
- (86) "Davacının sözleşmeli personel iken istifa etmesi, işçilik dönemine ait kıdem tazminatını ortadan kaldırmaz", Yarg. 9. HD., 28.9.1992 t., E. 1992/2692, K. 1992/10447, Tühis, C. 13, S. 1, Kasım - Şubat 1993, s. 34, 35.
- (87) KUTAL, Değerlendirme 1992, s. 64; USTA, s. 108; Ulucan'a göre de, "... 399 sayılı KHK. sözleşmeli personeli kamu görevlisi statüsüne sokmuştur. Ve bu personelin işten ayrılma koşulları, İş Kanununa tabi işçilerden farklıdır. Böyle olunca, İş K. m. 14'ün kıdem tazminatına hak kazanma hükümleri bakımından değil, sadece kıdem tazminatının hesaplanma esasları bakımından uygulanması söz konusu olabilecektir", ULUCAN, Karar İncelemesi, s. 604.
- (88) KESKİN, Nedim, Sözleşmeli Personel İhtilaflarında Adli ve İdari Yargı Yeri, İş ve Hukuk, Y. 24, S. 194, Mayıs - Haziran 1989, s. 4 - 6.

m. 6 ile değişik 233 sayılı KHK. m. 45/8'e göre, "Personelle akte-
lecek sözleşmelerin uygulanmasından doğacak her türlü ihtilaflar
adli yargı mercilerince karara bağlanır". Böyle bir düzenleme ile
idare, idari yargı denetiminden kaçmak istemiştir (89). Nitekim,
Anayasa Mahkemesi de, bu kuralı, "... taraflardan birinin kamu tü-
zel kişisi olması, konunun kamu hizmeti ile ilgili bulunması, düzen-
leme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk ku-
rallarından çok kamu hukuku kuralları olması ve yönetime üstün-
lük tanınması, idari sözleşmelerin ana koşullarıdır. Bu çerçeve için-
de KİT.'lerde de kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili kararlar
idari nitelik taşıdığı gibi, asli ve sürekli kamu görevini yerine geti-
ren çalışanlar hakkındaki işlemleri de aynı niteliktedir. Yönetimle
görevlileri arasındaki ilişki idare hukuku ilkelerine dayanan ve ida-
re hukuku kurallarıyla düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir. Şu
halde, KİT.'lerin, öngörülen düzende çalışacak sözleşmeli personeli,
kamu görevlisi niteliği dışında olamaz. Sözleşme, kamu hukuku iliş-
kisini değiştiremez ve ortadan kaldıramaz. Bunların, yönetimle iliş-
kilerinden çıkan uyumsuzluklar, kamu hukukuna göre ancak idari
yargı yerinde çözümlenir" (90), gerekçesiyle Anayasaya aykırı bul-
muştur.

399 sayılı KHK.'de ise, görevli yargı yeri konusunda bir düzen-
leme bulunmamaktadır. Ancak, sözleşmeli personelle bağtlanan
sözleşmelerin bir idari sözleşme olmaları nedeniyle ortaya çıkan
uyumsuzlukların da çözüm yeri İdari Yargıdır.

Yargıtay uygulamasında mevzuatta ortaya çıkan bu durumun
dikkate alındığı görülmektedir. Nitekim, Yargıtay'a göre, "Davacı,
üniversite mezunudur. Altışar aylık sözleşmelerle THY'da yolcu
hizmetleri memuru olarak işe alınmış ve o suretle çalıştırılmıştır.
Sözleşmelerinde "sözleşmeli personel" olarak istihdam edildiği ve
hakkında 233 sayılı KHK. hükümlerinin uygulanacağı yazılıdır. Da-
vacı sözleşmeyi bu statü çerçevesinde imzalamıştır. İşin niteliği de
dikkate alındığında 233 sayılı KHK.'ye göre istihdam mümkündür.
Bu itibarla davacı işçi sayılmaz. Sosyal Güvenlik açısından SSK ile
ilgilendirilmiş olması durumunu değiştirmez. Fesih tarihinde 308 sa-
yıılı KHK. yürürlüktedir. Bu Kararnamenin 6. maddesiyle değişik
233 sayılı KHK.'nin 45 nci maddesinin 8 nci bendinde bu tür davala-
rın adli yargıda görüleceği vurgulanmıştır. Yine sözü edilen karar-
namelere göre sözleşmeli personel işçi sayılmadığından davaya iş

(89) BAKIRCI, Sözleşmeli Personel, s. 114.

(90) AYM., 22.12.1988 t., E. 1988/5, K. 1988/55, AYMKD., S. 24, Ankara 1989,
s. 505, 506.

mahkemesi görevli olmayıp, Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir. O halde görevsizlik kararı verilmek gerekirken işin esası hakkında hüküm tesis edilmiş olması bozmayı gerektirmiştir" (91).

Bunun yanısıra, Yargıtay, Anayasa Mahkemesinin 308 sayılı KHK'deki uyumsuzlukların çözümünde adli yargının görevli olması kuralını iptalinden sonra, sözleşmeli personel ilişkisinin idari sözleşmeye dayanması nedeniyle, uyumsuzlukların çözümünde İdari Yargının görevli olduğu yolunda kararlar vermiştir (92). Gerçekten

(91) Yarg. 9. HD., 9. 11.1989 t., E. 1989/6521, K. 1989/9661, Tühis, C. 11, S. 11, Kasım 1988, s. 17.

(92) Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ve 399 sayılı KHK ile Yargıtay uygulaması, sözleşmeli personel açısından artık çalışan kimsenin çalışma ilişkisine bakmaksızın aradaki ilişkinin bir idari sözleşme olduğu yolunda oluşmuştur. Bkz., ÖZKUL, Genel Görüşme 1990, s. 22.

Buna karşılık Yargıtay, "233 sayılı KHK uyarınca sözleşmeli personel olarak çalışanlar işçi sayılmazlar. Aradaki ilişki idari sözleşmeye dayanır. Böyle olunca davaya bakmaya idari yargı yeri görevli olur. O halde, uyumsuzlukla ilgili dönemde davacının sözleşmeli personel olup olmadığı araştırılıp, gerçekten sözleşmeli personel ise, görevsizlik kararı verilmesi gerekir. Bu husus, üzerinde durulmaksızın işin esası hakkında hüküm tesis edilmiştir", şeklindeki görüşüyle, ilk derece mahkemesinin gerçek çalışma niteliğini araştırması gerektiği yolunda karar vermiştir. Yarg. 9. HD., 9.4.1992 t., E. 1991/16746, K. 1992/3976, YKD., C. 18, S. 13, Eylül, 1992, s. 1369, 1370. Kararın değerlendirmesini yapan Centel'e göre, "Sözleşmeli personel olarak çalışanların işçi olarak sayılmadıkları için bunlara ait uyumsuzluklarda iş mahkemelerinin görevli bulunmadıklarına ilişkin karardaki açıklamalar, yerindedir. İş Mahkemeleri Kanunu m. 1/I, salt "işçi sayılan kimselerle" ilgili uyumsuzluklarda, iş mahkemelerini görevli kılmıştır. Diğer yandan, anılan kararda dikkat çekici bir nokta da, davacının, "gerçekten" sözleşmeli personel olup olmadığının araştırılmasının istenmiş bulunmasıdır. Bundan, Yarg. 9. HD.'nin "sözleşmeli personel" adı altında çalıştırılmış olmayı yeterli bulmadığı sonucu çıkmaktadır ki, bu, 233 sayılı KHK'nin uygulanmasını, işçi sayılmama için başlıbaşına yeterli neden olarak kabul eden eski mahkeme kararları bakımından, olumlu yönde önemli bir gelişmedir. Bu da, bize Yarg. 9. HD.'nin sözleşmeli personel statüsünde çalışanların hukuki ilişkilerini önceki içtihadı doğrultusunda, gördükleri işin türüne göre nitelendirmeyi sürdürmede kararlı olduğunu göstermektedir", CENTEL, Tankut, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, s. 5, 6. Kanaatimize göre de, eğer konu uyumsuzluk, 233 sayılı KHK döneminde aitse, bir başka ifadeyle, 308 sayılı KHK'nin Anayasa Mahkemesince iptalinden önceki devreye yönelik ise, Yargıtayın yerleşik içtihadı doğrultusunda uyumsuzluk çözümlenmiştir. Yok, eğer, uyumsuzluk, 399 sayılı KHK döneminde aitse, Yargıtay önceki kararlarından farklı olarak, bu dönem içinde de, istisnai de olsa, gerçek çalışma ilişkisine bakılması yönünde bir karar vermiştir.

Yargıtay'a göre, "... Muris ile davalı kurum arasındaki ilişkinin 233 sayılı KHK.'ye tabi sözleşmeli personel statüsüne dayandığı anlaşılmaktadır (Muris TEK'de mühendis olarak çalışmaktayken iş kazası geçirmiştir). Adı geçen KHK. hükümlerine göre sözleşmeli personel, işçi sayılmaz. Anayasa Mahkemesinin... kararında da vurgulandığı üzere taraflar arasındaki ilişkiyi kuran sözleşme idari sözleşmedir. Bu nedenle taraflar arasındaki uyumsuzluk kamu hukukuna göre ancak idari yargı yerinde çözümlenir. Bu durumda iş mahkemesi davaya bakmaya görevli değildir. Görevli yargı yeri idari yargıdır..." (93).

Danıştay da, 308 sayılı KHK. döneminde, İdare Mahkemesinin sözleşmeli personelle ilgili uyumsuzlukta verdiği görevsizlik kararını, sözkonusu kuralın, Anayasaya aykırılığı nedeniyle bozmuştur. Gerçekten Danıştay'a göre, "Personelle aktedilecek sözleşmelerin uygulanmasından doğacak her türlü ihtilafların adli yargı mercilerince karara bağlanacağı hakkındaki 233 sayılı K.H. Kararnamenin 308 sayılı K.H. Kararname ile değişik 45/8 maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı Resmi Gazetede yayınlanıp yürürlüğe girmeden evvel açılmış davalarda dahi, iptali bilinen ve fakat iptali henüz yürürlüğe girmemiş maddeye dayanılarak hüküm tesis edilemez.

Bu nedenle, iptal edildiği bilinen maddeye dayanılarak verilmiş İdare Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir" (94).

Uyumsuzluk Mahkemesine göre de, sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshi nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzlukların çözüm yeri idari yargıdır. Gerçekten Uyumsuzluk Mahkemesine göre, "Sözleşmeli personel statüsünün düzenleme ve yürütme biçiminin özel hukuk esaslarından çok kamu hukuku esaslarına uygun bulunması karşısında idare ile vatandaş arasında idare hukuku alanına giren bir anlaşmazlık sözkonusu olmaktadır.

(93) Yarg. 9. HD., 16.11.1989 t., E. 1989/6560, K. 1989/9897, Türk Kamu-Sen, C. 1, S. 10, Aralık 1989, s. 57; aynı doğrultuda, Yarg. 9. HD., 19.1.1989 t., E. 1989/10500, K. 1989/165, Tühis, C. 11, S. 8, Şubat 1989, s. 18, 19; Yarg. 5.10.1990 t., E. 1990/6482, K. 1990/9898, Tühis, C. 12, S. 3, Kasım 1990, s. 12; Yarg. 9. HD., 29.4.1991 t., E. 1990/14034, K. 1991/7644, Tühis, C. 12, S. 5, Mayıs 1991, s. 14, 15; Yarg. 9. HD., 28.9.1992 t., E. 1992/2692, K. 1992/10447, Tühis, C. 13, S. 1, Kasım - Şubat 1993, s. 34, 35.

(94) Danıştay 5. D., 22.11.1989 t., E. 1988/2847, K. 1989/2000, İş ve Hukuk, Y. 25, S. 206, Eylül 1990, s. 19 - 21, 24.

İdare mahkemeleri idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davalarını çözmekle görevli olduğundan, davacının sözleşmesinin idare tarafından feshinden doğan anlaşmazlığın görüm ve çözümü de idari yargının görevine girmektedir" (95).

Buna karşın Uyuşmazlık Mahkemesi, bir olayda, memuriyet statüsüne geçirilmek istenen sözleşmeli personelin, sözleşmesini feshederek işten ayrılması sonucu iş sonu tazminatı istemine ilişkin davanın adli yargıda ve iş sonu tazminatının da gerçekte kıdem tazminatı olması nedeniyle, iş mahkemesinde görülmesi gerektiği yolunda karar vermiştir (96). Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelen konu, özet olarak şöyledir: Davacı, PTT'de sözleşmeli statüde sigortalı olarak çalışmakta iken, İdare kendisini 399 sayılı KHK gereği, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa tabi tutmak istemiştir. Davacı ise, bu statü değişikliği sonucunda emeklilik süresinin çok fazla uzayacağı nedeniyle sözleşmesini feshetmiş ve 26.3.1990 tarihinde kendisine SSK'dan emekli aylığı bağlanmıştır. Bundan sonra davacı, 22.5.1990 tarihinde iş mahkemesinde kıdem tazminatı istemiyle bir dava açmıştır. Davacı, kıdem tazminatı gerekçesini, sözleşmesini İş K. m. 16 gereğince feshetmesine dayandırmıştır. İş Mahkemesi de istemi, İdarenin bu girişiminin sözleşmenin haklı nedenle feshine imkan tanınması nedeniyle, haklı bulmuştur. Temyiz edilen sözkonusu karar, Yargıtay 9. HD., 21.5.1991 t. ve 736/8773 sayılı kararıyla bozulmuştur. Zira, Yargıtay'a göre, mevcut KHK'ler çerçevesinde sözleşmeli personel işçi sayılmaz. Sözleşmeli personelle yapılan sözleşmeler idari niteliktedir. Bu nedenle, davaya bakmaya idare mahkemesi yetkilidir (97). Bunun üzerine ilk derece mahkemesi bozma

- (95) Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 11.10.1993 t., E. 1993/41, K. 1993/40, İş ve Hukuk, Y. 29, S. 239, Şubat - Mart 1994, s. 30 - 33; aynı doğrultuda, Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 20.3.1992 t., E. 1992/9, K. 1992/12, İş ve Hukuk, Y. 27, S. 228, Temmuz 1992, s. 31 - 33; Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 27.11.1989 t., E. 1989/28, K. 1989/32, İş ve Hukuk, Y. 25, S. 200, Mart 1990, s. 37, 38.
- (96) Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 28.6.1993 t., E. 1993/29, K. 1993/29, ÜHD., C. III, S. 3, Temmuz - Eylül 1993, s. 458 - 560.
- (97) Yargıtay benzer olaylarda aynı şekilde kararlar vermiştir: "Sözleşmeli personel statüsünde geçen süre için vaki istekler yönünden iş mahkemesi yetkili değildir. Buna karşılık, sözleşmeli personel statüsüne geçilmeden önceki durumlar için İş Mahkemesi yetkilidir", Yarg. 9. HD., 5.10.1990 t., E. 1990/6482, K. 1990/9898, Tuhis, C. 12, S. 3, Kasım 1990, s. 12; "Davacı ile davalı arasındaki hukuki ilişki, İş Kanunu anlamında hizmet akdi değil, İdare Hukuku ilişkisidir. Bu nedenle davaya bakmaya İdari

kararına uymuştur. Uyuma kararı da, temyiz edilmediğinden kesinleşmiştir. Bunun sonucunda dava **İdare Mahkemesinde** açılmıştır. **İdare Mahkemesi** ise, 10.3.1993 t. ve 91/549 sayılı kararıyla kendisinin de görevsiz olması dolayısıyla **Uyuşmazlık Mahkemesine** başvurmuştur. **İdare Mahkemesine** göre, Emekli Sandığı Kanunu kapsamına alınmak istenilen davacı işçi sayılamaz. Ancak, bu kimse- nin görevden ayrıldığı tarihte yürürlükte bulunan KHK.'de durumuna uyan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, 1475 sayılı İş Kanununa 2457 sayılı Kanunla eklenen EK m. 2, kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak çalışanlara mevzuat ve sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemelerin kıdem tazminatı sayılacağı ve sözkonusu tazminatın hesaplanmasında İş K. m. 14'ün dikkate alınacağını öngörmüştür. Belirtilen nedenlerle davaya bakmaya Adli Yargı görevlidir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararına göre de, "Davacının işçi statüsünde bulunmadığı açık olmakla birlikte, 399 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin geçici madde 1'e göre, 5434 sayılı Kanun kapsamına alınmadan sözleşmeli statüsünde iken, istifa etmiştir. Davanın esası 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre istediği kıdem (işsonu) tazminatının ödenip ödenmeyeceğine ilişkin bulunmaktadır. Bu duruma göre anlaşmazlığın çözümünde davacının statüsü değil alacağın niteliği önem taşımaktadır". **Uyuşmazlık Mahkemesi** de, hareket noktasını 1475 sayılı İş Kanununun 5.5.1981 t. ve 2457 (98)

Yargı yeri görevlidir", Yarg. 9. HD., 19.1.1989 t., E. 1988/10500, K. 1989/165, Tühis, C. 11, S. 8, Şubat 1989, s. 18, 19; "Davacı, sözleşmeli personel olarak çalıştığı döneme ilişkin iş sonu tazminatı da istemiştir. Ancak sözleşmeli personel idari sözleşme ile çalışan kamu görevlisidir, görevli yargı yeri idari yargı yeridir", Yarg. 9. HD., 28.9.1992 t., E. 1992/2692, K. 1992/10447, Tühis, C. 13, S. 1, Kasım - Şubat 1993, s. 34, 35; "233 ve 399 sayılı KHK. gereğince çalıştırılan kimseler işçi statüsünde değildirler. Bu gibi kimselerin işçilik haklarından yararlandırılması isteği ile açtıkları davalara idari yargı yerinde bakılır", Yarg. 9. HD., 1.6.1992 t., E. 1992/168, K. 1992/5822, Çimento İşveren, C. 6, S. 5, Eylül 1992, s. 39, 40.

- (98) Gerek İdare Mahkemesinin ve gerekse Uyuşmazlık Mahkemesinin Kararında İş Kanununa eklenen Kanunun numarası 2475 olarak yanlış yazılmıştır. Bu nedenle sözkonusu Kanunu 2457 sayılı Kanun olarak anlamak gerekmektedir. 2457 sayılı Kanunla İş Kanunu'na eklenen Ek m. 2'ye göre, "Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kurum ve kuruluşların, haklarında 1475, 854, 5953 ve 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır ve bu Kanunun 14'üncü maddesindeki esaslara ve miktara göre ödenir. Bu maddeye aykırı hareket edenler hakkında da 98 inci maddenin ilgili hükmü uygulanır."

sayılı Kanunla eklenen hükme bağlamıştır. Daha önce de, belirttiğimiz gibi 399 sayılı KHK. iş sonu tazminatına yer vermemiştir. Bu boşluk 408 sayılı KHK. ile doldurulmaya çalışılmıştır (99). Ancak, burada da iş sonu tazminatının, 1 sayılı cetveldeki kadrolara geçmek istemeyip ayrılanlar için sözkonusu olduğu hükme bağlanmıştır.

İşçi olarak çalışmakta iken sözleşmeli personel statüsüne geçirilen kimselerin, işçi sıfatıyla çalışmalarından doğan taleplerinde ise, iş mahkemeleri görevlidir. Örneğin sözkonusu kimsenin işçi olarak çalıştığı döneme ait kıdem tazminatından doğan uyuşmazlık, iş mahkemesinde çözülür. Yargıtay'a göre de, "...sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeden önceki durumlar için iş mahkemesi yetkilidir" (100).

Hiç şüphesiz, sözleşmeli personel olarak çalışanlardan, çalıştıkları kurumun özelleştirilmesi durumunda, çalışmalarına devam edenlerle çıkan uyuşmazlıklarda görevli yargı Adli Yargıdır. Zira, özelleştirilen kuruluşda, özelleştirme işleminden sonra çalışmaya devam edilmesi durumunda bu ilişki, hizmet sözleşmesi olup, çalışan kimsenin de sıfatı işçidir. Gerçekten Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre de, "Dava, Kamu İktisadi Teşebbüsünde sözleşmeli personel statüsünde çalışan davacının, işyerinin özelleştirilmesinden sonra belirli süreli hizmet akdinin (sözleşmesinin) tek taraflı olarak feshedilmesi sonunda kıdem tazminatının ve haksız kesildiği ileri sürülen ücretin ödenmesi istemiyle açılmıştır... Olayda kurumun özelleştirilmesi sonucu özel hukuk tüzel kişiliği kazandığı sözleşmeli davacının da işçi statüsüne geçtiği tartışmasızdır. Davacı, 3291 sayılı Yasa'nın... 16. maddesine dayanarak Emekli Sandığı ile irtibatının devamını istemiştir. Ancak bu isteğin davacının sadece emeklilik dönemindeki özlük hakları bakımından hukuki sonuç doğurucu nitelikte olduğunun kabulü gerekir. Nitekim 5434 sayılı Yasa'da bu-

(99) Bkz. yuk., II, B, 5, b.

(100) Yarg. 9. HD., 5.10.1990 t., E. 1990/6482, K. 1990/9898, Tühis. C. 12, S. 3, Kasım 1990, s. 12; "1977 yılından itibaren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/c maddesi uyarınca sözleşmeli personel olarak çalışan davacının, 1977'den önce hizmet akdiyle çalıştığı dönemle ilgili kıdem tazminatının, emekli olmak üzere sözleşmesine son verildiği tarihteki ücreti üzerinden hesaplanması icap eder. Bu dönemle ilgili kıdem tazminatı davasına bakmak iş mahkemesinin görevi içindedir", Yarg. 9. HD., 17.6.1991 t., E. 1991/3104, K. 1991/9730, İş ve Hukuk, Y. 26, S. 217, Ağustos 1991, s. 32, 33; aynı doğrultuda, Yarg. 9. HD., 28.9.1992 t., E. 1992/2692, K. 1992/10447, İş ve Hukuk, Y. 28, S. 232, Aralık 199 - Ocak 1993, s. 33, 34; Yarg. 9. HD., 1.3.1993 t., E. 1992/7647, K. 1993/2999, İş ve Hukuk, Y. 28, S. 235, Haziran - Temmuz 1993, s. 30, 31.

nun gibi istisna hükümleri mevcuttur. (Geçici 191-192. maddeleri) Davacının bir istisna hükmünden yararlanmış olması sözleşmeli personel sayılması için yeterli bir neden olmadığı gibi 1475 ve 3291 sayılı Yasalarda da bu konuda herhangi bir hüküm yer almış değildir.

Bu durumda özelleştirilme sonunda işçi statüsüne geçmiş bulunan sözleşmeli personelin 1475 sayılı İş Yasasına dayalı kıdem tazminatı istemine ilişkin davanın çözüm yeri adli yargı olmaktadır.

Nitekim 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesinde : İş Yasası'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyumsuzluklarının iş mahkemelerinde çözümleneceği belirtilmiştir. Sonuç itibariyle, davacının İş Yasası'na dayanarak istediği kıdem tazminatı ve diğer alacağına ilişkin davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi ... gerekmektedir" (101).

C) ÖZELLEŞTİRİLEN KURULUŞLARDA ÇALIŞAN SÖZLEŞMELİ PERSONELİN DURUMU

1. Genel Olarak

Özelleştirilen kuruluşlarda çalışan sözleşmeli personelin özelleştirme (102) durumunda statüsünün ne olacağına dair mevzuat içe-

- (101) Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 3.10.1994 t., E. 1994/7, K. 1994/20, RG. 20.10.1994 t. ve 22087 S., s. 19 - 22; "Davalı kurumun özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştürülmesi buyurucu bir yasa hükmüne dayalı olup, davalı kurum yine bu yasa ile özel hukuk hükümlerine tabi kılınmıştır... Sözleşmeli Personel Yönetmeliğın, 418 sayılı Kanun Hükmünde Kararname nin 40. maddesine, 3291 sayılı Yasa'ya ve Petrol Ofisi Anonim Şirketi Ana Sözleşmesine göre hazırlanıp 7.10.1993 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. (Yönetmelik Md. 2) Davacı da bu Yönetmeliğe ve ana sözleşmeye göre yukarıda açıklanan nedenlerle özel hukuka tabi kılınan kurumda (anonim şirkette) çalışmaktayken sözleşmesi feshedilmiş olduğundan, bu sözleşmenin bir "iş akdi" niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Herne kadar yönetmeliğın 3. maddesinde personel deyiminin, bir hizmet sözleşmesiyle çalışan, işçi ve memur statüsünde olmayan personeli ifade ettiği belirtilmiş ve dava konusu sözleşme hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmış ise de, dava konusu işlemin özel hukuka tabi kılınmış bir kurum ile yapılan hizmet sözleşmesinin iş veren tarafından feshi niteliği taşıması bakımından hukuksal denetim adli yargının görevine girmektedir", Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 3.10.1994 t., E. 1994/23, K. 1994/25, RG. 20.10.1994 t., ve 22087 S., s. 33-35.
- (102) 4046 sayılı Kanundan önceki döneme ilişkin özelleştirme ve özelleştirmenin bu kuruluşlarda çalışanlar hakkındaki etkisi hakkında bkz. ULUCAN, Özelleştirme, s. 498 vd.; TUNÇAY, Özelleştirme, s. 3 vd.; GÜZEL, s. 197 vd.; DERELİ, Tokar, Özelleştirmenin Endüstri İlişkilerine Etkisi, Basisen, S. 51. Ekim 1993, s. 24 vd.; ARJOL, Kadir, Özelleştirme ve Özelleştirmeden Doğabilecek İş Hukuku Problemleri, Gazi ÜNİVERSİTESİ, C. 6, S. 1, Yıl. 1990, s. 399vd.;

risinde 4046 sayılı Kanuna kadar özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak, 3291 sayılı Kanun m. 14/a'da, özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerini: "... doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait hisselerinin tamamı bedel alınmadan Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresine devredilmiş ve Türk Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili diğer kanunlardaki şartlar aranmaksızın anonim ortaklığa dönüşmüş sayılır... Bunların sermayelerindeki kamu payının % 50'nin altına düşmesi halinde bu konudaki mevzuat hükümleri uygulanır..." denilmekte; aynı Kanun m. 16'da, "Özelleştirilen kurumun anonim ortaklığa dönüştürülmesinden sonra kurumda Emekli Sandığına tabi olarak çalışan personelin özelleştirme kararı tarihi ile özelleştirilen kurumun sermayesindeki kamu payının % 50'nin altına düşmesine kadar her türlü hakları ve vecibeleri devam eder. Bu payın % 50'nin altına düşmesi halinde isteyenler T.C. Emekli Sandığı ile irtibatlandırılırlar" (103). Görüldüğü gibi, bu düzenlemede sözleşmeli personel olarak çalışanların durumuyla ilgili herhangi bir hükme rastlanmamaktadır (104).

Bunun yanı sıra, siyasi iktidar, bir dizi KHK'lerle özelleştirme ve özelleştirilen kuruluşlarda çalışan personelle ilgili düzenlemeler yapmışsa da (105) (106), sözkonusu KHK'lerin Anayasa aykırılığı nedeniyle önce yürürlüklerinin durdurulması, sonra da iptal edilmele-ri karşısında sözkonusu boşluğun doldurulması için 4046 sayılı Kanun yürürlüğe konmuştur.

BEDİR, Eyüp, Kamu - İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesinden Doğan Problemler ve Çözüm Önerileri, Şeker-İş Yayını, Ankara 1993, s. 7 vd.; **HABER-İŞ**, Haberleşme Sektöründe Özelleştirme Sorunu, Ankara 1994, s. 1 vd.; **TÜRK MENTAL**, Küreselleşme Akımı İçinde Özelleştirmenin Yeri ve Özelleştirme Uygulamaları Sempozyumu, 20 - 21.4.1994, Ankara, Kırkkale 1994, s. 1 vd.; **TÜRKİYE MADEN İŞÇİLERİ SENDİKASI**, Dünyada ve Türkiye'de Özelleştirme, Editör, Ergin ARIOĞLU, Ankara 1994, s. 1 vd.; **ALPER**, Yusuf, Özelleştirme, Sağlık-İş Yayını, Kasım 1993, s. 35 vd.; **AKTAN**, Coşkun, Can, **KİT**, Yeniden Yapılanma ve Özelleştirme Stratejisi, **TÜSK**, İnceleme Yayınları 12, Ankara, s. 7 vd.; **ALPER**, Yusuf, İktisadi Amaçlar ve Sosyal Sonuçlarıyla Özelleştirme, Sağlık-İş Yayını, Ankara 1994, s. 95 vd.; **BASİSEN**, Özelleştirmeye Bakış, Özel Sayı, Ekim 1993, s. 10 - 33; **PETROL-İŞ**, Özelleştirme Üzerine, İstanbul 1989, s. 1 vd.; **PETROL-İŞ**, '92 Petrol-İş, İstanbul 1993, s. 495 - 535.

(103) Bkz. RG. 3.6.1986 t. ve 19126 S.

(104) **ULUCAAN**, Özelleştirme, s. 511; **GÜZEL**, s. 179; **BAKIRCI**, Sözleşmeli Personel, s. 166.

(105) Anayasa Mahkemesi, özelleştirme ile ilgili KHK çıkarma yetkisi veren, 5.5.1994 t. ve 3987 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonuçunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözüm-

Mevzuattaki bu düzenlemeden önceki dönem içerisinde sözleşmeli statüde çalışan personelin özelleştirme sonucunda çalışma ilişkisinin ne olacağı hususu öğretide tartışılmıştır.

Dereli'ye göre, "Kamuda iken "sözleşmeli" statüde çalışanlar özelleştirme halinde işçi statüsüne geçecekler"dir (107). Tuncay'a göre de, "özelleştirme ile özelleştirilen kuruluşun devlet hissesi % 50'nin altına düşerse kuruluş özel hukuka tabi bir tüzel kişilik halini alır. Bu durumda kuruluştaki çalışanlarla (ister memur, ister sözleşmeli personel statüsünde çalışsınlar) kuruluş arasındaki hukuki ilişki eğer bu kişiler çalışmaya devam ediyorsa başka bir işlem gerekmezsiniz hizmet akdine dönüşmüş olur" (108). Aynı görüşteki Alper'e göre ise, "özelleştirme ile bütün çalışanların aynı statüde olmaları söz konusu olacak ve İş Kanunu kapsamına gireceklerdir. Öte yandan, sözleşmeli statüde çalışanlar varsa bunların da statüleri değişecektir" (109).

lenmesine ilişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun"u (RG. 11.5.1994 t. 21931 Mükerrer S.) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir, AYM. 7.7.1994 t., E. 1994/49, K. 1994/45-2, RG. 10.9.1994 t. ve 22047 S. Bunun sonucunda da, özelleştirilen kuruluşlarda çalışan sözleşmeli personelin, bu kuruluşlarda çalışan memurlar gibi, başka bir kuruma nakillerini öngören, "29.5.1986 tarihli ve 3291 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair, 30.5.1994 tarih ve 531 sayılı Kanun Hükmünde Kararname"nin (Bkz., RG., 6.6.1994 t. ve 21952 S.), bu Kanun Hükmünde Kararnameyi çıkarma yetkisi veren "Yetki Kanununun" Anayasa Mahkemesince iptali karşısında, 531 sayılı KHK'nin önce, 21.7.1994 t., E. 1994/64, K. 1994/61-1 ile yürürlüğü durdurulmuş, (RG. 23.7.1994 t. ve 21999 S.) daha sonra da, 21.7.1994 t., E. 1994/64, K. 1994/61-2, sayı ile iptal edilmiştir (RG. 5.8.1994 t. ve 22012 S.).

(106) 3987 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan diğer KHK'ler ise, "Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerine ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair 530 sayılı HKEHK.", "Özelleştirmeye Bağlı İş Kaybı ve Yeni Bir İş Bulma, Meslek Geliştirme, Edindirme ve Yetiştirme Eğitimi ile İlgili Hizmetlerin Verilmesi Hakkında 532 sayılı KHK.", "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair KHK." (KHK'ler için, RG. 6.6.1994 t. ve 21952 2. Mükerrer S.) ve "5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu, 29.2.1984 Tarihli ve 2983 Sayılı, 28.5.1986 Tarihli ve 3291 Sayılı Kanunlar ile 190 Sayılı Genel Kadro Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması ve 30.5.1994 Tarihli ve 531 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Geçici Madde Eklenmesine Dair KHK." (RG. 7.7.1994 t. ve 21983 Mükerrer S.)'dir. Söz konusu KHK'lerin Anayasa Mahkemesince iptal kararları, 5.8.1994 t. ve 22012 Mükerrer S.ı RG.'de yayınlanmıştır.

(107) DERELİ, s. 25.

(108) TUNCAY, Özelleştirme, s. 7.

(109) ALPER, Özelleştirme, s. 39; ALPER, İktisadi Amaçlar, s. 109.

Buna karşın Ulucan'a göre, "... kamu görevlisi olan sözleşmeli personelin kendi iradesi dışında bir KİT.'teki kamu payının % 50'nin altına düştüğü anda işçi statüsüne geçmiş sayılacağını kabul etmek mümkün değildir. Bunun hukuki hiç bir dayanağı yoktur... Özelleştirmeden sonra sözleşmeli personel için iki seçenek vardır. Birinci seçenek, artık özel hukuk tüzel kişisi olan yeni bir işverenle hizmet akdi yaparak işçi statüsüne kendi rızası ile geçmek. Dilerse yasanın sağladığı olanaktan yararlanarak emekli sandığı ile bağlantısını sürdürmek. İkinci seçenek, işçi statüsüne geçmek istememesi halinde başka kamu kuruluşuna tayinini isteme"(110). Güzel de, Ulucan'ın görüşüne aynen katılmaktadır (111).

Uyuşmazlık Mahkemesi, özelleştirilen kuruluşlarda çalışmasına devam eden sözleşmeli personelin, artık özelleştirilen kuruluş ile arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğuna ve bu ilişkiden doğan davaların da adli yargıda görülmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir (112).

2. 4046 Sayılı Kanuni Düzenlemeden Sonra

Özelleştirilen kuruluşlarda çalışan sözleşmeli personelin özelleştirme durumunda statüsünün ne olacağı hususundaki düzenleme, 24.11.1994 t. ve 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile yapılmıştır.

Buna göre, Kuruluşlarda personelin nakli başlığını taşıyan m. 22'ye göre, "Özelleştirme programına alınan, özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel ile sözleşmeli personel (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum ve/veya kuruluşlarına 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin (f) bendinde yer alan hükümler de dikkate alınarak aşağıdaki şekilde nakledilirler;

Bu kuruluşların;

a) Özelleştirilmeleri sonucu sermayelerindeki kamu payının % 50'nin altına düşmesi veya bunların müessese, işletme ve işletme birimlerinin satılması veya devredilmesi halinde; satış veya devre ilişkin sözleşmenin imzalanmasından,

(110) ULUCAN, Özelleştirme, s. 511, 512.

(111) GÜZEL, s. 179, 180.

(112) Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 3.10.1994 t., E. 1994/7, K. 1994/20; 3.10.1994 t., E. 1994/22, K. 1994/24, ve 3.10.1994 t., E. 1994/23, K. 1994/25, RG. 20.10.1994 t. ve 22087 S.

b) Küçültülmesi, faaliyetlerinin kısmen veya tamamen durdurulması, süreli veya süresiz olarak kapatılması veya tasfiye edilmesi sonucu istihdam yapısının değişmesi halinde; bunlarla ilgili işlemlerin sonuçlanmasından,

İtibaren on beş gün içerisinde işlem sonuçları İdare tarafından ilgili kuruluşa bildirilir. İlgili kuruluş bildirim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde memur ve sözleşmeli personelle ilgili bilgileri Devlet Personel Başkanlığına bildirir. Bu bilgilerin Devlet Personel Başkanlığına bildirilmesinden itibaren en geç kırkbeş gün içerisinde bu Başkanlığın teklifi üzerine ilgili personel, kamu kurum ve kuruluşlarında durumlarına uygun boş kadro ve pozisyonlara atanırlar. Atamaları yapılan personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 ve 63 üncü maddeleri hükümleri uygulanır. 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesinin son fıkrası hükmü uygulanmaz. Bu fıkroda geçen süreler askerlik görevini yapmakta olanlar için terhislerini takip eden ay başından itibaren başlar.

Bu madde gereğince Diğer kamu kurum ve kuruluşlarına yapılacak nakil sebebiyle boşalacak kadro ve pozisyonlar, boşaldıkları tarihten itibaren iptal edilmiş sayılır. Kamu kurum ve/veya kuruluşlarına atanacak personelin bu maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen durumlarda atamalarının yapılp, eski kurumları ile ilişkilerinin kesileceği tarihe kadar geçecek süredeki, aylık ücret, sosyal hak ve yardımlar ile her türlü özlük hakları Özelleştirme Fonundan ödenir ve bunlardan T.C. Emekli Sandığına tabi olanların bu süre içinde de Sandıkla olan ilgileri devam eder. Kamu kurum ve kuruluşlarına atanan personelin devir sözleşmelerinin yapıldığı tarihteki kadro ve pozisyonlarına ait aylık, ek gösterge, ikramiye, her türlü zam ve tazminat haklarının veya sözleşme ücretlerinin net tutarının, nakledildiği kuruluş mevzuatına göre hakedeceği aylık, ek gösterge varsa ikramiye, her türlü zam ve tazminat haklarının veya sözleşme ücretinin (varsa ikramiye dahil) net tutarından fazla olması halinde aradaki fark giderilinceye kadar, herhangi bir kesintiye tabi tutulmaksızın tazminat olarak ödenir. Ancak, kuruluşun özelleştirme programına alındığı tarihte bu Kanunun 24 üncü maddesinde belirtilen hizmet sürelerini tamamlamaya en çok 3 (üç) yılı kalmış olanların özelleştirme işlemleri sonuçlanıncaya kadar nakilleri yapılmaz”.

Böylece, 4046 sayılı Kanun ile özelleştirilen kuruluşlarda çalışan sözleşmeli personelin diğer kamu kurum veya kuruluşlarına me-

mur statüsünde nakilleri öngörülmüştür. Bu amaçla da, m. 25 ile 20.000 adet kadro ihdas edilmiştir.

Ayrıca, kanun koyucu, bu şekilde başka bir kamu kuruluşuna nakledilen sözleşmeli personelin sözkonusu statüdeki çalışmalarının Devlet Memurları Kanununa göre değerlendirilmesini de öngörmüştür. Şunu da ifade edelim ki, 4046 sayılı Kanunla getirilmiş olan düzenlemeden, bu Kanunun yürürlüğünden önce özelleştirmiş bulunan kuruluşlarda çalışan sözleşmeli personel de yararlanabilecektir.

Kanun Geçici m. 9'a göre, "Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarda sözleşmeli statüde çalışmakta iken bu Kanunun 22 nci maddesi uyarınca 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi kurumlara nakledilerek Devlet memuru statüsüne geçirilenlerin sözleşmeli statüde (kapsam dışı personel dahil) geçen hizmet süreleri; aynı Kanunun Ek Geçici 1, 2 ve 3 üncü maddelerine göre; 458 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri de dikkate alınmak suretiyle, öğrenim durumlarına göre yükseltilebilecekleri tavanı aşmamak kaydıyla kadro şartı aranmaksızın kazanılmış hak aylık, derece ve kademelerinin tesbitinde değerlendirilir. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce özelleştirme kapsamına alınmış bulunan kuruluşlardan kamu kurum ve kuruluşlarına atanmış bulunan memur ve sözleşmeli personel hakkında da bu madde ile bu Kanunun 22 nci maddesinde fark olarak ödenmesi öngörülen tazminata ilişkin hüküm uygulanır".

Yine, 4046 sayılı Kanun ile, emeklilik hakkını kazanmış sözleşmeli personelin Kanunun yayımını izleyen iki ay içerisinde T.C. Emekli Sandığına başvurması durumunda emeklilik ikramiyesi % 30 arttırılmış olarak ödenecektir.

Gerçekten m. 24'e göre, "Özelleştirme programına alınan kuruluşlarda 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığına tabi personelden; T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre, hizmet süresi itibarıyla emeklilik hakkını kazananlara bu hakkı kazandıkları tarihten itibaren iki ay içinde emekli olmayı istemeleri halinde, emeklilik ikramiyeleri % 30 (yüzde otuz) fazlasıyla ödenir. Emeklilik ikramiyesine ilave olarak ödenecek % 30 (yüzde otuz) tutarındaki miktar, ödemeyi müteakip T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünün talebi üzerine özelleştirme Fonundan karşılanır". Geçici m. 10'a göre de, "Özelleştirme Programına alınan Kuruluşlarda bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte T.C. Emekli Sandığına tabi çalışan personel ile, yine T.C. Emekli Sandığına tabi çalışan Sözleşmeli personelden emeklilik

hakkını kazanmış olanlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki ay içinde emekli olmayı istemeleri halinde 24 üncü maddede hükmünden yararlanırlar.”

Sonuç olarak, 4046 sayılı Kanunla özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda çalışan sözleşmeli personelin bir diğer kamu kuruluşuna memur statüsünde nakli öngörülmüştür. Söz konusu personelin nakil sonrası, çalışmaya başladıkları kurumdaki ücret vs. haklarında bir azalma olmakta ise, aradaki fark -eşitleninceye kadar- tazminat olarak ödenecektir. Yine, memur statüsüne geçirilen personelin sözleşmeli statüde çalıştıkları dönem, Devlet Memurları Kanunu bakımından da değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Ayrıca, özelleştirilecek kuruluşlarda çalışan emeklilik hakkını kazanmış olan sözleşmeli personelin, Kanunun yayımını izleyen iki ay içerisinde Emekli Sandığına başvurması durumunda, kendisinin alacağı emekli ikramiyesi % 30 arttırılarak ödenecektir.

Hiç şüphesiz, başka bir kamu kuruluşuna nakledilmeyi uygun görmeyen sözleşmeli personel, istifa ederek özelleştirilen kuruluşda, yeni işverenle bir hizmet sözleşmesi yaparak işçi sıfatıyla çalışma hakkına sahiptir.

3. Özelleştirilen Kuruluşlarda Çalışmaya Devam Eden Kimse-lerin İşçilik Sıfatlarının Sona Ermesi Durumunda Sözleşmeli Personel Olarak Çalıştıkları Sürenin Kıdem Tazminatı Hesabında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Hususu

Özelleştirilen kuruluşta sözleşmeli personel sıfatından istifa ederek, çalışmasına devam eden sözleşmeli personelin, sözleşme ilişkisi, hizmet sözleşmesidir. Dolayısıyla bu kimse hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bununla birlikte, 4046 sayılı Kanun öncesi dönemde, özelleştirilen kuruluşlarda çalışmaya devam eden kimselerin işçilik sıfatlarının sona ermesi durumunda sözleşmeli personel olarak çalıştıkları sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınıp alınamayacağı hususunda öğretide görüş farklılıkları ortaya çıkmıştır. Tuncay'a göre, KİT'nde gerek memur ve gerekse sözleşmeli personel statüsünde geçirilen süreler kıdem tazminatı açısından dikkate alınmalıdır: “Çünkü bunu hem İŞK. md. 14/2 uyarınca bir işyeri devri hem de İŞK. md. 14/4 anlamında bir hizmet birleştirmesi olarak mütalâa” etmelidir. Çünkü bu geçiş işçi için gayri iradi olduktan başka bu geçişle emekli ikramiyesi hakkını da kaybetmektedir. Hukuk düzenimizin çalışan için böylesine olumsuz bir sonucu kabul edeceği düşünülemez. İŞK. md. 14/4 hükmünün kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin kıdem tazminatı yönünden

birleştirilmesinin sadece yaşlılık, malullük ve toptan ödeme haliyle sınırlandırılmış olmasına bakılmamalıdır. Ne var ki memurlukta geçen süreye ilişkin kıdem tazminatı o süreye ilişkin 5434 sayılı Yasaya göre ödenecek emeklilik ikramiyesini aşamaz (İŞK. md. 14/6). Sözleşmeli personel statüsünde çalışırken özelleştirilen kuruluşlarda çalışanların kıdem tazminatı yönünden hizmet süreleri birleştirilirken de yukarıdaki gibi hareket edilecektir. Yani işçi statüsünde geçen süre ile sözleşmeli personel statüsünde geçirilen süre ile birleştirilecektir. Esasen 28.3.1990 tarihli 408 sayılı KHK'nin geçici maddesine eklenen fıkra da bu paraleldedir. Sözleşmeli personelin sosyal güvenlik hakları açısından 308 sayılı Yasaya, 399 sayılı KHK. ile 5434 sayılı Yasaya tabi kılındığı unutulmamalıdır. Kuşkusuz eski sözleşmeli şimdi hizmet akitli personele 5434 S.K.na tabi olarak geçen süre kıdem tazminatı hesabında nazara alınmaz. Aynı kıdem süresi için ödenecek kıdem tazminatı o dönemdeki emekli ikramiyesi miktarını aşmamalıdır”.

Söz konusu görüşü değerlendiren Güzel'e göre ise, “Hemen vurgulayalım ki bu çözüm biçimi de tartışmalara neden olabilecektir. Gerçekten, 399 sayılı KHK'nin geçici 8. maddesine, “Sözleşmeli personelden geçici 9 uncu madde uyarınca işçi statüsüne geçenlerin teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda sözleşmeli statüde geçen hizmet süreleri kıdem tazminatlarının hesabında dikkate alınır” biçimindeki fıkrayı ekleyen 15.3.1990 tarihli 408 sayılı KHK. konuyu sadece kamu kuruluşları içindeki statü değişikliği açısından düzenlemektedir. Oysa, üzerinde durduğumuz konu, özelleştirmeden önceki kamu kuruluşunda sözleşmeli personel statüsünde geçen süre ile özelleştirmeden sonraki işçilikte geçen sürelerin birleştirilmesidir. Bu nedenle sözü edilen hükmün bu halde de uygulanabileceği yönündeki görüş tartışmaları beraberinde getirebilecek niteliktedir” (113). Kanaatimizce de, 4046 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, artık özelleştirilen kuruluşda çalışan personelin burada, gayri iradi çalıştırmasını sürdürmesinden söz edilemez. Zira 4046 sayılı Kanunla sözleşmeli personelin diğer bir kamu kurum veya kuruluşuna nakli düzenlenmiştir. Bunun için, sözleşmeli personelin, özelleştirilen kuruluşta çalışmaya devam edebilmesi için istifa etmesi gerekecektir. Ayrıca, özelleştirme neticesinde İş K. m. 14/4 anlamında birleştirmeden söz edilemek hususunda kamu kurum ve kuruluşlarındaki çalışmaların esas alınması gerekmektedir. Oysa, özelleştirme sonucunda, söz konusu kuruluş kamu kurum ve kuruluşu olma vasfını kaybetmektedir.

(113) GÜZEL, s. 7, 8.

Ayrıca şunu da belirtelim ki, Yargıtay uygulamasında, daha önce memur ve sözleşmeli personel olarak çalışan kimsenin işyerinin özelleştirilmesinden sonra aynı kuruluştaki çalışmasına devam etmesi durumunda kıdem tazminatı hesaplamasında yalnız işçilikte geçen süreler dikkate alınmıştır. Gerçekten Yargıtay'a göre, "Davalı Banka İktisadi Devlet Teşekkülü iken ve çalışan personel 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa ya da sözleşmeli personel statüsüne tabi olarak çalışmakta iken sonradan Bakanlar Kurulunun 17.8.1987 tarih ve 87/11914 sayılı kararı ile D.Y.B. tüzel kişiliği devam ettiretiyle özel hukuk hükümlerine tabi bir A.Ş. haline dönüştürülmüş ve geçici 1 nci maddesi ile personelle yapılmış sözleşmelerin süresiz hizmet akdi olarak yürürlüklerini sürdürecekleri sözleşmeli personelden isteyenlerin sosyal güvenlik açısından T.C. Emekli Sandığına tabi olanların sandıkla ilişkilerini sürdürebilecekleri hükmü getirilmiştir. Buna göre sözleşmeli olarak çalışan personel ile aradaki hukuki ilişki 17.8.1987 tarihinden itibaren hizmet akdine dönüştürülmüş olmaktadır. 657 sayılı Kanuna ve sözleşmeli personel statüsüne tabi olarak çalıştığı sürelerde işçi sayılması mümkün değildir. İşçiliği ancak Bakanlar Kurulu Kararının yürürlüğe girdiği 21.8.1987 tarihinden itibaren söz konusu olur. Bu durumda davacı ancak Bakanlar Kurulu kararının yürürlüğe girdiği 1987 yılından sonraki emekli olduğu tarihe göre kıdem tazminatı isteyebilir. Ondan önceki süreler için İş Kanununa dayanarak kıdem tazminatı isteyemez. O halde, işçilikte geçen 1987 yılından emekli olduğu tarihe kadar süre için kıdem tazminatı hesaplanıp bundan da aynı süreye isabet eden T.C. Emekli Sandığı ikramiyesi tenzil edildikten sonra aradaki farka karar vermek, fazlaya ait isteği reddetmek gerekir (114).

(114) Yarg. 9. HD., 28.11.1991 t., E. 1991/10506, K. 1991/15038, İHD., C. II, 1992, s. 141, 142; "Mahkemece, davacının davalı bankada gerek işçi ve gerek sözleşmeli personel statüsünde çalıştığı tüm süreler dikkate alınarak gerçekleşen kıdem tazminatının davadan tahsiline karar verilmiştir. 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesine göre, kıdem tazminatı işçilikte geçen hizmet süresi için öngörülmüştür. Sözleşmeli personel hizmet akdi ile çalışan, İş Kanunu'na tabi işçi değildir. Bu nedenle, davacının sözleşmeli personel olarak çalıştığı dönem için kıdem tazminatı istemesi mümkün değildir. O halde, mahkemece yapılacak iş, işçilikte geçen süreye ait gerçekleştirilecek kıdem tazminatını hüküm altına almaktan ibarettir", Yarg. 9. HD., 1.3.1993 t., E. 1992/7647, K. 1993/2999, İşveren, C. XXXII, S. 1, Ekim 1993, s. 17.

SONUÇ

Sözleşmeli personel, teşebbüs ve bağlı ortaklıkların, genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde idari sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde bulunmayan personeldir. Bu personelle ilgili olarak günümüze kadar yapılan yasal düzenlemelerde mevcut sözleşme ilişkisi farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Buna karşın, gerek Yargıtay uygulaması ve gerekse Anayasa Mahkemesinin iptal kararları ile sözkonusu personel, istihdam güvencesine kavuşturulmuştur. İdare de, son düzenleme ile yargı kararları doğrultusunda bu kurumu ele almıştır.

Yaklaşık on yıllık süreç içerisinde ortaya çıkan sonuç, herhangi bir konuda yapılacak düzenlemelerin bir bütünlük arzemesi gerektiğidir. Başlangıçta KİT. personeli ile ilgili olarak bu durumun göz ardı edilmesi, uygulamada bir takım sorunlara neden olmuştur. Siyasi iktidara düşen görev, yapılan düzenlemelerin, mevcut Anayasa ve personel rejimine uygunluğunun sağlanmasıdır. Aksi takdirde ortaya karmaşık ve diğer kurumlarla çelişen bir yapı çıkmaktadır.

Şimdi kanun koyucu, özelleştirme ile KİT.'lerde çalışan sözleşmeli personelin bir başka kuruma memur statüsünde naklini öngörmektedir. Böylece, uzun bir süre çalışma hayatında ve yargı kararlarında tartışılan bir statünün uygulama alanı daraltılmaktadır.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR (*)

- AKTAN, Coşkun Can, KİT Yeniden Yapılanma ve Özelleştirme Stratejisi, TISK. İnceleme Yayınları 12, Ankara.
- AKTAY, Nizamettin, Sendika Hakkı, Ankara 1993.
- ALPER, Yusuf, Özelleştirme, Sağlık-İş Yayını, Kasım 1993. (Özelleştirme)
- ALPER, Yusuf, İktisadi Amaçları ve Sosyal Sonuçlarıyla Özelleştirme, Sağlık-İş Yayını, Ankara 1994. (İktisadi Amaçlar)
- ARICI, Kadir, Özelleştirme ve Özelleştirmeden Doğabilecek İş Hukuku Problemleri, Gazi ÜİİBFD., C. 6, S. 1, Yıl 1990.
- BAKIRCI, Kadriye, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Sorunu, İstanbul 1992. (Sözleşmeli Personel)
- BAKIRCI, Kadriye, 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Açısından Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Çalıştırma, İBD., C. 64, S. 10-11-12, Ekim, Kasım, Aralık 1990. (399 sayılı KHK.)
- BAKIRCI, Kadriye, Anayasa Mahkemesi'nin 399 sayılı KHK.'yı İptal Kararının Değerlendirilmesi, İHD., C. II, 1992.
- BASİSEN, Özelleştirmeye Bakış, Özel Sayı, Ekim 1993.
- BEDİR, Eyüp, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesinden Doğan Problemler ve Çözüm Önerileri, Şeker-İş Yayını, Ankara 1993.
- CENTEL, Tankut, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994.
- ÇUBUKÇU, Erdoğan, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993.
- DEMİR, Fevzi, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990.

(*) Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

- DERELİ, Toker, Özelleştirmenin Endüstri İlişkilerine Etkisi, Basisen, S. 51, Ekim 1993.
- EKONOMİ, Münir, Sendikalar Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetim Hukuku, 5. B., Ankara 1992.
- GÜLMEZ, Mesut, Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar, AİD., C. 21, S. 4, Aralık 1988.
- GÜZEL, Ali, Özelleştirmenin Hukuksal Boyutu ve Çalışanlar Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar, Dünyada ve Türkiye'de Özelleştirme, Türkiye Maden İşçileri Sendikası Yayını, Editör, Ergin ARI-OĞLU, Ankara 1994.
- HABER-İŞ, Haberleşme Sektöründe Özelleştirme Sorunu, Ankara 1994.
- KARATEPE, Şükrü, İdare Hukuku, İzmir 1993.
- KESKİN, Nedim, Sözleşmeli Personel İhtilaflarında Adli ve İdari Yargı Yeri, İş ve Hukuk, Y. 24, S. 194, Mayıs-Haziran 1989.
- KUTAL, Metin, KİT.'lerde Sözleşmeli Personel Statüsünden Doğan Sorunlar, İkt. ve Mal D., C. XXXIV, S. 4, Temmuz 1986. (Sorunlar Temmuz 1986)
- KUTAL, Metin, Ferdi İş İlişisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989. (Değerlendirme 1987)
- KUTAL, Metin, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Statüsü (Hukuki Sorunlar ve Yargı Kararları), Cahit Talas'a Armağan, Ankara 1990. (Sorunlar, Yargı Kararları)
- KUTAL, Metin, Ferdi İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994. (Değerlendirme 1992)
- KUTAL, Metin, KİT.'lerde Sözleşmeli Personel Statüsü üve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı (D, İkt. ve Mal D., C. XXXVI, S. 8, Ağustos 1989.

- KUTAL, Metin, KİT.'lerde Sözleşmeli Personel Statüsü ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı (II), İkt. ve Mal D., C. XXXVI, S. 9, Eylül 1989.
- KUTAL, Metin, Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 Tarihli İptal Kararından Ortaya Çıkan Yeni Durum ve Sonuçlar, İkt. ve Mal D., C. XXXVI, S. 10, Ekim 1989.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 2. B., Ankara 1994.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992. (Değerlendirme 1990)
- OĞUZMAN, Kemal, İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Karma Ekonomi Teşebbüslerinde Çalışan Personelin Hukuki Durumu, Batıder, C. III, S. 1, 1965.
- ÖZKUL, Aydın, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989.
- ÖZKUL, Aydın, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992. (Genel Görüşme 1990)
- PETROL-İŞ, Özelleştirme Üzerine, İstanbul 1989.
- PETROL-İŞ, '92 Petrol-İş, İstanbul 1993.
- REİSOĞLU, Seza, İşçi-Memur Ayrımında Son Yasal Gelişmeler, Özellikle 233 Sayılı KHK. Açısından KİT. Personelinin Hukuki Durumu, Tütis, C. 9, S. 2-3, Mayıs 1985. (İşçi-Memur)
- REİSOĞLU, Seza, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986. (Şerh)
- REİSOĞLU, Seza, 308 Sayılı KHK. ile Değiştirilen 233 Sayılı KHK. Açısından KİT.'lerde ve Bağlı Ortaklıklarda Çalışanların Hukuki Durumu, Tühis, C. 11, S. 5, Mayıs 1988. (308 sayılı KHK.)
- REİSOĞLU, Seza, Anayasa Mahkemesi Kararı ve 399 sayılı KHK. Açısından Sözleşmeli Personelin Hukuki Durumu, Tühis, C. 11, S. 12, Şubat 1990. (399 sayılı KHK.)

- SAĞLAM, Fazıl, Sözleşmeli Personel Sorunu, Mülkiyeliler Bir. Der., S. 96, Haziran 1988.
- SERİM, Bülent, Öğreti, Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel, Ankara 1987. (Sözleşmeli Personel)
- SERİM, Bülent, Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve KİT. Personeli, AİD., C. 22, S. 3, Eylül 1989.
- SOYER, M. Polat, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1992
- ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.
- TEZ-KOOP-İŞ, 1989-1993 Yıllarına Ait Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları ve Hukuk Genel Kurulu Kararları, Ankara.
- TUNCAY, A. Can, Özelleştirme ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları, Çimento İşveren, C. 5, S. 5, Eylül 1991. (Özelleştirme)
- TUNCAY, A. Can, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, C. 2, S. 2, Mart 1988. (Karar İncelemesi)
- TÜRK METAL, Küreselleşme Akımı İçinde Özelleştirmenin Yeri ve Özelleştirme Uygulamaları Sempozyumu, 20-21.4.1994, Ankara, Kırıkkale 1994.
- TÜRKİYE MADEN İŞÇİLERİ SENDİKASI, Dünya'da ve Türkiye'de Özelleştirme, Editör, Ergin ARIOĞLU, Ankara 1994.
- UL, Necdet, Sözleşmeli Personelin İş Sonu Tazminatı Yürürlükten Kalktı mı? İş ve Hukuk, Y. 25, S. 202, Mayıs 1990. (İş Sonu Tazminatı)
- UL, Necdet, İşçi Statüsünde İken Sözleşmeli Olan Personel ve Kıdem Tazminatı, İş ve Hukuk, Y. 24, S. 196, Eylül-Ekim 1989. (Kıdem Tazminatı)
- ULER, Yıldırım, Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler, AÜHFD., C. XXII'den Ayrı Bası, Ankara 1967.
- ULUCAN, Devrim, Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, EYRENCİ / TAŞKENT / SAĞLAM / ULUCAN, İstanbul 1987. (Güncel Sorunlar)

ULUCAN, Devrim, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992. (Değerlendirme 1990)

ULUCAN, Devrim, Özelleştirmenin Hukuki Çerçevesi ve Özelleştirilen Kuruluşlarda Çalışanların Hukuki Durumu, İHD., C. III, S. 4, Ekim-Aralık 1993. (Özelleştirme)

ULUCAN, Devrim, Sözleşmeli Personel ve Değişik Mahkeme Kararları, İş ve Hukuk, Y. 24, S. 197, Kasım-Aralık 1989, s. 5 vd. (Değişik Mahkeme Kararları)

ULUCAN, Devrim, Karar İncelemesi, İHD., C. 1, 1991, s. 101-110.

ULUCAN, Devrim, Karar İncelemesi, İHD., C. 1, 1991, s. 601-604.

USTA, Osman, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, 2. B., Ankara 1994.

MÜTEAHHİT VE DİĞER ÇALIŞANLARIN KANUNİ İPOTEK HAKKI

N. Binnur SÜMER (*)

GİRİŞ

Medeni Kanun'un 796-811. maddeleri arasında, gayrimenkul rehninin bir türü olan "ipotek" düzenlenmiştir. İpotek, kişisel bir alacağı temin etmek için kurulan ve kıymetli evraka bağlanmayan bir rehin hakkıdır. Dolayısıyla, ipoteğin, ipotekli borç senedi ile irat senedinden farklı olarak, gayrimenkulün değerini tedavül görevi olmayıp, sadece alacağı teminat görevi vardır (1).

İpoteğin kurulabilmesi için, mutlaka teminatını oluşturacağı bir alacağın bulunması gereklidir. Bu sebeple, ipotek, alacağa bağlı fer'i bir sınırlı aynı haktır. İpotek ile parayla ölçülebilen her türlü alacak temin edilebilir.

Bazı alacaklar için Medeni Kanun, alacaklı lehine tescil talep hakkı veren ve tescille kurulan kanuni rehin hakları tanımıştır. Bu tür ipoteklerin kurulması kanun hükmü gereği olduğu için, tarafların ayrıca bir rehin sözleşmesi yapmalarına gerek yoktur. Ancak yine de rehnin kurulabilmesi için tescil gereklidir. Alacak da, sicilde belli bir miktar olarak gösterilmelidir (MK. md. 766 ve md. 796).

Medeni Kanun'un 807. maddesinde, alacaklılar lehine tescille kurulan kanuni ipotek hakları düzenlenmiştir. Çalışmamızda, bunlardan sadece, iş hukuku bakımından da önemli sonuçları olan, yapı alacaklısı müteahhit ve diğer çalışanlar lehine düzenlenen kanuni ipotek hakkını inceleyeceğiz.

§ 1 — GENEL OLARAK

Medeni Kanun'un 796. maddesi, "Halen mevcut veya ileride vücut bulacak yahut vücut bulması muhtemel olan herhangi bir ala-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma Görevlisi.

(1). M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ, Eşya Hukuku, 6. B., İstanbul 1992, s. 853.

çağın temini için..." ipotek kurulabileceğini belirtmektedir. İpotek hakkının hukuki sebebi, bir sözleşme veya kanunun bir hükmü olabilir. Buna göre, sözleşmeden veya kanundan doğan ipotek hakkı sözkonusu olmaktadır.

Bazı alacaklar için Medeni Kanun, alacaklı lehine tescil talebi hakkı veren ve tescille kurulan kanunî rehin hakları tanımıştır. Söz-konusu ipoteklere "tescile bağlı kanunî ipotek hakları" denilmektedir. MK. md. 807'ye göre, "... sattığı gayrimenkul üzerinde semeni temin için satıcı, taksimden münbais alacaklılar için, evvelce beyinlerinde müşterek olan gayrimenkul üzerinde mirasçılar ve hissedarlar, bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermiyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler...", kanunî bir ipotegün tescilini isteyebilirler.

Kanunkoyucu, müteahhit ve diğer çalışanları özellikle kcruma gereği duymuş ve onlar lehine, alacakları için tescile tabi kanunî bir yapı ipotegi hakkı tanımıştır. Müteahhit ve diğer çalışanlar, emeği veya emek ve malzemesi ile gayrimenkulde bir değer artışı yaratır. Ancak bundan doğan alacaklarını hemen elde edemezler. Yapı işlerinin niteliği itibariyle uzun bir süre devam etmesi sebebiyle, genellikle alacaklarını inşaat işi bittikten sonra alabilirler. Dolayısıyla, müteahhit ve diğer çalışanlar, emek ya da hem emek hem de malzeme vermek suretiyle, yapı sahibine karşı kredi açmış olmaktadır (2). Bu sebeple, gayrimenkulde meydana getirdikleri değer artışına rağmen, alacaklarını alamama riskine karşı teminat olması amacıyla, gayrimenkul üzerinde bir ipotek tesis ettirme imkanı sağlanmıştır (3). Böylece, tesis edilen ipotek, gayrimenkulde meydana gelen değer artışı oranında, daha önce kurulmuş bulunan aynı haklar karşısında sıra itibariyle bir imtiyazdan yararlandırılır. Buna, "yapı ipotegi", "inşaatçı ipotegi", "inşaatçıların kanunî ipotek hakkı" veya "yapı alacaklısı ipotegi" adı verilmektedir (4).

(2) Jale G. AKİPEK, Türk Eşya Hukuku, 3. K., Mahdüt Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç), Ankara 1974, s. 239; Kemal T. GÜRİSOY/Fikret EREN/Erol CANSEL, Türk Eşya Hukuku, 2. B., Ankara 1984, s. 1051; Mehmet AYAN, Eşya Hukuku, 3. C., Sınırlı Ayni Haklar, Konya 1994, s. 159, 160.

(3) OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 826; AKİPEK, s. 239.

(4) Bülent KÖPRÜLÜ/Selim KANETİ, Sınırlı Ayni Haklar, 2. B., İstanbul 1983, s. 308, 309; Nuşin AYDINER, Eşya Hukuku, 3. B., Ankara 1987, s. 179; Aydın AYBAY/Hüseyin HATEMİ, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 193; Ferit H. SAYMEN/Halit K. ELBİR, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 584, 585; Turhan ESENER/Kudret GÜVEN, Eşya Hukuku, Ankara 1990, s. 225; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 853; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 105.

§ 2 — MÜTEAHHİT VE DİĞER ÇALIŞANLARA TANINAN KANUNİ İPOTEK HAKKININ ŞARTLARI

1 — Medeni Kanun'un 807/3. Maddesine Göre Kanunî İpotek Hakkının Bir Gayrimenkul Üzerindeki Yapı ya da Yapı ile İlgili Diğer Bir İşten Doğmuş Olması

MK. md. 807/3'e göre, müteahhit ve işçilerin sahip olduğu inşaat alacağı, "gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta" malzeme vererek ya da vermeyerek çalışmış olmaktan doğan bir alacaktır. Buna göre, müteahhit ve işçilerin kanunî ipotek hakkı, sadece bina yapımında çalışmaktan doğmamaktadır. Zira, her türlü yapı için kanunî ipotek hakkı tescil ettirilebilir. Böylece, yapı (inşaat), "iktisadi ihtiyaçlara ya da insanların oturmasına tahsis edilmiş olan ve bir gayrimenkul üzerinde yapılan etrafı çevrili ve kapalı olan nesnelere" (5). Dolayısıyla, binaların yanında yollar, arsa duvarları, kaynak tesisatı, kanallar, setler, köprüler, su kemerleri, tüneller vb. yapılar üzerinde de kanunî ipotek hakkı doğmaktadır. Bunların dışında, bir yapının tamir ve tadilat işleri de bu hakkın kapsamına girer.

Medeni Kanun'un "ameliyat" diye tanımladığı diğer yapı işleri ise, toprak yüzünü herhangi bir biçimde değiştirmeye yönelik faaliyetler olup, teknik araçlarla bir gayrimenkul üzerinde, içinde ya da altında yapılan tesisattır. Zira, doktrinde, taşınmazın çevresine duvar çekilmesi, kaynak suyunu tutma tesislerinin yapılması, kanal açılması, köprü yapılması, yol kaldırımlarının yapılması gibi faaliyetler de yapı kavramına dahil edilmektedir (6). Ancak, MK. md. 654'de düzenlenen menkul inşaat, MK. md. 807/3 anlamında yapı sayılmaz.

2 — Medeni Kanun'un 807/3. Maddesine Göre Kanunî İpotek Hakkından Yararlanan Kişilerin İstisna Sözleşmesi ile Çalışıyor Olması

Medeni Kanun'un 807/3. maddesi, "Malzeme vererek veya vermeyerek inşaatta veya ameliyatta çalışmış olan ve malik veya müteahhitten alacaklı olan müteahhit ve işçiler"i yapı ipotegi sahibi olan kişiler olarak göstermiştir. Bu nedenle öncelikle kanunun kullandığı müteahhit ve işçi kavramlarına açıklık getirmek gerekir.

Müteahhit, istisna sözleşmesi gereğince, bir inşaat işinin tümünü ya da önemli bir bölümünü inşaat sahibi hesabına yapmayı ta-

(5) AKİPEK, s. 243; AYİTER, s. 179; AYAN, s. 160.

(6) GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1054; AYAN, s. 160.

ahhüt eden (7) ve genellikle Ticaret Kanunu anlamında "tacir" sıfatını taşıyan kişilerdir (8).

Kanunda, kanuni ipotek hakkından işçilerin de yararlanacakları belirtilmiştir. Medeni Kanun'un 807. ve 809. maddelerinde geçen "işçi" kavramına rağmen, malike veya müteahhite bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak çalışan işçilerin alacakları, kanuni ipotek hakkı ile teminat altına alınmamıştır. Bunun sebebi, işçilerin ücret alacaklarının kısa sürelerde (günlük, haftalık, aylık olarak) muaccel olmasıdır (İş K. md. 26). Hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerin ücretlerini almaları için inşaatın bitmesini beklemeleri sözkonusu değildir. Bunun dışında, işçi ücretleri, İcra ve İflâs Kanunu'na göre, imtiyazlı alacaklardandır (İİK. md. 140, md. 206/A) ve böylece haciz ve işverenin iflası halinde, diğer alacaklılara nazaran birinci sırayı işgal ederler.

Sonuç olarak, sözkonusu kanuni ipotek hakkından yararlanacak olan müteahhit ve diğer çalışanların yapı sahibine bir istisna sözleşmesi ile bağlı olmaları gerekir. Bundan dolayı, MK. md. 807/3' deki "işçi" deyimiyile, inşaatın yapılmasında hizmet sözleşmesi ile fiilen çalışan işçilerin değil, zanaatkarların kastedildiği kabul edilmelidir (9). Zanaatkar, küçük sanat sahibi kişiler olup, istisna sözleşmesine dayanarak, bir inşaatın tümünün değil, sadece belirli bir kısmının yapılmasını taahhüt eden kişilerdir. Örneğin, elektrik tesisatının, su tesisatının yapılması gibi (10). Bu kişilerin de alacakları, kanuni ipotek hakkı ile teminat altına alınmıştır.

-
- (7) Bülent DAVRAN, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 58; Seher ÖZYÖRÜK, İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, İstanbul 1988, s. 13; AKİPEK, s. 241; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 854; SAYMEN/ELBİR, s. 586.
- (8) AKİPEK, s. 241; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 310; AYİTER, s. 179; ESENER/GÜVEN, s. 225.
- (9) Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdülkadir ARPACI, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 741; DAVRAN, s. 57; Safa REİSOĞLU, Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Adalet Dergisi, S. 10, Y. 51, Ekim 1960, s. 845; Tankut CENTEL, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 380; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 854; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1053; AKİPEK, s. 241; SAYMEN/ELBİR, s. 586; AYBAY/HATEMİ, s. 193; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 310; ESENER/GÜVEN, s. 225; AYAN, s. 160. Aksi görüş için bkz. Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 2. B., İstanbul 1994; s. 228; Kamil TURAN, Ferdi İş Hukuku, Ankara 1993, s. 103; Münir EKONOMİ, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 153, 154; Ferit SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 513, 514.
- (10) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 310; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 854; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1053; AKİPEK, s. 241; CENTEL, s. 380, 381.

Bunun dışında, halen bir yapıda bağımsız olarak, bir hizmet sözleşmesi olmaksızın çalışanların da kanuni ipotek hakkından yararlanacakları kabul edilmektedir (11). Yani malikin yapı veya yapı eserini sonradan benimsemesi ya da onun yapılmasına itiraz etmemesi halinde de bunu yapanlar kanuni ipotekten yararlanırlar (12).

Müteahhit ve diğer çalışanların, mutlaka doğrudan doğruya gayrimenkul maliki ile istisna ilişkisi içinde bulunmaları gerekmez. İnşaatın tümünü ve belirli bir kısmını yapmayı taahhüt eden kişiler, yapmayı yükledikleri işten bazılarının yapılmasını başkasına bırakabilirler (13). Bu suretle, inşaat işlerinin bir kısmının yapılmasını müteahhite karşı bir istisna sözleşmesi gereğince taahhüt eden alt müteahhitler de, MK. md. 807/3'e göre kanuni ipotek hakkından yararlanırlar.

Belirtilen bu kişiler, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/5. maddesine göre, alt işveren olarak da kabul edilebilirler. Bu hükme göre, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran kişiye alt işveren (taşeron, aracı) adı verilir. Uygulamada, özellikle, inşaat, nakliye ve işletme işlerinde alt işveren çalıştırılması yoluna gidilmektedir. Asıl işverenin bazı işleri alt işverene yaptırması bir ihtiyacın sonucudur. Zira, bazı işlerin uzmanlığı gerektirmesi ya da diğer zorunluluklar, işyerinin bir bölümünün başka bir işverene ait işçilerin çalıştırılmasını gerekli kılabilir (14). Bir inşaat müteah-

- (11) Safa REİSOĞLU, Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 1961, s. 26 vd.; AKİPEK, s. 241. OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 854; SAYMEN/ELBİR, s. 586.
- (12) REİSOĞLU, s. 39; AKİPEK, s. 241.
- (13) REİSOĞLU, s. 34, 35; Aynı yazar, İpotek, s. 848; GÜRSOY/EREN/OANSEL, s. 1053; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 927; AKİPEK, s. 242.
- (14) A. Can TUNCAY, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi (Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu - Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları), Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Semineri (16 - 19 Mayıs 1991), Ankara 1991, s. 65; H. Kemal ELBİR, Asıl İşveren - Alt İşveren (Müteahhit - Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler, İş Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Ocak - Mart 1991, s. 5; Talat CANBOLAT, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s. 12; Fevzi ŞAHLANAN, Türk Hukukunda Alt İşveren, İş Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, Temmuz - Eylül 1992, s. 325; Tankut ÇENTEL, İş Hukuku, C. 1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1992, s. 62; Nuri ÇELİK, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları, İş Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Temel ve Güncel Sorunları, Kamu-İş, Ankara 1993, s. 167; Haluk H. SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 1993, s. 6, 7; NARMANLIOĞLU, s. 116 vd.

hidinin, yapımını üstlendiği inşaatın, elektrik, su, ahşap doğrama, boyama işlerini başka kişilere vermesi halinde, inşaat müteahhidi asıl işveren, işçileri ile birlikte diğer işlerin yapımını üstlenen kişiler ise, alt işveren durumundadırlar. İş Kanunu anlamında, bir kişinin alt işveren olarak nitelendirilebilmesi için, bu kişinin işçi çalıştırıyor olması ve işçilerini de münhasıran bu işyerinde çalıştırması gerekir. Ancak, alt müteahhit ile alt işveren kavramları, her zaman çakışmayabilir. Zira, bir kişinin asıl müteahhitten istisna sözleşmesi ile iş alması ve bu işi işçi çalıştırmadan bizzat yapması halinde, sözkonusu kişi, alt müteahhittir, ancak İş Kanunu anlamında alt işveren değildir. Yine, asıl müteahhitten iş alan, ancak işçilerini çeşitli işverenlere ait işyerlerinde çalıştıran kişiler de, alt müteahhit olmasına rağmen, alt işveren değildirler.

Alt işveren ile asıl işveren arasında bir istisna sözleşmesi mevcuttur. Bu durumda, inşaat sahibi ile doğrudan bir hukuki ilişkisi bulunmamaktadır. Onlara karşı borçlu durumunda bulunan asıl müteahhit olmasına rağmen, inşaatta emek veya emek ve malzeme vererek çalıştığı için asıl müteahhidinkinden bağımsız olarak, kanuni ipotek hakkına sahiptirler. Bu durumda, inşaat sahibi, inşaat dolayısıyla, asıl müteahhite olan borcunu ödemiş olsa dahi, bu müteahhitten alacağını alamamış olan alt müteahhit, kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir (15).

İnşaata, satım sözleşmesi gereğince malzeme temin edenlerin kanuni ipotek hakları yoktur. İnşaatın planını hazırlayan, inşaata nezaret eden mimar ve mühendisler de, inşaat sahibine hizmet veya vekalet sözleşmesi gereğince bağlı olmalarından dolayı, kanuni ipotek hakkından yararlanamazlar (16). Bunların dışında, inşaat kredisi verenler, inşaat sahibi ya da asıl müteahhide veya alt müteahhide hizmet sözleşmesi ile bağlı bulunanlar, inşaat sahibinin rızası bulunmaksızın üçüncü şahıs tarafından yaptırılan inşaat ve ameliyatta çalışan müteahhit ve işçiler de MK. md. 807/3. gereğince kanuni ipotek hakkının tescilini isteyemezler (17).

3 — Medeni Kanun'un 807/3. Maddesine Göre Kanuni İpotek Hakkına Esas Teşkil Eden Bir Alacağın Bulunması

İnşaat alacağı, istisna sözleşmesi gereğince, "inşaat ve ameli-

(15) REİSOĞLU, s. 34; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1054; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 855; AKÜPEK, s. 241, 242; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 312; SAYMEN/ELBİR, s. 586, 587; ESENER/GÜVEN, s. 225; DAVRAN, s. 57, 58; AYİTER, s. 179; AYAN, s. 160.

(16) DAVRAN, s. 58; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1054.

(17) REİSOĞLU, s. 41 - 45; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1054.

yatta, emek veya emek ve malzeme vererek" çalışmaları sebebiyle, müteahhit veya diğer çalışanlar lehine doğan olacaktır.

Kural olarak, kanunî ipotek hakkı ile teminat altına alınan alacak miktarının tapu kütüğünde gösterilmesi gerekir. Bu sebeple, inşaat alacağının kapsamı belli olmalıdır. Asıl müteahhit ve diğer çalışanlar için, bu alacağın miktarı BK. md. 365 veya 366'ya göre belirlenir. Alt müteahhitlerin kanunî ipotek hakkı ile temin edilen alacak miktarlarının ne olduğu tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bu miktarın, inşaat sahibinin asıl müteahhit ile kararlaştırdığı miktarı geçemeyeceği kabul edilmektedir (18). Diğer görüşe göre ise, alt müteahhitlerin herbirinin yapmış oldukları işten doğan alacakları için kanunî ipotek hakkından yararlanabilecekleri ve bunun asıl müteahhidin alacak hakkı ile sınırlı olmadığı kabul edilmektedir (19).

Kanunî ipotek hakkına esas teşkil eden alacağın inşaat sahibi tarafından tanınmış olması yeni alacağın ihtilafı (çekişmeli) olması gerekir (MK. md. 809/3; TSN, md. 23/I, 1). MK. md. 809. ipoteğin, "... alacak, malik tarafından kabul edilmiş" olması halinde tescil edilebileceğini hükme bağlamaktadır. Malik, iddia edilen alacak tutarını kabul ederse, üzerine gerekli tescil yapılır. Ancak, malikin kabulü, gerçek (kesin) bir borcu değil, belirli bir miktar üzerinden ipotek hakkı kurulmasına razı olunduğunu ifade eder (20). Müteahhit ve diğer çalışanlar, kanunî ipotek haklarının tescilini, işe başladıkları günden itibaren talep edebilirler (MK. md. 809/1). Bu sebeple, tescilin talep edildiği anda, genellikle alacağın miktarı belli değildir. Bunun için inşaat sahibinin muhtemel iş ve gider miktarını inceleyerek, "üst sınır ipoteği" kurması gereklidir (21). Böylece, henüz bilinmeyen, ileride ortaya çıkabilecek alacakları temin etmek mümkün olmaktadır. Şayet, inşaatın tamamlanmasından sonra ipoteğin tescili talep edilir ve inşaat sahibi de borcu kabul ederse, ipotek mevcut alacaklar üzerinden kurulur.

Alt müteahhidin yapmış olduğu işlerden dolayı doğan alacaklarının da inşaat sahibi tarafından tanınmış olması gerekir. Bu durumda, alt müteahhit alacağının asıl müteahhitten talep edilecekse de, bu alacakları için inşaat üzerinde kanunî ipotek hakkına sahiptir. Dolayısıyla, inşaat sahibi, alt müteahhite karşı borçlu olmamakla

(18) REİSOĞLU, s. 38; AYAN, s. 161.

(19) AKİPEK, s. 244; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 929.

(20) AKİPEK, s. 244; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 857, 868; AYAN, s. 160.

(21) REİSOĞLU, s. 90; AKİPEK, s. 244; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1054, 1055.

beraber, alacaklarını ipotek hakkıyla temin etmek zorundadır (22). Alt müteahhidin alacağı, inşaat sahibi tarafından kanuni ipotek yoluyla temin edilirse, inşaat sahibince ipoteğe esas teşkil etmek üzere tanınan alacağın miktarına itiraz eden asıl müteahhidin ipoteğin terkin edilmesini isteme hakkı yoktur. Zira, alt müteahhit lehine ipotek tescil edilmesi asıl müteahhide zarar vermemektedir.

İnşaat sahibi, alacağı kabul etmeyerek kanuni ipotek hakkının tesciline imkan vermezse, müteahhit ve diğer çalışanlar, alacaklarının mahkemece hüküm altına alınmasını talep edebilirler (MK. md. 809/3). Mahkemenin uzaması halinde, müteahhit ve diğer çalışanlar, tescil için tanınan süreyi kaçırabilirler. Bunu önlemek amacıyla, hakkını gayrimenkul üzerinde tescil edilebilecek sınırlı aynı hak sahiplerine karşı ileri sürebilmek için, Tapu Sicili Nizamnamesi'nin 23. maddesine göre, ipotek hususunda, "muvakkat tescil şerhi" verdirtebilirler (MK. md. 921) (23). Ancak bu talebin kanuni ipotek hakkının tescil edilebileceği süre içinde yapılmış olması gerekir.

Kanuni ipotek hakkının geçici tescili, ya ilgililerin onayı ya da hakimın kararıyla yapılır. Geçici tescil, inşaat alacaklısı olan müteahhit ve diğer çalışanların yazılı talebi üzerine yapılıyorsa, inşaat sahibinin geçici tescile esas teşkil edecek alacağı yazılı olarak kabul etmiş olması gerekir. Taraflar, geçici tescilin süresini tayin etmiş olmalıdırlar.

Daha önce belirttiğimiz gibi, inşaat sahibi, inşaat alacağının kesin ve geçici tescili ile teminat altına alınmasına alacağı tanımayı reddetmek suretiyle engel olursa, müteahhit ve diğer çalışanların kesin tescile ilişkin kararın verilmesi için geçecek sürenin tehlikelerini önlemek amacıyla, mahkemeden geçici tescil talebinde bulunabilir (TSN. md. 23 ve MK. md. 921). Bu durumda, hakim kararıyla, geçici tescil sözkonusu olmaktadır. Asıl müteahhide bir istisna

(22) REİSOĞLU, s. 94; AKİPEK, s. 244; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1056.

(23) OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 853; REİSOĞLU, s. 116; AKİPEK, s. 247; AYAN s. 161, dn. 299; DAVRAN, s. 61; Selahattin S. TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Eşya Hukuku, 5. B., İstanbul 1989, s. 397, 398. Doktrinde şerhin hukuki dayanağı tartışmalıdır. Aksi görüşe göre, burada MK. m. 921/1 anlamında "muvakkat tescilin şerhi" olmayıp, taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı nitelikte bir şerh vardır (MK. md. 920/I, 1). Zira, MK. md. 921/I, 1'e göre, "şerh, ancak mevcut fakat taraflar arasında aidiyeti ihtilafı bir aynı hak için verilebilir. Halbuki, yapı alacaklısının henüz doğmuş, aynı hak haline gelmiş bir ipotek hakkı yoktur." GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1056, 1050; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 320, 321.

sözleşmesi ile bağlı bulunan alt müteahhit ve diğer çalışanlar da alacaklarından dolayı geçici tescil talebinde bulunabilirler.

4 — İnşaat Sahibinin Teminat Göstermemesi

İnşaat sahibi, müteahhit ve diğer çalışanlara, alacağı için yeterli teminat göstererek, ipotegün tescil edilmesini önleyebilir (MK. md. 809/son, c). Teminat, aynı veya şahsi olabilir; yani para ve kıymetli evrakın depo edilmesi veya mali durumu iyi kişilerin kefil olarak gösterilmesi, teminat mahiyetindedir. Teminat miktarının müteahhit ve diğer çalışanların alacağını karşılamaya yetecek miktarda olması gerekir. İhtilaf halinde, teminatın türü ve miktarı mahkemece tayin olunur (MK. md. 2, 4) (24). Hakimın karar vermesine kadar geçecek olan süre içinde, ipotek hakkının tehlikeye düşmesi amacıyla, müteahhit ve diğer çalışanlar, MK. md. 920 gereğince, bunun "muvakkat tescilinin tapuya şerh edilmesini" isteyebilirler (TSN. md. 23/2) (25).

Teminat, tescil talebinde bulunan müteahhit ve diğer çalışanlara karşı gösterilmiş olmalıdır. Teminatın asıl müteahhide karşı gösterilmiş olması, tescil talebinde bulunan alt müteahhidin bu hakkını ortadan kaldırmaz (26).

İnşaat alacaklısı olan müteahhit ve diğer çalışanların kusuru olmaksızın teminat azalmışsa, üç aylık tescil süresi geçmiş olsa bile, inşaat sahibinden yeniden teminat göstermesi istenebilir (27). İnşaat sahibi teminat göstermek suretiyle, daha önce tescil edilmiş olan kanuni ipoteklerin terkinini de talep edebilir.

5 — Tescilli Talep Süresinin Geçmemiş Olması

Bir inşaata malzeme vererek veya vermeyerek emek sarfeden müteahhit ve diğer çalışanların, bundan doğan alacaklarını temin için tescilli talep etmeleri gerekir. Doktrinde, bizzat malikin de onlar lehine tescil talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir (TSN. md. 23) (28). Dolayısıyla, kanundan doğan ipotegün tesis edilmesi tapu kütüğünde tescilin yapılmasına bağlıdır.

Müteahhit ve diğer çalışanlar lehine ipotegün tesisini sağlayan tescil talebinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ka-

(24) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 313; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1057; DAVRAN, s. 62; AYAN, s. 161.

(25) AKİPEK, s. 245; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 743.

(26) AKİPEK, s. 245; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1057.

(27) REİSOĞLU, İpotek, s. 863.

(28) AKİPEK, s. 245; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 317; DAVRAN, s. 61.

nundan doğan bir eşyaya bağlı borç sözkonusudur. Dolayısıyla, sonraki müktesiplere karşı ileri sürülebileceği gibi, iflas masasına karşı da ileri sürülebilir (29). İkinci görüşe göre, sadece yapı işlerini yaptırın malike karşı ileri sürülebilecek bir alacak hakkı vardır (30). Diğer bir görüşe göre ise, yapı alacaklısının bu hakkı, yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bu hak, doğrudan doğruya tapu memuruna karşı kullanılır (31). Ayrıca, sadece inşaat işlerinin üstlenildiği ve inşaatın yapıldığı dönemdeki malike karşı etkili olabilir. Sonraki müktesiplere karşı ileri sürülemez (32). Tescilin hüküm doğurabilmesi için, MK. md. 809 ve TSN. md. 23 gereğince, inşaat alacağının inşaat sahibi tarafından tanınmış veya bir mahkeme hükmü ile tespit edilmiş olması gerekir.

Tescilli talep süresi, müteahhit ve diğer çalışanların "... işin icrasını iltizam ettikleri günden itibaren" başlar (MK. md. 809) Böylece, tescil için istisna sözleşmesinin yapılması yeterli olup, müteahhit ve diğer çalışanların işin yapılmasına başlamış olması aranmamaktadır (33).

Tescil talebine, alacağın bir inşaat alacağı olduğunu ve inşaat sahibi tarafından bunun tanındığını gösteren belgeler veya buna ilişkin mahkeme kararı eklenir (TSN. md. 23). Tapu memuru, bu belgelerin geçerliğini re'sen araştırmalıdır.

Müteahhit ve diğer çalışanlar, kanunî ipotek hakkının tescilini en geç inşaat alacağının doğuran inşaat işini fiilen tamamlamalarından itibaren üç ay içinde talep edebilirler (MK. md. 809). Bu süre, hak düşürücü bir süredir (34). İşin bitim tarihi, her yapı alacaklısı yönünden, kendisine düşen işin tamamlandığı tarihtir; yoksa yapının tüm işlerinin bitirildiği tarih değildir. Böylece, üç aylık sürenin işlenmesi bakımından, her yapı alacaklısının durumu diğerinden bağımsızdır (35). Bu süre geçtikten sonra, sicil memuru tescil talebini reddetmek zorundadır. Şayet, istisna sözleşmesinin yapılmasından hemen sonra tescil talebinde bulunulmuşsa, alacak miktarı belirlenmeyeceği için, bu, kural olarak maksimal ipotektir (36).

(29) AKİPEK, s. 246.

(30) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 315.

(31) REİSOĞLU, İpotek, s. 864; SAYMEN/ELBİR, s. 582; HATİEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 742.

(32) SAYMEN/ELBİR, s. 582.

(33) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 316; AYBAY/HATİEMİ, s. 194; ESENER/GÜVEN, s. 226; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 858; DAVRAN, s. 60, 61.

(34) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 318; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 859; DAVRAN, s. 61.

(35) AKİPEK, s. 216; DAVRAN, s. 61; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 318.

(36) GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1057; AYAN, s. 162.

§ 3 — MÜTEAHHİT VE DİĞER ÇALIŞANLARA TANINAN KANUNİ İPOTEK HAKKININ SIRASI

Müteahhit ve diğer çalışanlara tanınan kanunî ipoteğin, inşaat üzerinde tesis edilmiş bulunan aynı haklar karşısında sırası, ipoteğin tesis edildiği tarihe göre tespit edilir. Bu durumda, kendinden önce kurulmuş olan rehinlerden ve diğer sınırlı aynı haklardan sonra gelir. Ancak, inşaat üzerinde birden fazla müteahhit ve diğer çalışanlar lehine kanunî ipotek hakkı tescil edilmişse, bunların tescil edildikleri tarihe bakılmadan, aralarında sıra eşitliği vardır (MK. md. 810). İpoteğin paraya çevrilmesi halinde, elde edilen miktar bunların hepsini karşılamazsa, alacakları orantılı olarak aralarında bölünür. Aksi halde, işini önce bitiren müteahhit veya diğer çalışanların, sonra bitirenden önceliği olur ve haksızlık ortaya çıkar (37).

§ 4 — MÜTEAHHİT VE DİĞER ÇALIŞANLARIN ÖN SIRALI DERECELERDEKİ DİĞER REHİN ALACAKLILARI KARŞISINDA İMTİYAZI

İnşaat sahibi, müteahhit ve diğer çalışanların kanunî ipotek haklarını tescil ettirmeden önce, ön sıralı derecelere başka rehinli alacaklılar lehine ipotek kurarak ve ipotekli borç senedi ve irat senedi çıkararak taşınmazı yükleyebilir. Bu durumda, müteahhit ve diğer çalışanların alacaklarını elde edememe ihtimali ortaya çıkmaktadır. Medeni Kanun'un 811. maddesi, bunu önlemek amacıyla, bazı şartlarla, değer fazlasının, öncelikle müteahhit ve diğer çalışanlara tahsis edilmesi imkanını sağlamıştır. Bu hükme göre, alacaklıları kısmen ya da tamamen ön sıralı derecelerdeki rehinli alacaklılar yüzünden alamayarak zarara uğrayan müteahhit ve diğer çalışanlar, alacaklarından alamadıkları kısım için ön sıralı derecedeki rehinli alacaklılara düşen paydan tahsil edebileceklerdir.

Müteahhit ve diğer çalışanların, ön sıralı derecelerdeki diğer rehin alacaklıları karşısındaki imtiyaz haklarını kullanabilmeleri bazı şartlarla mümkündür:

1 — Objektif Şartlar

Müteahhit ve diğer çalışanlar, gayrimenkul paraya çevrildiği zaman, alacağını tamamen veya kısmen elde edememiş ve bu yüzden zarara uğramış olmalıdır (MK. md. 811/2). Bunun nedeni, gayrimenkulün kendilerinden önce gelen sıralı derecelerde kurulmuş olan aşırı rehinlerle yüklü olmasıdır (38). İmtiyaz haklarını, inşaat

(37) AKİPEK, s. 248; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1059; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 933; REİSOĞLU, s. 148.

(38) REİSOĞLU, s. 180; AKİPEK, s. 250; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1050; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 934.

ipoteğiyle temin edilmiş miktar ile, rehmin nakde çevrilmesinde hisselerine düşen miktar arasındaki fark oranında kullanabilirler.

Bunun dışında, gayrimenkul üzerinde ön sıralı derecelerde bulunan aşırı rehinler, yalnız arsa değerini değil, inşa edilen gayrimenkulün değerini de aşmış olmalıdır (39). Arsa değerini aşan bu rehin hakları, inşaat başlamadan evvel kurulmuş olabileceği gibi, inşaat devam ederken hatta inşaatın bitiminden sonra da kurulmuş olabilir (40).

2 — Subjektif Şart

Medeni Kanun'un 811. maddesine göre, önceki sıradaki rehinli alacaklılara karşı imtiyaz hakkının sözkonusu olabilmesi için, objektif şartların dışında, subjektif bir şartın da bulunması gereklidir.

Ön sıralı derecedeki rehinli alacaklılar, gayrimenkulün değerini aşan rehinlerin inşaat alacaklılarının ipotek haklarını ihlal edeceğini bilmeli veya bilmesi gerekmektedir (MK. md. 811/1). Rehlinli alacaklının, hal ve şartlara göre kendinden beklenebilecek özeni gösterdiği takdirde, zararı görebilecek durumda olması subjektif şartın gerçekleşmesi için yeterlidir (41).

Subjektif şart gereğince, ön sıralı rehin alacaklılarının kötünüyetli olduğunu ispat, kanuni ipotek hakkından yararlanan müteahhit ve diğer çalışanlara düşer (MK. md. 3) (42).

Müteahhit ve diğer çalışanlardan birinin talebi ile inşaat işine başlama tarihi, tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazılabilir (MK. md. 811). Beyanlar sütununa yapılan bu işlem nedeniyle, ön sıralı derecedeki rehin alacaklılarının iyiniyeti ortadan kalkar (MK. md. 811/3, TSN. md. 85) (43).

Objektif şartlar ile subjektif şart gerçekleşirse, kanuni ipotek hakkından yararlanan müteahhit ve diğer çalışanlar, inşaat dolayısıyla meydana gelen değer artışının, uğradıkları zararın tazmini-ne tahsis edilmesini talep edebilir (44). Değer artışı, inşaatın, bitiril-

(39) AKİPEK, s. 250; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1060.

(40) AKİPEK, s. 250.

(41) REİSOĞLU, İpotek, s. 27; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1062; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 860; AKİPEK, s. 251; SAYMEN/ELBİR, s. 590; ESENER/GÜVEN, s. 226.

(42) GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1062; DAVRAN, s. 67.

(43) AKİPEK, s. 251; SAYMEN/ELBİR, s. 590, 591.

(44) OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 860.

mesinden sonra kazandığı değerden, arsanın değerinin düşürülmesi suretiyle bulunur (45). Bu, gayrimenkulün paraya çevrilmesi anına göre tespit edilir (46).

İnşaatın meydana getirdiği bu değer artışı, müteahhit ve diğer çalışanlardan önce gelen sıralı derecelerdeki rehinli alacaklılara tamamen veya kısmen tahsis edilmiş olması gerekir. Dolayısıyla, zararın değer artışı ile tazmini talebi, ön sıralı derecedeki rehmin müteahhit veya diğer çalışanları, zarara uğratması oranında mevcuttur (47).

Talep hakkı, şartların gerçekleşmesi halinde, sıracı önce gelen gayrimenkul rehni çeşidi ne olursa olsun, müteahhit veya diğer çalışanlar lehine doğar. Ancak rehin çeşidinin önemi, rehinli alacağın temliki halinde ortaya çıkar. Ön sıralı derecelerde bulunan rehinler, ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi olabilir. Bu rehinlerin temin ettiği alacaklar, üçüncü şahıslara devredilirse, hukuki durum önde gelen rehmin çeşidine göre farklıdır (48).

Temlik edilen aşırı rehinli alacak, "ipotek" ile temin edilmişse, imtiyaz yeni alacaklıya karşı ileri sürülebilir. Bu durumda, kanuni ipotek hakkından yararlanan müteahhit veya diğer çalışanlar, MK. md. 811'deki imtiyaz hakkını, alacağı temlik eden rehinli alacaklıya ileri sürebiliyorsa, bu alacağı rehin hakkıyla birlikte temellük eden yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir. Bu rehinli alacaklının iyiniyetli olup olmamasına bakılmaz (49).

Ön sıralı derecede bulunan gayrimenkul rehni, "ipotekli borç senedi veya irat senedi" ise, rehinli alacaklının bunları başkasına devretmesi halinde, üçüncü kişiye karşı imtiyazın ileri sürülebilmesi, ancak yeni rehinli alacaklının kötüniyetli olmasına bağlıdır. Yani senedin yeni sahibi, bu senedin MK. md. 811'deki şartlara uygun olarak hazırlandığını bilmiyorsa, iyiniyetli olup, rehinli alacağı kesin olarak elde eder (MK. md. 835). Bu durumda, usulüne uygun olarak düzenlenen senetteki alacak, yenilenmiş olur (MK. md. 824). Dolayısıyla, imtiyaz hakkı, iyiniyetli ipotekli borç senedi veya irat sene-

(45) GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1060.

(46) GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1060.

(47) OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 860.

(48) AKİPEK, s. 250; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1062; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 860.

(49) AKİPEK, s. 252; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1062; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 935; REİSOĞLU, İpotek, s. 25.

di sahibine karşı ileri sürülemez (50). Fakat bu yüzden, inşaat alacaklısı olan müteahhit ve diğer çalışanlar bir zarara uğrarsa, rehin senetlerini temlik eden önceki rehin hakkı sahibi, bu zarardan şahsen sorumlu olur (MK. md. 811/c. 2). Ancak, önceki rehin sahibi ödeme güçlüğü içinde ise, zarardan dolayı şahsen sorumlu olması, inşaat alacaklısının zararını karşılamaz. Bu durumu önlemek amacıyla, inşaat alacaklısı, inşaat işinin başladığını, sicilin "beyanlar hanesine" kaydettirebilir (MK. md. 811/son c, TSN. md. 89). Bu tarihten itibaren, tescil süresinin bitimine yani işin tamamlanmasından başlayıp, üçüncü ayın sonuna kadar inşaat sahibi taşınmaz üzerinde yalnız ipotek kurabilir. Bunun dışında, ipotekli borç senedi ve irat senedi kuramaz. Tapu sicili bu süre için, ipotekli borç senedi ve irat senedi kurulmasını engellemek amacıyla, sınırlı olarak kilitlenir (51).

İnşaat alacaklısı olan müteahhit ve diğer çalışanlar, değer fazlasının zararının tazminine tahsis edilmesini, zarara sebep olan ön sıradaki alacaklıya karşı açacağı bir dava ile talep edebilir. Medeni Kanun'un 811. maddesi gereğince, ön dereceli sıradaki rehinli alacaklılara karşı dava hakkı, sadece kanunî ipotek haklarını tescil ettirmiş müteahhit ve diğer çalışanlara tanınmıştır (52). Kanunî ipotek hakkını tescil ettirmiş olan ikinci müteahhit ve diğer çalışanların da dava hakları vardır.

İnşaat alacaklısı, kötünîyetli aşırı rehinli alacaklılar dolayısıyla uğradığı zararı talep edebilecektir (MK. md. 811). Zarar iddiası, gayrimenkulün paraya çevrilmesinden sonra ileri sürülebilir. Bu suretle, öncelikli sıralı aşırı rehinlere paylaştırmadan düşecek miktar belli olur ve böylece inşaat ipoteğinin temin ettiği alacağın ne kadarının elde edilemediği ortaya çıkar (53).

Bu dava, mahiyeti itibariyle şahsi bir davadır (54). İnşaat alacaklısının aşırı rehinli alacaklılar dolayısıyla, uğradığı zarar talep edilmektedir. Söz konusu alacak, haksız fiil zararından doğmakta-

(50) GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1063; AKİPEK, s. 252; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 936.

(51) OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 361; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1063.

(52) REİSOĞLU, İpotek, s. 24.

(53) GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1064.

(54) GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1064; AKİPEK, s. 254; REİSOĞLU, s. 208.

dır. Bu nedenle de, BK. md. 60'da düzenlenen haksız fiil zamanlaşımına tabidir (55).

SONUÇ

Medeni Kanun, yapı alacaklısı olan müteahhit ve diğer çalışanları özellikle koruma gereği duymuştur. Yapı işlerinde emeğiyle veya hem emek hem de malzeme vererek çalışanlar, inşaat sahibi lehine bir değer yaratırlar. Ancak genellikle, bundan doğan alacaklarını hemen alamazlar.

Yapı işlerinin niteliği itibarıyla, uzun süre devam etmesi, alacaklarının ancak yapı işlerinin bitiminde belli olması sonucunu doğurur. Bu yüzden, gayrimenkulde meydana getirdikleri değer artışına rağmen, alacaklarını elde edememe tehlikesine karşı, gayrimenkul üzerinde ipotek tesis etme imkanı sağlanmıştır.

Medeni Kanun'un 807/3. maddesi, "Malzeme vererek veya vermeyerek ameliyatta çalışmış olan ve malik veya müteahhitten alacaklı olan müteahhit ve işçiler"i yapı ipoteki sahibi olan kişiler olarak göstermiştir. Ancak, doktrinde hakim olan görüşe göre, hükümdede yer alan "işçi" kavramı ile, İş Kanunu anlamında hizmet sözleşmesi ile fiilen çalışan işçiler değil, inşaat işlerinin bir kısmının yapılmasını müteahhite karşı bir istisna sözleşmesi gereğince taahhüt eden alt müteahhitler kastedilmektedir.

Kanun ile tanınan kanunî ipotek hakkı ile, bu kişilerin alacakları teminat altına alınmakta ve bunun dışında ön sıralı derecedeki rehinli alacaklılar karşısında korunmaktadırlar.

(55) AKİPEK, s. 254; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1063, 1064; HATEMİ/SERÖZAN/ARPAÇI, s. 744. Söz konusu davanın hukuki niteliği konusunda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, yapı alacaklılarına tanınan öncelik hakkı, İİK. md. 277 vd.'da düzenlenen iptal davasıyla benzerlik gösterir. Yapı alacaklısı, öncelik hakkını, yapı işlerinin taşınmaza kazandırdığı değer fazlası ölçüsünde, evvelki sırada bulunan rehin hakkı sahiplerine karşı iptal davası açmak suretiyle kullanacaktır. Bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 325.

EVLAT EDİNMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SONA ERMESİ

Nursen AYAN (*)

I — GİRİŞ

Sahih nesep, çocuk ile ana ve babası arasındaki bağın yasanın aradığı şekilde doğmuş olmasını ifade eder. Ancak, sahih nesep yalnızca doğal (biyolojik) kökene dayanmaz. Sosyal ve manevi yönü ağır basan bir evlât edinme sözleşmesiyle de kurulabilir. Kavram olarak evlât edinme, hakimin izni ile tamamlanan aile hukukuna dair bir sözleşme olup, evlât edinenle evlâtlık arasında sahih nesep bağının bütün hükümlerini meydana getiren bir müessesedir. Hemen hemen bütün modern hukuk sistemlerince benimsenmiş olan bu müessese, İsviçre-Türk Medeni Kanunlarında da yer almıştır (MK. m. 253-258). Medeni Kanunun evlât edinme ile ilgili hükümlerinde 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır.

Evlât edinme müessesesinin, kimsesiz bir çocuğa aile şefkati kazandırmak, herhangi bir sebeple çocuk sahibi olamamış kişilere çocuk sevgisini tattırmak, evlilik dışı doğmuş bir çocuk veya üvey evlâda karşı var olan manevi ilişkiyi hukukileştirmek gibi pek çok işlevi vardır. Ancak, bütün bu olumlu işlevlerin yanında evlât edinme işlemi yapılırken art niyetle hareket edilmesi de mümkündür. İşte, evlât edinmenin kendine özgü niteliklerinden ötürü yasa koyucu sıkı şekil şartları ve yargısal denetim öngörmüştür. Buna göre, bir evlât edinme sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için, evlât edinecek olan kişinin en az otuzbeş yaşında olması, sahih nesepli fîruunun bulunmaması, evlâtlık ile aralarında en az onsekiz yaş farkının bulunması gereklidir. Eğer evlât edinen evli ise, ayrıca eşinin de rızasına ihtiyaç vardır. Evlâtlık bakımındansa, mümeyyiz olduğu takdirde kendi rızası, ana-babasının rızası, vesayet altında ise vesayet organlarının izni ve nihayet evli ise eşinin rızası gerekir. Şekli şartlar olarak da, evlât edinenin oturduğu yer sulh hâkiminin izni üzerine yapılacak bir resmi senet aranır.

İşte, bu şekilde kurulan bir evlât edinme sözleşmesinde ideal olan onun devam etmesidir. Evlât edinme müessesesinden beklenen faydaların elde edilmesi buna bağlıdır. Ancak, yasanın öngördüğü şartlara uyulmadığı için evlât edinme ilişkisi baştan itibaren hükümsüz (geçersiz) olabileceği gibi, yine yasanın öngördüğü esaslar çerçevesinde sonradan ortadan kaldırılması da mümkündür. Bu kısa çalışmada, ana hatlarıyla önce evlât edinmenin hükümsüzlüğünü, sonra da evlât edinmenin sona ermesini inceleyeceğiz.

II — EVLÂT EDİNMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Evlât edinmenin geçerli bir şekilde meydana gelebilmesi için, kanunkoyucunun öngördüğü maddi (asli) ve şekli şartlara riayet edilmesi zorunludur. Aksi takdirde, bu şartlara aykırı hareket edilmesi duruma göre evlât edinmenin yok sayılmasına, bâtil olmasına veya iptal edilebilir bir nitelik taşımaya sebebiyet verebilir.

A) EVLÂT EDİNMENİN YOK SAYILMASI

Evlât edinmenin kurucu unsurlarından herhangi biri mevcut değilse, meselâ hâkimden izin alınmamış veya resmî senet düzenlenmemişse, artık evlât edinme işlemi yok sayılır (1). Böyle bir durumda, açılacak dâvanın sadece nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin olması gerekir (2).

Kurucu unsurların eksik olduğu hallerde, tarafların aralarında sanki evlât edinme sözleşmesi varmış gibi davranmaları evlâtlık ilişkisinin doğmasını sağlamaz (3). Hattâ, evlâtlık, manevi evlât, bes-

(*) S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 1983, s. 368; Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1985 - 1986, s. 237.

(2) Tekinay, Selâhattin S., Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990, s. 489.

(3) 2. HD., 12.12.1977, E. 1977/8401, K. 1977/8582, "... Medeni Kanunda evlâtlık sözleşmesinin noter tarafından resmî senet şeklinde düzenlenmesi öngörülmüştür (MK. m. 256). Öyle ise sözleşme bu biçimde yapılmadıkça evlâtlık ilişkisi kurulmaz. Ne varki sözleşmenin esas veya şekil şartlarından bir kısmı eksik olduğu halde, taraflar sağlığında buna geçerlik tanıyıp şartlarını yerine getirmiş iseler, ölümlerinden sonra mirasçılarının buna karşı çıkıp iptâl isteğinde bulunmaları objektif iyiniyet kuralıyla bağdaşmaz. Yargıtay'ın kararlı uygulaması bu yolda olduğu gibi bilimsel görüşler de aynı doğrultudadır. Olayda bu kuraldan yararlanmak mümkün değildir. Çünkü: Dâvacıların miras bırakanı ile dâvalı arasında Noterde düzenlenmiş bir sözleşme yoktur. Ancak (F.Ö.) ile (N.Ş.) arasındaki evlâtlık sözleşmesinin tarih ve numarası yazılarak (M.Ö.) ile (N.Ş.) arasında bir evlâtlık ilişkisi kurulduğuna işaret olunmuştur. İşte bu dayanaksız ve yanlış kaydı tarafların benimsemiş olmaları, hiç bir suretle onlar arasında evlâtlık ilişkisi meydana getirmez. Zira gerçekte varolmayan bir hukuki işlem için objektif iyiniyetten söz edilemez. Olayda taraflar noter önüne

leme veya diğeri bir ifade ile nüfus kütüğüne tescil işleminin yapılması da bu sonucu değiştirmez (4).

B) EVLÂT EDİNMENİN BATIL OLMASI

Taraflardan birinin tam ehliyetsiz olması veya Medeni Kanunun 253-255 inci maddelerinin öngördüğü esasa ilişkin şartlardan bazılarında uyulmaması evlât edinme sözleşmesinin butlanına yol açar (5). Meselâ, yaş şartına, sahih nesepli fûruu bulunmama şartına veya önceden evlât edinilmemiş olma şartına aykırılıkta durum böyledir. Aynı şekilde, evlât edinenle evlâtlıktan birinin mümeyyiz kısıtlı olmasına rağmen rızasının alınmaması durumunda da butlan sözkonusudur (6). Evlât edinmeye ilişkin şekil şartlarında tarafların farkedemeyecekleri türden eksiklikler bulunması, meselâ, noterin senedi mühürlemekle yetinip imzalamayı unutmaması gibi durumlarda da yokluk yerine butlanı kabul etmek daha isabetli olacaktır (7).

bile çıkmamışlar ve irade açıklamasında bulunmamışlardır. Eğer mahkemenin görüşü benimsenirse, evlenme işlemine başlayıp da nikâh memuru önüne çıkmayan ve fiilen birleşmiş bulunan kimselerin evliliklerini bîfâ geçerli saymak gerekir ki, bunu hiç bir hukukçunun kabul edeceği düşünülemez.

Dâvacıların miras bırakanlarının sağlığında, bu kaydın doğruluğuna inanarak, evlâdlığın ref'i hakkında dâva açmış olması, esasen varolmayan evlâdlık ilişkisinin doğumuna imkân vermez..." (YKD., C. 4, S. 9, 1978, s. 1451 - 1452).

- (4) HGK., 13.4.1977, E. 1978/2-1837, K. 1977/366, "...Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki mevzuatta evlât edinme müessesesi mevcut bulunmadığına göre bu esasa aykırı olarak nüfusa geçirilen kayıt yok hükmündedir..." (YKD., C. 4, S. 5, 1978, s. 677 - 678); 2. HD., 8.11.1982, E. 1982/7912, K. 1982/8113, "...Medeni Kanunun yürürlüğünden önceki hukukumuzda evlât edinme (tebenni) müessesesi mevcut değildir. Bu bakımdan nüfus siciline her ne sebeple olursa olsun bu yolda geçen kayıt ve yapılan şerhler hukuki değer taşımaz. Onun için nüfusta bu tür kayıtların varlığı, bu gibilere evlâtlık imiş gibi miras payı verilmesini mümkün kılmaz. Bu bakımdan yanlış kayıt mahkeme kararı ile ortadan kalkmamış olsa bile, gerçek mirasçıları gösteren o kişiyi pay dışı bırakan veraset belgesi verilmesine kanuni bir engel yoktur..." (YKD., C. 9, S. 2, 1983, s. 188 - 189).

(5) Öztan, 349.

(6) Tekinay, 470.

(7) Tekinay, 471. Bu konuda yokluk ile butlan arasındaki fark, mirasçılık belgesinin verilmesi sırasında ortaya çıkar. Söz konusu belgeyi verecek olan hâkim şekil eksikliklerine bakarak evlât edinme işleminin zaten meydana gelmemiş olduğuna kendiliğinden karar vermeme, bu hususu tesbit eden ayrı bir mahkeme kararının alınmasını gerekli görmelidir. Bu sebeple, söz konusu durumlarda yokluk yerine butlanı tercih etmek daha uygundur.

Evlât edinmenin herhangi bir sebeple batıl olması durumunda, yokluktan farklı olarak, evlâtlık ilişkisinin geçerli olmadığını iddia eden tarafın butlan dâvası açması gerekir. Yani, butlanın hüküm ifade etmesi için hakim tarafından karar verilmesi zorunludur (8). Ancak, eksik olan şartların sonradan tamamlanması halinde artık butlan dâvasının açılmayacağı ya da açılmış olan dâvanın düşeceği kabul edilir (9). Meselâ, evlât edinmenin otuzbeş yaşını doldurması, bir kişinin iki kişi tarafından evlât edinilmiş olmasına rağmen birinci evlât edinmenin hâkim tarafından iptal edilmesi gibi olaylarda butlan dâvası dinlenmez (10). Kanaatimce, birinci evlât edinmenin tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırıldığı haller bakımından da aynı esas geçerli sayılmalıdır.

Evlât edinmenin butlanı dâvasını taraflar ve hukuken korunmaya değer bir menfaati olan diğer kişilerle savcı açabilir (11). Ayrıca, butlan dâvası hukuki niteliği itibariyle bir tesbit dâvası olduğu için, dâvanın açılması herhangi bir süreyle de sınırlandırılmamıştır (12). Ancak, Yargıtay, butlan dâvası açma hakkının dürüstlük ilkesi çerçevesinde kullanılmasına özen göstermektedir. Gerçekten, evlât edinmenin butlanını gerektiren bir eksikliğin bulunmasına rağmen taraflar sözleşmenin gereklerini yerine getirmişler ve dolayısıyla ilişkiyi benimsediklerini göstermişler ise, evlât edinmenin ölümünden sonra mirasçıları tarafından butlan iddiasında bulunulması dürüstlikle bağdaşmaz (13). Yine Yargıtay'a göre, evlenmede

(8) Öztan, 349.

(9) Tekinay, 471; Öztan, 349.

(10) Öztan, 349.

(11) Tekinay, 472; Öztan, 349.

(12) Öztan, 349.

(13) Gerçekten, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2.10.1977 tarih, E. 1971/2-810 ve K. 1974/1043 sayılı kararına göre, "... Medeni Kanununun 256. maddesi, maddî hukuk kuralları ile öngörülen şekil koşulunun isbat değil, geçerlilik koşulu olduğu esasına dayanan aynı kanunun 5. maddesi yoluyla (Borçlar Kanununun) 11/2. maddeleri açısından değerlendirildiğinde evlâtlık sözleşmesi için öngörülen şeklin geçerlik koşulu olduğu sonucuna varılır ve bu şekle uyulmadığı takdirde evlât edinme muamelesi hükümsüz sayılır ve ayrıca sözleşmenin geçersizliğini gerektirir eksiklikler yönünden bir ayırım yapılarak onu farklı hükümlere tabi tutmak da mümkün değildir. Şu halde, noterde resen düzenlenmesi gereken evlâtlık sözleşmesinin örneğin noterin sadece imzasının eksikliği nedeniyle geçersiz sayılması ile, dışarıda düzenlenerek notere tasdik ettirilen veya tarafların kendi aralarında özel olarak düzenledikleri bir senedin geçersizliği arasında, resmi şeklin geçerlik koşulu olması itibariyle geçersizliğin doğuracağı hukuksal sonuçlar açısından bir ayırım yapılamaz.

Genel kural böyle olmakla beraber şekil eksikliği veya bozukluğu ne-

olduğu gibi, evlât edinmede de muvazaa butlan sebebi sayılamaz. Evlât edinme sözleşmesinin bünyesinde malvarlığının mirasçıdan başkasına intikali unsuru vardır ve bünyeden gelen bu zorunluluk muvazaa sebebi olarak ileri sürülemez (14).

C) EVLÂT EDİNMENİN İPTAL EDİLEBİLİR OLMASI

Evlât edinmenin iptal edilebilir nitelik taşıdığı hallerden birincisi, taraflardan birinin iradesinin hata, hile veya tehdit nedeniyle sakatlanmış olmasıdır. İkinci hal ise, ana babanın, eşin veya vesa-yet makamının rızasının alınmamış olmasıdır (15). Söz konusu hal-lerde, iradesi sakatlanmış veya rızası alınmamış olan kişi ya da ma-kam iptal dâvası açabilir. Ancak, evlât edinenle evlâtlıktan birinin mümeyyiz kısıtlı veya evlâtlığın mümeyyiz küçük olması durumunda, ona ait rıza şartının gerçekleşmemiş olması iptali değil ve fakat bütlanı gerektirir. Zira, bu halde rıza sözleşmesinin temelini cluşturur (16).

deniyle sözleşmenin iptali isteminde bulunmak hakkının da Medeni Ka-nunun 2. maddesinin "Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir." hükmü uyarınca dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak bir biçimde kullanılmaması zorunludur. Olayda evlâtlık sözleşmesi resmi şekilde yapılmamış ise de taraflar evlât edine-n'n ölümüne kadar sözleşmenin gereklerini geçerli olduğu düşüncesiyle yerine getirmişler ve dâvacılar ancak evlât edinenin ölümünden sonra sözleşmenin iptali amacıyla mahkemeye başvurmuşlardır. Dâvacıların bu davranışları olayın özelliği yönünden hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup yasal bakımdan korunmaya değer görülemez..." (YKD., C. 3, S. 9, 1977, s. 1193 - 1196). Aynı yönde bk., 2. HD., 24.11.1976, E. 1975/7209, K. 1975/8971, "...Evlât edinme sözleşmesi yapıldıktan ve sağlığında evlât edinen bu işlemi ve ilişkiyi benimsedikten sonra ölümü halinde, mirasçı-larının şekil eksikliğinden söz ederek sözleşmenin geçersizliğini ileri sür-meleri, dürüstlük kuralına ters düşer, uygulama bu yoldadır. Resmî se-netteki şekil eksiklikleri bile fesih sebebi kabul edilmemekte iken ikinci derecedeki bir işlem olan izindeki eksikliğin iptal sebebi sayılması müm-kün değildir. Onun için hâkimin izin beyanını evde, yada dairede açıklama-sı hiçbir şeyi değiştirmez. Yani sözleşmeyi geçersiz kılmaz. ... Sözleş-menin iptalini gerektiren bir şekil eksikliği bulunmadığı gibi, esasen amaçta sakatlık da söz konusu değildir. Çünkü: Evlâtlık sözleşmesinin düzenlenmesinden kısa bir süre sonra evlât edinen öldüğü için resmî ilişki az devam etmiş olmakla beraber, miras bırakan sağlığında dâvalıyı kendisine çok yakın bulmuş, bu yakın ilişkiler yıllarca devam etmiş, ni-hayet fiili durum hukuki şekle çevrilmiştir. Bunda da kanuna aykırı bir yön yoktur..." (YKD., C. 10, S. 2, 1984, s. 200 - 202).

(14) Köprülü/Kaneti, 239; Fezyioğlu, Feyzi N./Özakman, Cumhuriyet, Enis, Alle Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s. 491. Bk. 2. HD., 24.11.1976, E. 1975/7209, K. 1975/8971 (YKD., C. 10, S. 2, 1984, s. 200 - 202).

(15) Tekinay, 473; Öztan, 349.

(16) Tekinay, 473.

İptal dâvası, hata ve hilede durumun öğrenilmesinden itibaren, tehditte ise tehdidin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde açılmalıdır (17). Ancak, iptal dâvası açma hakkına sahip olan kişi iptal sebebini bilmesine rağmen uzun süre dâva açmamışsa, bu durum örtülü (zımnî) rıza anlamına gelebilir ve böyle bir durumda da dâva hakkını kaybeder (18). Şüphesiz, hakkın kötüye kullanımının sözkonusu olduğu hallerde de artık dâva açılmamalıdır (MK. m. 2/II). Kanuni temsilcinin ve vesayet dairesinin açabileceği iptal dâvası ise herhangi bir süreye tabi değildir.

Bu anlamda açılacak bir iptal dâvası yenilik doğurucu nitelik taşır ve haklı sebeplere dayanan iptal dâvasından farklı olarak hükümleri geçmişe etki yaratır. Karar evlât edinmenin ölümünden sonra da geçerli olacağı için, evlâtlık mirasçılık hakkını kaybeder ve o ana kadar yapılmış bakım masrafları kendisinden istenebilir (BK. m. 61) (19).

III — EVLÂT EDİNMENİN SONA ERMESİ

A) EVLÂT EDİNMENİN SONA ERMESİNE YOLAÇAN SEBEPLER

Evlât edinme, tabii (kan bağına dayanan) nesepden farklı olarak yapmacık (sun'î) bir nesep bağı yarattığı için, kesin ve kalıcı bir ilişki meydana getirmez. Taraflar arasında evlât edinmeyle ortaya çıkan hukuki ilişkinin çeşitli sebeplerle sona ermesi her zaman için mümkündür. Evlât edinmenin sona ermesine yol açan sebepler, "evlâtlık ile evlât edinmenin anlaşması", "evlâtlık ile evlât edinmenin evlenmesi" ve "hakimin evlât edinmenin iptaline karar vermesi" olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenebilirler.

1 — Evlâtlık ile Evlât Edinenin Anlaşması

Evlât edinme ilişkisinin ortadan kalkmasına yolaçan birinci sebep tarafların bu konuda anlaşmalarıdır. Gerçekten, evlâtlık ve evlât edinen, aralarında anlaşarak evlât edinme ilişkisini her zaman sona erdirebilirler. Böyle bir anlaşmanın kendisinden beklenen sonuçları yaratabilmesi için, evlât edinme sözleşmesinde aranan şartlara riayet edilmesi gerekir. Yani, evlât edinme sözleşmesindeki ehliyet, şekil ve diğer sağlık şartları burada da aranır (20). Dolayısıyla-

(17) Öztan, 349; Tekinay, 474.

(18) Tekinay, 474; Öztan, 350.

(19) Öztan, 350.

(20) Öztan, 350; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, 495; Oğuzoğlu, Cahit H., Medeni Hukuk, Şahıs Hukuku, Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1963, s. 234 - 235; Birsen, Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 1968, s. 387.

la, evlât edinmenin sona erdirilmesine yönelik bir anlaşmanın da, hâkimin iznine dayalı olarak ve noter tarafından düzenlenmesi şarttır. Adi senetle veya karşılıklı yazılmış mektuplarla evlât edinme sözleşmesi feshedilmiş sayılmaz (21). Ancak, hâkimin buradaki rolü, sadece fesih anlaşmasının usulüne uygun şekilde yapıp yapılmadığını kontrole yöneliktir. Karşılıklı anlaşma ile evlâtlık sözleşmesinin feshi istemine müdahale yetkisi yoktur (22).

Ayrıca, evlâtlığın küçük veya kısıtlı olması durumunda, onun rızasından başka ana babasının ya da duruma göre vesayet makamının rızası da gerekir (23). Evli evlâtlığın eşinin de rızası aranır (24). Tarafların evlâtlık ilişkisini sona erdirmeye yönelik anlaşmalarında evlât edinen evlâtlığın kanunî temsilcisi olarak hareket edemez. Asıl ana ve babanın da velayet hakkı daha önce sona ermiş olduğu için, evlâtlığı temsil etmek üzere bir kayyım atanması zorunludur (25).

Şayet bir kimse karı koca tarafından birlikte evlât edinilmiş ve ikisi de hayatta iseler, evlâtlık ilişkisinin anlaşmayla sona erdirilebilmesi için ikisinin de rızası gerekir (26). Buna karşılık eşlerden biri ölmüşse, sağ kalan eş kendi açısından karşılıklı anlaşma ile evlât edinme ilişkisini ortadan kaldırabilir (27). Böyle bir durumda,

-
- (21) Gürkan, Ülker, Evlât Edinme ve Beslemelerin Durumu, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Ankara 1974, s. 143.
- (22) Haklı sebepler yoksa hakimin izin vermemesi hususunda bk., Tandoğan, Halûk, Aile Hukuku Ders Notları, (Teksir), Ankara 1965, s. 172.
- (23) Öztan, 351. 2. HD., 26.11.1974, E. 1974/7547, K. 1974/7361, "... Vesayet altındaki kişinin başkası tarafından evlât edinilmesi için Sulh Hâkiminin izninin Asliye Hâkimi tarafından da uygun bulunması şarttır (M. K. 406/1). Kanun koyucu bu konuda vesayet makamının ikili iznini öngörmüş iken, sözleşmenin gerek karşılıklı rıza, gerekse açılacak dâva yolu ile ortadan kaldırılmasının küçük veya mahcurun yararına bulunduğu hallerde ne yapılması gerektiğini hükme bağlamamış, böylece bir kanun boşluğu (M.K. 1) meydana gelmiştir. Öyle ise nasıl ki, evlâtlık olma ikili bir izne bağlı tutulmuş ise, ilişkisinin bozulması için de aynı şekilde bir işleme başvurulması zorunluğunu kabul etmek yerinde olur. Hem kanunun sistematliğine hem de kanun koyucunun vesayet müessesesi ile izlediği amaca uygun düşer. Oysa, olayda anılan şart yerine getirilmediği halde izin yetkisi olmayan kayyımın isteğine uyularak evlâtlık sözleşmesinin feshine karar verilmesi bozmayı gerektirir..." (YKD., C. 1, S. 4, 1975, s. 34 - 35).
- (24) Gürkan, 195; Akıntürk, Turgut, Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 288.
- (25) Öztan, 351; Tekinay, 475.
- (26) Gürkan, 193; Birsen, 387.
- (27) Birsen, 387; Gürkan, 193; Gönensay, Samim, Medeni Hukuku, C. 2, İstanbul 1940, s. 37.

ölen eş bakımından evlât edinme sözleşmesinin hükmü devam eder. Evlâtlığın fûruu da, sadece kendi şahsına münhasır kalmak üzere evlât edinenle anlaşarak sözleşmeyi sona erdirebilir (28). Ancak, hangi şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin, hâkim, evlât edinme ilişkisinin karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldırılmasını küçüğün veya mahcurun menfaatine aykırı görürse gerekli izni vermekten kaçınabilir (29).

Evlât edinenin ölümünden sonra, evlâtlık istese de evlât edinenin mirasçıları ile anlaşarak sözleşmeyi sona erdiremez. Aynı şekilde, mirasçıların da sözleşmenin sona erdirilmesi yönünde bir talepte bulunmaları sözkonusu olamaz.

2 — Hâkimin Evlât Edinmenin İptaline Karar Vermesi

Evlâtlıkla evlât edinenden her biri, hâkimden, kanunda açık olarak belirtilmiş hallerde aralarındaki evlât edinme ilişkisinin ortadan kaldırılmasını talep edebilirler.

Evlâtlık bağının kaldırılmasını talep hakkı münhasıran şahsa bağlı haklardandır. Kural olarak, dâva hakkı yalnız evlât edinen veya evlâtlık tarafından kullanılabilir. Dâva açmadan ölmeleri durumunda onların mirasçılarının böyle bir dâva açmaya hakları yoktur.

Gerek evlâtlık gerekse evlât edinen tarafından açılacak olan evlâtlık bağının sona erdirilmesine ilişkin dâvada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Her ne kadar evlât edinmeye izin verme yetkisi sulh hukuk mahkemesine ait ise de, sözkonusu dâva tamamen çekişmeli yargıya girdiği için asliye hukuk mahkemesinde sonuçlandırılması gerekecektir (30). Yetkili mahkeme ise dâvalının ikametgâhı mahkemesidir (HUMK. m. 9) (31).

a) Evlât Edinenin İptal Dâvası Açması

Daha önce de işaret etmiş olduğumuz gibi, evlât edinmenin iptali için dâva açma hakkı münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kul-

(28) Gönensay, 37.

(29) Öztan, 351.

(30) 2. HD., 8.3.1976, E. 1976/1833, K. 1976/2003, "... 1711 sayılı Kanunla değiştirilen üsulün 8. maddesi ile Sulh Hâkimlerine, sadece (evlât edinmeye izin) isteklerini inceleme görevi verilmiştir. Dâva ise evlâtlık sözleşmesinin iptaline ilişkindir (M. K. 258). Bu konudaki uyumsuzlukların çözümü Asliye Hukuk Mahkemesinin görevleri arasındadır. O halde, işin esasının incelenmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." (YKD., C. 2, S. 9, 1976, s. 1276).

(31) Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, 496.

lanılması niteliğindedir. Dolayısıyla, evlât edinmenin iptali dâvasının bizzat evlât edinen tarafından açılması gerekir. Eşler birlikte evlât edinmişlerse, her birinin dâva hakkı diğerinin dâva hakkından bağımsızdır (32). Dâva evlât edinen tarafından sağlığında açılmışsa, ölümü halinde kural olarak mirasçılarının böyle bir dâvayı açma yetkileri yoktur (33). Ancak Yargıtay, 7.12.1955 tarih ve 11/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla, açılan bir dâvanın devamı esnasında evlât edinen ölecek olursa kanunî haleflerinin dâvayı sonuçlandırmalarına imkân tanımıştır (34). Doktrin de aynı kanaattedir (35). Ancak, Yargıtay'a göre, böyle bir durumda da dâvayı devam ettirme yetkisi varsa evlât edinenin birinci derecede mirasçı olabilecek kanunî haleflerine aittir (36). Söz konusu karara göre bu-

- (32) Fezyioğlu/Özakman/Sarıal, 495. 2. HD., 26.11.1974, E. 1974/7547, K. 1974/7351, "... E.R. ve eşi N. tarafından evlât edinilmiş olup, sadece H. evlâtlık sözleşmesinin iptâlini istemiştir. Her ne kadar karı koca çocuğu birlikte evlât edinmiş iseler de, bu kanunî bir zorunluk olmayıp bir raslantıdan ibarettir. Onun için feshin her halde ikisi tarafından istenmesi zorunluğu yoktur. Yani, aralarında mecburi dâva arkadaşlığı söz konusu değildir. Bu bakımdan, birisinin feshin isteği diğerini etkilemez. O halde N. ile ilgili olmak üzere iptâl kararı verilmemiş olmasında kabul şekli bakımından bir isabetsizlik bulunmamıştır..." (YKD., C. 1, S. 4, 1975, s. 34 - 35).
- (33) Güvenc, Fikret, Evlât Edinenin Evlâtlık İlişkisini Yargılama Yoluyla Kaldırma İstemi, İBD., C. 5, S. 1 - 4, s. 154.
- (34) Bk., Tekinay, 477; Köprülü/Kaneti, 241; Güvenc, 154. 2. HD., 2.6.1980, E. 1980/4198, K. 1980/4505, "... Mirastan iskata gerektiren sebeplerin varlığı halinde evlât edinen evlâtlık sözleşmesinin ref'ini (kaldırılmasını) isteyebilir (MK. 258, 457). Bu hak sadece evlât edinene tanınmış olup gerek kanunî gerekse hukukî halefleri böyle bir dâva açamazlar. Onlar ancak evlât edinenin sağlığında açtığı dâvaya devam edebilirler. Emine'nin, Mücize hakkında açılmış ref'i dâvası bulunmadığından açılan dâvanın reddedilmesi doğru olup, dâvacının temyiz itirazları yersizdir..." (YKD., C. 6, S. 12, 1980, s. 1596 - 1597). 2. HD., 18.1.1988, E. 1987/9964, K. 1988/391, "... Medeni Kanunun 258. maddesine dayanılarak, evlâtlık sözleşmesinin feshi ve evlâtlık bağının kaldırılması hakkında açılan dâvanın görülmesi sırasında evlât edinen şahıs ödüğü takdirde kanunî ve hukukî halefleri olan mirasçılar dâvayı takip ve sonuçlandırmaya yetkilidir (7.12.1955 T. 11/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı). Yargılama sırasında ölen dâvacı Canan mirasçılarında tebligat yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, evlât edinenlerden Canan ödüğünden söz edilerek onun dâvası hakkında karar verme imkânı kalmadığından söz edilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." (YKD., C. 14, S. 7, 1988, s. 1088 - 1089).
- (35) Tandoğan, 173; Öztan, 352; Fezyioğlu/Özakman/Sarıal, 498 - 499.
- (36) 2. HD., 2.6.1980, E. 1980/4198, K. 1980/4505, "... Evlâtlık, evlât edinenin nesebi sahih fûruu gibi mirasçısı olup, bunun tabii sonucu olarak onun kanunî halefi olur. Evlâtlık sözleşmesinin mevcut olmaması halinde, evlât edinenin mirasçısı olacak kan ve sihrî hısımları ise "hukukî halef" sıfatını alırlar. Bu yön MK.nun 257, 447. maddeleri ve 7.2.1955 günlü ve

nun sebebi, böyle bir dâvanın sonuçlarının malvarlığına ilişkin hakları etkileyecek nitelikte olmasıdır. Kanaatimce, aynı gerekçelerle, sağ kalan eşin ve birinci derecede mirasçı bulunmadığı takdirde ikinci dereceden mirasçı olanlar da dâvayı devam ettirebilmelidirler. Aynı şekilde, evlât edinen evlâtlık bağının kaldırılması yönündeki iradesini açık ve yazılı bir şekilde ortaya koymuş, fakat dâva açamadan, iskat sebeplerinden birinin doğumundan kısa bir süre sonra ölmüş ise, mirasçıları, miras bırakanlarının yazılı istek ve sebepleriyle sınırlı olarak bu dâvayı açabilmelidirler (37). Böyle bir çözüm tarzı, Yargıtay'ın ilgili İçtihadı Birleştirme Kararının amaçlarına da ters düşmeyecektir. Zira, mirasçuların buradaki rolü, sadece evlât edinenin ölümünden önce yazılı, açık ve geçerli belgelerle ortaya konmuş olan iradesini dâva konusu yapıp sonuçlandırmaktır.

Evlât edinen tarafından evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılması amacına yönelik bir dâva açılabilmesi için, "mirastan iskatı gerektiren" sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması zorunludur. Bu durum, Medeni Kanununun 258 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, "Evlâtlık rabıtası, ... mirasından mahrum bırakacak bir hal hususunda evlâtlık edinen kimsenin talebi üzerine, hâkim tarafından dahi ref'edilir" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak, her ne kadar sözkonusu hükümde "mirastan mahrumiyet" ifadesi kullanılmışsa da, doktrinde (38) ve uygulamada (39), bunun "mirastan is-

11/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğindedir. Bir kimsenin kanuni halefi var iken hukuki halefi evlât edinenin yerine geçerek herhangi bir dâva açamaz. Olayda ölenin evlâtlıklarından Mucize varken, hukuki halefi Cevat evlâtlık sözleşmesinin ehliyetsizlik sebebi ile iptâlini isteyemez. Onun için dâvanın bu bölümünün reddi gerekirken açıklanan yön gözetilmeden evlâd edinenin tasarruf ehliyeti bulunmadığından söz edilerek, Cevat'la ilgili evlâtlık sözleşmesinin iptâline karar verilmesi isabetsizdir..." (YKD., C. 6, S. 12, 1980, s. 1595 - 1596).

(37) Güvenc, 154.

(38) Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, 497; Gönensay, 38; Öztan, 351; Tandoğan, 173; Oğuzoğlu, 235; Güvenc, 146 vd.; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona, Alle Hukuku, İstanbul 1993, s. 329.

(39) 2. HD., 2.6.1980, E. 1980/4198, K. 1980/4505 (YKD., C. 6, S. 12, 1980, s. 1595 - 1596); 2. HD., 21.5.1985, E. 1985/4734, K. 1985/4925 (YKD., C. 11, S. 10, 1985, s. 1444 - 1445); 2. HD., 2.7.1985, E. 1985/4483, K. 1985/6252, "... Medeni Kanununun 258. maddesinin 2. cümlesinde, mirastan mahrum bırakacak bir hal meydana geldiğinde, evlât edinenin isteği üzerine hâkimin, evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasına karar vereceği öngörülmüştür. Her ne kadar kanun metninde, mirastan mahrumiyetten söz edilmişse de gerçekte kanun koyucunun amacı, mirastan iskat sebeplerinin gerçekleşmiş olmasıdır. Esasen kaynak İsviçre metninde mirastan iskat deyimi mevcut-

kat" şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda fikir birliği vardır.

Evlât edinmenin iptali için dâva açan evlât edinenin, evlâtlığın mirastan iskatını gerekli kılan bir sebebin varlığını ispatlaması şarttır. Böylelikle, evlât edinenin ispat külfeti hem sınırlandırılmış, hem de çok ağırlaştırılmıştır (40). Şayet, kanunun gösterdiği sebeplerden hiç biri yok ise, başkaca muhik sebep var diye evlât edinen tarafından evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılması istenemez (41). Buna karşılık, evlât edinme sözleşmesinin genel hükümler çerçevesinde butlanını istemek her zaman için mümkündür (42).

Medeni Kanununun 457nci maddesine göre, mirastan iskatı gerektiren iki sebep vardır. Bunlardan birincisi "miras bırakana veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika etmek" (MK. m. 457/1), ikincisi ise, "miras bırakana veya ailesine karşı kanunen mükellef olunan vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikap eylemek"tir (MK. m. 457/2).

Evlâtlık tarafından işlenmiş olan suçun bir iskat sebebi sayılabilmesi, "ağır bir cürüm" teşkil etmesine bağlıdır. Ancak, işlenen suçun ağır olup olmadığı Ceza Kanununun bu suç için öngördüğü ağır cezaya veya diğer Ceza Hukuku prensiplerine göre değil, işlenen fiilin aile ilişkilerindeki olumsuz etkisine göre belirlenir (43). Zaten mirastan iskat ve bu nedene dayalı evlâtlığın ortadan kaldırılması bir Medeni Hukuk kavramı olduğuna göre, suçun ağırlığını tayin etmenin hâkimin takdirine bırakılması da isabetli olmuştur (44). Somut olayda tesbiti gereken husus, taraflar arasındaki

dur. Çünkü, mirastan mahrumiyetle ilgili sebeplerin varlığı halinde mirasçı, miras hakkından otomatikman (kendiliğinden) mirastan mahrum olur (MK. 521). Ancak, miras bırakan varlığında eylemi bulunan kişiyi bağışlayabilir, af edebilir. Af hali söz konusu değilse, mahrumiyet hali ölümle birlikte ve hiç bir işleme hacet kalmaksızın hukuki sonuçlarını doğurur. Oysa mirastan iskat'da durum bunun aksinedir. Şöyleki miras bırakan ölümüne bağlı bir tasarrufla mirasçıyı mirasından iskat edebilir. Kendisi böyle bir irade beyanında bulunmadıkça, iskat sebebi ne olursa olsun, mirasçı miras hakkından yoksun bırakılamaz. Hatta iskat sebeplerinin var olduğu yolunda bir dâva da açılmaz (Yargıtay 2. HD'nin 15.3.1977 günlü ve 2131 - 2230 sayılı kararı ile öteki kararları). İşte iki müessesenin birbirinden ayrı bulunan bu nitelikleri karşısında, evlât edinenin açacağı evlâtlığın ref'i dâvasında mirastan iskat (MK. 457) sebeplerinin mevcut olduğunun ispat edilmesi zorunludur..." (YKD., C. 12, S. 2, 1986, s. 198 - 199).

(40) Tekinay, 476; Hatemi/Serozan, 329.

(41) Birsen, 388; Feyzioğlu/Özakman/Sarial, 497.

(42) Güvenç, 147.

(43) Oğuzman, 281.

(44) Güvenç, 148.

ailevi ilişkilerin samimiyet, kişilerin sosyal mevkii ve kültürel durumları, işlenen fiilin samimi aile ilişkilerinin devamını imkânsız kılıp kılmadığıdır. Ayrıca, cürmün, evlât edinene veya evlât edinenin yakınlarından birine karşı işlenmiş olması gerekir. Yakın kavramının kapsamına sadece ailevi bağ ile bağlı olanlar değil, her olayda ayrıca takdir edilebilecek çok samimi bütün dostlar girer. Suçun doğrudan doğruya evlât edinenin şahsına karşı işlenmesi şart olmayıp, onun malvarlığı haklarına ciddi bir tecavüz de iskat sebebidir. Meselâ, evlât edinenin mülkiyet hakkını veya intifa hakkını rahatça kullanma ve eşyadan yararlanma serbestisinin evlâtlık tarafından engellenmesinde böyle bir durum vardır (45). Buna karşılık, evlâtlık ilişkisinin yargılama yoluyla kaldırılması için evlâtlığın mahkûm olması şart değildir. Ceza kovuşturması yapılmamış olması, suçun zamanlaşımına uğramış olması, evlâtlığın aften yararlanmış olması gibi durumlar hâkimin geniş takdir yetkisi dahilinde işlenen suç iskat sebebi olmaktan çıkarmaz. Meşru müdafaa, ızdırar hali gibi durumlarda ise, artık işlenen fiilin iskat sebebi sayılamayacağı açıktır. Nihayet, evlâtlık tarafından işlenen bir eylemin onun mirastan iskatına sebep teşkil edebilmesi için, evlâtlığın temyiz kudretine sahip ve ayrıca kusurlu olması gerekir. Aksi takdirde, yani temyiz kudretine sahip bulunmayan evlâtlığın fiili iskatına yolaçamaz. Ancak, evlât edinmenin bilinçli bir şekilde temyiz kudretini ortadan kaldırıp sözkonusu fiili işlemiş olduğu haller bu kuralın istisnasıdır. Sözkonusu durumlarda, evlâtlığın temyiz kudretine sahip bulunmaması iskatına ve dolayısıyla evlât edinmenin mahkeme kararıyla ortadan kaldırılmasına engel olamayacaktır.

Evlâtlık, evlât edinene veya onun ailesine karşı kanunen yerine getirmek zorunda olduğu ödevlerinden birini yerine getirmede önemli bir kusur işlerse, yine evlât edinme ilişkisinin ortadan kaldırılması amacıyla dâva açılabilir. Burada sözkonusu olan ödevler, niteliği itibariyle Aile Hukukundan doğan ödevlerdir (46). Yani, evlâtlığın, evlât edinene arasında Borçlar Hukukundan doğan bir yükümlülüğü meselâ bir fikir anlaşmazlığı veya yanlış anlama gibi bir sebep yüzünden iyiniyetle yerine getirmediği takdirde, bu hareketi evlâtlık ilişkisinin kaldırılması talebi için bir sebep olarak gösterilemeyecektir (47).

Aile Hukukundan doğan ödevlerin sadece evlât edinene karşı

(45) Güvenc, 148. Bk., 2. HD., 21.5.1985, E. 1985/4734, K. 1985/4925 (YKD., C. 11, S. 10, 1985, s. 1444 - 1445).

(46) Güvenc, 150.

(47) Güvenc, 151.

değil, evlât edinenin ailesine karşı yerine getirilmemesi de bir ıskat sebebi teşkil eder. Burada yer alan "aile" kavramı, Medeni Kanunun 457 nci maddesinin birinci bendinde sözü edilen "yakın" kavramından daha dar bir anlam taşımaktadır. Evlât edinenin eşi, fûruu, ana babası, kardeşleri, birlikte yaşayan veya yaşamayan diğer kan ve sıhri hısımları aile kavramı içine girdikleri halde, yakın dostlar bu kavramın dışında kalırlar. Ancak, burada da, Aile Hukukundan doğan bir ödevin herhangi bir ihlali değil, evlâtlık için ağır kusur sayılabilecek bir ihlali ıskat sebebidir. Kusurun ağır olup olmadığını belirleme yetkisi hâkime aittir (MK. m. 4). Hâkim, evlâtlığın fiilinin aile bireyleri üzerinde yaratmış olduğu etkinin derecesine göre kararını verecektir.

Aile Hukukundan doğup ta evlât edinmenin iptali bakımından önem taşıyan ödevlerden bir tanesi belirli şartlar altında yardım nafakası vermektir. Medeni Kanunun 315 inci ve devamı maddeleri, usul, fûru ve kardeşlerin zaruret haline düşmemeleri için bunlar arasında nafaka yükümlülüğü getirmiştir. İşte, sözkonusu hükümlerin öngördüğü şartlar çerçevesinde evlât edinene karşı nafaka ödeme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen evlâtlığa karşı evlât edinen tarafından bir iptal dâvası açılabilir. Ayrıca, evlâtlığın ailesine karşı yardım görevi sadece evlât edinene karşı değil, evlât edinenin sonradan doğan nesebi sahih fûruuna ve varsa ikinci evlâtlığına karşı da etkilidir. Zira, kanundaki kardeşler ifadesi aile mefhumu içine girmektedir. Medeni Kanununun 260 inci maddesinde de, ana-baba ve çocukların karşılıklı olarak yardımlaşmaları bir diğer ödev olarak öngörülmüştür. Yani, aile üyeleri arasında dayanışma yükümlülüğü sözkonusudur. Evlâtlığın her türlü şart altında kendisini evlât edinen aileyle dayanışma içinde olması, onlardan maddi ve manevi yardımlarını esirgememesi, onları görüp gözetmesi beklenir (48). Aynı şekilde, Medeni Kanununun 264 üncü maddesi, çocuğun ana ve babasına riayet etmesini zorunlu kılmıştır. Evlâtlık alınan çocuğun da, bu çerçevede kendisini evlât edinene veya edinene riayet etmesi şarttır. Yine, evlâtlığın evlât edinene karşı

(48) 2. HD., 21.5.1985, E. 1985/4734, K. 1985/4925, "...Toplanan delillere göre evlâtlık, evlât edinenin, ihtiyaç sebebiyle taşınmazını satmasına engel olmuş, böylece sağlığında ekonomik bağımsızlığına tecavüz etmiş, hattâ bu yüzden kavga çıkarmış, "...niçin doktora götürüyorsunuz, para veriyorsunuz..." diye kızmış ve tamığın müşahadesine göre kendisinden kurtulmak için bu şekilde davranmıştır. Ayrıca görüp gözetme ödevini de ihmal etmiştir. İşte dâvalının bu davranışı MK.nun 457. maddesinde yer alan mirastan ıskat sebebinin oluşturduğu için aynı Kanununun 258. maddesi gereğince mahkemece evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasına (ref'ine) karar verilmesi isabetlidir..." (YKD., C. 11, S. 10, 1985, s. 1444 - 1445).

sevgi ve saygı göstermesi, onun iyiniyetli yaklaşım ve fikirlerine karşı olumlu tepki göstermesi, ona karşı sadakat görevini ihmal etmemesi beklenecek davranışlardandır. Öte yandan, evlâtlık, evlât edinene ve ailesine karşı ahlâkî görevlerini de titizlikle yerine getirmelidir (49). Aksi bir durum, meselâ evlât edinenin şeref ve haysiyetini ihlâl edici tavırlar içinde bulunması, mahkeme kararıyla evlâtlık ilişkisinin sona erdirilmesine haklı bir dayanak teşkil eder. Şüphesiz, Aile Hukukundan kaynaklanan görevlerin evlâtlık tarafından gereği gibi yerine getirilip getirilmediği, onun bu yükümlülüklerini ihlâl edici davranışlarda bulunup bulunmadığı belirlenirken tarafların hayat şartları, kültürel durumları gibi hususlar da gözönünde tutulacaktır. Ayrıca, evlâtlığın ihlâl edici davranışları bakımından varsa evlât edinenin ortak kusuru da nazara alınmalıdır.

Evlât edinenin açtığı iptal dâvasının karşı tarafını evlâtlık oluşturur. Yani, böyle bir dâvanın evlâtlık aleyhine açılması gerekir. Evlâtlık reşit değilse, kendisine kayyım tayin edilir. Buna karşılık, çocuğun öz ana babasına husumet yöneltilemez (50).

b) Evlâtlığın İptal Dâvası Açması

Medeni Kanununun 258'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, "Evlâtlık rabitası, muhik sebeplere istinat halinde evlâtlığın ... talebi üzerine, hâkim tarafından dahi ref'edilir" Gerçekten, evlât edinen evlâtlığına karşı kendi öz çocuğu gibi göstermesi gereken ihtimamı göstermez ise, artık evlâtlığın evlât edinmeden bekleyebileceği bir menfaati kalmamış demektir. Dolayısıyla, böyle bir durumda evlâtlığın hâkimden evlât edinme ilişkisinin sona erdirilmesini isteyebilmesi gerekir.

Ancak, hâkimden evlât edinme ilişkisini sona erdirmesini isteyen evlâtlığın bunu gerekli kılan haklı ve önemli sebebin varlığını ispatlaması gerekir. (MK. m. 258/I, c. 2). Nelerin önemli ve haklı sebep sayılacağını takdir etme yetkisi hakime aittir (MK. m. 4) (51). Evlât edinenin evlâtlığa karşı velayetten doğan kanuni yükümlülüklerini hiç yerine getirmemesi veya ağır şekilde ihmal etmesi, evlâtlığa karşı bir suç işlemesi, onu hukuka ve ahlâka aykırı bir kısım davranışlarda bulunmaya teşvik etmesi, evlâtlığa hakaret etmesi, onun şeref ve haysiyetine aykırı eylemlerde bulunması, utanç verici bir hayat sürmesi gibi durumlar bu açıdan haklı sebep sayı-

(49) Öztan, 352.

(50) Öztan, 352.

(51) Öztan, 352.

lır (52). Aynı şekilde, evlât edinenin evlâtlığa karşı usul-füru arasında meydana gelmesi mümkün olmayan muamelelerde bulunması da hakim tarafından haklı bir sebep sayılmalıdır. Meselâ, evlât edinenin evlâtlığın namusuna saldırıda bulunması veya ona evlenme teklif etmesi gibi olaylarda böyle bir durum vardır. Evlât edinenin evlâtlığı kendi öz çocuğundan açık şekilde ayırt etmesi, ona bir besleme veya hizmetçi muamelesi yapması da evlâtlık ilişkisinin sona erdirilmesini haklı kılabilecek durumlardandır.

İşte, yukarıda açıklananlar gibi haklı bir sebebin varlığı durumunda, evlâtlık, evlât edinen aleyhine dâva açarak hâkimden evlât edinme sözleşmesini iptal etmesini (ref.ını) isteyebilir. Münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu için, burada da dâvanın bizzat evlâtlık tarafından açılması gerekir. Evlâtlık dâva açamayacak kadar küçük ise, artık ona bir kayyım tayin edilmesi ve dâvanın onun tarafından açılıp yürütülmesi gerekir. Zira, dâvanın diğer tarafı evlât edinen olduğu için, onun velayet hakkına istinaden böyle bir dâvayı açıp yürütmesi mümkün olmaz. Evlât edinmeyle birlikte velayet hakları sona erdiği için, evlât edinmenin iptali dâvası öz ana baba tarafından da açılmaz. Yargıtay da, evlâtlığın küçük olması durumunda kendisine bir kayyım tayin edilmesini zorunlu görmektedir (53).

(52) Köprülü/Kaneti, 240; Zevkiler, Aydın, Medeni Hukuk, 2. Baskı, Ankara 1992, s. 893; Birsen, 388; Öztan, 352; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, 497.

(53) Yargıtay'ın 4.12.1975 tarih ve E. 1975/7673, K. 1975/9224 sayılı kararına göre, "... Mümeyyiz küçükler rızaları olsa bile ana ve babalarının, bunlar yoksa vesayet makamının müsaadesi olmadıkça başkası tarafından evlât edinilemezler. Kanun koyucu bununla da yetinmemiş, kamu düzeni düşüncesi ile küçüğün yararı esasından hareket ederek hakimin iznini de zorunlu kılmıştır. Bu hükümlerin tabii ve kaçınılmaz sonucu olarak, mümeyyiz küçüğün kurulmuş bir evlâtlık ilişkisinin çözülmesi veya devamı hususunda yalnız başına söz hakkı olamayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü: Evlâtlığa alınmada mahdud ehliyetsizin (mümeyyiz küçüğün) arzusu ve kanunî temsilcisinin rızası mevcut olsa bile hakime, evlâtlık ilişkisinin kurulmasına müsaade etmemek gibi geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Evlâtlık bağının kuruluşunda kanun koyucu, böylesine hassasiyet göstermiş iken, ilişki kurulduktan sonra her şeyi henüz reşit olmayan bir küçüğün iradesine terk etmesi akla ve özellikle kanunun sistemine ve az önce açıklanan ilkelere ters düşer. Öte yandan evlâtlık sözleşmesinin devamını veya bozulmasını istemek şahsa bağlı haklardan olmakla beraber, evlâtlık yönünden miras hakkı ve karşılıklı olarak da nafaka yükümlülüğünü yani malvarlığını ilgilendiren yönü vardır. ... Şu halde anılan hususlar gözetildiği takdirde, bozulması için haklı sebepler varken mümeyyiz küçük evlâtlık ilişkisini devam ettirmek hakkına sahip olmadığı gibi, muhik sebep yokken bozulmasını da isteyemez. Yani, açılacak ref'i dâvasında küçüğün arzusunun hiç bir rolü yoktur. Öyle ise Medeni Kanunun

Şüphesiz, doktrin ve Yargıtay'ın benimsediği bu çözüm tarzı "münhasıran (şahsa sıkı sıkıya) bağlı hak" kavramı bakımından eleştirilebilir. Zira, sınırlı ehliyetsizler münhasıran şahsa bağlı haklarını tek başlarına kullanabilirler. Bunun için kanuni temsilcilerinin izin veya icazetine ihtiyaçları yoktur (MK. m. 16/II). Evlât edinmenin haklı sebeplerden dolayı iptalini istemek de münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu nedenle, mümeyyiz küçüklerin tek başlarına bu dâvayı açabilmeleri gerekirdi (54).

376/2. maddesi uyarınca kayyım tayini mümkün ve caizdir. Reşit olunca ya kadar çocuklar velayet altında olup velileri tarafından temsil edilirler (MK. 252, 268). Bunun tabii sonucu olarak da mali sonuçları olmayan şahsa bağlı hakların kullanılmasında bile mahdud ehliyetsiz kişiler dâva takip yetkisine sahip değildirler. Mahkemede anılan kanuni mümessilleri temsil eder. Mali sonuçları da beraberinde sürükleyen evlâtlığın ref'i dâvasında evleviyetle mahdud ehliyetsizleri kanuni mümessilleri temsil eder..." (YKD. C. 2, S. 5, 1976, s. 618 - 624). Aynı yönde bk., 2. HD., 10.2.1981, E. 1981/638, K. 1981/880, "...Evlâtlık ilişkisinin kurulması ile velayet hakkı evlât edinene geçer (MK. 257). Evlât edinen ölse veya evlâtlık sözleşmesi kaldırılabilir, velayet artık ana babaya dönmür (10.11.1954 gün ve 17/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı). Öyleyse, çocuk adına ana - baba, veli olarak evlâtlığın kaldırılması (ref.i) dâvası açamaz. Şartları varsa böyle bir dâvayı ancak çocuğa tayin edilecek kayyım açabilir (MK. 376/2)..." (YKD. C. 7, S. 8, 1981, s. 957); 2. HD., 22.4.1986, E. 1932/3324, K. 1988/4564, "...Evlât edinilen küçüğün velayet hakkı, evlât edinen kişi veya kişilere geçer (MK. 257). Bu itibarla küçüğün ana - babası velayet hakkını yitirirler. Bu sebeple, evlâtlığa verilen çocuğun ana babasının temsilci sıfatları kalmadığından, çocukları adına evlâtlık sözleşmesinin kaldırılmasını isteyemezler. Bu itibarla MK.nun 376/2. maddesi gereğince küçüğe kayyım tayini ettirilmesi için sulh mahkemesine bildirimde bulunulması ve atanacak kayyım huzuru ile yargılamaya devam olunması zorunludur. Bu yön gözetilmeden küçüğü temsil sıfatları kalmayan dâvacı ana babanın açtığı dâvada hüküm tesis olunması usûl ve kanuna aykırıdır..." (YKD. C. 14, S. 11, 1988, s. 1496).

- (54) Nitekim, bu durum, söz konusu kararın muhalefet şerhinde gayet güzel açıklanmıştır. Buna göre, "Şahsa bağlı medeni haklarını kullanmakta kanuni temsilcisinin iznine muhtaç olmadığı bir dâvada ona temsilci tayin etmeye kalkmak o şahsın hakkını kısıtlamadan öteye bir anlam taşımaz. Dâvanın açılmasında ve kovuşturulmasında son sözün hak sahibinde bulunduğu bir dâva için onun haberi dahi olmadan kendisine bir kanuni temsilci tayini suretiyle onun adına dâva açmağa teşebbüs etmek tamamen yasa kurallarına aykırı bir hukuki işlemdir. Ve işte asıl bu davranış Medeni Kanununun 258. maddesinin 2. bendine ters düşecek niteliktedir. Zira, evlâtlık rabitasını koparmak hakkı sadece evlâtlık ve evlât edinene bırakılmıştır. Olayda uygulanması mümkün olmayan yasa hükümlerinin kıyasolunması veya doğrudan açık bir hükümle ilgisi kurulmadan kayyım tayini yoluna gidilmesi doğru değildir. ...Medeni Kanunun 406. maddesi ve 254 - 256. maddesindeki kayıtlar ile kuruluş güçleştirilerek küçüğün menfaati korunmak istenmiştir. Medeni Kanununun 16. ve 258. mad-

Ayrıca, onaltı yaşını tamamlamış, olayları sağlıklı bir şekilde tartışma yeteneğine sahip bir kişinin, özellikle günümüz şartlarında haklı sebeplerin varlığına rağmen evlâtlığın iptali konusunda tek başına karar verememesi de son derece anlamsızdır.

Evlâtlık, haklı bir sebebin bulunması durumunda Medeni Kanununun 258 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine istinaden evlâtlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Buna karşılık onun, evlât edinene ait velayet hakkının kaldırılmasını ve fakat evlâtlık bağının devamını isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde, evlât edinenin velayet görevini sadece acz nedeniyle yerine getiremediği hallerde, evlâtlık bağını koruyup velayetin kaldırılmasının daha doğru olacağını kabul edilmektedir (55). Bu çözüm tarzı isabetlidir. Zira, evlâtlık, evlât edinene karşı içten duygularla bağlanmış ve onu gerçek ana babası yerine koymuş olabilir. Böyle bir durumda, evlâtlığın kendisini evlât edinen aileden hem fiilen ve hem de hukuken koparılması sakınca yaratabilir. Onun için, sözkonusu hallerde evlâtlık bağının muhafaza edilmesi ve sadece velayet hakkı kaldırılarak küçük olan evlâtlığa bir vasi tayin edilmesi daha isabetli olacaktır.

3 — Evlâtlık ile Evlât Edinenin Evlenmesi

Medeni Kanununun 92 nci maddesinin üçüncü bendinde, evlâtlıkla evlât edinen veya bunlardan biri ile diğerinin karı veya kocası arasında evlenme yasağı bulunduğu işaret etmiştir. Bu yasağa rağmen taraflar her nasılsa evlenmişlerse, evlenme geçerli olmakta, fakat evlâtlık ilişkisi kendiliğinden sona ermektedir (56). Gerçekten, Medeni Kanununun 121 inci maddesine göre, "Evlâtlık edinme sebebiyle evlenmeleri kanunen memnu olan kimselerin, evlenmesi fesholunamaz. Evlenme ile, evlâtlık hükmü kalmaz".

Ancak, evlâtlık ile evlât edinenin evlenmesi sonucunda evlât edinme ilişkisinin sona erebilmesi için evlenmenin yok hükmünde (keenlemyekün) olmaması gerekir. Meselâ, evlât edinen evlâtlık olarak aldığı kızla resmi nikâh yapmaksızın evlenmiş ise, bu evlilik yok

deleleri ile ref'i halinde tamamen şahsa bağlı nitelikte olmak üzere bir hak ortaya konmuş bulunmaktadır. Bu hak taraflardan başka kimsenin kullanamayacağı biçimdedir. Ayrıca, Medeni Kanununun 406/1. maddesi, genel deyim, evlâtlık edinmekte uygulanmak üzere konmuş bir hükümdür ve vesayetin söz konusu olduğu hâllere münhasırdır..." (YKD., C. 2, S. 6, 1976, s. 623 - 624).

(55) Bk., Öztan, 353; Gürkan, 194.

(56) Öztan, 353.

hükmünde olduğundan aralarındaki evlâtlık ilişkisi son bulmaz (57). Buna karşılık, yapılan evlenme mutlak butlan sebeplerinden biri ile bătılsa, böyle bir evlilik evlât edinmeye son verir. Zira, mutlak butlan ile sakat olan evlilikler yok hükmünde sayılmazlar. Bunlar, hâkim tarafından iptaline karar verilineye kadar normal bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını yaratırlar. Bunun sonucu olarak da taraflar arasındaki evlâtlık ilişkisi kendiliğinden ortadan kalkar. Böyle bir durumda, evlilikleri hakkında butlan kararı verilir de aralarındaki evlâtlık bağı sona erenlerin bu ilişkisi, tarafların hukuken karı koca durumundan çıkmış olmaları nedeni ile tekrar doğmaz (58). Yani, evlenmeyle birlikte evlâtlık ilişkisinin sona ermesi kesindir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, aralarındaki evlilik ilişkisi sona ermiş kişilerin, meselâ boşanmış olan karı kocanın birbirlerini evlât edinip edinemeyecekleridir. Doktrinde, ilk bakışta pek olağan sayılmasa da böyle bir talebin geri çevrilemeyeceği ifade edilmiştir. Zira, taraflar arasındaki evliliğin evlâtlık ilişkisini sona erdireceği esası, evlenme ile evlâtlık ilişkisinin aynı zamanda ve aynı şahıslar için bir araya gelemeyeceği esasına dayanır. Önceden evli olan kimselerin evlilikleri boşanma, butlan veya fesih kararı ile sona ermişse, artık birbirlerine karşı tamamen üçüncü şahıs durumundadırlar. Dolayısıyla, aralarında evlâtlık ilişkisi kurma amacına yönelik taleplerini reddetmek mümkün değildir (59). Evlât edinmenin gerek ahlâki, gerekse sosyal ve insani amaçları gözönüne getirildiğinde, bu görüşün kabul edilmesi imkânı yoktur. Uzun bir süre karı koca olarak yaşamış kişilerin boşanmalarını takiben birbirlerini evlât ve ana veya baba olarak görebilmeleri, bu duyguları karşılıklı hissedip gereklerini yapabilineleri gerçeklere uygun düşmez. Ahlâka da aykırı olur. Bu nedenle, Yargıtay'ın daha önce üzerinde durduğumuz böyle bir evlât edinmeyi reddeden kararı son derece isabetlidir.

4 — Taraflardan Birinin Ölmesi

Evlât edinmede taraflardan birinin ölümünün evlâtlık ilişkisini sona erdirip erdirmeyeceği doktrinde tartışmalıdır (60). Bir görüşe göre, evlât edinmenin ölmesi durumunda evlâtlık bir başkası tarafından tekrar evlâtlık olarak alınabilir. Bu nedenle, böyle bir durumda

(57) Berki, Şakir, Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlât Edinme, Ankara 1962, s. 176.

(58) Berki, 176.

(59) Berki, 176.

(60) Bk., Öztan, 353.

evlât edinme ilişkisi ortadan kalkmalıdır (61). Aynı şekilde, evlât edinenle evlâtlık arasındaki nesep, miras, velayet ve diğer ilişkiler sınırlı nitelik taşırlar ve sadece iki taraf arasında geçerli olup diğer hısımları etkilemezler. Bu nedenlerden dolayı da evlât edinme ilişkisi sona ermelidir (62). İkinci bir görüşe göre ise, taraflardan birinin ölümü evlâtlık bağıni ortadan kaldırmamalıdır. Çünkü, evlâtlığın evlât edinenin soyadını taşıması ve onun kanuni mirasçısı olması ölümle birlikte evlât edinme ilişkisinin sona ermediğini gösterir (63). Görüldüğü gibi, taraflardan birinin ölümü durumunda evlâtlık ilişkisinin sona erip ermeyeceği konusunu "evlât edinenin ölümü" ve "evlâtlığın ölümü" açılarından ayrı ayrı ele alıp incelemek gerekir.

a) Evlât Edinenin Ölümü

Evlât edinme kurumunun amaçlarından biri, evlât edinenin sağlığında çocuk sevgi ve ihtiyacını tatmin etmek, ölümünden sonra da geride kendi soyadını taşıyan bir nesil bırakabilmektir. Bu nedenle, evlât edinen şahsın ölümü kendiliğinden evlâtlık ilişkisine son vermemelidir. Evlâtlık açısından da aynı durum sözkonusudur. Özellikle evlâtlığın küçük bir çocuk olması durumunda konu daha da önem taşıyacaktır. Zira, çocuğun ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı bir gelişme gösterebilmesi ancak mutlu olduğu çevrenin değişmemesi ile mümkündür. Çocuk, sürekli yaşamaya alıştığı çevrede büyük bir ilerleme kaydetmiş olabilir. Evlât edinenin ölümü ile alıştığı çevrenin yitirilmesi çocuğun güvenliğini tehlikeye düşürebileceği gibi, duygusal ve zihinsel yapısında da tahribatlar meydana getirebilir. Bu nedenle, kanunun açıkça hüküm getirmediği hallerde sona ermeye ilişkin esasların evlât edinilmiş küçük yararına yorumlanması daha isabetli olacaktır. Evlât edinenin gâpliğine karar verilmesi durumunda da sonuç yine aynı olmalı, yani evlâtlık ilişkisi kendiliğinden sona ermemelidir (64).

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, bir şahsın karı koca tarafından birlikte veya ayrı ayrı zamanlarda evlât edinilmiş olması ve eşlerden birinin daha sonra ölmesidir. Böyle bir durumda da, hiç şüphesiz, hayatta kalan eşle evlâtlık arasında evlât edinme ilişkisi devam edecektir. Ancak, tarafların karşılıklı anlaşmayla evlâtlık ilişkisini sona erdirmeleri her zaman için mümkündür.

(61) Tekinay, 478.

(62) Zevkiler, 894.

(63) Akıntürk, 289; Gürkan, 196.

(64) Berki, 160.

b) Evlâtlığın Ölümü

Evlât edinme, sadece evlât edinene evlâtlük arasında hısımlık ilişkisinin kurulmasını sağlar. Evlâtlığın ölümünde de, evlât edinen kendisine mirasçı olmaz. Bu nedenle, evlât edinenin ölümünden farklı olarak, evlâtlığın ölümüyle birlikte evlâtlük ilişkisi kendiliğinden ortadan kalkması savunulabilir. Ancak, böyle bir çözüm tarzı evlât edinenin fûruunun evlât edinene mirasçı olmasını açıklayamayacaktır. Zira, kan bağına dayanan usul fûru ilişkisinde olduğu gibi, evlât edinmede de evlâtlük evlât edinenden önce ölürse fûruunun onun yerini alacağı kabul edilir. Onun için, evlâtlığın ölümünde de evlât edinme ilişkisinin sona ermediğini kabul etmek daha isabetli olacaktır.

B) EVLÂT EDİNMENİN SONA ERMESİNİN HÜKMÜ

Medeni Kanununun 258 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, "ref evlâtlük rabitasının istikbale ait bütün hükümlerini izale eder". Diğer bir ifadeyle, evlâtlük bağına yukarıda açıklanan sebeplerden biri dolayısıyla sona ermesi, kural olarak geçmişe yürürlü etkiler meydana getirmez (65). Karar evlâtlığın fûruu için de geçerlidir. Ancak, evlât edinenin evlâtlığa karşı açtığı ref dâvasının sonuçlanmasından önce ölmesi durumunda, mirasçıların sonradan elde edecekleri ref kararının geçmişe yürürlü olması onların miras hakları bakımından gereklidir (66).

Her şeyden önce, evlâtlük ilişkisinin sona ermesiyle birlikte evlât edinenin velayet hakkı düşer (67). Böyle bir durumda, Yargıtay'ın 10.11.1954 tarih ve 17/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (68) gereğince çocuk üzerindeki velayet hakkı kendiliğinden öz ana babasına geçmez (69). Hakim, çocuğu öz ana babasının velayeti altına koyabileceği gibi, ona bir vasi de tayin edebilir (70). Böyle bir çözüm tarzı, çocuğun güvenliği ve duygusal gelişimi açısından da

(65) Feyzioğlu/Özakman/Sarial, 499; Tandoğan, 173; Öztan, 353; Hatemi/Serozan, 329.

(66) Tekinay, 479; Hatemi/Serozan, 329.

(67) Bunun tek istisnası, evlât edinme ilişkisinin nesebin düzeltilmesi ile sona ermesidir. Böyle bir durumda, evlâtlük evlât edinenin nesebi sahih çocuğu olduğundan velayet hakkı tabii şekilde yine devam edecektir. Bk., Tekinay, 479, dn. 68.

(68) RG., S. 8589.

(69) Aynı yönde bk., 2. HD., 4.12.1975, E. 1975/7673, K. 1975/9224 (YKD., C. 2, S. 5, 1976, s. 618 - 624); 2. HD., 16.2.1981, E. 1981/9600, K. 1981/1040 (YKD., C. 7, S. 3, 1981, s. 957).

(70) Öztan, 353 - 354; Hatemi/Serozan, 330.

en uygun yoldur. Zira, alıştığı çevreden çocuğun fiilen koparılması onun açısından zarar verici nitelik taşır. Bundan başka, bakım gücü yetersiz olduğu için çocuğunu evlâtlık olarak başkasına veren ana babaya velayetin kendiliğinden geri dönmesi de pek doğru sayılmayabilir.

Evlâtlık ilişkisinin tarafların anlaşması veya hâkim kararı ile sona ermesi halinde, evlâtlık evlât edinenin soyadını kullanamaz. O, artık evlât edinmeden önceki soyadını tekrar alır (71). Buna karşılık, evlât edinenin ölmesi veya nesebin tashihi gibi sebeplerle meydana gelen sona ermelerde ise, evlâtlık evlât edinenin soyadını taşımaya devam eder (72). Evlât edinenin yasak olmasına rağmen evlâtlığıyla evlenmesinde de durum aynıdır.

Nihayet, evlâtlık ilişkisi ortadan kalkınca, nesebin düzeltilmesi hariç, evlât edinmeden kaynaklanan haklar ve ödevler de karşılıklı olarak ortadan kalkar (73). Evlât edinme geleceğe etkili olarak ortadan kalktığı için, daha önce karşılıklı olarak verilmiş olan nafakalar ve evlât edinenin yaptığı bakım masrafları geri istenemez (74). Doktrinde, evlât edinme sözleşmesinin sona erdirilmesinde evlâtlığın herhangi bir kusuru yoksa, kusurlu olan evlât edinenden Medeni Kanunun 143 üncü maddesine istinaden tazminat isteyebileceği de savunulmuştur (75).

Evlât edinme ilişkisinin sona erdiği, duruma göre nüfus memuru, iptal kararı veren hâkim veya ilgililer tarafından nüfus idaresine bildirilir. Nüfus idaresi, her iki tarafın kayıtlarında da gerekli düzeltmeyi yapar.

Evlâtlık ilişkisi sona erince, evlât edinen Medeni Kanunun öngördüğü şartlar çerçevesinde başka bir kişiyi evlât edinebileceği gibi, evlâtlık da başka bir kişi tarafından tekrar evlât edinilebilir. Buna karşılık, taraflar arasında bir daha evlâtlık ilişkisi kurulamaz. Zira, sona ermeye ilişkin hükümler kesindir (76).

IV — SONUÇ

Buraya kadar yapılmış olan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, evlât edinme sözleşmesinin çeşitli nedenlerle sona ermesi her za-

(7) Tandoğan, 173/Oğuzoğlu, 236.

(72) Öztan, 353; Akıntürk, 290.

(73) Tekinay, 480.

(74) Gönensay, 38; Tandoğan, 173; Öztan, 352; Akıntürk, 290.

(75) Bk., Öztan, 354; Hatemi/Serozan, 330.

(76) Gönensay, 38; Akıntürk, 290; Zevkililer, 264; Öztan, 354.

man için mümkündür. Gerçekten, her şeyden önce, evlât edinme sözleşmesinin yasanın aradığı şartlara uygun olarak yapılması gerekir. Aksi takdirde yapılan sözleşme hükümsüz sayılır. Bunun yanında, evlât edinme sözleşmesinin yasanın öngördüğü esaslar çerçevesinde sonradan ortadan kaldırılması da mümkündür. Sona erme nedenleri arasında en çok rastlanan ise, ilişkinin anlaşma veya evlenme sonucu ortadan kaldırılması değil, tek yanlı kopartılmasıdır. Evlât edinme ilişkisini tek yanlı olarak sona erdirilebilmesi için de hâkimin kararını sağlamak şarttır. Nesep hukukunun şekilcilik özelliği bunu gerektirir.

Evlât edinme, kurulmasında olduğu gibi, sona ermesinde de kapsamlı sonuçlar doğurur. Bu sonuçlardan en fazla etkilenme ihtimali olan ise yine evlâtlıktır. Bu nedenle, hâkim, kararını verirken öncelikle evlâtlığın çıkarımı gözönünde tutmalıdır. Şayet evlâtlık küçük bir çocuksa bunun önemi daha da artacaktır. Evlât edinme müessesesinin amaçları da bunu gerektirir.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut : Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978.
- ARIK, K. Fikret : Evlât Edinme, SBFĐ., C. 13, S. 5, 1958.
- ARSEBÜK, Esat : Aile Hukuku, 1. Kısım, Ankara 1940.
- ARSEBÜK, Esat : Medeni Hukuk, C. 2, Ankara 1940.
- ATAAY, Aytekin : Evlât Edinme, İstanbul 1957.
- BERKİ, Şakir : Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlât Edinme, Ankara 1962.
- BİNATLI, Y. Ziya : Evlât Edinmede Yaş Meselesi, AD., 1961, S. 11.
- BİRSEN Kemaleddin : Medeni Hukuk Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 1958.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N. / ÖZAKMAN, Cumhur / SARIAL, Enis M. : Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s. 462-463.
- GÜRKAN, Ülker : Evlât Edinme ve Beslemelerin Durumu, Türk Hukuku ve Toplumunu Üzerine İncelemeler, Ankara 1974.
- GÜVENÇ, Fikret : Evlât Edinenin Evlâtlık İlişkisini Yargılama Yoluyla Kaldırması İstemi, İBD., C. 5, S. 1-4, s. 145-155.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona : Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- KÖPRÜLÜ / KANETİ : Aile Hukuku, İstanbul 1985 - 1986.
- OĞUZOĞLU, H. Cahit : Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1963.
- ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, Ankara 1983.
- SAYMEN / ELBİR : Türk Medeni Hukuku, C. 3, 2. Baskı, İstanbul 1960.
- TANDOĞAN, Halûk : Aile Hukuku Ders Notları (Teksir), Ankara 1965.
- ZEVKLİLER, Aydın : Türk Hukukunda Korunmaya Muhtaç Çocuklar, AHFD., C. 25, S. 1-2, s. 173-236.
- ZEVKLİLER, Aydın : Medeni Hukuk, 2. Baskı, Ankara 1992.