

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XII SAYI: 3-4 YIL: 2008

ARALIK – 2008
ERZİNCAN

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Dursun BİNGÖL

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAIL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	--

**Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yılda İki Kez
Yayımlanan Hakemli Bir Dergidir.**

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara
aittir; Fakülteyi bağlamaz.**

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Süheyl BATUM

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Dursun BİNGÖL
Doç. Dr. Sururi AKTAŞ
Doç. Dr. Cem BAYGIN
Doç. Dr. Nihat BULUT
Doç. Dr. Osman KAŞIKÇI
Yrd. Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY
Arş. Gör. Ahmet NAR

EDİTÖR

Doç. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de; cbaygin@erzincan.edu.tr)

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Dursun BİNGÖL, Prof.Dr. Şükrü YILDIZ, Doç.Dr. Sururi AKTAŞ, Doç.Dr. Cem BAYGIN, Doç.Dr. Nihat BULUT, Doç.Dr. Osman KAŞIKÇI, Doç.Dr. Murat NİŞANCI, Yrd.Doç.Dr. Alparslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Osman CAN, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Ayhan CEYLAN, Yrd.Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Şafak NARBAY, Yrd.Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Yrd.Doç.Dr. Ahmet Cemal RUHL, Yrd.Doç.Dr. M.Emin RUHL, Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Metin UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Mustafa YILMAZ, Yrd.Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Şerife AKSAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş.Gör. Zülküf AYRANGÖL, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Elif ÇÖREKÇİ, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU, Arş.Gör. Meral EKİCİ, Arş.Gör. Murat ERDEM, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş.Gör. Ömer GEDİK, Arş.Gör. Zeynep KAYA, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Sinem KIZILKAYA, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARI, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Arş.Gör. Hatice Duygu ÖZER, Arş.Gör. Beyza ÖZTURANLI, Arş.Gör. Cumhuri RÜZGARESEN, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN, Arş.Gör. Emel TEKTEN.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç.Dr. Nihat BULUT

Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış 1-12

Doç.Dr. Cemil KAYA

Official Secrecy In The United Kingdom And The Role Of The Freedom Of Information Act With Regard To Reducing Secrecy..... 13-32

Yrd.Doç.Dr. Ayhan DÖNER

Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi 33-54

Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN

Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler 55-111

Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ

Marxist Mülkiyet Yaklaşımı113-133

ÖZEL HUKUK

Doç.Dr. Cem BAYGIN

Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması 137-179

Doç.Dr. Murat DOĞAN

Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıtların Rehni 181-207

Yrd.Doç.Dr. Ahmet BAŞÖZEN/ Yrd. Doç. Dr. Mehmet ÜÇER

"Cessio Bonorum" ya da Bilinen İsmiyle "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato" 209-266

Yrd.Doç.Dr. Betül TİRYAKI

Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması 267-279

Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR

Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru ve İdari Soruşturma Usulü 281-312

Dr. Özcan GÜNERGÖK

Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü..... 313-345

Arş.Gör. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü 347-379

Arş.Gör. Sevtap YÜCEL

Vasiyet Alacaklısı Açısından Muris Muvazaası Nedeniyle Tapu İptal Davası Açma Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.2001 Tarihli 958/1035 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi) 381-404

İbrahim Orkun ATALAY

Yabancılar Tanınan Ekonomik Yatırıma İlişkin Hakların Sınırlandırılmasının Tarihi ve Hukuki Temelleri 405-446

CONTENTS

PUBLIC LAW

Assoc.Prof.Dr. Nihat BULUT

An Overview on The Development of The Human Honour From Ancient Greek to The Age of Enlightenment 1-12

Assoc.Prof.Dr. Cemil KAYA

Official Secrecy In The United Kingdom And The Role Of The Freedom Of Information Act With Regard To Reducing Secrecy 13-32

Asst.Prof.Dr. Ayhan DÖNER

TBMM's Parsoning Power in Respect of Differences Between Penal and Administrative Sanctions..... 33-54

Asst.Prof.Dr. İbrahim DURHAN

Improvement of Ottoman Judicial Governance in Tazminat Term 55-111

Research.Asst. Mehmet Akif ETGÜ

Maxist Property Approach 113-133

PRIVATE LAW

Assoc.Prof.Dr. Cem BAYGIN

Calculating The Disposable Portion of Testator in Action of Reduction..... 137-179

Assoc.Prof.Dr. Murat DOĞAN

Registered Motor Vehicle Pledge Except Depending on Delivery 181-207

Asst.Prof.Dr. Ahmet BAŞÖZEN/ Asst.Prof.Dr. Mehmet ÜÇER

"Cessio Bonrum" or Go by The Name of "Concordatum by The Abandonment of The Wealth" 209-266

Asst.Prof.Dr. Betül TİRYAKİ

Comparison of Prudence Obligations and Contractual Protection Obligations
in terms of Burden of Proof 267–279

Asst.Prof.Dr. Ayhan UÇAR

Accredited Authority, Application and Administrative Enquiry Procedure in
Administrative Protection of Possession 281–312

Dr. Özcan GÜNERGÖK

Producer's Product Observing Liability in Respect of Producer's
Liability..... 313–345

Research.Asst. Hayrunnisa ÖZDEMİR

The Doctors Obligation Of Clarifying The Patient İn Contract Of Diagnosis
And Treatment 347–379

Research.Asst. Sevtap YÜCEL

The Problem of Filing a Lawsuit for Cancellation of a Title Deed Registry
Depending on the Fictitious Transaction of the Decedent in Accordance with
the Purposes of a Testament Beneficiary (The Evaluation of the Decision of
the General Assembly of the Cassation Court Dated 21.11.2001 Numbered
958/1035) 381–404

İbrahim Orkun ATALAY

Historical And Legal Basis Of Delimitation Of Foreign Economic
İnvestment Rights 405–446

ESKİ YUNAN'DAN AYDINLANMA ÇAĞINA İNSAN ONURU KAVRAMININ GELİŞİMİNE GENEL BİR BAKIŞ

*Doç.Dr. Nihat BULUT**

1- Giriş: İnsan Onuru Kavramı

Yüzyıllar boyu teoloji ve felsefenin en tartışmalı konuları arasında yer alan insan onuru, modern zamanlarda, ama özellikle de ikinci dünya savaşından sonra, insan haklarının üzerine inşa edildiği bir kavram haline gelmiştir¹. Gerçekten zaman içinde, insan haklarının kapsamı, tasnifi ve sınırlandırılması gibi konularda yoğun tartışmalar yaşanmış olsa bile, uzun süren mücadelelerin sonucunda ortaya çıkan bu hakların yöneldikleri amaç hususunda, yaygın bir mutabakat olmuştur. Bu amaç, insan onurunun korunmasıdır.

Lügatlara bakıldığında, onur sözcüğünün birbiriyle ilintili iki anlamda kullanıldığı görülmektedir. Birinci anlamda onur, insanın kendisine duyduğu öz saygıyı, izzetinefsi ifade ederken; ikinci anlamda, bir insana başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değere, gurura ve şerefe vurgu yapar². Aslında her iki anlamda da onur, çok değerli kılınmış bir şeyin özelliği olarak karşımıza çıkar³. Burada değerli kılınan şey insan, ona değer kazandıran özellik de onurdur.

Kuşkusuz insanın değeri denilirken kastedilen, insanın diğer canlılar arasındaki özel yeri ve ona bu yeri sağlayan, yani onu diğer canlılardan ayıran

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olmak üzere, uluslararası belgelerde insan onuruna ağırlık verilmesi bunun kanıtıdır. Bkz. Mehmet Akad, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, s.34-35.

2 TDK Türkçe Sözlük C: II, s.1111.

3 Andre Mercier, "İnsan Haklarının Temelleri", Çeviren: Ayşe Özberki, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Ankara, 1982, s.14.

olanaklar ve özelliklerdir⁴. İnsan, diğer canlılardan farklı olarak, bir takım akli ve ahlaki yetilere sahiptir⁵. Bu yetiler, insana kişilik değeri katan ve onu bağımsız kılan özelliklerdir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de insan onurunun, insanın kişilik değerini ve bağımsızlığını içerdiğini belirtmektedir⁶.

İnsan onurundan söz etmek, insanın kişi olarak en yüksek akli ve ahlaki değerlerin, dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değer sahibi olduğundan söz etmek demektir. Bu bağlamda insan onuru, insanın özü, öz değeri ve doğasıdır⁷. Bu, öyle bir gerçekliktir ki, ispata gerek duymaz. İnsan, başka bir gerekçeye ihtiyaç olmaksızın, sırf insan olması dolayısıyla kendisine saygı duyulması gereken bir canlı olarak kabul edilir.

Kısacası insanın akli ve ahlaki yeteneklere sahip olması, onu maddi ve manevi açıdan kendine özgü bir değer sahibi kılar. Bu değer çerçevesinde insan, kendi yaşamını ahlaki olarak belirleme ve kendini gerçekleştirme yetisine kavuşur. Bu yeti insan onurunun nedenidir. Dolayısıyla insan onuru, insanın kişiliğine, öz değerine ilişkin bir kavramdır. İnsan onuru, insanın özerkliğinin, varlık nedeninin temelini oluşturur. İnsanın, insan olmasının anlamı ve amacı insan onuruyla açıklanır. İnsan, onurunu doğuştan ve doğal olarak kazanmıştır. Bu yüzden onur, vazgeçilmez ve devredilemez bir niteliğe sahiptir. Onuru içerisinde insan, akli yetisiyle, ahlaki özerkliğe ve özgürlüğe sahip olarak mutlak bir değeri taşımaktadır⁸.

İnsanın öz değerini ifade eden insan onuru, her türlü toplumsal, siyasal ve hukuksal müdahaleye karşı öne sürülebilme özelliği taşır⁹ ve bu yüzden de bütün hak ve özgürlüklerin temeli sayılır. Ancak bugün için insan hakla-

4 İonna Kuçuradi, "Felsefe ve İnsan Hakları", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Ankara, 1982, s.49.

5 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Richard Heinzman, "İnsan ve İnsan Onuru-Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak", www.konrad.org.tr/Islam%20tr%202006/07heinzmanTR.pdf, (09.02.2009).

6 Bkz. Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. Zafer Gören), İzmir, 1999, s.46.

7 Şimşek, s.65.

8 Şimşek, s.7-8.

9 İlyas Doğan, "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş", S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005, s.53.

rının temeli ve amacı sayılan insan onuru kavramının, uzun bir tarihsel sürecin ürünü olduğu ve zaman içinde yaşanan değişikliklere bağlı olarak biçimlendiği de bir gerçektir¹⁰. Bu çalışma, günümüzde insan hakları ve hukuk devleti açısından en yüksek değer olma özelliğini kazanan insan onuru kavramının, nasıl bir tarihsel süreç izlediğini ve bu bağlamda çağdaş anlamına hangi aşamalardan geçerek ulaştığını, kısa da olsa, göstermeyi amaçlamaktadır.

2- Eski Yunan'da İnsan Onuru

İnsanın akli ve ahlaki yetenekleriyle, kendine özgü bir değer sahibi olduğu fikri, yani insan onuru düşüncesi hukuk alanında yeni ise de, bir ideal olarak kökeni eski uygarlıklara kadar uzanmaktadır¹¹. Eski Yunan'da Polis (site), siyasal, sosyal, ekonomik, askeri ve hatta dini bir birlik olarak kabul edilmiştir. Bu yüzden Polisi oluşturan insanlar, birbirine sıkı bağlarla bağlı sayılmışlar ve faaliyetlerini Polisin çıkarlarına hizmet etmeye yöneltmek durumunda kalmışlardır. Dolayısıyla Eski Yunan'da Polis, kişiyi maddi ve manevi değerleriyle kendisine bağlayan bir görünüm arz etmiş¹² ve ilk bakışta insanın kendine özgü bir değeri olduğu fikrine uzak bir görünüm sergilemiştir. Ancak biraz daha dikkatli bakınca, durumun tam olarak böyle olmadığını söylemek de mümkündür. Çünkü, yasanın üstünlüğü anlayışı Polisi baskıcı olmaktan kurtarmış ve insanın değerine vurgu yapıldığının işareti sayılmıştır.

Öte yandan Eski Yunan'da düşünce alanında da insan onuru kavramının ipuçlarına rastlamak mümkündür. Sofistlerin, insanı çıkarlarına hizmet eden bencil bir varlık olarak nitelendirmelerine rağmen, düşüncelerinin odak noktası yaptıkları ve onu her şeyin ölçüsü olarak gördükleri bilinmektedir¹³. Sitenin

¹⁰ Zafer Gören, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, s.27.

¹¹ Milton Lewis, "A Brief History of Human Dignity: Idea and Application", in Perspectives on Human Dignity: A Conversation, Editors: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer, 2007, s.93.

¹² Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der Y., İstanbul, 2006, s.4; Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Y., İstanbul, 2005, s.2.

¹³ Sofistlerin insan anlayışı için bkz. Göze, s.11.

üstünlüğünden ve yüceliğinden¹⁴ yana olan Platon'da bile, her insanın adaleti değerlendirebilmesi ve kendi yolunu çizebilmesi, temel motifler arasında yer almaktadır¹⁵. Yine Eski Yunan'da, site devletinin çöküş dönemlerine rastlayan Helenistik okulların, özellikle de Epikürcü okul ile Stoacı okulun, siteye bağlı insan anlayışı yerine, insanı önceleyen bir yönetim anlayışını ön plana çıkardıkları görülmektedir.

Felsefesinin genel amacını insanın nasıl mutlu olacağını gösterme düşüncesine adayan ve bu bağlamda hazzı ön plana çıkaran Epikürcü okul, insanı en yüce değer olarak görmekte, insanı onurlandıracak başka bir varlığın olmadığını söylemekte, dahası insanı, başlı başına bir amaç saymaktadır¹⁶. Eski Yunan'da devleti amaç olmaktan çıkaran, bireyi ön plana alan ve bu bağlamda genel bir insan anlayışını benimseyerek, onun öz değerine vurgu yapan başka bir okul da Stoacı okuldur. Bu okulun kurucusu Zenon, insanların eşitliği ve kardeşliği temasını işlemiş, her türlü ayrımcılığı reddetmiş, siteyi kutsallıktan arındırarak, barış içinde yaşamının bir aracı olarak algılamış ve böylece insanın değeri kavramının gelişmesine katkı yapmıştır¹⁷. Stoacı düşünürlere göre insan akıllı, bütün insanlarda aynı şekilde beliren ve onları birbirine bağlayan evrensel güçtür. Aralarında bazı farklılıklar bulunsa bile, bütün insanlar akıl sahibi olduklarına göre, onların eşit ve kardeş olduklarını kabul etmek gerekir¹⁸. Gerçekten Stoacı düşünürler, insanın doğuştan eşit ve özgür olduğunu kabul etmişler ve bu fikirleriyle, insana devlet dışında bir değer tanımışlardır. Bu durum onları, özellikle felsefi açıdan, insan hakları öğretisinin en eski kaynaklarından birisi yapmıştır¹⁹. Bu arada Stoacı düşünürlerin insan hakları düşüncesinin barınağı olan doğal hukuk ve doğal haklar doktrinine yapmış oldukları katkının da insana verilen değer açısından önemli olduğu unutulmamalıdır.

14 Akad/Vural Dinçkol, s.20.

15 Doğan, s.53.

16 Yasemin Işıқтаç, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.88.

17 Işıқтаç, s.91.

18 Akad/Vural Dinçkol, s.30; Işıқтаç, s.91.

19 Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Y., Ankara, 1993, s.19.

3- Roma'da İnsan Onuru

Stoa okulunun düşünceleri Roma İmparatorluğunda tutulmuş, başta, Çiçero ve Seneca olmak üzere, dönemin düşünürlerince de benimsenerek savunulmuştur²⁰. Sözelimi Çiçero, hukukun kaynağının doğada olduğunu belirtmiş ve Tanrının insana yansıttığı temel bir güç olan aklın, yasayı bulabileceğini vurgulamıştır²¹. Çiçero'ya göre bütün insanlar doğal olarak onura sahiptirler ve onların onur sahibi olmaları, "kanun toplumu" olarak tanımlanan devletin de temelini oluşturur²². İnsanın düşünme ve akıl yürütme yeteneğiyle donatılmış tek canlı yaratık olduğuna ve böylece biricikliğine vurgu yapan Çiçero, akılda müşterek olan insanların haklarda da müşterek olduklarını belirtmektedir²³. Bu bağlamda bütün yurttaşların kamu gücünde bir payı olduğunu düşünen Çiçero, onurun, bu kamu görevine hazır olma ve sorumluluk bilincine sahip bulunma anlamına geldiğini söyler²⁴ ve böylece kişinin öz değerinden çok, onun kamusal yaşam içindeki itibar ve statüsünü ön plana çıkarır²⁵.

Çiçero'nun insanın biricikliğine ve eşitliğine yaptığı vurgunun Roma'da ne denli uygulandığı tartışılır. Elbette Roma'da devlet, hukuka bağlı bir örgüt olarak algılanmakta ve devlet düzeninin kişinin mutluluğunu amaç ettiği görülmektedir. Ancak kadınlar, çocuklar, yabancılar ve köleler için, ne insan olma değerinden ne de eşitlikten söz etmek mümkün değildir. Roma'da son tahlilde ön plana çıkan husus, kişinin kamusal yaşam içinde tuttuğu yerdir. Onur kavramı da buna bağlıdır. Kamusal yaşam içerisine kendini hizmeti ile gösteren Romalı, onurunu da yükseltmiş sayılmaktaydı²⁶. İnsanların onur bakımından eşit oldukları fikri henüz yerleşmemiştir²⁷. Dolayısıyla

20 Akad/Vural Dinçkol, s.30.

21 Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine, İmge Kitabevi, Ankara, 2001, s.51 vd.

22 Şimşek, s.17.

23 William Ebenstein, Siyaset Felsefesinin Büyük Düşünürleri, Çev: İsmet Özel, Şule Y., İstanbul, 1996, s.54.

24 Şimşek, s.17.

25 Daniel P. Sukmasy, "Human Dignity and Human Worth", in Perspectives on Human Dignity: A Conversation, Editors: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer, 2007, s.11.

26 Şimşek, s.19.

27 Lewis, s.93.

onur, doğrudan doğruya insan olmaktan kaynaklanan ve ona sıkı sıkıya bağlı olan bir anlam ifade etmemekteydi. Aksine Roma'da, halk, yönetim ve devletin birlikte sahip oldukları kolektif bir onur anlayışı vardı. Roma'nın bütün parçaları, vatandaşlar, imparator... bu kolektif onurda ortak bir paya sahip sayılırlardı²⁸.

4- Ortaçağda İnsan Onuru

Ortaçağa gelince, dinsel düşünüşün egemen olduğu bu çağda insan onuru kavramı da bu gelişimden payını alacak ve teolojinin ilgi alanına girecektir. Gerçekten bu çağ Hıristiyanlığın kendi onur idealini inşa ettiği bir çağ olmuştur. Buna göre, insan gerekçesini Tanrı'da bulan bir tekildir²⁹. Dolayısıyla insana dair bir değerlendirme ancak Tanrı merkeze alınarak yapılabilir. İnsan Tanrının bir tezahür biçimi olarak yaratılmıştır. Bu yüzden insana saygı aynı zamanda Tanrıya saygı anlamına gelmektedir³⁰. Tanrının bir görünümü olarak yaratılan insanlar, eşit bir biçimde onura sahiptir³¹. Doğal olarak bu yaklaşım çerçevesinde onur, Tanrının bir lütfudur³². St. Agustin ve St. Thomas'nın yaklaşımları bunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır. St. Agustin, insanın hafıza, zekâ ve istencinden oluşan kutsal ruhunun, onu yaratan Tanrının kutsal ruhuyla uyum içinde olduğunu belirtir. Ancak akıl ve iradenin davranışlara göre iyi ya da kötü olabileceğini vurgular ve kutsala yönelmenin iyi, başka bir şeye yönelmenin ise kötü olduğunu söyler. Yine St. Thomas, insanın bir kişi olarak özgür ve onur sahibi olduğunu belirtir. Ancak, günah işlediği zaman onurunu kaybedeceğini de vurgular³³.

Günahla onur arasında ilişki kurulmuş olmasına rağmen, Hıristiyanlığın insan kişiliğine değer kazandırma ve onun bazı haklara sahip olabileceği fikrini ortaya atma bakımından önemli bir aşamaya işaret ettiği söylenebilir.

28 Hubert Cancik, "Dignity of Man and Persona in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, De Officiis I 105-107", in The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, Edited by. David Kretzmer and Eckart Klein, Kluwer Law International, 2002, s.23.

29 Heinzman, s.55.

30 Doğan, s.54.

31 Lewis, s.94.

32 Şimşek, s.20.

33 Lewis, s.94.

Fakat feodal düzenin yerleşmesiyle birlikte, feodal toprakların oldukça önemli bir bölümünü eline geçiren kilise, bireyin özgürlüğünü somut yaşamında, yani nesnel alanda değil; tinsel alanda gerçekleştirebileceği düşüncesini benimsemiş ve böylece kendi etkinliğini artırma yolunu seçmiştir. Nitekim kilise, zamanla, otorite karşısında vicdan özgürlüğünün savunusunu yapmayı bırakmış ve feodal sistemin özelliklerinden de yararlanarak, dünya işlerine karışmaya başlamıştır³⁴.

Ortaçağın insan onuru kavramı açısından bir diğer yönü de döneme damgasını vuran feodal sistemdir. Bu düzen, siyasal görünümü itibarıyla, siyasal iktidarın parçalanmış olmasını ifade eder³⁵. Bu parçalanmışlık, ortaçağın ekonomik yapısının ve bu yapının ortaya çıkardığı toplumsal tabakalaşmanın doğal bir sonucudur. Devlet egemenliği yerine, kişisel hizmet ve sadakat ilkesine dayanan feodal düzende insanlar merkezi bir otoriteye değil, toprak sahibi senyöre bağlıdır. Toprağın sahibi ya da zilyedi olan kişi, o toprakta yaşayan insanlar üzerinde egemenlik hakkına da sahiptir. Siyasi, idari ve adli yetkiler kişilerin mal varlığına dâhil haklardır³⁶. Feodal hiyerarşinin altındaki insanlar için, otorite karşısında bir değer taşımak ve hak ve özgürlüklerden söz etmek mümkün değildir.

Öte yandan ortaçağda doğan ve hızla yaygınlaşan İslam dini de insanı diğer bütün varlıklardan üstün saymış ve ona değer vermiştir. Kuran'da yer yüzünde insanın halife olarak yaratıldığının belirtilmesi, insana meleklerin de üstünde bir yer verilmesi, insanın yaratıkların en şerefli olarak gösterilmesi gibi hususlar, İslam'ın insana verdiği değerın işaretleri olarak sayılmaktadır³⁷. Kuşkusuz insanın Allah'ın halifesi olarak yaratılmış olması ona verilen değeri gösterir. Ancak bu değer, insanın kendiliğinden kazandığı bir değer değildir. İnsan halife sıfatını ve yaratıkların en üstün ve şerefli olma

34 Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Y., İstanbul, 2005, s.18.

35 Feodal toplumun siyasal görünümü için bkz. Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, s.67 vd.

36 Nihat Bulut, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi*, Seçkin Y., Ankara, 2003, s.74.

37 Şimşek, s.21; İhsan Hamid El-Mafrey, "İslam ve İnsan Hakları", in *İslam ve İnsan Hakları*, Endülüs Y., İstanbul, 1995, s.17 vd; Hüseyin Hatemi, *İnsan Hakları Öğretisi*, İşaret Y., İstanbul, 1988, s.131 vd.

niteliğini, Allah'a kul olmasıyla kazanmıştır³⁸. Dolayısıyla Allah'a götüren her davranış, insana haysiyet kazandırır³⁹. İslamiyet'e göre insan başıboş yaratılmamıştır, sorumluluk sahibi bir varlıktır ve onur sahibi olması da buradan kaynaklanmaktadır⁴⁰.

İnsan onurunun son tahlilde Allah'a kulluk biçiminde formüle edilmesi, ilk bakışta bu özelliğin sadece Müslümanlara tanındığı izlenimini uyandırmaktadır. Ancak "dinde zorlama yoktur" prensibi dikkate alındığında, insana biçilen özel konumun istisnasının bulunmadığı söylenebilir. Bu arada kilise benzeri bir yapılanmanın bulunmayışı ve dolayısıyla dinsel bir özerk kurumsallaşmaya rastlanılmaması⁴¹, İslam düşüncesinin insan anlayışı bakımından bir avantaj sayılabilir. Ancak, son tahlilde saltanata dayanan yönetimlerin⁴² teoriye ne kadar sadık kaldıkları ve dolayısıyla bireyin iktidar karşısındaki özerkliği konusunda ne denli esnek oldukları da tartışmalı bir husustur.

5- Aydınlanma Çağında İnsan Onuru

Özellikle batıda ortaçağ ve öncesinde insan onuru, insanların statülerine bağlı olduğu için, genelde, herkesin eşit onura sahip olmadığı görüşü geçerliydi. Rönesans sürecinde ise insan onuru ideali sadece küçük bir elit grubunun değil, herkesin sahip olduğu bir nitelik olarak görülmüş, yani herkesi kapsayan bir ideale dönüştürülmüştür⁴³. Nitekim önce Rönesans ve ardından aydınlanma hareketi ile birlikte insan, artık başlı başına bir değer olarak görülecek ve bir özne haline gelecektir.

Giannozzo Manetti, geliştirmiş ortaçağın teolojik yaklaşımına naturalistik argümanları da ekleyerek, ortaçağ ile yeniçağ arasında bir köprü olmuştur. Manetti'ye göre insan, Tanrının yarattıkları arasındaki en öncelikli

38 İsmail Kılıoğlu, Düşünce ve Özgürlük, Timaş Y., İstanbul, 1992, s.15.

39 El-Mafrey, s.21.

40 Şimşek, s.22.

41 Akad/Vural Dinçkol, s.59.

42 Muaviye'nin oğlu Yezid'i yerine geçirek İslama saltanatı soktuğu kabul edilmektedir. Bkz. M. Ziyauddin Rayyıs, İslamda Siyasi Düşünce Tarihi, Çeviren: Ahmet Sarıkaya, Nehir Y., İstanbul, 1990, s.87.

43 Don Chalmers and Ryuichi Ida, "On the International Legal Aspects on Human Dignity", in Perspectives on Human Dignity: A Conversation, Editors: Jeff Malpas/Norelle Lickiss, Springer, 2007, s.158.

varlıktır. İnsanın doğası kutsal olanla bağlantılıdır. Manetti, “insanlar onurla doğarlar ve eşit ölçüde onur sahibidirler” diyerek, onurun insanın erdeminden kaynaklandığını vurgulamıştır⁴⁴.

İtalyan Rönesans düşünürü Mirandola ise, “İnsan Onuru Üzerine Söylev”inde insan onurunu, bir yandan insanın kendi kendini geliştirme iktidarı olarak görürken, öte yandan onu bireysel özgürlük olarak tanımlamış⁴⁵ ve böylece insan onuru ile özgürlük arasında ilişki kuran ilk düşünür sayılmıştır⁴⁶. Ancak Mirandola, insanın kendi kendisini gerçekleştirme kudretinden ve bireysel özgürlükten söz ederken Tanrıyı dışlamamıştır. İnsanın bu güce, Tanrı vasıtasıyla, yaratılıştan sahip olduğunu söylemiştir. Fakat insanı yaratan Tanrının ona özgür irade vererek kendi doğasını gerçekleştirmesini sağladığını da vurgulayarak, insan onurunu teolojik bir kavram olmaktan çıkarmıştır. Bu çerçevede onur, insanın istediği şeyi yapabilme kabiliyetinden kaynaklanmaktadır⁴⁷.

Kuşkusuz Rönesans hümanistleri insan onuru hakkında teolojik olmayan argümanlar geliştirmeye başlamışlardır. Fakat bu durum, onların Hıristiyanlığın transandantal yaklaşımından tümüyle uzak kaldıkları anlamına gelmez⁴⁸. Ancak yine de Rönesans düşünürlerinin, daha ziyade Çiçero ekseninde, Grek-Roma yaklaşımlarının etkisinde kaldıkları belirtilmelidir⁴⁹.

Aydınlanma çağı ile birlikte politik ve ahlaki hiyerarşiler, normatif idealer olarak reddedilmeye başlanmıştır. Batı toplumlarında, özellikle Amerika, İngiltere ve Fransa’da siyahilerin, kadınların, Hıristiyan olmayanların, mülksüzlerin ve soylu olmayanların tam bir politik ve moral statüye sahip oldukları kabul edilmiştir⁵⁰. Bunda, doğal hukukun, bu kez laik bir karakterde yükselmesi büyük bir rol oynamıştır. Antik çağdan beri varolan, ama orta-

44 Lewis, s.94.

45 Pico Della Mirandola, “Oration On the Dignity of Man”, Translated by: Richard Hoocer, http://www.wsu.edu:8080/~wldciv/world_civ_reader/world_civ_reader_1/pico.html, 03.02.2008.

46 Sulmasy, s.11.

47 Lewis, s.94.

48 Lewis, s.94.

49 Charles Trinkaus, “Renaissance Idea of the Dignity of Man”, Dictionary of the History of Ideas, Vol. IV, New York, 1973, s.136.

50 Lewis, s.97.

çağda kilisenin etkisinde kalan doğal hukuk, 16 ve özellikle 17. yüzyıllarda birbirini tetikleyen ekonomik, sosyal, siyasal, bilimsel ve düşünsel gelişmelere bağlı olarak laikleşmiştir. Özellikle Alman Puffendorf ve Hollanda'lı Grotius'la başlayan süreç, Locke ve Rousseau gibi sözleşmeci düşünürlerle devam etmiş ve böylece doğal hukuk ilahi hukuktan ayrılmıştır⁵¹. Bu öğretiyle, insanların doğuştan eşit ve özgür oldukları vurgulanmış, dolayısıyla insan haklarının devlet tarafından yaratılmadığı anlayışı benimsenmiştir. Artık insan, toplum ve devlet dışında bir değere sahiptir.

Bu değer, aydınlanma düşüncesi içinde kendini, özellikle Kant'la birlikte, insan onuru biçiminde somutlaştırmıştır. Kant'ta onur, insan otonomisi üzerine temellendirilmiştir. Buna göre insan, kendi akli tarafından yapılandırılan, otonom (özerk) bir öznedir⁵². Kuşkusuz buradaki otonomi keyfilik ve kuralsızlık anlamına gelmemektedir. Otonom bir özne olan insan, aynı zamanda ahlaklı bir varlıktır ve bu çerçevede, nasıl kendi aklının buyruklarına uygun eylemde bulunma özgürlüğüne sahipse, aynı şekilde evrensel ahlak ilkelerine de riayet etmek zorundadır⁵³.

Otonomi, insanın dünyadaki özel konumuna işaret eder ve otonom bir varlık olan insan, başkalarının iradesinin bir aracı olarak hareket eden varlık olarak görülmez; başlı başına bir amaç olarak ele alınır ve öyle bir muameleye tabi tutulur⁵⁴. Otonom ve akıllı bir özne olarak insanlar eşit bir onura sahiptirler. Bugün için insan hakları kavramının temelini oluşturan insan onuru da, daha ziyade bu anlayışın ürünüdür.

5- Sonuç

Çok değerli kılınmış bir şeyin özelliği olarak karşımıza çıkan onur, insanın kişilik değerini ve bağımsızlığını içeren bir kavramdır. Günümüzde insan haklarının üzerine inşa edildiği bir kavram olarak kabul edilen insan onuru kavramı, hukuk alanında yeni de olsa, bir ideal olarak kökenini eski uygarlıklarda bulmaktadır.

51 Bkz. Bahri Savcı, "Vedel'den Özetle Kişi Hakları Kavramının ve Teorisinin Tarihte Kuruluşu", AÜSBFD, C.XXV, S.1, 1970, s.98-99.

52 Bkz. Lewis, s.95; Heinzman, s.60

53 Işıқтаç, s.191.

54 Şimşek, s.24; Lewis, s.95; Chalmes and Ida, s.160; Heinzman, s.61.

İnsan onuru kavramı Eski Yunan'da uygulamada değilse bile, teoride kendisine yer bulmuştu. İnsanı her şeyin ölçüsü olarak gören Sofistlerde, onu en yüce değer olarak değerlendiren Epikürcülerde, insanın doğuştan eşit ve özgür olduğunu ve devlet dışında değer taşıdığını belirten Stoacılar, hatta sitenin yüceliğinden yana olmasına rağmen, her insanın adaleti değerlendirebileceğini ve kendi yolunu çizebileceğini söyleyen Platon'da bile, kavramın izlerine rastlamak mümkündür.

İnsanların onur bakımından eşit olduklarının kabul edilmediği, tersine onur kavramının kişinin kamusal yaşam içinde tuttuğu yere bağlı sayıldığı Roma'da ise, özellikle Çiçero, insanın düşünme ve akıl yürütme yeteneğiyle donatılmış tek canlı yaratık olduğuna ve böylece biricikliğine vurgu yapmış ve akılda müşterek olan insanların haklarda da müşterek olduklarını belirterek, insan onurunu devletin temeli olarak görmüştür. Ancak Çiçero da son tahlilde, onurun kamu görevine hazır olma anlamına geldiğini söyleyerek, bir anlamda yerleşik Roma anlayışını fazlaca zorlamamıştır.

Ortaçağda teolojinin ilgi alanına giren insan onuru kavramı, Tanrının bir görünümü olarak yaratılan insanların, eşit bir biçimde onura sahip oldukları düşüncesine dayanmıştır. Esasında insan kişiliğine değer kazandırma ve ona bazı haklar tanıma bakımından önemli bir aşamaya işaret eden bu dönem, Batıda feodal düzenin yerleşmesi ve kilisenin etkinliği nedeniyle, insan onuru kavramının pratiğe aktarılamadığı bir dönem olmuştur.

Sonuçta insan onuru, bir takım düşünsel çabalara rağmen, hem Eski Yunan'da, hem Roma'da, hem de ortaçağda, insanların statülerine bağlı bir kavram olmaktan kurtulamamıştır. Rönesans'la başlayan süreçte ise insan onuru, sadece küçük bir elit grubunun değil, herkesin sahip olduğu bir nitelik olarak görülmüş, yani herkesi kapsayan bir ideale dönüştürülmüştür. Gerçekten, önce Rönesans ve ardından aydınlanma ile birlikte insan, artık başlı başına bir değer olarak görülmüş ve bir özne haline gelmiştir. Özellikle, Manetti ve Mirandola'nın fikirleriyle mesafe kat eden süreç, doğal hukukçu düşünürlerin çabalarıyla, daha da gelişmiş ve geline nokta insanın, toplum ve devlet dışında bir değere sahip olduğu kabul edilmiştir.

Kuşkusuz aydınlanma düşüncesi içinde insan onuru, en yetkin bir biçimde Kant'la somutlaştırılmıştır. Kant'ta onur, insan otonomisi üzerine temellendirilmiştir. Buna göre insan, kendi akli tarafından yapılandırılan, otonom (özerk) bir öznedir. Otonom ve akıllı bir özne olarak insanlar eşit bir onura

sahiptirler. Bugün için insan hakları kavramının temelini oluşturan insan onuru da, daha ziyade bu anlayışın ürünüdür.

OFFICIAL SECRECY IN THE UNITED KINGDOM AND THE ROLE OF THE FREEDOM OF INFORMATION ACT WITH REGARD TO REDUCING SECRECY

*Doç.Dr. Cemil KAYA**

“The issues touch the heart of government in a Parliamentary democracy too closely”¹.

Introduction

Openness is essential to the full development of democracy. The logic of democracy demands that, in principle, government information must be open to the public. Because it enables citizens to exercise some control of their governments and helps citizens to protect themselves from government’s arbitrary actions. Of course, there would be some legitimate exceptions in a democracy, such as national security, crime prevention and personal privacy but they should be justified by law, explicitly spelled out by law and must be narrowly construed. Also, exceptions should not be too vague because vague terms give public officials too much discretion to withhold information. Nowadays, governments are growingly more open due to internal or external pressures.

On the other hand official secrecy is a reality in each country. Similar observation from Rowat’s two studies point out that “The Commonwealth countries have inherited the tradition of secrecy from an earlier era of absolute monarchy”² and that “Governments inherited the principle of

* Associated Professor Doctor, Selcuk University Law Faculty.

¹ The Report of the Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act 1911. Cmnd. 5104 – The Franks Committee. Para 15, p. 13.

² **Rowat**, Donald C, How Much Administrative Secrecy? The Canadian Journal of Economics and Political Science, vol. 31, 1965, issue 4, p. 491; **Rowat**, Donald C, The

administrative secrecy from the period of absolute monarchy in Europe, when the king was in control of all information released about the government”³. Although governments later became responsible to parliaments, they preserved the tradition of official secrecy⁴. Why is official secrecy necessary? The most important *raison d’être* of official secrets is simply the convenience of those in power⁵. Other arguments, which are in favour of official secrecy, are that assumption of that efficiency requires secrecy⁶, good government is closed government⁷, openness would seriously interfere with the day-to-day work of government⁸ and openness would cost more money⁹. Also civil service discipline, the fear of dismissal and the avoidance of embarrassing questions are quite enough reasons for keeping information from the public¹⁰.

These reasons, *inter alia*, can cause much government information to be withheld from the public. However, these arguments have not been confirmed in the UK administrative structure. For instance, the UK’s administrative system is notably less effective and less wasteful than its counterparts¹¹. Then, open government is likely to be more honest and efficient than government behind closed doors. Access to official information is also a citizen’s best insurance policy to guarantee that government is conducted in the public interest. On the other hand, in the UK most people believe that official secrecy is about protecting the national security against spies. Also they assume that laws to enforce that kind of

Problem of Administrative Secrecy, *International Review of Administrative Sciences*, vol. 32, 1966, p. 100.

³ Rowat, Donald C, *Comparative Survey*. In Rowat, Donald C (Ed.), *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Colombia University Press, New York 1979, p. 20.

⁴ Rowat, *Comparative Survey*, p. 20.

⁵ Michael, James, *The Politics of Secrecy. The Case for a Freedom of Information Law*, Robendene Ltd, Amersham 1979, p. 5.

⁶ Michael, *The Case*, p. 5, 17.

⁷ Ponting, Clive, *Secrecy in Britain*, Basil Blackwell, Oxford 1990, p. 1, 43.

⁸ Rowat, *Comparative Survey*, p. 10–11; Craig, Paul, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 6th Edition, London 2008, p. 225.

⁹ Michael, *The Case*, p. 20; Craig, p. 225.

¹⁰ Michael, *The Case*, p. 6.

¹¹ Michael, *The Case*, p. 5.

secrecy are for everybody's benefit. But that is true only providing a very small part of the information is kept secret by government. Most official secrets are kept from the public for reasons that have nothing to do with national security¹². Also, "... history teaches that secrecy cannot always be equated with improved security and instead may harm the nation"¹³. This article deals with official secrecy in the UK in terms of official secrets acts. For this purpose first, the article will focus on the history of the UK's official secrecy legislation, the attempts that have been made to change it and the most important official secrecy cases that have arisen. Second, it will analyze the current Freedom of Information Act (FOIA) in the light of the issue of official secrecy.

The Official Secrets Acts: Growth of the Secret State

Within western democracies the UK has a powerful and persistent culture of secrecy. Richard Crossman, Labour Cabinet Minister and commentator on the British constitution, once called it the real "British disease"¹⁴. A lot of secrecy cases are sufficient to provide evidence to support this description¹⁵. Also according to Rowat, "to question the principle of administrative secrecy is to question a long cherished tradition of the British parliamentary system"¹⁶. Indeed, Christoph reached the same conclusion by stating that "the habit of secrecy, then, has deep roots in British political and administrative development"¹⁷. Furthermore, this disease actually applies not only to the UK, but to all Commonwealth countries¹⁸ and it has deeply influenced Canada¹⁹.

¹² **Michael**, The Case, p. 5.

¹³ **Fuchs**, Meredith, Judging Secrets: The Role Courts Should Play in Preventing Unnecessary Secrecy. *Administrative Law Review*, vol. 58, 2006, issue 1, p. 139.

¹⁴ **Vincent**, David, *The Culture of Secrecy: Britain, 1832–1998*, Oxford University Press, Oxford 1998, p. 10; **Ponting**, p. 42.

¹⁵ **Michael**, The Case, p. 9.

¹⁶ **Rowat**, *Administrative Secrecy*, p. 479.

¹⁷ **Christoph**, James. B, A Comparative View: Administrative Secrecy in Britain, *Public Administration Review*, vol. 35, 1975, issue 1, p. 28.

¹⁸ **Rowat**, Donald C, *Administrative Secrecy and Ministerial Responsibility: A Reply*, *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 32, 1966, issue 1, p. 84.

Official secrecy has a long history in the UK with its infamous official secrets acts, which have institutionalised official secrecy²⁰. The UK had no official secret act until the nineteenth century. But this situation began to change in the late nineteenth century due to some internal and external pressures²¹, such as the functions of government departments expanded, the number of civil servants increased, and the number of newspapers and readers grew. Also there were a number of cases where official documents were leaked to the public, such as William Guernsey case in 1858, Charles Marvin case in 1878 and Terry Young case in 1887²². So governments wanted to guard official secrets and protect official documents. The UK's first Official Secrets Act (OSA) was passed in 1889²³. The 1889 OSA was directed against state servants and also covered espionage and treason²⁴. The Act introduced two things. Firstly, "it made it a criminal offence for a person to trespass on state property, for the purpose of wrongfully obtaining information, obtaining any document, sketch, plan, model or knowledge of anything which he was or was not entitled to obtain, or to communicate any of these items to someone to whom it was not in the interests of the State for the communication to be made". Secondly it, "introduced the offence of breaching an official trust as a result of holding or having held office under the Queen"²⁵. This provision was the precursor of the infamous section 2 of the 1911 OSA²⁶. The inadequacies of the original OSA and leaks continued, therefore, the Government wanted to introduce a new OSA. Actually the

¹⁹ **Rowat**, *Administrative Secrecy*, p. 481, 488; **Rowat**, *The Problem*, p. 99.

²⁰ **Wilson**, Des, 1984 and onwards? The level and effects of secrecy in Britain today. In **Wilson**, Des (Ed.), *The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today*, Heinemann Educational Books, London 1984, p. 1.

²¹ **Ponting**, p. 1.

²² **Ponting**, p. 2.

²³ **Chapman**, Leslie – **Chapman**, Robin, *The Official Secrets Act: Its History and Effect, In Secrecy, or the Right to Know? A Study of the Feasibility of Freedom of Information for the United Kingdom*, The Library Association, London 1980, p. 4; **Griffith**, John, *The Official Secrets Act 1989*, *Journal of Law and Society*, vol. 16, 1989, number 2, p. 273; **Ponting**, p. 5.

²⁴ **Hooper**, David, *Official Secrets: Use and Abuse of the Act*, Coronet Books, Kent 1987, p. 31; **Griffith**, p. 273.

²⁵ **Chapman** – **Chapman**, p. 4.

²⁶ **Chapman** – **Chapman**, p. 4.

reason was clear that “the national interest required new legislation”. For this reason a draft bill was prepared, but the Government waited for the right time. In 1911 the political climate, in particular the German spy scare and the Agadir Crisis²⁷ gave this opportunity to the Government. After 22 years, the 1911 OSA replaced the Act of 1889²⁸. Remarkably, the 1911 OSA Bill passed through all its stages in the Parliament in less than one hour’s debate²⁹. There were some protests, “but the general response was one of unspoken loyalty”³⁰.

It was the toughest act in western democracies³¹ with its most important first two sections³². Section 1 of the 1911 OSA provided penalties for spying. In this respect, it was an offence to enter into top secret establishments or to collect, publish or communicate any official document or information. The Act strengthened the spying provisions of the existing

27 “Germany sent its gunboat the *Panther* to Agadir in Morocco in June 1911, increasing international tension and the fear of war. This event provided an excellent occasion to pass the Official Secrets Act, which had been prepared for just such an eventuality. The subcommittee on foreign espionage of the Committee of Imperial Defence had been researching the subject since 1909 and had prepared a draft Bill in 1910, drawing on the draft Bills of 1896 and 1908”. **Hooper**, p. 38.

28 **Birkinshaw**, Patrick, *Reforming the Secret State*, Open University Press, Milton Keynes 1990, p. 3; **Birkinshaw**, Patrick, *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal*, Butterworths, 3rd Edition, London 2001, pp. 114–115; **Wade**, H. W. R. – **Forsyth**, Christopher, *Administrative Law*, Oxford University Press, 9th Edition, Oxford 2004, p. 54; **Chapman – Chapman**, pp. 4–5; **Ponting**, pp. 7–10; **Delbridge**, Rosemary – **Smith**, Martin, *The Secrecy Debate in Britain*. In Delbridge, Rosemary – Smith, Martin (Eds.), *Consuming Secrets. How Official Secrecy Affects Everyday Life in Britain*, Burnett Books, London 1982, p. 5; **Christoph**, p. 26; **Hooper**, pp. 33–34; **Griffith**, p. 273; **Philips**, O. Hood – **Jackson**, Paul – **Leopold**, Patricia, O. Hood Phillips & Jackson: *Constitutional and Administrative Law*, Sweet and Maxwell, 8th Edition, London 2001, p. 599; **Williams**, David, *Not in the Public Interest*, Hutchinson, Oxford 1965, p. 25.

29 **Birkinshaw**, *Secret State*, p. 3; **Wade – Forsyth**, p. 54; **Ponting**, p. 10; **Delbridge – Smith**, p. 5; **Christoph**, pp. 26–27; **Hooper**, pp. 39–40; **Philips – Jackson – Leopold**, p. 599; **Williams**, p. 25; **Thompson**, Donald, *The Committee of 100 and the Official Secrets Act, 1911*, *Public Law*, Summer 1963, p. 203, 205; **Wilson**, Des, *Information is Power: The Causes of Secrecy*. In Wilson, Des (Ed.), *The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today*, Heinemann Educational Books, London 1984, p. 13.

30 **Williams**, p. 26.

31 **Christoph**, p. 26.

32 See selected Official Secrets Act cases between 1915 to 1987, **Hooper**, pp. 346–385.

legislation that it caused several prosecutions³³. The most problematic part of the 1911 Act was section 2. It made it a criminal offence for any person to communicate to any person any information which he or she had obtained in his or her capacity as a Crown servant or contractor, unless he or she had authority so to do or unless it was a person to whom it was in the interest of the state his or her duty to communicate the information³⁴. The 1911 OSA was amended in 1920 and 1939. Griffith makes clear that both section 2 in OSA 1889 and OSA 1911 respectively that “Section 2 of the Official Secrets Act 1889 fell primarily in the ‘who dunnit’ principle in that it caught all Crown servants and some government contractors but no one else. However, it had the limitation that Crown servants had to be shown to have acted corruptly or contrary to their official duty. What these words meant was never tested in the courts, all but one of the cases brought under the Act being concerned with the different section which concerned espionage. Section 2 of the 1911 Act carried the ‘who dunnit’ principle almost to its extreme and added to the ‘who’ considerably. The section was a catch-all in two senses. It caught all kinds of information and almost all those in any way involved. Overwhelmingly those charged have been either Crown servants and those who have received information from Crown servants”³⁵.

Meanwhile, many prosecutions were brought under section 1 and particularly under section 2 of the Act. The most well-known cases were Compton Mackenzie case in 1931, Edgar Lansbury case in 1934 and the Duncan Sandys Affair case in 1938³⁶. Griffith reported that between 1955 and 1985, 52 persons were prosecuted under section 2 of whom 36 were convicted³⁷. In 1962, five men and one woman members of the Committee of 100, who were an anti-nuclear weapons group, were convicted under section 1 for entering a RAF station. The men were sentenced to 18 months’ imprisonment and the woman was sentenced to 12 months’ imprisonment³⁸.

³³ **Chapman – Chapman**, p. 4.

³⁴ **Griffith**, p. 274; **Christoph**, p. 26.

³⁵ **Griffith**, p. 277.

³⁶ **Ponting**, pp. 58–60.

³⁷ **Griffith**, p. 274.

³⁸ **Thompson**, p. 201; **Philips – Jackson – Leopold**, p. 599; **Hooper**, p. 108

In 1968 the Fulton Committee Report on the Civil Service³⁹ stated that “... the administrative process is surrounded by too much secrecy. The public interest would be better served if there were a greater amount of openness”⁴⁰. The Report suggested that “the Government should set up an inquiry to make recommendations for getting rid of unnecessary secrecy in this country. Clearly, the Official Secrets Acts would need to be included in such a review”⁴¹. But it was a failure that the Commission itself didn’t carry out this review⁴². The response to the Report was a White Paper produced by the Labour Government in June 1969 called “Information and the Public Interest”⁴³. The most important secrecy case occurred in 1971, commonly referred to as the Sunday Telegraph case. A journalist, Jonathan Aitken, was prosecuted for embarrassing the Labour Government with an article, based on a leaked document, suggesting that ministers had misled Parliament about arms sales to Nigeria⁴⁴. His subsequent acquittal was the turning point of section 2’s life⁴⁵. The Conservative Party manifesto at the 1970 General Election promised to eliminate unnecessary secrecy concerning the workings of government, and to review the operation of the Official Secrets Act. In pursuit of that undertaking, in 1972 a Committee of Inquiry headed by Lord Franks was established. Franks Committee on Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act 1911⁴⁶, reviewed the Section 2 in detail, criticised its draconian nature, and reported on its considerations of

39 Cmnd. 3638.

40 The Report, para. 277, p. 91.

41 The Report, para. 280, p. 92.

42 **Jacob**, Joseph, *Some Reflections on Governmental Secrecy*, Public Law, Spring 1974, p. 29.

43 Cmnd. 4089.

44 **Birkinshaw**, *Secret State*, p. 4; **Ponting**, p. 61; **Griffith**, p. 274; **Wraith**, Ronald E, *United Kingdom*. In Rowat, Donald C. (Ed.), *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Columbia University Press, New York 1979, pp. 205–206; **Thomas**, Rosamund, *The Secrecy and Freedom of Information Debates in Britain*, *Government and Opposition*, vol. 17, 1982, number 3, p. 99; **Hooper**, pp. 112–132; **Wilson**, Des, *The Struggle to Overcome Secrecy in Britain*. In Wilson, Des (Ed.), *The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today*, Heinemann Educational Books, London 1984, p. 125.

45 **Birkinshaw**, *Secret State*, p. 4.

46 Cmnd. 5104.

it⁴⁷. The committee found that “it covers a great deal of ground, and it creates a considerable number of different offences. According to one calculation over 2,000 differently worded charges can be brought under it”⁴⁸. The scope of the section described as a “catch all”⁴⁹. Eventually the Committee recommended that “Section 2 of the Official Secrets Act 1911 should be repealed, and replaced by narrower and more specific provisions”⁵⁰. Furthermore, the Franks Committee found Section 2 “a mess”⁵¹. But these recommendations were not followed by the Government of the day until 1978⁵². Following the conviction of three defendants in the so-called ABC trial (Crispin Aubrey, John Berry and Duncan Campbell)⁵³ in July 1978 the James Callaghan’s Labour Government published a White Paper⁵⁴ entitled “Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911” by which the government accepted the need for reform. Paper agreed that the “catch-all” nature of section 2 was no longer right. But at the same time, in March 1979, Callaghan was forced from office after losing a vote of confidence in the House of Commons. This event resulted in the dissolution of Parliament⁵⁵. So this attempt failed and some official secret trials continued. In 1983 Sarah Tisdall, a Foreign Office clerk, leaked documents on Cruise missile deployment plans to the Guardian. Documents showed that Michael Heseltine, the Secretary of State for Defense, was misleadingly holding back information from Parliament and the British public on the

47 For a critique of the Franks Report, see. **Birtles**, William, (1973). *Big Brother Knows Best: The Franks Report on Section Two of the Official Secrets Act*, Public Law, Summer 1973, p. 109.

48 The Report, para. 16, p. 14.

49 The Report, para. 17, p. 14.

50 The Report, para. 278, p. 102.

51 The Report, para. 88, p. 37.

52 **Birkinshaw**, *Secret State*, p. 4; **Bradley**, Anthony W. – **Ewing**, Keith D, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, 14th Edition, London 2007, p. 617.

53 See details of the case: **Aubrey**, Crispin, *Who’s Watching You?*, Penguin Books, London 1981; **Nicol**, Andrew, *Official Secrets and Jury Vetting*, *Criminal Law Review*, May 1979, pp. 284–291; **Leigh**, David, *The Frontiers of Secrecy*, Junction Books, London 1980, pp. 230–242; **Hooper**, pp. 133–156.

54 Cmnd. 7285.

55 **Birkinshaw**, *Secret State*, p. 4; **Delbridge – Smith**, p. 11.

timing of the arrival of the first Cruise missiles to the RAF base at Greenham Common. She was prosecuted under the OSA and received six month prison sentence⁵⁶. National security was not an issue in the leak. Her prosecution was solely to deter other persons⁵⁷. After two years from the Tisdall case, in 1985 Clive Ponting⁵⁸, a senior civil servant in the Ministry of Defence, leaked documents (known colloquially as the Crown Jewels) on the sinking of the Argentinean cruiser General Belgrano by the British Submarine HMS Conqueror during the Falklands conflict to an MP. Documents showed that the Conservative Government was misleading the House of Commons about the sinking of the Belgrano. No national security risk was present in the leak. But Ponting was arrested, charged and tried but he was acquitted. The jury decided that disclosed information was in the interests of the state⁵⁹. There was another notorious case two years later, associated with the name of the Spycatcher. In 1987 Peter Right, a former MI5 officer, wrote his memoirs in the book called "Spycatcher" published in Australia. In the book, he alleged that in the 1960s, MI5 officers were plotting to bring down Labour Prime Minister Harold Wilson. The British government attempted to stop the book being published in Australia, but lost the action. The government appealed but lost in June 1988⁶⁰. The case revealed important flaws in the law, therefore, proposals were prepared to deal with them. Then the Government's White Paper⁶¹ on Reform of Section 2 of the OSA 1911 appeared in June 1988⁶². And as a result of media coverage, wide public discussion of particular legal cases, and main political party promises and attempts, after 78 years, section 2 was reformed by 1989 OSA. But not much changed in the official secrecy by the adoption of 1989 OSA. The UK

⁵⁶ **Birkinshaw**, *Secret State*, pp. 4–5; **Griffith**, p. 275; **Ponting**, pp. 63-64; **Hooper**, pp. 157-176.

⁵⁷ **Birkinshaw**, *Secret State*, p. 5.

⁵⁸ See further, **Ponting**, Clive, *The Right to Know: The inside Story of the Belgrano Affair*, Sphere Books Limited, London 1985.

⁵⁹ **Birkinshaw**, *Secret State*, pp. 4- 5; **Birkinshaw**, *Ideal*, p. 119; **Ponting**, pp. 64-65; **Griffith**, p. 275; **Hooper**, pp. 177-204; **Thomas**, pp. 95-96 and 101-102.

⁶⁰ **Birkinshaw**, *Secret State*, p. 5; **Birkinshaw**, *Ideal*, pp. 121–122; **Ponting**, pp. 65–66.

⁶¹ Cm. 408.

⁶² **Birkinshaw**, *Secret State*, p. 7.

remains an excessively secret state⁶³. The 1989 OSA seeks to exclude any public interest defence, applies not only to civil servants disclosing unauthorised material, but also to any person, including journalists, and demands absolute and life-long duty of confidentiality or life-long silence on all members and former members of the security and intelligence services⁶⁴. Indeed, supporting this assessment, Ponting believes that “Britain’s long standing culture of secrecy and tradition of closed government will not disappear with the repeal and replacement of section 2. The 1989 Official Secrets Act merely alters the way information is controlled; it allows no more disclosure of information than before. The Act itself does nothing to reduce official secrecy in Britain”⁶⁵. As a consequence, today many believe that the 1989 OSA as a whole, like section 2 before it, is ready for pensioning off⁶⁶.

The Freedom of Information Act: A Sufficient Change?

So far the topic has concentrated upon the maintenance of secrecy and the steps taken by the UK government to protect information. However, another side of the coin is access to government information. The UK has not until recently had any general freedom of information legislation such as exists within many other countries. Since the 1960s many other countries have introduced freedom of information laws across the world. Sweden is often quoted as a pioneer in this context because of its legal tradition concerning freedom of information which dates back to the 18th century. Almost 250 years ago, the Swedish constitution provided for open access to official documents and full information to any citizen about administrative matters. The American Freedom of Information Act was passed in 1966, and went into effect in 1967. Norway and Denmark introduced their laws in 1970. France followed in 1978 and in 1982 Canada, Australia and New Zealand all passed freedom of information acts. In general, these laws establish a legal right of access to government information, subject to certain

⁶³ **Palmer**, Stephanie, *Tightening Secrecy Law: The Official Secrets Act 1989*, Public Law, Summer 1990, p. 243.

⁶⁴ **Palmer**, p. 243; **Griffith**, p. 279.

⁶⁵ **Ponting**, p. 81.

⁶⁶ **Birkinshaw**, Patrick, *Government & Information: The Law relating to Access, Disclosure and Their Regulation*, Tottel Publishing, West Sussex 2005, p. 157.

exemptions, and introduce a right of appeal against a refusal by government to release information. The exemption areas from public disclosure most commonly are defence, foreign affairs, and legal proceedings. The UK has lagged behind other countries in the world. Some attempts were made over years but freedom of information legislation was delayed in UK. The strangeness of the issue was that while the UK insisted on keeping official information from the citizens, some of them have already been made available from abroad over years, particularly from the United States and Swedish Freedom of Information Acts⁶⁷ An important attempt occurred in July 1977, in the form of the Croham Directive⁶⁸, written by the Sir Douglas Allen, Head of the Civil Service, that “its intention was to propose a more open approach, as an alternative to legislation, and it did create the opportunity for more flexibility and disclosure of information”⁶⁹. In fact, very little was disclosed under it. In 1979 a major attempt to introduce freedom of information legislation in the form of a private member’s bill introduced by Clement Freud MP, but lapsed when Parliament was dissolved after vote of confidence in March 1979⁷⁰. In January 1984 a new Campaign for freedom of information was launched⁷¹. The Campaign for Freedom of Information in the UK ensured that open government continued to be a topic for public discussion and its first major achievement was with the Local Government (Access to information) Act 1985 which came into operation in

⁶⁷ **Michael**, *The Case*, pp. 10–16, 25; **Tye**, James, *The Deadly Cost of Secrecy*, In *Secrecy, or The Right to Know? A Study of the Feasibility of Freedom of Information for the United Kingdom*, The Library Association, London 1980, p. 29; **Meacher**, Michael, *Why Are We So Secret About Our Secrets? In Secrecy, or The Right to Know? A Study of the Feasibility of Freedom of Information for the United Kingdom*, The Library Association, London 1980, p. 33.

⁶⁸ The Civil Service Department Directive on Disclosure of Official Information, 6 July 1977.

⁶⁹ **Wilson**, *Power*, p. 21.

⁷⁰ **Marsh**, Norman S, *Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts at Reform*. In Marsh, Norman S. (Ed.), *Public Access to Government – Held Information*, Stevens & Son Ltd., London 1987, p. 266; **Michael**, James, *The Politics of Secrecy*, Penguin Books, Harmondsworth 1982, p. 192; **Wilson**, *Struggle*, pp. 129–131.

⁷¹ **Ponting**, p. 73; **Wilson**, *Struggle*, p. 134.

April 1986⁷². The Act was a major advance in open government in the UK. In July 1993, a White Paper entitled *Open Government* was published⁷³ and after that a Code of Practice on Access to Government Information was introduced in April 1994 and revised in January 1997.

The new Labour Government came into office committed to legislation on freedom of information, and in December 1997 published a White Paper entitled “Your Right to Know: The Government’s Proposals for a Freedom of Information Act”⁷⁴. Then, the draft Freedom of Information Bill published in May 1999⁷⁵. In the end, the Bill became the Freedom of Information Act (FOIA) 2000 with minor amendments⁷⁶. Actually, prior to the enactment of the FOIA, some legislation, such as the Local Government (Access to Information) Act 1985, the Land Registration Act 1988, the Access to Medical Records Act 1988, the Environment and Safety Information Act 1988, and Data Protection Act 1998, which repealed the Data Protection Act 1984 and the Access to Personal Files Act 1987, had been passed, but these were no substitute for more general freedom of information legislation.

Part I of the FOIA 2000 creates a general right of access to information. Section 1/1, provides that any person making a request for information to a public authority is entitled to be informed in writing by the public authority whether it holds information of the description specified in the request, and if that is the case to have that information communicated to him. However, the general right is restricted by other provisions of the FOIA. Section 1/3 states that where a public authority reasonably requires further information in order to identify and locate the information requested, and has informed the applicant of that requirement, the authority is not obliged to comply with section 1/1 unless it is supplied with that further information. The general

⁷² **Tant**, A. P, *The Campaign for Freedom of Information: A Participatory Challenge to Elitist British Government*. Public Administration, vol. 68, Winter 1990, p. 483; **Chapman**, Richard A, Introduction. In Chapman, Richard A. & Hunt, Michael (Eds.), *Open Government*, Routledge, London & New York 1987, p. 26.

⁷³ Cm. 2290.

⁷⁴ Cm. 3818.

⁷⁵ Cm. 4355.

⁷⁶ **Austin**, Rodney, *The Freedom of Information Act 2000 – A Sheep in Wolf’s Clothing?* In Jowell, Jeffrey – Oliver, Dawn (Eds.), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 6th Edition, Oxford 2007, p. 393.

right further restricted by section 2. Its title is “Effect of the exemptions in Part II”. This is so either where any provision of Part II confers absolute exemption, or where, in all the circumstances of the case, the public interest in maintaining the exemption outweighs the public interest in disclosing whether the public authority holds the information, or in disclosing the information. Part II of the FOIA specifies the numerous exemptions, contained in section 21 to 44 inclusive, thereby restricts the general right in section 1. Actually Part II of the Act creates 23 exemptions. According to Austin, the FOIA remains a sheep in wolf’s clothing⁷⁷. Because “first, the range of exemptions is far wider and more extensive than in any other statutory freedom of information regime in any comparable democratic state. Many of the exemptions are absolute, requiring no proof, other than wide, conclusive, discretionary ministerial certification, of identifiable harm to national or public interests, and even the qualified exemptions are subject to a test of simple prejudice which is relatively easy to satisfy ... Second, there is no right of access to government records, ... Third, the free-charging regime does not set a standard nominal fee for FoI requests, ... Fourth, the obligations to establish publication schemes have been so diluted that there is no duty to publish information of any specified type ... Fifth, the right of ministerial veto undermines any credibility to the claim that the Act creates a legally enforceable individual right of access”⁷⁸. He goes further that with these negative aspects, “it might have been better not to have legislated”⁷⁹. Also Jackson and Leopold agreed that “it is questionable whether the Act with its extensive exemptions will ensure that there is more open government, there is plenty of opportunity provided by the Act to foster continued secrecy in government”⁸⁰. It is easily apparent that effectiveness of freedom of information acts, in part, will depend on the range of exemptions and the way in which these are interpreted⁸¹. For this reason, on the one hand the list of exemptions contained in the FOIA is too long⁸², on

⁷⁷ Austin, p. 397, 406.

⁷⁸ Austin, pp. 397–399.

⁷⁹ Austin, p. 405.

⁸⁰ Philips – Jackson – Leopold, p. 616.

⁸¹ Craig, p. 224.

⁸² Wade – Forsyth, p. 59.

the other hand a number of the exemptions, such as formulation of government policy, are very broad⁸³. It is for this reason that the UK FOIA is certainly weaker than the United States, New Zealand and Ireland Acts⁸⁴. Moreover, “the general formula used in the FOIA is that information can be withheld if its disclosure would, or would be likely to, prejudice the interest specified in the exempt category. This is by way of contrast to earlier formulations, where the criterion had been ‘substantial prejudice’. The breadth of the exemptions is compounded, by the ‘enforcement override’ that the Act accords to certain public bodies”⁸⁵.

Conclusion

In conclusion, the UK has a representative, responsible, accountable, and democratic system of government. This parliamentary democracy model to some extent has been emulated and adapted by other countries, especially by the Commonwealth countries. But the UK has a long standing system of official secrecy when compared to other Commonwealth countries. However, democracy demands that government must be open unless some legitimate interest requires official secrecy. Official secrecy undermines the health of democracy and “is the enemy of rational decision making – and the friends of political prejudice”⁸⁶. The UK’s first Official Secrets Act adopted in 1889 was seen as a vehicle for maintaining official secrecy, as Birtles said the Official Secrets Acts are basically based on the theory of privilege⁸⁷ because the Government can manage information and maintain the tradition of official secrecy by Official Secrets Act. As we seen before in the 1970s and 1980s some prosecutions under the OSA attracted enormous publicity. Although the first Official Secrets Act of 1889 has been four times amended – in 1911, 1920, 1939 and 1989 – discussions on the official secrets haven’t finished. The UK has not questioned official secrecy until recently because it has been a strong inherited tradition. One good progress was achieved in 1989 when the 1989 OSA replaced the all-embracing 1911 OSA, including

83 **Craig**, p. 227.

84 **Birkinshaw**, Regulation, p. 76.

85 **Craig**, p. 227.

86 **Wilson**, 1984, pp. 2-4.

87 **Birtles**, p. 119.

the “catch-all” nature of Section 2, but in many respects it is the effective safeguard for administrative secrecy in the UK by removing the public interest defence. So the UK, even after a series of reforms in terms of official secrecy in recent years, is characterised by considerable official secrecy.

In 2000 the UK partly abandoned official secrecy in adopting the FOIA. With many others Wilson’s dream came true after writing that “I have no doubt that this legislation will one day be introduced and one day be passed”⁸⁸. All the main political parties have at one time or another committed them in principle to the FOIA. But Labour Governments made great effort to legislate it. The Act came fully into force in 2005. It can be easily said that the UK, in the widest sense, is less secretive now than it was four years ago. Undoubtedly, freedom of information is vital if there is to be an informed public, which can participate in public life and hold the government to account. Preference is important whether all official information is secret unless made public or all official information is public unless made secret. From this perspective in the UK, a few years ago the preference was “official information is secret unless made public”, today turned into “official information is public unless made secret”. Although the FOIA is too recent to reach any firm conclusions, the UK’s infamous past with official secrecy indicates that the culture of secrecy in the UK would change slowly. A long-standing tradition of official secrecy cannot be reversed overnight by adopting freedom of information law. It can be argued that after the FOIA the UK still wants to preserve to some extent official secrecy. The effectiveness of the FOIA will, of course, depend on the ways in which it is implemented and on the extent of their use by citizens in gaining access to information. Of course citizens should have a right to access such information unless there are good reasons such as national security, trade secrets, and personal privacy against its release. But exemptions contained in the FOIA are much broader than its counterparts. This can cause much official information to be withheld from the public. Finally one thing is certainly true that there is still a long distance to travel for more open government as Chapman said two decade ago that “In a country like the United Kingdom where ideal democracy is unattainable,

⁸⁸ **Wilson**, Des, Freedom of Information by Law: An Alternative to Secrecy. In Wilson, Des (Ed.), *The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today*, Heinemann Educational Books, London 1984, p. 158.

demands for more ‘open government’ would continue, even after the repeal of the Official Secrets Act and the enactment of both an Official Information Act and a Freedom of Information Act”⁸⁹.

⁸⁹ Chapman, p. 27.

Bibliography

- Aubrey**, Crispin, *Who's Watching You?*, Penguin Books, London 1981.
- Austin**, Rodney, *The Freedom of Information Act 2000 – A Sheep in Wolf's Clothing?* In Jowell, Jeffrey & Oliver, Dawn (Eds.), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 6th Edition, Oxford 2007, pp. 387–406.
- Birkinshaw**, Patrick, *Reforming the Secret State*, Open University Press, Milton Keynes 1990. (Secret State)
- Birkinshaw**, Patrick, *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal*, Butterworths, 3rd Edition, London 2001. (Ideal)
- Birkinshaw**, Patrick, *Government & Information: The Law relating to Access, Disclosure and Their Regulation*, Tottel Publishing, West Sussex 2005. (Regulation)
- Birtles**, William, (1973). *Big Brother Knows Best: The Franks Report on Section Two of the Official Secrets Act*, Public Law, Summer 1973, pp. 100–122.
- Bradley**, Anthony W. & **Ewing**, Keith D, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, 14th Edition, London 2007.
- Chapman**, Leslie & **Chapman**, Robin, *The Official Secrets Act: Its History and Effect*, In *Secrecy, or the Right to Know? A Study of the Feasibility of Freedom of Information for the United Kingdom*, The Library Association, London 1980, pp. 3–7.
- Chapman**, Richard A, Introduction. In *Chapman, Richard A. & Hunt, Michael (Eds.), Open Government*, Routledge, London & New York 1987, pp. 11–29.
- Christoph**, James. B, *A Comparative View: Administrative Secrecy in Britain*, *Public Administration Review*, vol. 35, 1975, issue 1, pp. 23–32.
- Cmnd. 3638**, *The Civil Service, Report of the Committee 1966–68*, Chairman: Lord Fulton, June 1968.
- Cmnd. 4089**, *Information and the Public Interest*, June 1969.
- Cmnd. 5104**, *Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act 1911*, Chairman: Lord Franks, September 1972.
- Cmnd. 7285**, *Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911*, July 1978.

Cm. 408, Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911, June 1988.

Cm. 2290, Open Government, July 1993.

Cm. 3818, Your Right to Know: The Government's Proposals for a Freedom of Information Act, December 1997.

Cm. 4355, Freedom of Information: Consultation on Draft Legislation, May 1999.

Craig, Paul, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 6th Edition, London 2008.

Delbridge, Rosemary & **Smith**, Martin, The Secrecy Debate in Britain. In Delbridge, Rosemary & Smith, Martin (Eds.), *Consuming Secrets. How Official Secrecy Affects Everyday Life in Britain*, Burnett Books, London 1982, pp. 4–27.

Fuchs, Meredith, Judging Secrets: The Role Courts Should Play in Preventing Unnecessary Secrecy. *Administrative Law Review*, vol. 58, 2006, issue 1, pp. 131–176.

Griffith, John, The Official Secrets Act 1989, *Journal of Law and Society*, vol. 16, 1989, number 2, pp. 273–290.

Hooper, David, *Official Secrets: Use and Abuse of the Act*, Coronet Books, Kent 1987.

Jacob, Joseph, Some Reflections on Governmental Secrecy, *Public Law*, Spring 1974, pp. 25–49.

Leigh, David, *The Frontiers of Secrecy*, Junction Books, London 1980.

Marsh, Norman S, Public Access to Government-Held Information in the United Kingdom: Attempts at Reform. In Marsh, Norman S. (Ed.), *Public Access to Government-Held Information*, Stevens & Son Ltd., London 1987, pp. 248–291.

Meacher, Michael, Why Are We So Secret About Our Secrets? In *Secrecy, or The Right to Know? A Study of the Feasibility of Freedom of Information for the United Kingdom*, The Library Association, London 1980, pp. 33–35.

Michael, James, *The Politics of Secrecy. The Case for a Freedom of Information Law*, Robendene Ltd, Amersham 1979. (The Case)

Michael, James, *The Politics of Secrecy*, Penguin Books, Harmondsworth 1982.

- Nicol**, Andrew, Official Secrets and Jury Vetting, *Criminal Law Review*, May 1979, pp. 284–291.
- Palmer**, Stephanie, Tightening Secrecy Law: The Official Secrets Act 1989, *Public Law*, Summer 1990, pp. 243–256.
- Philips**, O. Hood – **Jackson**, Paul – **Leopold**, Patricia, O. Hood Phillips & Jackson: *Constitutional and Administrative Law*, Sweet and Maxwell, 8th Edition, London 2001.
- Ponting**, Clive, *Secrecy in Britain*, Basil Blackwell, Oxford 1990.
- Ponting**, Clive, *The Right to Know: The Inside Story of the Belgrano Affair*, Sphere Books Limited, London 1985.
- Rowat**, Donald C, How Much Administrative Secrecy? *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 31, 1965, issue 4, pp. 479–498. (Administrative Secrecy)
- Rowat**, Donald C, Administrative Secrecy and Ministerial Responsibility: A Reply, *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 32, 1966, issue 1, pp. 84–87.
- Rowat**, Donald C, The Problem of Administrative Secrecy, *International Review of Administrative Sciences*, vol. 32, 1966, pp. 99–106. (The Problem)
- Rowat**, Donald C, Comparative Survey. In Rowat, Donald C (Ed.), *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Colombia University Press, New York 1979, pp. 1–26. (Comparative Survey)
- Tant**, A. P, The Campaign for Freedom of Information: A Participatory Challenge to Elitist British Government. *Public Administration*, vol. 68, Winter 1990, pp. 477–491.
- Thomas**, Rosamund, The Secrecy and Freedom of Information Debates in Britain, *Government and Opposition*, vol. 17, 1982, number 3, pp. 293–311
- Thompson**, Donald, The Committee of 100 and the Official Secrets Act, 1911, *Public Law*, Summer 1963, pp. 201–226.
- Tye**, James, The Deadly Cost of Secrecy, In *Secrecy, or The Right to Know? A Study of the Feasibility of Freedom of Information for the United Kingdom*, The Library Association, London 1980, pp. 29–32.
- Vincent**, David, *The Culture of Secrecy: Britain, 1832–1998*, Oxford University Press, Oxford 1998.

Wade, H.W.R. – **Forsyth**, Christopher, *Administrative Law*, Oxford University Press, 9th Edition, Oxford 2004.

Williams, David, *Not in the Public Interest*, Hutchinson, Oxford 1965.

Wilson, Des, 1984 and onwards? The level and effects of secrecy in Britain today. In Wilson, Des (Ed.), *The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today*, Heinemann Educational Books, London 1984, pp. 1–12. (1984)

Wilson, Des, *Information is Power: The Causes of Secrecy*. In Wilson, Des (Ed.), *The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today*, Heinemann Educational Books, London 1984, pp. 13–21. (Power)

Wilson, Des, *The Struggle to Overcome Secrecy in Britain*. In Wilson, Des (Ed.), *The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today*, Heinemann Educational Books, London 1984, pp. 124–147. (Struggle)

Wilson, Des, *Freedom of Information by Law: An Alternative to Secrecy*. In Wilson, Des (Ed.), *The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today*, Heinemann Educational Books, London 1984, pp. 148–158.

Wraith, Ronald E, *United Kingdom*. In Rowat, Donald C. (Ed.), *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Columbia University Press, New York 1979, pp. 183–216.

CEZAI VE İDARİ YAPTIRIMLARIN FARKLILIĞI BAĞLAMINDA TBMM’NİN AF YETKİSİ

*Yrd.Doç.Dr. Ayhan DÖNER**

GİRİŞ

Hukuk biliminin en eski kurumlarından biri olan af, insanlık tarihi boyunca dini, felsefi, siyasi ve hukuki açılardan sürekli olarak tartışmalara yol açmıştır. Genellikle affin meşruluğu, affa yetkili olan organlar, bu organların yetkilerini çoğu zaman kötüye kullanması konularında odaklaşan tartışmalar, ülkemiz açısından 2001 yılından itibaren yeni bir boyut kazanmıştır.

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasanın birçok maddesinde değişiklik yapılmış ve bu arada konumuzla ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin yetkilerinin sayıldığı 87. maddesi de değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle maddedeki “*Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç genel ve özel af ilanına... karar vermek*” ifadesinden, “*Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç*” kısmı çıkartılarak Meclisin af yetkisinin kapsamı genişletilmiş; ancak ifade “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararıyla genel ve özel af ilanına... karar vermek*” şekline dönüştürülerek bu yetkinin kullanılması zorlaştırılmıştır.

Bu tarihten sonra Meclis, çeşitli tarihlerde genel olarak idari yaptırımlar şeklinde adlandırılan disiplin cezaları, idari para cezaları ve vergi cezalarını ortadan kaldıran veya hafifleten kanunlar kabul etmiş; ancak bu kanunlar birer af kanunu olduğu, dolayısıyla yapılan Anayasa değişikliğinden sonra bunların da Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararıyla kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle Cumhurbaşkanlığı tarafından Meclise iade edilmiştir. Meclisde bu tarihlerde iktidar partisinin tek başına beşte üç çoğunluğu sağlayacak sandalyesi bulunduğundan, hiç zorlanmadan bunları yeniden beşte üç çoğunlukla kabul etmiş; bu şekilde sorun en azından geçici olarak sadece siyaseten çözüme kavuşmuş-

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

tur. Sorun Anayasa Mahkemesinin önüne gelemediği için Mahkemenin de bu konuda görüş bildirmesi mümkün olmamıştır.

Takdir edilecektir ki, sorunun sadece siyaseten halledilmiş olması hukuk bilimi açısından yeterli değildir. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle hukuk bilimi açısından genel olarak af kurumu, kurumun anayasa hukukundaki yeri ve niteliği üzerinde durulacak, özelde de Meclisin beşte üç çoğunlukla kabul etmesi gereken genel ve özel af türlerinin ne olduğu ve idari yaptırımlara ilişkin af kanunlarının Anayasanın 87. maddesi anlamında birer genel veya özel af kanunu olup olmadığı ele alınacaktır.

I. ANAYASA HUKUK AÇISINDAN AF KURUMU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Af Kurumunun Anayasa Hukukundaki Yeri

Genel olarak kaynağını anayasalarda bulan, teknik yönleri itibariyle ise ceza kanunlarında düzenlenen af, duruma göre kamu davasını düşüren, kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetini bütün kanuni sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran ya da kesinleşmiş bir cezanın kısmen veya tamamen infazını önleyen veyahut da başka bir cezaya dönüştüren yasama veya yürütme organlarının yaptığı bir kamu hukuku işlemidir¹.

¹ Af konusunda genel olarak bkz., **Keyman, Selahattin**, *Türk Hukukunda Af*, Ankara, 1965, s.1 vd.; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.III*, İstanbul, 1997, s.209 vd.; **Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, M. Emin**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1997, s.931 vd.; **Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2007, s.1056 vd.; **Önder, Ayhan**, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s.647 vd.; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2008, s.538 vd.; **Özgenç, İzzet**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2008, 745; **Soyaslan, Doğan**, *Af*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.412 vd.; **Armağan, Servet**, *Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.347 vd.; **Kuzu, Burhan**, *Af Müessesesi ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.254 vd.; **Gözler, Kemal**, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.298 vd.; **Sözüer, Adem**, *Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.219 vd.; **Sancar, Türkan Yalçın**, *23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanun'un Hukuksal niteliği ve Sonuçları*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.149 vd.

Af, esas itibariyle anayasa ve ceza hukukunu ilgilendiren bir kurum olmakla birlikte aynı zamanda hüküm ve sonuçları bakımından idare hukuku, borçlar hukuku ve usul hukuku alanlarında da sonuçlar doğuran çok yönlü bir kurumdur². Teknik yönlerinin ceza kanunlarında düzenlenmesi sebebiyle daha çok ceza hukuku alanında ele alınan af, kaynağının anayasalarda olması sebebiyle anayasa hukukunu da yakından ilgilendiren bir konudur.

Kaynağını anayasalardan alan her kurum gibi affin da anayasa hukukuna ilişkin bazı problemler doğuracağı tabiidir. Bunlardan birincisi hangi anayasal organın af çıkarmak konusunda yetkili olacağı sorunudur³. Uygulamada ülkemiz dahil çeşitli devletlerin anayasalarına bakıldığında af çıkarma konusunda genellikle parlamentolar ve devlet başkanlarının yetkili kılındıkları görülmektedir⁴.

Anayasa hukuku açısından affa ilişkin ikinci sorun, af yetkisinin kapsamı ve usulü konusundadır. Bu konuda da uygulamaya baktığımızda Gözler'in Türkiye dâhil yirmi iki demokratik ülke üzerinde yapmış olduğu incelemeden çıkan sonuca göre⁵, bazı devlet anayasalarının parlamentoların af yetkisinin kapsamına ilişkin sınırlamalar getirirken, büyük bir çoğunluğun herhangi bir sınırlama öngörmediği, af kanunlarının kabulü açısından istisnai birkaç devlet anayasası, hariç parlamentolarda nitelikli çoğunluk aranmadığı görülmektedir. Devlet başkanlarının af yetkisi açısından ise ülkemiz hariç devlet başkanlarının af yetkisini kullanırken herhangi bir şarta bağlı olarak sınırlandırılmadığı, parlamenter sistemin uygulandığı ülkelerde devlet başkanının bu yetkisini çoğunlukla karşı imza ile kullandığı gözlenmektedir.

Anayasa hukuku açısından af kurumuyla ilişkili diğer bir sorun kuvvetler ayrılığı ilkesi ve buna paralel olarak da mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı konusu ile ilgilidir. Çünkü af tasarrufu bazen özü bazen de cezanın infazı bakımından mahkemelerce verilip kesinleşen kararları doğ-

2 **Keyman**, s.1.

3 **Keyman**, s.2.

4 Çeşitli devlet anayasalarında af yetkisinin düzenlenişi hakkında bkz., **Gözler**, *Af Yetkisi*, s.306 vd.

5 **Gözler**, *Af Yetkisi*, s.329'daki tablo.

rudan etkilediği için, mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmektedir⁶.

Anayasanın 9. maddesine göre “yargı yetkisi Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır” ve 138. maddesinin son fıkrasına göre de “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”. Bu hükümler mahkemelerin bağımsızlığını ve kararlarının bağlayıcılığını garanti altına alan hükümlerdir. Af kurumu ile kuvvetler ayrılığı ilkesini, dolayısıyla mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkelerinin bağdaştırılabilmesi, bu şekilde bunların arasındaki çelişkinin hukuki açıdan ortadan kaldırılabilmesi için, mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleri karşısında af yetkisinin bu ilkelerin bir istisnası olarak anayasalarda düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yetki, ancak doğrudan normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan anayasa ile belirli bir organa tanındığında, mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleri karşısında meşruluk kazanabilecektir⁷. Nitekim bu sebeple devletler af kurumunu doğrudan anayasalarında düzenlemektedir⁸.

Anayasa hukuku açısından affa bakıldığında değinilmesi gereken diğer bir konu da, affın, affedilecekler açısından bir hak oluşturup oluşturmadığı hususudur. Gerek Anayasa Mahkemesi gerekse doktrin⁹ affın yetkili organlar tarafından kullanılan bir *atıfet*¹⁰ işlemi olması dolayısıyla bireyler açısından affın bir hak oluşturmadığını kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesine

⁶ Keyman, s.2.

⁷ Keyman, s.2; Araç, İbrahim/Erikli, Hasan, *Anayasanın 87'nci Maddesine Göre Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranması Gereken Af Kanunları*, Yasama Dergisi, S.1, Y.2006, s.27.

⁸ Çeşitli devletlerin affa ilgili anayasal düzenlemeleri için bkz., Gözler, *Af Yetkisi*, s.298 vd.

⁹ Dönmezer/Erman, s.209; Keyman, s.42; Erem/Danışman/Artuk, s.931; Soyaslan, s.422.

¹⁰ Atıfet kelimesi, “1) iyilik, bağış, kayra, lütf, ihsan, inayet; 2) karşılık beklemeden gösterilen sevgi” anlamlarına gelmektedir. Bkz., Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, C.1, Ankara, 1988, s.102.

göre¹¹, “...Anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında aftan yararlanma diye bir hak gösterilmiş değildir. Bu sebeple suçlular, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Anayasa'nın affa yetkili kıldığı makam, affin kapsamını da belirlemeye yetkilidir...”

Nihayet af konusunda anayasa hukuku açısından değinilmesi gereken diğer bir konu da affin bir türünü oluşturan genel affa, şüpheli ve sanığın suçsuzluğunu ispatlama imkânının elinden alınıp alınamayacağı sorunudur. Gerçekten genel affin kamu davasını düşüren bir etki göstermesi sebebiyle, şüpheli veya sanığın suçluluğuyla ilgili herhangi bir hüküm verilmeden kamu davası düşürülmektedir. Türk hukukuna bakıldığında gerek Anayasa gerekse Ceza Kanunundaki düzenlemelerde affin reddedileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle doktrinde Türk hukuku açısından kural olarak aftan yararlanmanın zorunlu olduğu, diğer bir ifadeyle affin sonuçlarının doğabilmesinin bireyin kabulüne bağlı olmadığı, bu kuralın istisnasının ise af kanununda kişinin affi kabul etmeyebileceğine ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gerektiği kabul edilmektedir¹².

Ancak af, her ne kadar kamu davasını bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırırsa da suçun işlenmediği anlamına gelmemekte ve toplum ve kişiler nazarında beraat kararının yerini tutmamaktadır¹³. Bu nedenle henüz hüküm kesinleşmeden çıkarılacak bir af kanunu karşısında kendisinin suçsuz olduğuna inanan bir şüpheli veya sanık “aftan yararlanmış” durumuna düşmek yerine davanın sonuçlandırılmasını tercih ederek hukuken beraat etmek ve toplum huzuru ve vicdanlarda aklanmak isteyebilir. Bu istek de bir insanın en temel haklarından biridir¹⁴.

Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı bir hukuk devletidir. İnsan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkeleri ile kişilerin affi reddetme ve dolayısıyla aklanma hakkını kabul etmemeyi

11 AYM, E.1964/12, K.1964/47, KT. 09.06.1964, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1964/K1964-47.HTM>, ET.20.02.2009.

12 **Dönmezer/Erman**, s.219; **Önder**, s.648-649; **Sözüer**, s.224-225. Aksi yönde **Erem/Danışman/Artuk**, s.943-945.

13 **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.1063.

14 **Odyakmaz, Zehra**, 1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.365. Odyakmaz, çalışmasında bireyin aftan yararlanmayı reddetme hakkının bir temel hak olduğunu ve bunun da Anayasanın birçok hükmünden çıkartılabileceğini ifade etmektedir. Bkz., **Odyakmaz**, s.366 vd.

bağdaştırmak mümkün değildir. Hem hukuk devleti hem de insan haklarına saygılı devlet olmanın bir gereği olarak 36. maddede düzenlenen “*hak arama hürriyeti*” kişilere affı reddetme ve aklanma imkânını vermektedir. Maddeye göre, “*Herkes...yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*”. Bu hüküm çerçevesinde hüküm kesinleşmeden çıkartılan bir af kanunu karşısında kişinin kendisinin suçsuz olduğunu iddia etme ve aklanmayı talep etme hakkının elinden alınmaması gerekmektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının henüz kesinleşmesinden önce çıkarılacak genel af kanunlarına, bireyin affı reddetme hakkını, dolayısıyla aklanma imkânını tanıyacak hükümlerin konulması yerinde olacaktır¹⁵.

2- Anayasa Hukuku Açısından Affın Hukuki Niteliği

Bilindiği üzere anayasa hukuk açısından devletin hukuki fonksiyonları yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayrılmakta; bu fonksiyonların tanımlanması ve birbirinden ayrılması bakımından maddi ve şekli (organik) kriter olmak üzere iki değişik kriter kullanılmaktadır. Devletin hukuki fonksiyonları, maddi kritere göre, bu fonksiyonların yerine getirilmesinde kullanılan işlemlerin hukuki mahiyetine göre sınıflandırılırken; şekli (organik) kritere göre ise, bu fonksiyonları yerine getiren organa ve yapılaş şekillerine göre sınıflandırılmaktadır¹⁶.

Gerek maddi gerekse şekli (organik) kriter açısından bakıldığında af tasarrufu, her ne kadar yargısal sonuçlar doğurmakta, yeni dava açılmasına, davanın sürdürülmesine, hükmün infazına engel olmakta ise de, bir yargı tasarrufu değildir¹⁷. Zira maddi kriter bakımından bir yargı tasarrufu esas itibarıyla, belirli usul kurallarına göre bir hukuki uyumsuzluğun çözümlenmesi veya hukuka aykırılık iddialarının karara bağlanması işlemidir. Oysa af tasarrufu ile bir hukuki uyumsuzluk veya hukuka aykırılık iddiası hakkında hüküm verilmemekte, sadece işlenmiş olan suçtan sonra ortaya çıkan ceza veya infaz ilişkisi ortadan kaldırılmaktadır.

¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1063.

¹⁶ Bu konuda bkz., Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2008, s.184 vd.; Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, 2000, s.357, 475, 831 vd.; Tanör, Bülent, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2005, s.254 vd.; Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya, 2007, s.165, 241, 281 vd.

¹⁷ Dönmezer/Erman, s.219; Sözüer, s.223; Koca/Üzülmüş, s.539.

Şekli (organik) kriter bakımından bakıldığında da, affin yargı organı tarafından değil de yasama veya yürütme organlarınca gerçekleştiriliyor olması, bu kurumun bir yargı işlemi olmadığını göstermektedir. Bu açıdan, 1982 Anayasası sisteminde de af yetkisinin tanındığı gerek Meclis gerekse Cumhurbaşkanı, yargısal düşüncelerle ve bir yargı organı sıfatı ile hareket etmemekte; yargı fonksiyonuna ilişkin usullerle affin kapsamını belirlememekte; hatta kişisel özel bir afta bulunurken dahi, bir yargı mercii gibi failin leh ve aleyhine olan delilleri değerlendirmemekte, tamamen yargısal düşüncelerin haricinde olarak bu yetkilerini kullanmaktadır¹⁸.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında¹⁹ “Af, yargısal sonuçlar doğursa da, niteliği itibariyle bir yargı işlemi değildir; yasama ya da devlet başkanı tarafından tesis edilen bir yürütme işlemidir” demek suretiyle affin bir yargı işlemi değil, yasama veya yürütme işlemi olduğunu kabul etmektedir.

II. AF KURUMUNUN ÜLKEMİZDEKİ TARİHİ GELİŞİMİ

Yukarıda belirtildiği üzere, gerek siyasi gerekse hukuki bakımdan en tartışmalı kurumlardan biri olan af kurumu, lehinde ve aleyhinde ileri sürülen çeşitli fikirlere rağmen²⁰, tarih boyunca hemen her hukuk sisteminde var olmuştur²¹.

Ülkemizde Osmanlı Devletinin ilk dönemlerinde af hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu dönemde İslam hukukuna ilişkin esaslar uygulanmakta; bireysel ve toplu olarak suçluları af yetkisinin padişaha ait olduğu kabul edilmektedir. Ancak burada şunu belirtmek gerekir ki, İslam hukuku ile Batı hukuku af konusunda tam bir benzerlik içerisinde değildir. Kul hakkına ilişkin suçlar ile Allah hakkına ilişkin suçlar arasında ayırım yapan İslam hukukunda, kul hakkına ilişkin suçlarda (öldürme, yaralama vb.) af yetkisi mağdura veya onun mirasçılara ait iken, Allah hakkına ilişkin suçlarda af yetkisi kadı veya ululemre yani padişaha aittir²².

¹⁸ Dönmezer/Erman, s.219; Sözüer, s.224.

¹⁹ AYM, E.1985/30, K.1986/10, KT. 18.03.1986, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-10.htm>, ET.20.02.2009.

²⁰ Affin leh ve aleyhindeki görüşler için bkz., Keyman, s.14 vd.; Dönmezer/Erman, s.214 vd.; Koca/Üzülmez, s.539 vd.

²¹ Dönmezer/Erman, s.210.

²² Soyaslan, s.414.

Affa ilişkin ilk yazılı düzenleme 1858 yılında çıkarılan Ceza Kanunname-i Hümayununun 47. maddesinde görülmekte ve madde ile af yetkisi padişaha verilmektedir²³. Daha sonra 1876 Anayasasının ilk şeklinde 7. madde ile “...*mücazâtı kanuniyenin tahfifi ve affı... mukaddesei padişah cümlesindedir*” denilmek suretiyle, genel ve özel af yetkisinin padişaha ait olduğu kabul edilmiştir. 1876 Anayasası 8 Ağustos 1909 tarihli kanunla büyük ölçüde değiştirilmiş ve parlamentonun yetkileri arttırılırken, padişahın yetkileri kapsamlı bir şekilde daraltılmıştır. Bu değişikliklerle birlikte, özel af yetkisi padişahın elinde bırakılırken genel af yetkisine Padişahla birlikte Meclisi Umumi ortak edilmiş ve af yetkisi Meclisi Umuminin onayı şartına bağlanmıştır²⁴.

23 maddelik çok kısa bir anayasa olan 1921 Anayasasında affa ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 1921 Anayasasının meclis hükümeti sistemi kurduğu ve 7. maddesindeki “...*ahkâmı şeriyenin tenfizi, umumi kavaninin vazı, tadili, feshi gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir*” ifadesi dikkate alındığında, af yetkisinin de Büyük Millet Meclisine ait olduğu sonucu çıkartılabilir. Nitekim bu dönemde uygulamada da Büyük Millet Meclisi hem genel hem de özel aflar çıkartmıştır²⁵.

1921 Anayasasındaki bu eksikliği gidererek af kurumuna yer veren 1924 Anayasası, af yetkisi ile ilgili olarak *genel af, özel af ve takibat ve cezanın tecili* olmak üzere üç ayrı kurumu düzenlemiştir. Kural olarak her üç yetkiyi de Büyük Millet Meclisine tanımış olan 1924 Anayasası, sadece hastalık ve yaşlılık gibi sebeplerle özel af çıkartma yetkisini Cumhurbaşkanına da tanımıştır²⁶.

1961 Anayasası, 1924 Anayasasında yer alan “*takibat ve cezanın tecili*” kurumuna yer vermez iken, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkilerinin sayıldığı 64. maddesinde Meclisin yetkileri arasında, genel ve özel af ilanına karar vermek de sayılmıştır. Anayasanın ilk şeklinin 131. maddesinin son fıkrasında “*orman suçları için genel af çıkarılamaz*” hükmü yer almakta, bu şekilde Meclisin af yetkisi sınırlandırılmakta idi. Ancak daha sonra 1970

23 Soyaslan, s.414; Dönmezer/Erman, s.212.

24 Keyman, s.86; Dönmezer/Erman, s.212; Soyaslan, s.415.

25 Keyman, s.86, 92.

26 Dönmezer/Erman, s.212-213; Keyman, s.86, 92.

yılında yapılan değişiklikle bu hüküm maddeden çıkartılarak Meclisin af yetkisinin önündeki bu sınır kaldırılmıştır. Bunun yanında Anayasanın 97. maddesiyle, “*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir*” denilmek suretiyle Cumhurbaşkanına da sınırlı bir özel af yetkisi tanınmıştır²⁷.

III. 1982 ANAYASASINDA AF KURUMU

1982 Anayasası da esas itibarıyla 1961 Anayasasının benimsemiş olduğu sistemi kabul etmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin genel olarak görev ve yetkilerin sayıldığı 87. maddesinde genel ve özel af ilan yetkisini Meclisin yetkileri arasında saymıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, maddenin ilk şeklinde yer alan “*Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler*” hakkında af çıkartılmayacağı yasağı, 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikten sonra artık TBMM, devlet aleyhine işlenen suçlar dâhil, bütün suçlar hakkında af kanunu çıkarabilir hale gelmiştir. Ancak bunun tek istisnası orman suçlarıdır. Anayasanın 169/3. maddesine göre “*münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınmaz*”.

Bundan başka aynen 1961 Anayasasının 97. maddesinde olduğu gibi 1982 Anayasasının 104. maddesinde de Cumhurbaşkanına “*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak*” yetkisi verilmiştir. TBMM’nin af yetkisi hiçbir şarta bağlı değilken, Cumhurbaşkanı Anayasa tarafından kendisine verilen af yetkisini ancak *sürekli hastalık, sakatlık ve kocama* sebeplerine bağlı olarak kullanmak zorundadır²⁸. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, TBMM’nin af yetkisine orman suçları açısından getirilen konu yönünden sınırlama Cumhurbaşkanının bireysel özel af yetkisi açısından söz konusu değildir. 169/3. maddedeki orman suçlarına ilişkin af sınırlamasının Meclise yönelik olduğu bunun Cumhurbaşkanının yetkisiyle ilişkisi bulunmadığı kabul edilmektedir²⁹. Dolayısıyla yukarıda bahsettiğimiz sebeplere dayalı olarak Cumhurbaşkanı,

²⁷ Dönmezer/Erman, s.213; Soyaslan, s.415–416.

²⁸ Armağan, s.358.

²⁹ Sözüer, s.239; Dönmezer/Erman, s.214.

orman suçu işleyenler dâhil bütün suçlular hakkında af yetkisini kullanabilecektir.

VI. MECLİSİN AF İLAN ETME USULÜ

Anayasanın 87. maddesi Meclisin af yetkisini “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına... karar vermek*” şeklinde düzenlemektedir. Her ne kadar burada karar vermek ifadesi kullanılmış olsa da Meclis bu yetkisini *parlamento kararı* şeklinde değil, *kanun* şeklinde kullanmaktadır. Meclisin genel ve özel af çıkarma konusundaki karar vermek yetkisini kanun şeklinde kullanacağı Anayasada öngörülmemekle birlikte, işin niteliğine uygun olarak TBMM İçtüzüğü’nün “*Ölüm cezalarının yerine getirilmesine dair kanun tasarıları ile genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarısı ve teklifleri*” başlıklı 92. maddesinde bu durum açıkça öngörülmüştür³⁰. Maddeye göre “*Genel veya özel af ilanını içeren tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tasarı veya tekliflerin ayla ilgili maddelerinde ve tümünün oylamasında ayrı ayrı aranır. Tasarı veya teklif hakkında verilen genel veya özel af ilanını içeren değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önergenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır*”. Maddeden de anlaşılacağı üzere TBMM genel ve özel af ilan etme konusundaki iradesini kanun şeklinde açıklamak durumundadır.

3 Ekim 2001 tarihinde Anayasanın 87. maddesinde yapılan değişiklikle Meclisin af yetkisinin kapsamı genişletilirken yetkinin kullanımı zorlaştırılmıştır. Buna göre Meclis af kanunlarını ancak üye tam sayısının *beşte üç çoğunluğuyla* kabul etmek zorundadır. Bu durumda Meclisin af kanunu çıkarabilmesi artık oldukça zor hale gelmiştir. Mecliste beşte üç çoğunluğa sahip iktidarlar hariç, Meclisten af kanunlarının çıkarılabilmesi için artık iktidar ve muhalefet partilerinin uzlaşmaları gerekmektedir³¹.

Burada şunu da belirtmemiz gerekmektedir. Anayasanın 87. maddesinde aranan beşte üç çoğunluk şartı, Meclisin genel ve özel af ilan etmesine ilişkin bir şarttır. Yoksa ayla benzer sonuçlara yol açan erteleme veya şartla

³⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.461–462; Armağan, s.350–351.

³¹ Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2008, s.378.

salıvermeye ilişkin kanunlarda böyle bir nitelikli çoğunluk gerekmemektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 21.12.2000 tarihli ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”un 1. maddesinin 21.05.2002 tarihli ve 4758 sayılı kanunla yeniden düzenlenen 2. bendinin bir erteleme veya şartla salıverme kanunu olmayıp bir af kanunu olduğu bu nedenle nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi gerektiği iddiasıyla önüne getirilen bir olaya ilişkin kararında bunu şu şekilde teyit etmektedir³²:

“Anayasa’da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir... Şartla salıvermenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. Dava konusu 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilmelerine olanak tanınması ise, bu düzenlemenin şartla salıverilme olarak kabulünü engellemektedir... Anayasa’nın 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Yasa ile değiştirilen 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Buna göre, “af” niteliğindeki yasama işlemlerinin TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile yasalaşması gerektiği açıktır. Dava konusu kural ise bu oran gözetilmeyerek 174 oyla yasalaşmıştır.”

Anayasa Mahkemesinin bu kararından çıkan sonuca göre, bir kanunun yasama organınca isimlendirilmesinden çok, onun niteliği önemlidir. Eğer kanun af niteliğinde bir yasama işlemi ise, isminin yasama organınca erteleme veya şartla salıverme olarak belirlenmiş olmasına bakılmaksızın, kabulünde Anayasanın 87. maddesinde öngörülen nitelikli çoğunluğun aranması

³² AYM, E.2002/99, K.2002/51, KT.28.5.2002, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-51.htm>, ET.20.02.2009.

gerekmektedir. Yok eğer kanun erteleme veya şartla salıverme niteliğine sahipse, kabulü için nitelikli çoğunluk aramasına gerek bulunmamaktadır³³.

V. AFFIN TÜRLERİ

Affi çeşitli açılardan sınıflandırmak mümkündür. Mesela af yetkisine sahip organdan hareketle yasama-yürütme organının affi; yöneltildiği kişiden hareketle, bireysel af-toplu af; sonuçlarından hareketle genel af-özel af şeklinde sınıflandırılabilir. Hukuk sistemimizde gerek 1982 Anayasası gerekse eski ve yeni ceza kanunları genel ve özel af ayırımını esas almıştır³⁴. Gerçekten, Anayasanın TBMM'nin genel olarak görev ve yetkilerinin sayıldığı 87. maddesinde Meclisin yetkileri arasında “*genel ve özel af ilanına karar vermek*” yetkisi sayılmış ve buna paralel olarak Türk Ceza Kanununda da genel ve özel af konuları düzenlenmiştir. Biz de Anayasa ve Türk Ceza Kanununun bu düzenlemelerini dikkate alarak, affin bu iki türü üzerinde duracağız.

1- Genel Af

TCK'nın 65. maddesine göre genel af, “*kamu davasını düşüren ve hükümlenen cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıran*” afdır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bir affin genel olup olmadığının belirlenmesinde affin birçok kişi hakkında çıkarılmış olup olmadığına değil, affin doğurduğu sonuçlara bakmak gerekmektedir.

Genel af esas itibariyle şu gibi sonuçlara yol açar³⁵:

- Af kapsamına giren fiiller hakkında kamu davası açılmamışsa, artık açılmaz,
- Kamu davası açılmışsa, dava düşürülür,
- Yargılama sona ermiş yani hüküm verilmişse, infaz durdurulur,
- Mahkumiyete ilişkin bütün sonuçlar ortadan katılığı için fer'i ve mütemmim cezalar da ortadan kalkar,

³³ Aynı yönde Araç/Erikli, s.39.

³⁴ Koca/Üzülmez, s.540-541.

³⁵ Sancar, s.157.

- Genel af kapsamındaki cezalar adli sicilden silinir ve tekrüre esas olmaz.

Çıkarılan af, yukarıda sıraladığımız sonuçlara yol açıyor, diğer bir ifadeyle kesinleşmiş bir cezayı bütünüyle ortadan kaldırıyor veya bir kamu davasını düşürüyorsa, sadece bir veya birkaç kişiyi ya da birkaç suçu kapsıyor olsa dahi, ortada bir genel af vardır. Bu nedenle kural genel affin toplu olması olmakla birlikte, bir kişinin de yararlanabileceği genel af mümkündür³⁶. Hukuk sistemimizde genel af yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir. Ancak genel af bir kanunla çıkartılabileceği için kanun koyucu yani Meclis, affin kapsamını belirlerken hukuk devleti, eşitlik gibi anayasal ilkeler dairesinde hareket etmek zorundadır.

2- Özel Af

Özel af, kesinleşmiş bir cezayı ortadan kaldıran, hafifleten veya daha hafif olmak şartıyla başka bir cezaya çeviren bir kurumdur. Nitekim TCK'nın 65. maddesinde de özel af ile neler yapılabileceği şu ifadelerle belirtilmiştir: “*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir*”. Özel af sadece ceza üzerinde etkili olduğu için, devam etmekte olan bir ceza kovuşturması ile mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran genel afftan farklıdır³⁷. Genel af kesin hükmün öncesine veya sonrasına müdahale edebilirken, özel af kesin hükmün sonrasına müdahale eder ve sadece cezanın infazıyla ilgili sonuçlar doğurur³⁸.

Özel af da tıpkı genel af gibi bir veya birkaç kişi hakkında çıkartılabileceği gibi, belirli suçları işlemiş bütün mahkûmlar hakkında da çıkartılabilir. Birinci halde bireysel özel afftan, ikinci halde ise toplu özel afftan söz edilir. Anayasamızın kabul ettiği sisteme göre TBMM gerek bireysel gerekse toplu özel af çıkarma konusunda yetkili olmasına karşılık, Cumhurbaşkanı sadece belirli nedenlere bağlı olarak bireysel özel af konusunda yetkili kılınmıştır³⁹.

36 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.460; **Sözüer**, s.240–241; **Koca/Üzülmez**, s.541.

37 **Sözüer**, s.250.

38 **Sancar**, s.159.

39 **Dönmezer/Erman**, s.238; **Sözüer**, s.250.

Özel af sadece cezanın infazı üzerinde etki doğurur. Mahkûmiyet hükmü varlığını koruduğu için, “cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir” (TCK m.65).

Sonuç itibariyle genel af gerçekleşmiş veya gerçekleşecek olan ceza mahkûmiyetinin hiç gerçekleşmemiş gibi tüm hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldıran bir kurum iken, özel af ceza mahkûmiyetinin hüküm ve sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmayan, sadece cezanın niteliğine ve miktarına ilişkin bir kurumdur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 28.11.1989 tarih, Esas 1988/63, Karar 1989/47 sayılı kararında⁴⁰:

“Genel af, sosyal düşüncelerle tüm ya da kimi suçları ve hükmedilmişse cezaları, bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırır. Kapsamına giren ve haklarında henüz dava açılmamış suçlar hakkında kamu davasını önler. Özel af ise, kesinleşmiş bir cezayı kaldıran, hafifleten veya daha hafif olmak koşuluyla, başka cezaya çeviren bir atıfet kurumudur. Bu niteliğiyle haklarında henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş olanlar için özel af söz konusu olamaz.”

diyerek iki tür affin içeriğini yukarıdaki gibi açıklamıştır.

Yapılan açıklamalar ve Anayasa Mahkemesi kararından da anlaşılacağı üzere genel ve özel affın söz edebilmek için her şeyden önce ortada bir suç veya suç şüphesi, buna paralel olarak da ceza mahkûmiyeti veya bunun tehdidinin bulunması gerekmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, Anayasa Mahkemesinin affı tanımlarken suç, ceza, mahkûmiyet ve kamu davası terimlerini öne çıkarttığı ve bu terimlerin de ceza hukuku anlamında teknik terimler olduğu görülmektedir⁴¹. Bu nedenle genel ve özel af kavramlarının kapsamını belirleyebilmek ve ceza hukuku anlamındaki suç

⁴⁰ AYM, E.1988/63, K.1989/47, KT.28.11.1989, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-47.htm>, ET.20.02.2009; Aynı yönde bkz., AYM, E.2004/92, K.2008/119, KT.12.6.2008, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/k-2008-119.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1991/22, K.1991/25, KT.19.07.1991, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-25.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1992/6, K.1992/25, KT.31.03.1992, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-25.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1985/30, K.1986/10, KT. 18/3/1986, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-10.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1966/27, K.1968/8, KT.21.02.1968, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1968/K1968-08.htm>, ET.20.02.2009.

⁴¹ Araç/Erikli, s.39.

ve cezalar dışındaki özellikle idare hukuku anlamındaki suç ve cezaların genel ve özel af kavramının kapsamında olup olmayacağını anlamak için ceza hukuk ve idare hukuku anlamında yaptırım kavramlarını açıklamamız gerekmektedir.

VI. AF KAPSAMINA GİREN YAPTIRIMLAR SORUNU

1- Cezai Yaptırım-İdari Yaptırım Ayırımı

Bir fiili suç haline sokan, onu diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran özelliklerin neler olduğunu açıklamak amacını güden suç genel teorisinde, suç olarak kabul edilen fiiler ile diğer hukuka aykırı fiiler birbirinden ayrılmaktadır⁴². Ceza hukuku açısından suç, kusur yeteneğine sahip bir kişinin, ceza tehdidi içeren bir kanundaki tanıma uygun hukuka aykırı fiili olarak tanımlanmaktadır⁴³. Tanımda yer alan unsurların tamamını içermeyen bir fiil teknik anlamda suç oluşturmamakta ve böyle bir fiili işleyen faile ceza verilmemektedir. Ceza, teknik olarak suç kabul edilen fiiler için ancak kanunla konulabilen ve ancak bir ceza mahkemesi tarafından hükmedilen bir yaptırım türüdür. Hukuk düzeninde hukuka aykırı olmakla birlikte suç oluşturmayan fiiller de bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle her hukuka aykırı fiil suç oluşturmazken, her suç bir hukuka aykırı fiildir. Suç dışındaki hukuka aykırı fiileri üç grupta toplamamız mümkündür⁴⁴:

- a) Haksız fiiler,
- b) Emniyet tedbirleri gerektiren fiiler,
- c) İdari yaptırım gerektiren fiiler,
 - Disiplin cezaları gerektiren fiiler,
 - İdari para cezasını gerektiren fiiler,
 - Vergi cezasını gerektiren fiiler.

Yukarıda sayılan hukuka aykırı fiilerden konumuzla ilgili disiplin cezası, idari para cezası ve vergi cezası gerektiren fiilere karşı uygulanan yaptırımların

⁴² Dönmezer/Erman, s.307, 332.

⁴³ Dönmezer/Erman, s.311; Önder, s.152.

⁴⁴ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R./Özbek, Veli Ö., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2002, s.97 vd.; Araç/Erikli, s.33.

rımlar, her ne kadar ceza olarak adlandırılırsa da, bunlar maddi ceza hukuku anlamında birer ceza değildirler. Gerçekten de genel olarak idari ceza olarak adlandırılan bu yaptırımların ceza hukuku anlamındaki cezalardan ayrılan yönleri bulunmaktadır.

İdari yaptırımların temel özellikleri şu şekilde sıralanabilir⁴⁵:

- İdari yaptırımlar belili bir kişiyi hedef alır,
- Cezalandırıcılık ve önleyicilik özelliği taşırlar,
- Yargı kararına gerek olmaksızın, idarece re'sen uygulanırlar,
- İdari yaptırımlarda idare hem iddia hem de yargılama makamı durumundadır,
- İdari yaptırımların usulü diğer yaptırımların usulünden farklıdır.

Sayılan bu özelliklerden cezai yaptırımları ayıran en önemli özellikler, idari yaptırımların yargı kararı olmaksızın idarece re'sen uygulanmaları ve usullerinin farklılığıdır⁴⁶. Diğer bir ifadeyle idari yaptırımlar idare tarafından ve idare hukuku usüllerine göre kararlaştırılır ve uygulanırlar⁴⁷. Cezai yaptırımları ise ceza yargılama usulü dairesinde bir ceza mahkemesi tarafından hükme bağlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi de cezai yaptırım ile idari yaptırımın birbirinden farkını vurgulamaktadırlar.

Anayasa Mahkemesi, bu konudaki 13.05.2004 tarihli kararında idare hukuku anlamındaki yaptırımı şu şekilde ifade etmektedir⁴⁸:

“İdarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlara ‘idari yaptırım’ denilmektedir. ...Öte yandan, Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan ‘idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması

⁴⁵ **Oğurlu, Yücel**, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara, 2000, s.40.

⁴⁶ **Oğurlu**, s.44.

⁴⁷ **Özay, İlhan**, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, 1985, s.36.

⁴⁸ AYM, E.2000/43, K.2004/60, KT.13.05.2004, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2004/K2004-60.html>, ET.20.02.2009; Aynı yönde AYM, E.2006/71, K.2008/69, KT.28.02.2008, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/k2008-69.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1990/29, K.1991/37, KT.15.10.1991, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-37.htm>, ET.20.02.2009.

sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı'na ilişkin kuralın gerekçesinde, fıkranın kişi hürriyetinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarının yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği, yani bunun bir "idari müeyyide" olarak (mesela disiplin cezası) idare tarafından uygulanamayacağı esasını getirdiği belirtilmektedir. Bu durumda, idareye yasayla hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında para cezası, disiplin cezası ya da belli bir haktan geçici olarak yoksun kılma gibi yaptırımlar uygulama yetkisi verilmesine Anayasal engel bulunmamaktadır"

Diğer bir kararında ise Anayasa Mahkemesi ceza hukuku anlamında suç ve ceza ile idare hukuku anlamında suç ve ceza kavramlarının birbirinden farklı şeyler olduğunu şu şekilde belirtmektedir⁴⁹:

"Vergi hukukunda, vergi suçları ve cezaları; mali ve idari suç ve cezalar, ceza hukuku alanında ve anlamındaki suç ve cezalar olarak iki kategoriye ayrılmaktadır. Malî ve idari nitelikteki suç ve cezalarda eylem ve yaptırım, idari yöntemlerle saptanmaktadır. Vergi idaresince suç olarak saptanan fiiller için yargı kararına gerek olmadan, vergi idarelerince ceza verilmektedir. Bu tür suçların yaptırımı, mali ve idaridir. Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasındaki 'idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.' kuralından da idarî ve malî nitelikteki vergi suç ve cezaları ile maddî ceza hukuku anlamındaki vergi suç ve cezalarının birbirinden farklı kurumlar olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır."

Uyuşmazlık Mahkemesine göre de idari yaptırımlar "...konusu olan suçun niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibarıyla ceza yaptırımı uygulamasından" farklıdır⁵⁰.

Yukarıdaki açıklamalar ve mahkeme kararları ışığında idari yaptırımlar açısından Meclisin genel ve özel af yetkisine bakılacak olursa, genel ve özel affın söz edebilmek için ortada maddi ceza hukuku anlamında bir suç ve bu suça yönelik bir ceza mahkûmiyeti veya tehdidinin bulunması gerekmektedir. İdari suçlar ve bunlara yönelik yaptırımlar gerek ceza hukuku gerekse Anayasanın 87. maddesinde bahsedilen Meclisin af yetkisi açısından birer suç ve ceza oluşturmamaktadır. Dolayısıyla bunların genel veya özel affın-

⁴⁹ AYM, E.1994/46, K.1994/57, KT.18.7.1994, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-57.htm>, ET.20.02.2009.

⁵⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1998/10, K.1998/12, KT.08.05.1998, RG. 06.06.1998, S.23364.

dan değil, belki sadece affından bahsedilebilir. Bu nedenle bunların affedilmeleri hususunda çıkartılacak bir kanunun Mecliste beşte üç çoğunlukla kabul edilmesine gerek bulunmamaktadır.

Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, af kurumuna doğrudan anayasalarda yer verilmesinin temel sebeplerinden biri, affın yargı organının bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesidir. Hâlbuki idari yaptırımların affedilmesinin bu ilkelerle çelişmesi mümkün değildir. Çünkü idari yaptırımların, en önemli özellikleri, yargı kararı olmaksızın, idare hukuku usullerine göre idare tarafından re'sen kararlaştırılıp uygulanmalarıdır. İdari yaptırımların bir yargı kararı sonucunda tespit edilen yaptırımlar olmamaları dolayısıyla yasama veya yürütme organı tarafından affedilmelerinin yargının bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesinin söz konusu olamaması sebebiyle, bunların affı için Meclise özel bir yetki vermenin bir anlamı yoktur. Bu nedenle, Meclisin idari yaptırımları af yetkisinin kaynağı 87. maddede zikredilen “*genel ve özel af ilan etmek*” ifadesi değil, “*yasama yetkisinin genelliği ilkesi*”dir.

Bilindiği üzere yasama yetkisinin genelliği, yasama organının kanunla düzenleyeceği alanın *konu itibarıyla sınırlandırılmamış olduğu* anlamına gelmektedir. Bu ilkeye göre, yasama organı anayasaya aykırı olmamak kaydıyla, dilediği her konuyu dilediği içerikte düzenleyebilir⁵¹. Bunun anlamı, yasama organına Anayasanın 87. maddesinde sayılan af yetkisi verilmemiş olsaydı dahi, yasama organının idarece tespit edilen vergi ve disiplin cezalarının daha genel bir ifadeyle idari yaptırımların affına yetkili olduğudur⁵².

2- Cumhurbaşkanının Genel ve Özel Af Konusundaki Yaklaşımı

Giriş bölümünde belirtildiği üzere, uygulamada hangi kanunun genel ve özel af kanunu olduğu dolayısıyla bunların Mecliste kabulü için beşte üç çoğunluk gerektiği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir yandan idari yaptırımların ve özellikle de bunların bir türünü oluşturan disiplin cezaları ile vergi cezalarının affına ilişkin kanunların da af kanunu niteliğinde olduğu dolayısıyla beşte üç çoğunlukla kabul edilmeleri gerektiği ileri sürülürken, diğer yandan Anayasanın 87. maddesinde bahsedilen genel ve özel af kav-

51 Yasama yetkisinin genelliği konusunda bkz., **Özbudun**, s.203-204; **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s.323-324; **Tanör**, s.255-256; **Atar**, s.166-167.

52 **Araç/Erikli**, s.43.

ramlarının ceza hukukuna özgü birer teknik kavram oldukları, dolayısıyla ceza hukuku anlamındaki cezaların affına ilişkin kanunların ancak bu manada birer af kanunu olduğu ileri sürülmektedir.

2001 Anayasa değişikliği ve ertesinde Cumhurbaşkanlığı görevinde bulunan Ahmet Necdet Sezer de idari yaptırımlara ilişkin af getiren kanunlarının 87. madde anlamında birer af kanunu olduğu bu sebeple de bu kanunların nitelikli çoğunluk olan beşte üç çoğunlukla kabul edilmesi gerektiği kanaatindeydi. Nitekim bu konudaki görüşlerini ortaya koyan 5306 sayılı Yükseköğretim Kanununa Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanunu Meclise geri gönderme tezkeresinde şu ifadelerle yer verilmiştir⁵³:

“...incelenen Yasa'nın 1. maddesiyle 2547 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 50 ve geçici 51. maddelerde yer verilen 'her ne sebeple olursa olsun ilişkileri kesilmiş öğrencilere' ve 'her ne sebeple olursa olsun kurumları ile ilişkisi kesilen öğrencilere' ibarelerinin, disiplin cezası gereğince yükseköğretim kurumlarından ilişkisi kesilen öğrencileri de kapsadığı açıktır.

Bir disiplin cezası nedeniyle yükseköğretim kurumlarıyla ilişkisi kesilenlere yeniden öğrenim hakkı verilmesi 'af' niteliğindedir.

Çünkü, bu düzenlemeyle, disiplin suçu oluşturan bir eylem nedeniyle verilen disiplin cezasının, hatta bu cezaya ilişkin karara karşı dava açılmış ve

⁵³ Geri gönderme tezkeresinin tam metni için bkz., http://www.cankaya.gov.tr/tr_flash/ACIKLAMALAR/02.03.2005-3008.html, ET.16.04.2008. Cumhurbaşkanının 5022 sayılı Kanununun Meclise iadesine ilişkin geri gönderme tezkeresinde de benzer görüşlere şu şekilde yer verilmiştir: “...incelenen Yasa ile 6132 sayılı Yasaya eklenen geçici 2 nci madde düzenlemesi, yukarıda açıklanan içeriğiyle disiplin cezası affı niteliğindedir.

Anayasanın değişik 87 nci maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne genel ve özel af yetkisi verilirken, 'hürriyeti bağlayıcı ceza-para cezası' ya da 'adli ceza-idari ceza' ayırımı yapılmamıştır.

İdarî cezalar da diğer cezalar gibi kendi alanında kamu düzenini sağlamaya yönelik 'cezaî' yaptırımlardır. Bu nitelikleri nedeniyle idarî cezalara ilişkin af kararlarının da, Anayasanın 87 nci maddesine girdiğinde kuşku bulunmamakta ve nitelikli çoğunlukla alınması gerekmektedir.

Bu durumda, incelenen Yasanın, 6132 sayılı Yasaya geçici 2 nci maddenin eklenmesine ilişkin 4 üncü maddesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile kabul edilmesi anayasal gerekliliktir.” (Geri gönderme tezkeresinin tam metni için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss370m.htm>, ET. 22.02.2009). Cumhurbaşkanının genel ve özel af konusundaki genel yaklaşımı bu şekilde olmakla birlikte, bu yaklaşımına aykırı olabilecek şekilde idari yaptırım niteliğinde olup da Cumhurbaşkanınca af kanunu niteliğinde görülmeyerek Meclise iade etmediği kanunlar da bulunmaktadır. Bu kanunlar hakkında bkz., **Araç/Erikli**, s.36 vd.

reddedilmiş ise yargı kararının hukuksal sonuçları ortadan kaldırılmaktadır.

Anayasa'nın 87. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kabulüyle genel ve özel af ilanına karar verebileceği belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi maddede, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne genel ve özel af yetkisi verilirken 'hürriyeti bağlayıcı ceza-para cezası' ya da 'adli ceza-idari ceza' ayrımı yapılmamıştır.

İdari cezalar da diğer cezalar gibi kendi alanında kamu düzenini sağlamaya yönelik 'cezai' yaptırımlardır. Bu nitelikleri nedeniyle idari cezalara ilişkin af kararlarının da, Anayasa'nın 87. maddesi kapsamına girdiğinde kuşku bulunmamakta ve maddede belirtilen nitelikli çoğunlukla alınması gerekmektedir."

Görüleceği üzere Cumhurbaşkanı, Anayasanın 87. maddesinde geçen genel ve özel af kavramlarını idari ve cezai yaptırım ayrımı, diğer ifadeyle idari ve adli ceza ayrımı yapmaksızın her ikisini de kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır. Cumhurbaşkanı'nın Meclisin af yetkisine ilişkin bu yaklaşımı yerinde bir yaklaşım değildir.

Kanaatimize göre, Anayasanın 87. maddesinde düzenlenen af, maddî ceza hukuku anlamındaki genel ve özel affi ifade etmektedir. İdari yaptırımlara yönelik af düzenlemelerin nitelikli çoğunluk aranan bir af olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Birincisi, genel ve özel af kavramları ceza hukukuna özgü teknik kavramlardır. Ceza hukuku dışındaki diğer hukuk disiplinlerinde genel ve özel af kavramları kullanıldığı görülmemektedir. Diğer bir ifade ile aftan bahsedebilmek için ortada maddi ceza hukuku anlamında bir suç ve bu suça yönelik bir ceza mahkûmiyeti veya tehdidinin bulunması gerekmektedir.

İkincisi, yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hukukta, gerek ceza hukukçuları, gerek idare hukukçuları ve gerekse de Anayasa Mahkemesi tarafından maddi ceza hukuku anlamında yaptırım, yani cezai yaptırım ile idare hukuku anlamında yaptırım, yani idari yaptırım kavramlarının birbirinden farklı şeyler olduğu kabul edilmekte ve suç ve ceza denildiğinde de esas itibarıyla maddi ceza hukuku anlamında suç ve ceza kavramları anlaşılmaktadır.

Üçüncüsü, 03.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikten önce Anayasanın

87. maddesinde, “Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere” genel ve özel af ilanına Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkili olduğu belirtiliyordu. Dikkat edilecek olursa, burada, “hüküm giymek” ifadesi kullanılmıştır. Hüküm giymek, idare hukuku alanındaki yaptırımlarla değil, ceza hukuku anlamındaki yaptırımlarla alakalı bir konudur. Yukarıda izah edildiği üzere idari yaptırımları dolayısıyla idari cezaları, ceza hukuku anlamındaki cezalardan ayıran en önemli özellik bunların herhangi bir yargı kararı olmaksızın, idari bir usul dairesinde idarece re’sen verilmiş olmalarıdır. Diğer ifadeyle, yargılama hukuku anlamında bir “hüküm giyme”yi ifade etmemeleridir. “Hüküm giymek” ceza yargılaması sonucu verilen cezanın kesinleşmesiyle gerçekleşen bir durumdur. Buradan çıkan sonuç 87. maddedeki genel ve özel af kavramlarının idare hukuku anlamındaki suç ve cezalara ilişkin olmadığıdır.

Nihayet, Anayasanın 87. maddesini Cumhurbaşkanının özel af yetkisiyle ilgili 104. maddesiyle bağlantılı olarak ele aldığımızda da aynı sonuca ulaşmamız mümkündür. Anayasanın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılırken, sürekli hastalık, sakatlık, kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisinden bahsedilmektedir. Cumhurbaşkanları da, bugüne kadar ceza yargılaması sonucunda hüküm giyen kişilerin, hastalık, sakatlık veya kocalık sebebiyle cezalarını hafifletmekte veya kaldırmaktadır. Yaşlılık hastalık veya sakatlık nedenleriyle cumhurbaşkanlarının idari cezaları affettikleri hiç görülmemiştir. Eğer genel ve özel affın idari cezalarla da alakalı olduğu kabul edilseydi, cumhurbaşkanlarının bu yetkilerini disiplin cezalarına ilişkin suçlar hakkında da kullandığı görülürdü⁵⁴. Hâlbuki bugüne kadar her zaman genel ve özel af kavramları maddi ceza hukuku ile ilişkilendirilmiş kavramlardır.

SONUÇ

Af kaynağını anayasalardan alan teknik yönleriyle ceza kanunlarından düzenlenen bir kurumdur. Kaynağını anayasalardan alan her kurum gibi af kurumu da anayasa hukukuna ilişkin birçok sorunu bünyesinde ihtiva etmektedir. Bu sorunlardan biri yargının bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ile ilişkilidir. Çünkü af tasarrufu bazen özü bazen de cezanın infazı bakımından mahkemelerce verilip kesinleşen kararları doğrudan etkilediği için,

⁵⁴ **Bozdağ, Bekir**, *TBMM Genel Kurulu'nun 15.03.2005 Tarihli 70. Birleşimdeki Konuşma*, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, C.77, s.34.

mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmektedir. Bu sebeple yasama ve yürütme organlarının af yetkisinin doğrudan normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan anayasalarda düzenlenmesi gerekmektedir.

Anayasa hukuku açısından af bir atıfet işlemidir. Bu sebeple kişiler açısından af talebi anayasa hukuku bakımından bir hak oluşturmamaktadır. Her ne kadar ceza hukuku doktrininde affin zorunluluğu kabul edilmekte ise de, kanaatimizce hüküm kesinleşmeden önce çıkarılan af kanunları karşısında, affi reddetmek anayasal bir haktır. İnsan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olan iddia, savunma ve adil yargılanma haklarının içerisinde kişilerin affi reddetme, böylelikle aklanma hakları da bulunmaktadır.

2001 yılında Anayasanın 87. maddesinde yapılan değişiklikle, Türkiye Büyük Millet Meclisinin af yetkisinin kapsamı genişletilmiş, fakat bu yetkinin kullanımı Meclis üye tam sayısının beşte üçü şartına bağlanarak zorlaştırılmıştır. Bu şartla birlikte Mecliste beşte üç çoğunluğa sahip iktidarlar hariç, Meclisin genel ve özel af ilan edebilmesi için artık iktidar ve muhalefet partilerinin uzlaşmaları bir zorunluluk haline gelmiştir.

Af ve bunun türlerini oluşturan genel ve özel af kavramları ceza hukukuna ilişkin teknik kavramlardır. Bu sebeple ancak ceza hukuku anlamında suç ve cezaların genel veya özel affından bahsedilebilir. Genel ve özel affın söz edebilmek için ortada maddi ceza hukuku anlamında bir suç ve bu suça yönelik bir ceza mahkûmiyeti veya tehdidinin bulunması gerekmektedir. İdari suçlar ve bunlara yönelik yaptırımlar yargı kararı olmaksızın idarece re'sen uygulanmaları ve usullerinin farklılığı sebebiyle gerek ceza hukuku gerekse Anayasanın 87. maddesinde bahsedilen Meclisin af yetkisi açısından birer suç ve ceza oluşturmamaktadır. Dolayısıyla bunların genel veya özel affından değil belki sadece affından bahsedilebilir.

Meclisin idari yaptırımları af yetkisinin kaynağı 87. maddede zikredilen "genel ve özel af ilan etmek" ifadesi değil, "yasama yetkisinin genelliği ilkesi"dir. Meclisin ceza hukuku anlamındaki cezaları af yetkisinin doğrudan anayasada düzenlenmesinin temel sebeplerinden biri ona bu yetkiyi vermek değil, affın yargı kararlarıyla çelişiyor olmasıdır. Hâlbuki idari yaptırımlar bir yargı kararıyla değil idarece re'sen tespit edilen yaptırımlardır. Bunların affının yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesiyle çelişmesi söz konusu değildir. Bu sebeple bunlara yönelik Meclisin af yetkisinin Anayasada açıkça zikredilmesine gerek bulunmamaktadır.

TANZİMAT DÖNEMİNDE OSMANLI YARGI TEŞKİLÂTINDAKİ GELİŞMELER

*Yrd Doç.Dr. İbrahim DURHAN**

I. Genel Olarak

Osmanlı Devleti; yargı teşkilâtını oluştururken, kendinden önceki İslâm devletlerinin yargı sistemini model olarak almıştır. İslâmın ilk dönemlerinden itibaren ortaya çıkan; Emevi, Abbasi ve Selçuklu Devletleri zamanında gelişerek kurumlaşan İslâm yargı teşkilâtı, Osmanlı yargı teşkilâtının oluşumuna da kaynaklık etmiştir¹.

Osmanlı Devleti, genel olarak İslâm yargı sistemini benimsemiştir ancak bu kabul, önceki yargı sisteminin hiç değiştirilmeden aynen kabul edildiği anlamına gelmez². Toplumsal yaşamın gerektirdiği bazı değişikliklerin yapılmasında tereddüt gösterilmemiştir. Kadıların görev ve yetkilerine ilişkin gelişmeler, bazı yargı kurumlarının oluşturulması gibi değişiklikler, sınırlı düzeyde de olsa, Osmanlı yargı teşkilâtında kendine has bir yapı vücuda getirmiştir³. Tanzimat dönemine kadar devam edecek olan bu yapı, devletin

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

1 Osmanlı Devleti'nin; kendi yargı teşkilâtını oluştururken, önceki İslâm devletlerinden (özellikle Anadolu Selçuklu Devleti'nden) tümüyle ayrı ve bağımsız hareket etmesi beklenemezdi. Zira Osmanlılar; Anadolu Selçuklu Devleti'ne bağlı bir uç beyliği iken, bu devletin siyasal otoritesini kaybetmesi ve dağılmasıyla bağımsız beyliklerden biri olarak ortaya çıkmıştı. Osmanlı Beyliği, kaybolan devlet otoritesini yeniden tesis etmek ve siyasi birliği sağlama misyonunu üstlendi. Çünkü, dinamik yapısıyla bunu gerçekleştirmeye en yakın beylik idi. Bu açıdan bakıldığında Osmanlı Devleti'ni, yeni bir devlet olmaktan daha çok, merkezi iktidardaki hanedan değişikliği olarak da değerlendirmek mümkündür. Dolayısıyla, Anadolu Selçuklulardaki yargı sisteminin, Osmanlılarda da devam etmesi doğaldı. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Taner Timur**, (*Kuruluş ve Yükseliş Döneminde Osmanlı Toplumsal Düzeni*, AÜSBF. yay., Ankara, 1979, s. 57 vd.

2 Bkz., **M.Âkif Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, 6.baskı, Hars yay., İstanbul, 2007, s.82-83.

3 Osmanlı devleti, İslâm yargı teşkilâtını kendi bünyesine uydururken yapmış olduğu kısmi değişiklikleri, örfî düzenlemelerle gerçekleştirmiştir. Kamu düzeni ve yararı ölçütü kullanılarak (burada; "kamu düzeni ve yararı" ifadesi, "devletin otoritesinin devamı ve devletin yüksek yararlarının korunması" şeklinde anlaşılmalıdır), yargı teşkilâtında da, örfî kurullarla düzenlemelere gidilmiştir.

ortaya çıkışıyla birlikte oluşmaya başlamış ve daha sonra da kurumsallaşma sürecine girmiştir.

Geleneksel İslâm yargı sisteminde olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de yargı teşkilâtının temel taşı kadı (yargıç) idi. Devletin kuruluşu, aynı zamanda yargı teşkilâtının doğuşu anlamına gelmekteydi⁴. Osmanlı Devleti'nin yöneticileri, fethettikleri yerlere hemen bir kadı atıyorlardı. Böylece o yere, devletin ve İslâmın egemen olduğunu gösteriyorlardı. Kadılar, kendi yargı (kaza) çevresi içerisinde; ister şer'i ister örfî hukuka ilişkin olsun bütün konularda uyuşmazlıkları çözmekle görevli ve yetkiliydiler.

Kuruluş yıllarında, özellikle Osman Bey zamanında, Osmanlı Beyliği'ne aşiret anlayışı hakim olduğundan⁵, buna bağlı olarak yargı alanında bir örgütlü yapıya rastlamıyoruz. Beyliğin egemen olduğu yerlere kadılar atanıyordu ancak, Bursa'nın fethine kadar⁶ bu kadılar arasında hiyerarşik yapı olmadığı gibi, kadıların bağlı bulunduğu bir teşkilât da mevcut değildi. Kadıların, yargılamayı yapacakları mahkeme salonu diyebileceğimiz belirli mekânlar yoktu⁷. Orhan Bey döneminden itibaren⁸, özellikle Bursa ve İznik'in fethiyle birlikte Osmanlı Beyliği gelişmeye başlamış; bunun sonucu olarak, beyliğe hâkim olan aşiret anlayışı yavaş yavaş terkedilerek devletleşme sürecine girilmiştir. Bu gelişme, yargı alanında da kendisini göstermiş ve kurumsal bir yapılanmaya doğru gelişme başlamıştır.

Osmanlı Devleti, şeriat temeli üzerine oturduğu için; şeriatı bilen ve yorumlayanlar zamanla, ayrı ve ayrıcalıklı bir sınıf oluşturdular. "Ulema" denilen bu sınıf, devletin eğitim, din ve yargı işlerini üzerlerine aldılar. Kadı,

4 Devletın unsurlarından biri olan egemenlik hakkı, yargı gücünün kullanılmasıyla somutlaşır. Yargı gücünü elinde bulundurmayan egemen bir devletten söz edilemez.

5 Bkz., **İsmail Hakkı Uzunçarşılı**, *Osmanlı Tarihi (Anadolu Selçukluları ve Anadolu Beylikleri Hakkında Bir Mukaddime ile Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan İstanbul'un Fethine Kadar)*, C.I, 4.bası, TTK. yay., Ankara, 1982, s. 124.

6 Bursa, Orhan Bey zamanında 6 Nisan 1326 yılında Türklerin eline geçmiştir.

7 Kadı, devleti ve İslâmı temsil eden önemli bir görevli idi. Ancak, başlangıçta yargı alanında teşkilâtli bir yapı henüz ortaya çıkmadığı için davalara, camilerin bir bölümünde ya da kadı'nın evinde bakılmakta idi. Bkz., **Ziya Kazıcı**, *İslam Müesseseleri Tarihi*, Kayıhan yay., İstanbul, 1996, s. 124.

8 Orhan Bey, 1324 yılında babası Osman Bey hayatta iken beyliğin başına geçti. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Uzunçarşılı**, *Osmanlı Tarihi*, C.I, s.112 vd.

ulema sınıfının bir mensubu olarak yargılama görevini yerine getirirken, genellikle şer'i hükümleri uygular⁹. Bu nedenle, şeriatın temsilcisi sayılan kadıların yargılama işlerine müdahale edilmemiştir. Osmanlı yargı sistemine hâkim olan anlayışa göre, şer'i hukuka ilişkin konularda yargılama yetkisi ulema sınıfına, ve bu sınıfın mensupları olarak kadılarına aitti. İçtihat yapabilecek derecede bilgili olması lazım gelen padişahın (ve halifenin)¹⁰, gerek şer'i hukuka ilişkin konularda ve gerekse örfi hukuktan doğan uyuşmazlıklarda bizzat yargılama yapması teorik olarak mümkündür. Ancak uygulamada bu görev, devlet başkanı (padişah) adına ve ona vekâleten kadılar tarafından yerine getirilirdi¹¹.

Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Devleti'nde, uyuşmazlıkların çözüm mercii, esas itibarıyla şer'i mahkemelerdi. Her tür uyuşmazlığa bakmakla görevli ve yetkili olan bu mahkemeler, genel görevli ve yetkili yargı kurumları idi. Bunun dışında, özel görevli ve yetkili yargı kurumları olarak; divanlar, cemaat mahkemeleri ve konsolosluk mahkemeleri bulunmaktaydı. Hisbe (ihtisab) kurumu ise, ayrı bir yargı kurumu değildi. Bu kurumda görev yapan muhtesiblerin yargısal nitelikte görevleri bulunmakta ise de, muhtesibin esas görevi; dinsel kurallara uygun hareket edilmesine nezaret etmek, genel ahlâkın korunmasına yönelik yasaklara uyulmasını denetlemek, ölçü-tartı uyuşmazlıklarına bakmak gibi beledi ve inzibati nitelikteydi. Osmanlı yargı sistemi içerisinde bu tür görevler de kadıya verilmiş olduğundan, muhtesib, kadıya bağlı bir memur olarak bu görevi yerine getirirdi¹². Diğer bir anla-

⁹ Şer'i hukuka ilişkin davalara bakmaya, kadılar yetkilidir ancak, kadıların görev ve yetkileri bu alanla sınırlı değildir. Padişahın; örfi hukuka ilişkin uyuşmazlıkların mahkemelerinde çözümleneceğine ilişkin iradesi, kadıları bağlar. Bu halde kadılar, örfi davalara da bakmakla yükümlü olurlar. Zira, örfi davalara bakacak özel görevli mahkemeler mevcut olmadığı için, şer'i ve hukuki bütün uyuşmazlıklar, şer'i mahkemelerde çözüme kavuşturulurdu. **Aydın**, *Hukuk Tarihi*, s.85 vd.

¹⁰ Halifede aranan şartlar için bkz., **Hayrettin Karaman**, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, C.I, İrfan yay., İstanbul, 1982, s.87 vd.

¹¹ **Aydın**, *Hukuk Tarihi*, s.84 ; **Ekrem Buğra Ekinci**, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, Arı Sanat yay., İstanbul, 2004, s.23 vd.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz., **R. Levy**, "Muhtesib", *İslam Ansiklopedisi*, C.8, Maarif Basımevi, İstanbul, 1960, s.532-533 ; **Halil İnalçık**, "Mahkeme", *İslam Ansiklopedisi*, C.7, Maarif Basımevi, İstanbul, 1969, s.150; **Halil Cin**, **Ahmet Akgündüz**, *Türk Hukuk Tarihi*, C.1, Timaş yay., İstanbul, 1990, s. 291 vd.

tımla muhtesib, bir nevi belediye ve inzibat memuruydu¹³.

Tanzimat Fermanının ilânı ve bunu takip eden kararlarla Osmanlı Devleti'nin siyasal, yönetsel, hukuksal ve ekonomik yapısı değiştirilmek istenmiştir¹⁴. Bu değişim, yargı sisteminin üzerinde de kendisini göstermiş ve yargı teşkilâtı içerisinde yeni yargı kurumları oluşturulmuştur. Tanzimat döneminde – divanları bir yana bırakırsak - tek kadıdan oluşan ve tek dereceli olan klâsik Osmanlı mahkeme sisteminin dışında, çok hâkimden oluşan ticaret ve nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. Klâsik mahkemeler de şer'îye mahkemeleri olarak ve görev alanı daraltılmış bir şekilde korunmuştur¹⁵. Bu kurumlar, ilgili başlıklar altında ele alınacaktır. Ancak daha önce, yeni yargı kurumlarını doğuran nedenlerden sözedilecektir.

II. Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeleri Zorunlu Kılan Nedenler

Tanzimat kavramı; siyasal, yönetsel ve sosyal alanda Batılılaşmayı ifade ettiği gibi, bunun ayrılmaz bir parçası olan hukuk ve yargı alanındaki gelişmeyi ve değişmeyi de ifade eder. Hukukta ikilik, Tanzimatın genel sonuçlarından biridir. Bu ikilik, doğal olarak yargıya da yansımıştır¹⁶. Yukarıda değindiğimiz gibi Tanzimat döneminde, bir yandan geleneksel yargı teşkilâtı korunurken, diğer yandan iktibas edilen yeni yasaları uygulamak üzere yeni yargı kurumları oluşturulmuştur.

Tanzimat döneminde oluşan yeni mevzuat, yargı teşkilâtında da yenileşmeyi gerekli kılmaktaydı. Geleneksel yapısını ve işleyiş biçimini muhafaza eden şer'îye mahkemeleri¹⁷, yeni gelişmelere uygun bir gelişme göste-

¹³ Bkz., **Ferit Develioğlu**, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 11.bası, Aydın Kitabevi yay., Ankara, 1993, s.676.

¹⁴ **Kazım Yetiş**, “Tanzimat Karşısındaki Tavırların Tasnifi Konusunda Bir Deneme”, *Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu* (31 Ekim-3 Kasım 1989), TTK. yay., Ankara, 1994, s.118.

¹⁵ **M.Âkif Aydın**, “Bir Hukukçu Olarak Ahmet Cevdet Paşa”, *Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler*, İstanbul, 1986, s.21.

¹⁶ **Bilâl Eryılmaz**, *Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme*, İşaret yay., İstanbul, 1992, s. 224.

¹⁷ Şer'îye mahkemeleri ve bu mahkemelerde görev yapan kadılar hakkında bazı düzenlemeler yapılmış ise de, bu düzenlemeler, genel yapıda bir değişiklik meydana getirmemiştir. **Halil Cin**, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri”, *150. Yılında Tanzimat* (Haz. Hakkı Dursun Yıldız), Ankara, 1992, s. 24.

remeyince, yeni yargı kurumları da zorunlu hale gelmişti. Bu nedenle, Tanzimatın genel vasfı olan “ikinci” anlayış, yargı teşkilâtı alanında da kendisini göstermiştir. Tanzimat döneminde çıkarılan her yasa, şer’iye mahkemelerinin görev ve yetkilerinden bir parça koparmıştır ancak, dinsel hukuka göre işleyen ve bu hukuku uygulayan mahkemeler ile, Tanzimat yasalarına göre işleyen ve bu hukuku uygulayan mahkemeler, yargısal yaşamda aynı anda varolmuşlardır.

1- Geleneksel Hukuki Yapı ve Kanunlaştırma Hareketleri

a) Geleneksel Hukuk Sisteminin Genel Yapısı

Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Devleti’nin hukuk sistemi, şer’i hukuk ve örfi hukuk alanlarından oluşmaktaydı. Şer’i hukuk; ilahi irade mahsulü sayılan kurallarla, bu kuralların müçtehitler tarafından yorumlanmasıyla ortaya çıkan bir hukuk alanıdır. Devletin temel yasası niteliğinde olan bu kurallar, fıkıh kitaplarında yer almaktaydı. Diğer bir deyişle bu kurallar, yasa tekniğine uygun olarak kodifiye edilmiş değildi. Örfi hukuk ise; şer’i hukukun düzenlemediği alanlarda, sınırlı yasama yetkisine dayanarak ulül-emr’in koymuş olduğu kurallarla oluşan hukuk alanıdır. Ulül-emr’e ya da yasa yapma mevkiinde bulunan bir kuruma böyle bir yetki (yasa koyma yetkisi) tanınması zorunludur. Zira, yasa koyma hak ve yetkisi bulunmayan bir siyasal otoriteden söz edilemez. İslam hukuku için de bu böyledir. Ancak bu kuralların şer’i hukuka aykırı olmaması gerekirdi. Gerek şer’i hukukun yorumlanması ve uygulanabilir hale getirilmesi, gerekse örfi hukukun şer’i hukuka uygunluğunun denetlenmesi, ulema sınıfına ait bir görev ve yetki idi. Bu nedenle ulemanın, yasama faaliyeti konusunda etkin bir rol oynadığı söylenebilir. İşte bu noktada, örfi (sultani) hukuk kurallarının şer’i hukuka uygunluğu ve dolayısıyla meşruluğu, fetvalarla sağlanırdı. Bu fetvalar da, yasa tekniğinden uzak bir halde, fetva mecmualarında bulunmaktaydı.

b) Kanunlaştırma hareketleri

Tanzimat dönemine kadar devam eden, fetva ve fıkıh kitaplarına dayalı mevcut hukuksal yapı, Batılı ülkelerin tepkisine yolaçmıştır. Cevdet Paşa’nın belirttiğine göre, Batılı ülkeler, “kanununuz ne ise meydana koyunuz.

Biz de görelim ve teb'amıza bildirelim" demek suretiyle¹⁸, Osmanlı hukukunun sistemsizliğinden ve belirsizliğinden yakınmakta idiler.

Diğer taraftan, mevcut hukuksal yapının kendisi için yeterince güvence oluşturmadığını düşünen Osmanlı halkı da, içinde yaşadığı güvensizlik ortamını giderecek yeni düzenlemelere gereksinim duymaktaydı. Bu gereksinim, devlet bakımından da sözkonusuydu. Sarsılan devlet otoritesinin yeniden tesisi, ancak, yeni ve belirli yasalarla olanaklıydı¹⁹. Nitekim, Tanzimat Fermanı'nda da bu hususa vurgu yapılmaktadır²⁰.

Tanzimat dönemindeki kanunlaştırma hareketlerine, 1840(1256) yılında çıkarılan ceza kanunu ile başlamıştır²¹. Suç ve cezalarda yasallık (kanunilik) ilkesiyle bağdaşmayan "ta'zir suç ve cezaları"nın²² yolaçtığı güvensizlik ortamı giderilmeden yapılacak yenileşme hareketlerinin olumlu bir sonuç vermeyeceği, Fermanda açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle Tanzimat döneminde çıkarılan ilk yasa, ceza hukuku alanında olmuştur. Daha sonra kabul edilen 1851(1267) ve 1858(1274) tarihli ceza kanunları ile, ta'zir sistemi²³ yerine, yeni bir ceza hukuku sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır²⁴.

Özel hukuk alanındaki ilk kodifikasyon ise, ticari yaşamda kendisini gösterdi. XIX. yüzyılın ilk yarısından başlayarak Batılı ülkelerle artan ticari ilişkilerin ortaya çıkardığı sorunlar karşısında, yeni düzenlemeler yapma

18 **Ahmet Cevdet Paşa**, *Tezâkir(1-12)*, (Yayınlayan, Cavid Baysun), 3.bası, TTK. yay., Ankara, 1991, s. 63.

19 **Hıfzı Veldet**, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s. 167-169.

20 Tanzimat Fermanı'nın metni (ve sadeleştirilmiş hali) için bkz., **Yaşar Yücel, Ali Sevim**, *Türkiye Tarihi (Osmanlı Dönemi, 1730-1861)*, C.4, TTK. Yay., Ankara, 1992, s.248 vd.

21 1840(1256) tarihli ceza kanununun metni için bkz., **Ahmet Akgündüz**, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, DÜHF. yay., Diyarbakır, 1986, s.809-820.

22 **Sulhi Dönmezer, Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, C.I, 9.bası, İstanbul, 1985, s.30 ve 117.

23 Ta'zir suç ve cezaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Abdülkadir Üdeh**, *İslâm Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk* (çev.Akif Nuri), İhya yay., İstanbul, 1976, s.201 vd.

24 Tanzimat dönemi ceza kanunları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Ahmet Gökçen**, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları Ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s.11 vd.

ihtiyacı ortaya çıktı²⁵. Tanzimat dönemi ticari yaşamının gereksinim duyduğu yasa, Fransız ticaret yasasından iktibas edilerek hazırlanmış ve 1850(1266) yılında çıkarılmıştır. Bu yasaların dışında çıkarılan daha birçok yasalarla²⁶ Tanzimat dönemi, hızlı ve yaygın bir yasalastırma çabasına sahne oldu.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimattan önce de, örfî hukuk denilen yasalar ve yasa derlemeleri mevcuttu. Ancak, bu yasalar genel ve kapsayıcı mahiyette olmayıp, sınırlı bazı alanlara ilişkindi²⁷ ve çoğunlukla da, eskiden beri var olan hükümlerin toplanıp tesbit edilmesi şeklinde ortaya çıkardı²⁸. Bu yasaların oluşumunda, ulema etkin bir rol oynardı. Padişahın çıkardığı yasalar, fetvalarla meşruluk kazanırdı. Tanzimat dönemindeki kodifikasyon hareketleri de bir yönüyle örfî hukuk niteliğinde olmakla birlikte²⁹, ondan daha farklı bir anlam taşımaktadır. Bu dönemde yasaların hazırlanışı, eskiden olduğu gibi ulemanın kontrolünde değildi. Tanzimat Fermanında da belirtildiği gibi yasalar, “*Meclisi Ahkâmı Adliye*” ve “*Babı Seraskeri Darı Şura*” denilen kurullarda hazırlanacak ve padişahın onayına sunulacaktı. Daha önce örfî hukukun doğrudan yaratıcısı konumunda bulunan padişah, bu dönemde onay makamı haline gelmiştir. Adı geçen kurullar yasaları hazırlarken; sadece şer’î hukuka uygunluğu değil, belki daha çok pratik ihtiyaçları da dikkate almak durumundaydılar.

25 **Bülent Tanör**, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980)*, 3.bası, YKY. yay., İstanbul, 1999, s.98.

26 Tanzimat döneminde kanunlaştırma hareketleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Veldet**, *age.*, s.176 vd.

27 **Ömer Lütfü Barkan**, *XV ve XVI nci asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları*, C.1, İÜ. yay., İstanbul, 1943, s. LXIV; **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 42.

28 Fatih’in Teşkilât kanunnamesinin giriş kısmındaki “Bu kanunnâme atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evlâd-ı kirâmın neslen ba’de neslin bununla âmil olalar” şeklindeki ifade, kanunnamelerin daha çok, eskidenberi mevcut hükümlerin tesbit edilmesiyle ortaya çıktığını göstermektedir. Kanunnamenin metni için bkz., **Ahmet Akgündüz**, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, C.1, (Osmanlı Hukukuna giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri), Fey vakfı yay., İstanbul, 1990, s.317.

29 **Halil İnalçık**, “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, *Belleten*, C.XXVIII, S.112, TTK. yay., Ankara, 1964, s.617.

Tanzimat dönemi yasaları, daha önceki örfi düzenlemelere nazaran daha genel ve kapsayıcı nitelikte idi. Bu yasalar, meşruluğun ölçüsü olmuştur. Hükümdar ve diğer devlet görevlilerinin tasarrufları, yasalara uyduğu ölçüde meşruluk kazanacaktır. Bu bakımdan “yasa” kavramı, Tanzimat hareketinin üzerinde en çok durduğu bir konu olmuştur³⁰.

Sonuç olarak; Tanzimat öncesi hukuksal yapı, XIX. yüzyılda ortaya çıkan gelişmeleri karşılamaktan uzak kalmıştır. Geleneksel hukuk (İslam hukuku) ıslah edilerek, ortaya çıkan yeni ihtiyaçları karşılayabilir hale getirmenin olanaksızlığı karşısında, Tanzimat döneminde yeni bir hukuk düzeninin temelleri atılmaya başlanmıştır. İslam hukukunun dışında oluşan ve laik karakterli olan bu hukuk düzeni, İslam hukuku ile birlikte ve aynı zamanda yürürlükte olmuştur.

2- Geleneksel Yargı Teşkilâtının Yetersiz Kalması

Tanzimat, bir yeniden yapılanma hareketidir. “Yasallık” ve “eşitlik” ilkeleri, bu hareketin özünü teşkil eder³¹. Osmanlı Devleti’nin tüm kurumları, bir şekilde bu hareketten etkilenmişlerdi. “Eşitlik” ilkesi; ülkede yaşayan herkesin, eşit olarak yargılanmasına olanak verecek, yeni yargı kurumlarını gerekli kılmaktaydı. Şer’iye mahkemeleri, yeni dönemin ihtiyaçlarını karşılayamadı. Nitekim, henüz Tanzimattan önce 1837 yılında oluşturulan “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*” ye yönetsel yargıya ilişkin görev ve yetkiler de verilmek suretiyle³², şer’iye mahkemelerinin görev ve yetkilerinin daraltılması yoluna gidilmiştir.

Yine Tanzimattan önce, Avrupa ile olan ticari ilişkiler genişledikçe, ticaretin açılımını sağlayan Batı tüccarlarının âdetleri Osmanlı Devleti’nde de yerleşmeye başlamıştı. 1838 yılından itibaren bazı Batılı ülkelerle yapılan

³⁰ Tanör, *age.*, s.98.

³¹ İbrahim Kaboğlu, “Cumhuriyet Sorunu mu? Demokrasi Açığı mı?”, *Cumhuriyet Dönemi Hukuk Devrimi*, THKD. yay., İstanbul, 1994, s.11.

³² “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye”nin kuruluşu ve görev ve yetkileri için bkz., Ali Akyıldız, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform (1836-1856)*, Eren yay., İstanbul, 1993, s.189 vd. ; Ahmet Erdoğan, “Danıştay’ın Memurların Yargılanması İle İlgili Görevleri”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968)*, 2.bası, Ankara, 1986, s.878 vd.

ticaret sözleşmelerine³³ bağlı olarak daha da gelişen ve değişen ticari yaşamın ortaya çıkardığı uyuşmazlıkların, şer'i hukuktan ziyade bu adetlere ve zamanın yeni anlayışlarına göre çözümünü sağlayabilmek için tüccarlar, "tüccar ve vekillerden oluşan" meclislere başvurmaya başladılar³⁴. Bu yaklaşım tarzı, şer'i hukuka da aykırı değildi. Zira şer'i hukuk; taraflara, bizzat seçtikleri hakemler aracılığıyla aralarındaki uyuşmazlıklara çözüm arama olanağını vermektedir³⁵.

Şer'ie mahkemelerinin yetersiz kalması ve pratik ihtiyaçların zorlaması nedeniyle teşekkül eden bu çeşit meclisler, Avrupa ile ilişkilerin vücuda getirdiği yeni teamül hukukunu uygulayan hususi mahkemeler niteliğindedi. Tanzimat döneminde, bu meclislere resmi bir şekil verilerek, mahkemeye dönüştürüldü³⁶.

Tanzimat Fermanı; ortaya koyduğu ilkelerle, hukuk devletine giden yolu açmış bulunuyordu. Osmanlı teb'asının din ve mezhep farkı gözetilmeksizin, can, mal, ırz ve namus gibi doğal haklarının yasalarla güvence altına alınacağı devletçe taahhüt edilmişti. Islahat Fermanında da müslümanlarla müslüman olmayanlar arasında çıkacak ticari ve cinayet davalarının karma divanlarda görüleceği belirtilmişti³⁷.

Fermanlarda belirtilen bu esasların yaşama geçirilebilmesi için, devletin mevzuatında ve yönetiminde ıslahata girişilmesi, yargı teşkilatında da ıslahatı gerekli kılmaktaydı. Zira çok etnikli ve çok dinli bir yapıya sahip olan Osmanlı Devleti'nde esas itibariyle dinsel hukuk (İslâm hukuku) uygulandığı için, bu dine mensup olmayanların, özel hukuk alanında bu hukuka tabi olmaları ve dinsel hukuka göre işleyen şer'ie mahkemelerinde yargılanmaları beklenemezdi. Özellikle Islahat Fermanında açıkça vurgulanan "her

33 **Enver Ziya Karal**, *Osmanlı Tarihi (Islahat Fermanı Devri, 1856-1861)*, C.VI, 4.bası, TTK. yay., Ankara, 1988, s.254.

34 **M.Reşit Belgesay**, "Tanzimat ve Adliye Teşkilâtı", *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s.213.

35 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Rabi Koral**, "Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.XIII, S.I, İstanbul, 1947, s.201 vd. ; **Rasih Yeğengil**, *Tahkim (L'arbitrage)*, İstanbul, 1974, s.63 vd.

36 **Belgesay**, *agm.*, s.214.

37 Islahat Fermanının metninde yer alan bu ifadeler için bkz., **Suna Kili**, **A.Şeref Gözübüyük**, *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifak'tan Günümüze)*, Türkiye İş Bankası Kültür yay., Ankara, 1985, s.16.

alandaki eşitlik” ilkesinin kabulünden sonra; herkesin eşit olarak yargılabileceği, dinsel etkilerden arınmış yeni yargı kurumlarının oluşturulması zorunlu hale gelmişti.

Tanzimat ve Islahat Fermanlarının ilânı ile girilen yenileşme sürecinde Osmanlı padişahı; teb’asına bazı temel hakları tanımış ve bu hakların, çıkarılacak yeni yasalarla güvence altına alınacağına söz vermiştir. Hatta bu yasalara, kendisinin de uyacağına dair yemin etmiştir. Ancak, bireyin endişesizce ve huzur içinde yaşaması için bu hakların yasalarla düzenlenmesi, yeterli bir güvence sayılamazdı. Bireyin haklarını düzenleyen yasaların, amaçlarına uygun olarak uygulanabileceği hususunun da hukuksal güvenceye kavuşturulması gerekirdi. Padişahın, şer’i hukuka ve konulacak olan yeni yasalara uyacağına dair yemin etmesi, bu anlamda bir güvence değildi. Bu nedenle, bireylerin subjektif haklarını düzenleyen yasalar, siyasal ihtiraslar dışında kalan ve yasa koyucunun etkisinden uzak olan hâkimler tarafından uygulanabilir olmadıkça bu haklar güvence altına alınmış olamazdı³⁸.

3- Batılı Ülkelerin Baskıları

Yeni yargı kurumlarının doğuşunu hazırlayan nedenlerden biri de; sanayi devrimi sonucunda ortaya çıkan hammadde ve dış pazar ihtiyacını karşılayabilmek için, Batılı ülkelerin, Osmanlı Devleti üzerinde uyguladıkları baskıları idi. Zira, geniş coğrafyası ile Osmanlı Devleti, Batı sanayisi için cazip bir ülke konumundaydı. Ancak, Osmanlı ticaret rejiminde, kapitülasyonlara rağmen, yabancı tüccarlar için hâlâ bazı sınırlamalar sözkonusuydu. Şöyle ki; *iç ticarete uygulanan tekelcilik (yed-i vahit usulü), malların bir yerden başka bir yere naklinde istenilen “izin tezkeresi”, iç gümrükler, bazı malların ihracının yasaklanması* gibi, serbest ticareti sınırlayan engeller bulunmaktaydı. Sanayileşen Batılı ülkeler; hızla gelişen sanayilerinin ihtiyaçlarını karşılayabilmek için bu engellerin kaldırılmasını, iç ve dış ticaretin liberalleşmesini istemekteydi. Ancak bu istemler, Osmanlı Devleti tarafından kolayca kabul edilecek istemler değildi. Zira, uygulanan bu koruma önlemleri, Osmanlı Devleti’nin en önemli gelir kaynaklarını oluşturmaktaydı. Osmanlı Devleti’ni ikna etmek için beklenen fırsat, Mısır valisinin 1831’de başlayan

³⁸ Belgesay, *agm.*, s.211.

isyani³⁹ ile doğmuş oldu. Osmanlı Devleti'nin zafiyeti sonucunda; dış güçlerin müdahalesine açık hale gelen Mısır sorunundan, her ülke kendi çıkarları ve hedefleri doğrultusunda yararlanma çabası içine girdi. Rusya, daha çok siyasi nüfuz alanını genişletme yönünde bir politika izledi. Batılı ülkeler ise gelişen sanayilerinin, pazar ve hammadde ihtiyaçlarını karşılayabilmek için, daha çok ekonomik nüfuz alanlarını genişletecek strateji izlediler.

Mısır sorununun uluslararası bir boyut kazanmasından sonra dış güçler, özellikle İngiltere ve Fransa, belirledikleri hedeflerine ulaşabilmek için, başlangıçta Mısır'ı desteklediler. Ancak Mısır'ın, Osmanlı Devleti'nin varlığını tehdit edecek bir güç haline gelmesinden sonra; güçlü bir Mısır yerine zayıf bir Osmanlı Devleti'ni, kendi çıkarları bakımından daha uygun gören Batılı ülkeler, bu kez Osmanlı Devleti'nin yanında yer aldılar. Çünkü, geniş coğrafyası ve zayıf konumu ile Osmanlı Devleti, Batı kapitalizmi için yaşamsal önemi haiz bir ülke idi.

İçinde bulunulan ağır koşullar nedeniyle, pazarlık gücü olmayan ve kendisine sunulan her türlü yardımı kabul etmek durumunda kalan Osmanlı Devleti; 1838 yılından başlayarak Batılı ülkelerle bir seri ticaret anlaşması yaptı⁴⁰. Karşılıklı çıkar ve yükümlülük esasına dayanmayan ve eşitsizlik temeli üzerine kurulan bu anlaşmalar, Batılı ülkelerin sömürü düzenlerine hukuksal dayanak sağlayan belgelerdi.

Bu anlaşmalarda yer alan hükümlerin, Osmanlı Devlet yapısında birtakım reformlar yapılmadan uygulanması olanaksızdı⁴¹. Devletin; yönetsel, hukuksal, siyasi ve mali yapısında asgari bazı değişiklikler yapılmadığı takdirde, ticaret anlaşmaları kâğıt üzerinde kalmaya mahkûmdu. Bu nedenle Batılı ülkeler, anlaşmaların yaşama geçirilmesini sağlayacak reformların yapılması için, Osmanlı Devleti'ne baskı yapmaya başladılar. Bu baskıların

³⁹ Mısır sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Enver Ziya Karal**, *Osmanlı Tarihi* (Nizam-ı Cedid ve Tanzimat Devirleri, 1789-1856), Cilt.V, 5.bası, Türk Tarih Kurumu yay., Ankara, 1988, s.124 vd.

⁴⁰ *Osmanlı Devleti* bu dönemde; İngiltere ile (16 Ağustos 1838), Fransa ile (25 Kasım 1838), Lübek, Brem, Hamburg, Hans şehirleri ile (18 Mayıs 1839), Sardunya ile (2 Eylül 1839), İsveç ve Norveç ile (31 Ocak 1840), İspanya ile (2 Mart 1840), Felemenk ile (14 Mart 1840), Belçika ile (30 Nisan 1840), Prusya ve Zolferayın Devletleri ile (22 Ekim 1840), Danimarka ile (1 Mayıs 1841), Toskana ile (7 Haziran 1841) tarihlerinde ticaret anlaşması imzalamıştır. **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.254.

⁴¹ **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.32.

odak noktasını, müslüman halk ile gayrimüslim halk arasındaki eşitsizliğin giderilmesi oluşturmaktaydı. Zira Osmanlı Devleti'nde, toplumu meydana getiren çeşitli dinsel gruplar içinde müslümanların üstünlüğüne dayalı siyasal bir düzen bulunmaktaydı⁴². Bu yapı, Batılı ülkelerin çıkarlarını olumsuz yönde etkilemekteydi. Çünkü, Batının Osmanlı Devleti ile olan ticari ilişkileri, daha çok yerli gayrimüslim unsurlara (zimmilere) dayanmaktaydı. Bu unsurların haklarının korunması ve geliştirilmesi, Batı kapitalizminin çıkarları ile doğrudan ilgiliydi. Dolayısıyla Batılı ülkeler; zimmilerin haklarının korunması, geliştirilmesi ve hukuksal güvenceye kavuşturulması için, Osmanlı Devleti'ne baskı uygulamaya başladılar. Bu sırada Mısır tehdidi halâ devam etmekte ve Batılı ülkelerin bu sorunu istismarı da sürmekte iken yapılan bu baskılar karşısında, Osmanlı Devleti'nin direnmesi olanaksızdı. Çünkü aynı zamanda, özgürlük ve eşitlik akımının ayrılıkçı etkileri de ortaya çıkmaya başlamıştı. Bu koşullar Osmanlı Devleti'ni, kendi nüfusunu oluşturan tüm dinsel grupların (bireylerin) eşitliğini kabule zorlamaktaydı. Nitekim, henüz Tanzimat Fermanı ilân edilmeden önce, II. Mahmut'a atfedilen; "... Ben tebaamın müslümanını camide, hristiyanını kilisede, musevisini havrada farkedirim. Aralarında başka bir fark yoktur. Cümlesi hakkındaki muhabbet ve adaletim kavidir ve hepsi hakiki evladımdır" şeklindeki ifadeler, "eşitlik" ilkesinin devletçe tanınması anlamına gelmekteydi⁴³. Ancak, bu ifadeler, özgürlük ve eşitlik ilkelerini hukuksal güvenceye kavuşturılmaktan uzaktı. Burada fiili bir güvence sözkonusuydu ve bu tür güvenceler, sürekli olmadığı gibi her an geri alınabilmesi de mümkün olan güvencelerdi. Bu nedenle, gerek yerli gayrimüslim unsurlar gerekse bu unsurların destekçisi konumundaki yabancı ülkeler, verilen fiili güvencelerle yetinmek istemediler. Verilen hakların bir değer taşıması için, hukuksal güvenceye kavuşturulmasını ve ortaya çıkan (çıkacak olan) uyuşmazlıkların çözümü için, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin bütün teb'anın eşit olarak yargılanabileceği laik karakterli mahkemelerin kurulmasını istediler.

42 **Enver Ziya Karal**, "Gülhane Hatt-ı Hümayununda Batının Etkisi", *Bellekten*, C.XXVIII, s.112, TTK. yay., Ankara, 1964, s.8.

43 Aynı şekilde; Tanzimat döneminin hazırlayıcılarından Rıza Paşa'nın, Midilli'de çeşitli cemaat temsilcileri huzurunda yaptığı bir konuşmada "Cümleniz bir imparatorun tebaaları, aynı babanın çocuklarıdır" diyerek, eşitlik ilkesine vurgu yapmakta idi. **Yavuz Abadan**, "Tanzimat Fermanının Tahlili", *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s.47-48.

4- Yeni Gelişmeler Karşısında Eğitim Sisteminin Yetersiz Kalması

Geleneksel yargı teşkilâtını yetersiz kılan bir diğer neden de; eğitim sistemindeki bozulmaya bağlı olarak, yeterli donanıma sahip olmayan kadıların mahkemelerde görev yapmalarındır⁴⁴. Osmanlı medreseleri XVII. yüzyıldan itibaren bozulmaya başlamış, müderrislikler ve kadılıklar, ehil olmayan kimselere rüşvetle ve hatırla verilmeye başlanmıştı⁴⁵.

Medreseler; devletin kuruluş ve yükseliş dönemlerinde büyük hizmetler görmüştü. Ancak, bir orta çağ kurumu olarak mevcut yapısını ve skolastik öğretim tarzını yüzlerce yıl muhafaza eden medreseler, yeniliklere ve gelişmelere kapalı kaldılar. XVII. yüzyıldan itibaren bozulma sürecine giren ve kendi iç disiplinini kaybeden medreselerde, müderrislik mesleğine girebilmek için kazanılması gereken icazet (diploma) para ile satın alınır oldu. Medreselerdeki bu bozulma, yargı teşkilatına da yansdı. Karmaşık bir yapıya sahip olan ve fıkıh kitapları ile fetva mecmualarında kodifiye edilmemiş bir halde bulunan Osmanlı hukukunun uygulanması, iyi yetişmiş hukukçulara ihtiyaç göstermekteydi. Kuruluş ve yükseliş dönemlerinde medreseler bu ihtiyacı karşılamışlardı ancak, devletin son dönemlerinde bozulma sürecine giren medreseler, bu görevlerini yerine getiremez oldu⁴⁶. Kadılığa girmek için gereken mülâzemet diplomaları, para ile satılmaya başlandı. Kişisel çıkarlarını ön planda tutan, ehliyetsiz, yeteneksiz kadı ve naipler, halkın yargıya olan güvenini sarstı⁴⁷. XIX. yüzyılın başlarına gelindiğinde ulemanın durumu o hale gelmişti ki, yalnız halk değil padişah bile onlardan yakınırlı olmuştur⁴⁸.

Eğitim sistemindeki düzeltim çabalarına, XVIII. yüzyıldan itibaren başlandığını görmekteyiz. Ancak bu çabalar daha çok teknik ve askeri alanlarla sınırlıydı. Batı'da ortaya çıkan gelişmeler; buradaki ülkelerin ordularının

44 Kadılar, medrese öğrenimi görmüş olanlar ile medreselerde ders veren müderrisler arasından atanırlardı. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.135-139.

45 **Yusuf Halaçoğlu**, *XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilâtı ve Sosyal Yapı*, 2.bası, TTK. yay., Ankara, 1995, s.138.

46 **M.Âkif Aydın**, "Mecelle'nin Hazırlanışı", *Osmanlı Araştırmaları*, C.IX, İstanbul, 1989, s.37.

47 **Yücel Özkaya**, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Âyânlık*, TTK. yay., Ankara, 1994, s.37 vd.

48 **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.141-142.

yeni tekniklerle donanımını sağlamış ve o zamana kadarki Osmanlı ordusunun üstünlüğüne son vermişti. Buna bağlı olarak ortaya çıkan yenilgiler, Osmanlı yöneticilerince, çöküşün asıl nedeni olarak görülmekteydi. Bu nedenle, yapılan yenilikler, daha çok askeri alanlarla sınırlı kalmaktaydı⁴⁹. Bu dönemde oluşturulan yeni eğitim kurumları da hep bu amacı (askeri amacı) gerçekleştirmeye yönelikti⁵⁰.

Tanzimattan önce, eğitim ve yargı sistemini yeniden disipline etme çabaları olumlu bir sonuç vermedi. III. Selim döneminden itibaren devam eden bu çabalar, ulemanın devlet ve toplum üzerindeki nüfuzu karşısında etkisiz kaldı. Tanzimatın altyapısını hazırlayan yeniliklerin yapıldığı II. Mahmut döneminde de düzeltim çabaları sürmüş ancak, temelli bir yenilik ve gelişme olamamıştır. Geleneksel eğitim kurumları olan medreselerin, çağın gereklerine göre ıslahı mümkün olmayınca, medreselerin dışında yeni eğitim kurumları oluşturulma yoluna gidilmiştir⁵¹.

Benzer gelişmeyi yargı teşkilâtında da görmekteyiz. Medrese eğitimi olarak gelen kadılardan müteşekkil şer'îye mahkemeleri, çağın gereklerini karşılayamaz hale gelmişti. Ulemanın etkin nüfuzu ve tutuculuğu karşısında yargı teşkilâtının ıslahı olanaksızdı. Öyle ki; II. Mahmut, yeniçeri ocağını kaldırmak gibi oldukça cüretli bir iş yapmasına karşın, yargı teşkilâtını ve kadıları ıslah etmede başarılı olamadı⁵².

Tanzimat döneminin ilk padişahı olan Abdülmecit; seleflerinden kendisine kalan bu yapının ıslaha elverişli olmadığını görerek, şer'îye mahkemelerinin dışında yeni yargı kurumlarının temellerini atmaya başladı. Bu suretle, tıpkı III. Selim'in, kaldıramadığı ve ıslah edemediği yeniçeri ocağının yanında ve dışında yeni bir askeri kurum (nizam-ı cedit) vücuda getirmesi gibi, Abdülmecit (daha sonra Abdülaziz) de, ıslah edilemeyen (kaldırılması ise hiç düşünülmeyen) şer'îye mahkemelerinin dışında yeni bir adalet cihazı

49 **Sadi Irmak**, "Atatürkçülüğün İlkeleri-İnkilâpların Fikir Temelleri", *Atatürkçü Düşünce*, AKDITYK yay., Ankara, 1992, s.10.

50 **Ekmeleddin İhsanoğlu**, "Tanzimat Öncesi ve Tanzimat Dönemi Osmanlı Bilim ve Eğitim Anlayışı", *150. Yılında Tanzimat*, (Yayına Hazırlayan, Hakkı Dursun Yıldız), TTK. yay., Ankara, 1992, s.347 vd.

51 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Niyazi Berkes**, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Doğu-Batı yay., İstanbul, 1978, s.174 vd.

52 **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.145.

oluşturma yoluna gitti⁵³. Böylece, Tanzimatın genel karakteri olan dualizm (ikicilik), yargı teşkilâtında da belirgin olarak ortaya çıkmış oldu.

III. Yeni Yargı Kurumlarının Oluşturulması

Osmanlı Devleti'nin geleneksel yargı teşkilâtının, XIX. yüzyılda ortaya çıkan gelişmeleri ve yenilikleri karşılamaktan uzak kalması, yargı yetkisi kullanan bazı kurulların (meclislerin) ortaya çıkması sonucunu doğurdu. Kurul (meclis, divan) geleneği, Osmanlı Devleti'nde çok eskilere dayanmaktaydı. Kuruluş döneminden XVII. yüzyıla kadar, devlet yönetiminde önemli rol oynayan Divan-ı Hümayun; devletin iç ve dış en önemli işlerinin görüşülüp karara bağlandığı bir kurul-organdı. Bu yüzyıldan itibaren devletin kurum ve kurullarında meydana gelen genel bozulmaya bağlı olarak, bu divan da önemini ve gücünü giderek kaybetmeye başladı. Bu suretle doğan boşluk, vezir-i azam divanları ile doldurulmaya çalışılmıştı⁵⁴. Ancak bu durum, yeni bir “*danışma ve karar kurulu*”na olan ihtiyacı ortadan kaldıramamıştı. Bu nedenle, zaman zaman toplanan ve devletin ileri gelenlerinin oluşturduğu “*meşveret meclisi*” ön plâna çıktı⁵⁵. III. Selim dönemindeki “*Nizam-ı Cedid*” denilen yenileşme hareketlerinin programlanması ve uygulanması sırasında daha çok toplanmaya başlayan bu meclis (kurul), giderek, Divan-ı Hümayun'un yetkilerini kullanan bir meclis haline geldi⁵⁶. II. Mahmut dönemi ise, meşveret meclisinin yoğun biçimde toplandığı bir dönem olmuştur. Bu dönemde yapılan bütün ıslahat hareketlerinde, bu meclisin önemli katkıları olmuştu⁵⁷.

Meşveret meclisi devlet yönetiminde etkili bir konumda bulunmasına karşılık, düzenli bir çalışma sistemine ve kurumsal bir yapıya sahip değildi. Kendisine bağlı bir bürokratik örgütü bulunmuyordu. İhtiyaca göre padişahın

53 **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.146.

54 **Mehmet Seyitdanhoğlu**, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Valâ (1838-1868)*, TTK. yay., Ankara, 1994, s.16.

55 Meşveret meclisinin ortaya çıkışı ve gelişmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Ayhan Ceylan**, *Türk Hukuk Tarihinde Meşveret Düşünceşi ve Uygulaması (Kurultay-Divan-Meclis)*, İstanbul, 1998, s.76 vd., (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

56 **Seyitdanhoğlu**, *age.*, s.16-17.

57 **Musa Çadırcı**, *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapıları*, TTK. yay., Ankara, 1991, s.185.

bir hatt-ı hümayunu ile toplanan bu meclis, gündemindeki konuları görüşerek padişaha fikir verirdi. Meşveret meclisi bu yapısı ile, Divan-ı Hümayun'dan boşalan yeri tam anlamıyla dolduramadı. Belirli kuralları olan, yerleşik ve düzenli bir meclise (kurula) duyulan ihtiyaç ortadan kalkmadı⁵⁸. Bu nedenle II. Mahmut; yararına inandığı meşveret toplantılarına resmi bir hüviyet kazandırmak gereğini duydu. 1837 tarihinde kurulan “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*” ile, meşveret meclisi kurumsal bir yapıya dönüştü.

1- Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'nin Kuruluşu

Yargılama alanında yeni düzenlemelerin yapılmaya başlanması, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, II. Mahmut döneminin sonlarına rastlamaktadır. 23 Mart 1837 yılında kurulan ve yasama ve yargı yetkileri ile donatılan “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*”⁵⁹, yargı sistemindeki gelişmelerin başlangıcını oluşturur.

Tanzimat döneminde bu meclis; “yeni yasaları hazırlamak”, “Tanzimatın uygulanmasına nezaret etmek” gibi önemli görev ve yetkilerin yanısıra, bazı yargısal görev ve yetkiler ile de donatılmıştı. Bu görev ve yetki daha çok yönetsel yargı alanına ilişkindi. Meclis-i Vâlâ, memurları yargılayacak ve devletle kişiler arasındaki uyuşmazlıklara bakacaktı⁶⁰. Nitekim, Tanzimata aykırı davranışları görülen bazı yöneticiler, bu meclisce yargılanarak çeşitli cezalara çarptırılmışlardı⁶¹. Böylece, Tanzimat dönemine kadar genel görevli ve yetkili yargı kurumu olan şer'îye mahkemelerinin yönetsel yargıya ilişkin görev ve yetkileri, “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*”ye devredilmiş olmaktaydı.

Diğer yandan bu meclis, yargı yetkisini kullanırken, kendisini sadece yönetsel alan ile sınırlı görmemiştir. Temel görevi, Tanzimatın getirdiği sistemi korumak ve yaşatmak olan Meclis-i Vâlâ; bu görevi yerine getirebilmek amacıyla bazen idari davalara bakmış, bazen de ceza yargılamasında

⁵⁸ Seyitdanhoğlu, *age.*, s.17-18.

⁵⁹ Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.120 ; “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*” nin kuruluş tarihi konusunda farklı bilgi için bkz., Seyitdanhoğlu, *age.*, s.36.

⁶⁰ Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci, 1839-1939)*, TTK. yay., Ankara, 1996, s. 134-135 ; Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.143.

⁶¹ Çadırcı, *age.*, s.191 vd.

bulunmuştur. Normal koşullarda şer'îye mahkemelerinin görev ve yetkisi dâhilinde bulunan hırsızlık, adam öldürme, eşkiyalık gibi suçları işleyenlerin yargılanmaları, gerek görüldükçe bu mecliste de yapılmaktaydı. Daha sonra bu meclisin; gerek yeni yasaların hazırlanması, gerekse Tanzimatın uygulanmasının sağlanması gibi önemli ve yoğun iş yükü karşısında, bu tür yargılamalar tekrar yerel mahkemelerde yapılmaya başlandı. Ancak bu kez Meclis-i Vâlâ'yı, *temyiz mercii* konumunda görmekteyiz⁶². Yerel mahkemelerin; adam öldürme, hazine gelirlerini zimmete geçirme gibi önemli davalara ilişkin kararları, Meclis-i Vâlâ'da bir kez daha görüşülmeden kesinleşmezdi⁶³.

Meclis-i Vâlâ'ya tanınan bu yargı yetkisi, tartışma konusu olmamıştır. Zira, Divan-ı Hümayun'un gücünü ve önemini kaybetmesinden sonra onun mirasçısı olarak ortaya çıkan bu meclis, Divanın yargısal yetkilerini de kullanan bir meclis olmuştu. Ehl-i örf denilen üyeleri dışında bir de ehl-i şer denilen üyesinin (kazaskerin) bulunması⁶⁴ bu meclisi, örfi ve şer'î yargı konularında yetkili kılmaktaydı.

2- Meclis-i Âlf-i Umûmî'nin Kuruluşu

Bu meclis; Tanzimatın ilânı ile birlikte kurulmuş olup, sadrazamın başkanlığında, devletin üst düzey görevlileri ile Meclis-i Vâlâ üyelerinin katılımı ile oluşan yüksek bir danışma ve karar organıdır⁶⁵.

Mecis-i Umûmî'nin görev ve yetkilerinden biri de, Meclis-i Vâlâ'nın çalışmalarını kontrol etmek ve denetlemektir⁶⁶. Meclis-i Vâlâ'da, gerek bidâyeten ve gerekse istinafen görüşülüp karara bağlanan davalar, Mecis-i Umûmî'nin önüne getirilir ve burada tekrar görüşülerek alınan kararlar Padişahın onayına sunulurdu⁶⁷. Meclis-i Vâlâ üyelerinin atanmasında da söz sahibi olan Mecis-i Umûmî, gerek kurumsal yapısı ve gerekse işleyişi itibarıyla sürekli toplanan bir kurul değildi. Bu kurul, zaman zaman toplanarak, Meclis-i Vâlâ'nın kararlarını ve gündemindeki diğer konuları görüşürdü.

⁶² Seyitdanhoğlu, *age.*, s.119-120.

⁶³ Çadırcı, *age.*, s.190.

⁶⁴ Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâmı Adliye'nin üyeleri için bkz., Çadırcı, *age.*, s.186.

⁶⁵ Seyitdanhoğlu, *age.*, s.67 vd. ; Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.157.

⁶⁶ Meclis-i Âlf-i Umûmî'nin görev ve yetkileri için bkz., Seyitdanhoğlu, *age.*, s.71 vd.

⁶⁷ Seyitdanhoğlu, *age.*, s.72 ; Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.157.

Dolayısıyla, Tanzimat ilkelerinin uygulanmasında Meclis-i Vâlâ'nın daha etkin rol oynadığını belirtmeliyiz⁶⁸.

3- Yargı Yetkisi Kullanan Bazı Meclislerin (Kurulların) Ortaya Çıkması

Tanzimatın ilk yıllarında Meclis-i Vâlâ dışında, yargı yetkisi kullanan başka meclisler de bulunmaktaydı. Tanzimattan önce başlayan, Avrupa ile ticari ilişkilerin gelişmesi sonucunda Batının bazı ticari gelenek ve kuralları, Osmanlı Devleti'nde de yerleşmeye başlamıştı. Tüccarlar, aralarında çıkan uyuşmazlıkları, kendilerinin seçtikleri kişilerden oluşan özel meclislere havale etmeye başlamışlardı. Şer'i kurallara dayanmak zorunda olmayan bu meclisler, önüne gelen uyuşmazlıkları, ticari geleneklere ve zamanın yeni anlayışlarına göre çözmek yoluna giderlerdi. Bu suretle, şer'i hukukun ve yargı sisteminin yetersizliğinden doğacak sorunlar, giderilmeye çalışılmıştı. Tanzimat döneminde (1840 tarihinde) bu meclislere resmi bir şekil verilerek, Ticaret Nezaretine bağlı olmak üzere bir "ticaret meclisi" (ticaret mahkemesi) teşkil olundu⁶⁹.

Bundan başka, yine 1840(1256) tarihinde Maliye Nezaretinde "Meclis-i Muhasebe" denilen bir meclis oluşturularak, sarraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklara bakmakla görevlendirildi. Aynı yıl, *liman reisinin* başkanlığı altında oluşturulan diğer bir meclis de, deniz ticaretinden doğacak uyuşmazlıklara bakacaktı. Ayrıca 1847(1263) tarihinde taşrada, ticari nitelikteki uyuşmazlıklara bakmak üzere özel meclisler oluşturuldu⁷⁰.

Yargı teşkilâtında yapılan bir diğer yenilik, 1854(1270) tarihinde İstanbul'da oluşturulan "Meclis-i Tahkik" adlı kuruldur⁷¹. Bu kurul, bütün ceza sorunlarıyla uğraşır ve haftanın belli günlerinde toplanarak, ceza yargılaması yapardı⁷². Daha sonra eyaletlerde de oluşturulan bu kurulların başkanı vali, üyeleri ise kadı ile eyalet meclisi üyeleri arasından veya dışardan, vali tara-

⁶⁸ Seyitdanlıoğlu, *age.*, s.74.

⁶⁹ Belgesay, *agm.*, s.213-214 ; Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.150-151.

⁷⁰ Belgesay, *agm.*, s.214.

⁷¹ Meclis-i Tahkikat'ın kuruluş tarihi hususunda farklı bilgiler için bkz., Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.139-140.

⁷² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.140 vd.

fından seçilen kişilerdi. Bu kurulların (mahkemelerin) verdiği hükümler - ölüm cezası dışında- kesindi ve hemen yerine getirilirdi. Ölüm cezasını gerektiren hususlarda ise, kurulun başkanı olan vali tarafından, toplanan deliller Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'ye (İstanbul'a) gönderilirdi ve bu meclisin ölüm cezası vermesi halinde kararın kesinleşmesi ve yerine getirilmesi için padişahın onayı gereklidi⁷³.

Ceza yargılaması yapmak üzere oluşturulan meclis-i tahkikat adlı kurulların dışında, Osmanlı vatandaşları ve yabancıların her tür ceza davalarına bakmak üzere "*karma ceza mahkemeleri*" oluşturuldu. 1847 yılında kurulan ve "kurul" niteliğinde olan bu mahkemelerde görev yapacak olan üyelerin yarısı büyükelçilikler veya konsolosluklarca, diğer yarısı da Osmanlı Devleti tarafından seçilecekti⁷⁴. Tanzimatın ilânından hemen sonra ortaya çıkan bu meclisler (ya da mahkemeler); yargısal görev ve yetkilere sahip olmalarına karşın, karmaşık ve yargılama tekniğine uymayan bir yapıdaydı. Genellikle yönetsel görevlerde bulunan memurlardan oluşan bu meclislerde⁷⁵; halkın temsilcisi sayılabilecek kişiler, şeriatın temsilcisi kadı ve hatta yabancı uyruklu kişiler de görev yapmaktaydı.

Hukuk sistemindeki ve yargı teşkilâtındaki yetersizlik sonucunda; Tanzimatın ilk yıllarından itibaren gerek ticaret gerekse ceza davalarına bakmak üzere, pratik ihtiyaçların zorlamasıyla ortaya çıkan bu yargı kurumlarının varlığı, önemli bir yenilikti. Zira, Tanzimata kadar devam eden geleneksel tek kadıdan oluşan sistemin dışında, çok üyeli yargı kurumları yargısal yaşama girmişti. Bu kurumların oluşumu, şer'îye mahkemelerinin görev ve yetki alanlarını önemli ölçüde daraltmıştı. Tanzimat döneminde şer'îye mahkemeleri, yargısal yaşamı tümüyle kontrol eden yargı kurumu olmaktan çıkmıştı. Ancak, bu gelişmeler, Tanzimat döneminde yargı teşkilâtına ilişkin sorunları ortadan kaldırmaya yetmedi. Bu dönemdeki yeni yargı kurumları-

⁷³ Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.150; Bozkurt, *Batı Hukukunun*, s.116.

⁷⁴ Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, 8.bası, Savaş yay., Ankara, 1996, s.297.

⁷⁵ Belgesay, *agm.*, s.214.

nın karmaşık yapısı ve işleyişi; yargı teşkilâtında esaslı bir düzenlemeyi gerekli kılmaktaydı⁷⁶.

4- Ticari Yargı Alanındaki Gelişmeler

Tanzimat dönemine kadar Osmanlı yargı teşkilâtının temelini oluşturan şer'îye mahkemeleri⁷⁷, Tanzimattan sonra da varlıklarını korumuşlardı. Esasen bu mahkemelerin kaldırılarak yerine yeni ve modern mahkemeler kurmak olanaksızdı. Çünkü bu dönemde yapılan kanunlaştırma hareketleri sonucunda, nasıl ki, yeni ve tek bir hukuk sistemi oluşturulamamış ve geleneksel hukukun varlığı tartışma konusu bile edilememiş ise, aynı şekilde şer'îye mahkemelerinin kaldırılması da düşünülmemiş ve İslam hukukunu uygulayan mahkemeler olarak varlığını sürdürmüştür. Diğer yandan, Tanzimat dönemi yenileşme hareketleri, devletin temelinde hakim olan geleneksel anlayışı değiştirmiş değildi. İslam hukuku, devletin temel yasası olma niteliğini devam ettirmekteydi. Dolayısıyla, bu temel yasayı uygulama mevkiinde bulunan şer'îye mahkemeleri, Tanzimat döneminde de önemini ve varlığını korumuşlardı. Ancak bu mahkemelerin, yeni koşulların ortaya çıkardığı sorunları karşılamaktan uzak kalması, ticari yargı alanında yeni yargı kurumlarının doğuşuna ortam hazırlamıştı.

a) Ticaret Mahkemelerinin Ortaya Çıkış Süreci

Ticaret mahkemeleri, belirli bir gelişim süreci sonunda kurulmuştu. II. Mahmut döneminin sonlarından itibaren, özellikle Batılı ülkelerle yapılan ticaret sözleşmelerine bağlı olarak artan ticari ilişkiler, çeşitli hukuksal sorunları da beraberinde getirmişti. Avrupa usul ve teamüllerine yabancı olan kadılar, bu sorunları çözecek mesleki donanıma sahip değillerdi⁷⁸. Bu nedenle daha o devirde ticaret davaları, tüccarlar tarafından seçilen kişilerden oluşan ve yargılama işleriyle meşgul olan özel meclislerde görülmekteydi. Pratik ihtiyaçların zorlamasıyla, şer'îye mahkemelerinin dışında fiili bir du-

⁷⁶ Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi (Islahat Fermanı Devri, 1861-1876)*, C.VII, 4.bası, TTK. yay., Ankara, 1988, s.164.

⁷⁷ Daha önce de belirttiğim gibi, Tanzimat dönemine kadar Osmanlı yargı teşkilâtı, esas itibarıyla şer'îye mahkemelerine dayanmaktaydı. Bu mahkemelerin dışında, zimmilerin özel hukuk alanındaki bazı işlerini gören ve kendi kiliseleri içinde çalışan cemaat mahkemeleri ile kapitülasyonlar gereği çalışan konsolosluk mahkemeleri bulunmaktaydı.

⁷⁸ Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.50.

rum olarak ortaya çıkan bu meclisler; ticari uyuşmazlıkları çözerken dinsel hukuk ile bağlı değillerdi. Burada uyuşmazlıklar, ticari yaşamın kurallarına ve teamüllerine göre çözülmekteydi. Daha sonra bu tür uyuşmazlıklar, kısmen esnaf loncalarında kısmen de İhtisap Nezaretinde görülmeye başlandı.

Avrupa ile ticaretin ve buna bağlı olarak uyuşmazlıkların artması üzerine, ticari yargılama alanında ortaya çıkan bu özel nitelikteki meclislere resmi bir şekil verilmek istendi ve Tanzimatın hemen öncesinde 1838 yılında Hariciye Nezaretine bağlı olarak hariciye müsteşarının başkanlığı altında beş üyeden oluşturulan “*Umur-u Nafta meclisi*”, ticari davalara bakmakla da görevli ve yetkili kılındı⁷⁹. Ticaret Nezareti (bakanlığı) kurulduktan sonra, 1840 yılında bu nezarete bağlı olarak bir “*ticaret meclisi*” (mahkemesi) oluşturuldu. Bu meclisin başkanı ticaret nazırı (bakanı), üyeleri ise esnaf loncalarınca seçilen *muhtar* ile ilgili yabancı tüccarların konsolosları (*şehbender*) idi. Böylece yabancı tüccarlar, gerek müslüman tüccarlarla gerekse müslüman olmayan tüccarlarla olan uyuşmazlıklarında kendilerini mahkemede temsil ettirme olanağına kavuştular⁸⁰.

Aynı yıl yani 1840 (1256) yılında, ticari uyuşmazlıklara bakmak görev ve yetkisine sahip başka meclisler de oluşturulmuştu. Maliye Nezaretine bağlı olarak kurulan “*Meclis-i Muhasebe*”, sarraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara bakmakla görevli bir meclisti⁸¹. Deniz ticaretinden doğan uyuşmazlıklar ise, *liman reisinin* başkanlığı altında kurulan özel bir mecliste görülmekteydi. Ayrıca, ticari mahiyetteki uyuşmazlıklara bakmak üzere taşrada da özel meclisler teşkil olunmuştu⁸².

Tanzimat sürecinin başladığı yıllarda ticari yaşamdaki sorunlara bakmak üzere oluşturulan ve yargı yetkisi kullanan bu meclisler, yeni yargı kurumlarına duyulan ihtiyacı gideremedi. Çünkü bu meclisler, bilimsel esaslara göre kurulmuş gerçek mahkemeler niteliğinde değillerdi. Uyuşmazlıklara doğrudan doğruya değil, ancak Ticaret Nezaretinin havalesiyle bakabilirlerdi. Bu meclislerde dava açacak olan kimse öncelikle karşı tarafın bu yüzden uğrayacağı zararları karşılamakla yükümlüydü.

79 **Bozkurt**, *Batı Hukukunun*, s.155; **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.101.

80 **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.151.

81 **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.102.

82 **Belgesay**, *agm.*, s.214.

b) Ticaret Mahkemelerinin Kuruluşu

Tanzimat sürecinin başladığı yıllarda ortaya çıkan ticaret meclisi, mevcut yapısı ve işleyişi ile yargısal yaşamdaki boşluğu doldurmada yetersiz kaldı. Yabancı devletlerin de baskıları ile ticaret meclisi, 1848 yılında geliştirilerek “karma ticaret mahkemesi” haline dönüştürüldü. Bu mahkeme, ticaret nazırının (bakanının) veya yardımcısının başkanlığında 14 üyeden kuruluyordu. Bu üyelerin yarısı (yedisi) Osmanlı teb’ası tüccarlar arasından Osmanlı Devleti tarafından atanacak, diğer yarısı da Osmanlı Devleti’nde yerleşik yabancı tüccarlar arasından yabancı devletler tarafından atanacaktı. Bu suretle oluşturulan karma ticaret mahkemesi, her perşembe toplanacak ve yabancılarla Osmanlılar arasındaki ticaret ve hukuk davalarına bakacaktı. Karma ticaret mahkemeleri daha sonra (1849 yılında) İzmir, Beyrut, Selânik ve Kahire gibi önemli ticaret merkezlerinde de kuruldu. Bu mahkemelerin bulunmadığı vilayetlerde ise, ticaret davalarına eyalet meclislerinde (mahkemelerinde) bakılmaktaydı⁸³.

1850 (1266) yılında çıkartılan “*Ticaret Kanunu*”⁸⁴ ile ticari yargının önemi daha da arttı. Bu kanun, mevzuat açısından ticari yaşamı bir düzene kavuşturdu ve daha önce ticari teamül kurallarının uygulanmasının yarattığı keyfiliğe son verdi. Ancak, bu kanunu uygulayacak olan karma ticaret mahkemeleri, örgütlü ve kurumsal bir yapıdan uzaktı ve gerçek birer mahkeme niteliğinde değillerdi. Bu mahkemelerin üyeleri yargıç olmadığı gibi, başkanını da aynı zamanda yönetsel bir görevde bulunan bir kişi (ticaret bakanı veya yardımcısı) idi. Yönetim ve yargı kuvvetlerinin iç içe geçmesi sonucunu doğuran bu yapı, Ticaret Kanununun kabulünden sonra yeni ve düzenli bir yargı teşkilâtına duyulan ihtiyacı daha da arttırdı.

1850 tarihli Ticaret Kanununun kabulünden sonra ortaya çıkan ihtiyaçların karşılanması ve bu kanunun ülke genelinde uygulanmasını sağlamak amacıyla gerçek anlamda yeni mahkemeler kurmak yolundaki ilk adım, 30 Nisan 1860(9 Şevval 1276) tarihli “*Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyil*” adlı yasanın⁸⁵ çıkarılmasıyla atılmıştır. Bu yasa ile; ticaret mahkemele-

⁸³ **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.151; **Bozkurt**, *Batı Hukukunun*, s.156.

⁸⁴ 1850 (1266) tarihli “Ticaret Kanunu”nun metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.375 vd.

⁸⁵ 1860 (1276) tarihli “Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyil” adlı yasanın metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.445 vd.

rinin örgütü, Fransız örneğine uygun olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlendi⁸⁶. Bu suretle, tüm tüccarları ve ticari davaları kapsayan ve daha geniş yetkili, düzenli ticaret mahkemeleri kuruldu.

Bu yasaya göre kurulacak olan mahkemeler iki derecelidir. Bunlardan birincisi: Merkezde ve padişahın uygun gördüğü sayıda ve yerlerde kurulacak olan ticaret mahkemeleri (meclisleri)dir. Bu mahkemeler; devletçe atanan bir başkan ve iki sürekli üye ile, tüccarın seçtiği dört geçici üyeden kuruluyordu⁸⁷. Kıyılardaki her ticaret mahkemesi, biri kara ticareti kısmı diğeri deniz ticareti kısmı olmak üzere iki bölüme ayrılacaktı⁸⁸. Yine bu yasaya göre(md.1); ticaret mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde “*Umur-u Mülkiye Meclisleri*” ticaret davalarına bakmakla görevlendiriliyordu. İkincisi: “*İstinâf-ı Deâvi-i Ticaret Divanı*” denilen ve bir nevi yüksek mahkeme niteliğinde olan İstanbul’daki ticaret mahkemesidir. Bu mahkeme, üç daireye ayrılmıştı. Birinci daire yabancılar ile Osmanlılar arasındaki davaları, ikinci daire yalnız Osmanlılar arasındaki kara ticaretini ilgilendiren davaları, üçüncü daire ise deniz ticaretinden doğan davaları görmekle görevlendirilmişti⁸⁹. Her bir daire; bir başkan, bir başkan yardımcısı ile dört devamlı ve sekiz geçici üyeden oluşmaktaydı. Bu mahkeme; İstanbul’daki ticaret davalarına ilk derece mahkemesi olarak bakacak, taşra ticaret mahkemelerinden verilen kararları da *istinâfen* inceleyebilecektir(md.36). Bu suretle, 1850 Ticaret Kanunu’nun bütün ülkede aynı şekilde uygulanması sağlanmış olacaktır.

Ticaret mahkemelerindeki yargılama usulü hakkında, 1861 yılına kadar özel bir düzenleme mevcut değildi. Bu tarihe kadar geleneksel yargılama usulü, geçici olarak uygulanmaktaydı. 1861(1278) tarihinde çıkarılan “*Usul-i*

86 **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.105.

87 Ticaret mahkemelerinin geçici üye sayısı önce, 5 Nisan 1893(1309) tarihli yasa ile ikiye indirildi; daha sonra, 28 Nisan 1910(1326) tarihli yasa ile de tümüyle kaldırılarak, teşkilatları diğer nizami mahkemelerin teşkilatlarına benzetildi. **Belgesay**, *agm.*, s.214.

88 **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.151; **Cin**, *age.*, s.30.

89 1915 yılına kadar, yabancılar ile Osmanlılar arasındaki ticari davalara bakan İstanbul ticaret mahkemesinin birinci dairesinde; kapitülasyonlar gereği, mahkemede davacı veya davalı olarak bulunan yabancıların mensup olduğu devlet konsolosu tarafından seçilen iki üye de mahkeme heyeti içinde yer alarak, yargılamaya ve hükme katılırdı. 1915(1331) tarihli yasa ile kapitülasyonlar kaldırıldığından, mahkemenin birinci dairesinin bu özel ve istisnai yapısı da ortadan kalkmış oldu. **Belgesay**, *agm.*, s.214-215.

*Muhakeme-i Ticarete dair Nizamname*⁹⁰ ile, bu mahkemelerde uygulanmak üzere özel bir yargılama usulü getirildi ve ticaret mahkemelerinin nasıl çalışacağı düzenlendi.

1864(1281) tarihli “*vilayet nizamnamesi*” ile her vilayette birer “meclisi ticaret” teşkil edilince(md.23-24), ticaret mahkemelerinin teşkilâtı yurt genelinde yayılmış oldu. Ticaret Nezaretine bağlı olarak çalışan bu mahkemeler, 1876’dan sonra Adliye Nezaretine bağlandı⁹¹.

Bu noktada belirtmeliyim ki; ticari yaşam ile ilgili getirilen tüm bu yasal düzenlemeler, ayrı bir ticari yargı sistemi vücuda getirmiş ve şer’iye mahkemelerinin bu alandaki yetkilerini daraltmış olsa da, bu düzenlemeler; genel mahkemeler niteliğindeki şer’iye mahkemelerinin ticari davalara bakmasını yasaklamış değildi. Davacı isterse, bir ticari uyuşmazlığı ticaret mahkemesi yerine şer’iye mahkemesine götürme olanağına sahipti. Ancak, ticaret mahkemesinde bir karar ile sonuçlandırılan davalarda, şer’iye mahkemelerinin yargılama yetkisi mevcut değildi⁹².

5- Nizamiye Mahkemeleri (Kuruluşu, Görev ve Yetkileri)

Nizamiye mahkemeleri, “nizamname” yani yasa ile kurulmuş olan mahkemelerdir. Diğer bir deyişle, bu mahkemeler örfi tasarruf ürünü olan kurumlardır. Şer’iye mahkemeleri ise, kökeni Medine Site Devletine kadar uzanan, tarihsel süreç içerisinde geleneksel olarak Osmanlı Devleti’ne geçen ve Tanzimat dönemine kadar yargı teşkilâtının temelini oluşturan kurumlardır. Bu açıdan bakıldığında; Tanzimatın ilk yıllarından başlayarak ortaya çıkan ve yargısal görevlerde bulunan bütün meclis veya mahkemeleri, nizamiye mahkemeleri olarak ifade etmek olanaklıdır. Ancak, XIX. yüzyılın ilk yarısında Avrupa ile artan ticari ilişkilere bağlı olarak, ticari yargı alanı ayrı ve özel olarak düzenleme konusu yapılmış ve bu suretle oluşturulan mahkemeler, “ticaret mahkemeleri” olarak ifade edilmiştir. Bu mahkemelerin dışında ve yine yasa ile oluşturulan mahkemelere de “nizamiye mahkemeleri” denilmiştir.

⁹⁰ 1864(1278) tarihli “Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname”nin metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.780 vd.

⁹¹ Bkz., 1876 Kanun-i Esasi, md.81-91.

⁹² *Belgesay, agm.*, s.214.

a) Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu

Nizamiye mahkemelerinin kuruluşunda, siyasal ve hukuksal etkenlerin önemli rol oynadığı görülmektedir. Osmanlı hukuk sistemindeki dağınıklık ve bu hukuku uygulama mevkiinde bulunan kadıların, uygulanacak hukuk kuralını bulmaktaki yetersizlikleri⁹³, çeşitli karışıklıklara ve Batılı ülkelerin tepkilerine yol açmaktaydı. Ülkedeki gayrimüslimleri korumak düşüncesiyle hareket eden Batılı ülkeler, hukukun belirgin hale getirilmesi ve ihtiyaç duyulan yeni düzenlemelerin yapılması için, Osmanlı Devleti üzerinde baskı uygulamaya başladılar. Kanunlaştırma sürecine girilmesinde, bu baskıların önemli rol oynadığı muhakkaktır⁹⁴. Kanunlaştırma hareketleri sonucu oluşan hukuk sistemi, yeni bir yargı teşkilâtının doğuşunu hazırlamıştır. Diğer bir deyişle, genel olarak “nizamiye mahkemeleri” olarak ifade olunan yeni yargı kurumlarının oluşturulmasında da dış etkilerin önemli rol oynadığını söyleyebiliriz⁹⁵. Ancak, nizamiye mahkemelerinin kuruluşunda görülen dış baskı, bu mahkemelerin geliştirilmesi çabalarında görülmemektedir. Nizamiye mahkemelerinin kuruluşunun tamamlanması ve görev ve yetki alanlarının belirlenmesi için yapılan düzenlemelerde, daha çok, ülkenin içinde bulunduğu koşullar ve ihtiyaçlar önemli rol oynamıştır.

Nizamiye mahkemeleri denilen bu yargı kurumlarının kurulması için büyük çabalar sarfeden Ahmet Cevdet Paşa'ya⁹⁶, ulemeden bazıları, “bunca mehâkim-i şer’iyye var iken mahâkim ve mecâlis-i nizâmiyye tertibine ne hâcet var idi” diyerek tepki göstermişlerdi. O günün koşullarında, oluşturulmaya çalışılan yeni yargı sisteminin akim kalması sonucunu doğurabilecek olan bu tepkileri nötralize etmek isteyen A.Cevdet Paşa, bunun için Celâlüddin Devvânî'nin “*Divân-ı Def-i Mezâlim*” isimli risâlesinden yararlanma yoluna gitmiştir. Bir hukukçu olduğu kadar siyasetçi de olan A.Cevdet Paşa, karşıtlarını; kendisinin ortaya koyacağı delillerle susturmak yerine, Osmanlı ulemasınca iyi tanınan Devvânî'nin ismini ve risâlesini kullanarak susturmayı tercih etmiştir. Bu eserde (risâlede) özetle; Abbasi halifeleri devrinde, şer’iye mahkemelerinin dışında örfî yolla kurulan mezâlim

93 **M.Âkif Aydın**, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s.128 vd.

94 **Veldet**, *age.*, s.168.

95 Bkz., **Fethi Gedikli**, *Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu, Yapısı ve Hukuk Yargılama Hukuku*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1989, s.17 vd.

96 **Aydın**, *Bir Hukukçu*, s.27.

mahkemelerinin gerekliliği ve bu mahkemelerin İslâm hukukuna uygunluğu ortaya konulmaktadır. Sonuçta Cevdet Paşa,

“ol vakit dahi mehâkim-i şer’iyyeden başka divân tertibine ne derecelerde şiddet-i lüzûm var imiş. Şimdi ise ticâret ve mu’âmelat pek ziyâde tekessür etti ve memâlik-i mahrûse’nin ne derecelerde vüs’ati var. Buraları mütâlâ’a ve muvâzene olunduğu halde Devlet-i Aliyye’de divân teşkiline ne derecelerde mecburiyet olduğu meydana çıkar”

diyerek, yeni yargı kurumlarına duyulan ihtiyacın önemini belirtmiştir⁹⁷. Bu cevap, yeni yargı kurumları oluşturulmasının önündeki tepkisel güçlüklerin aşılması sonucunu doğurdu.

Osmanlı Devleti, nizamiye mahkemelerini kurmakla birlikte şer’iye mahkemelerini kaldırmayı düşünmemiş ve bir kısım davaları şer’iye mahkemelerine bırakmak suretiyle yargı teşkilâtında ikici bir yapı vücuda getirmişti⁹⁸. Nizamiye mahkemelerinin kuruluşu, geleneksel düşünce mensuplarınınca tepkiyle karşılanmıştı ancak, bu kesimi rahatsız eden daha önemli bir nokta, hukukun laisize edilmesi kuşkusuydu. Yoksa, ahkam-ı ilahiyeye (dinsel hukuka) riayet edildiği sürece, bu hukukun uygulanmasına, şer’iye ya da nizamiye mahkemelerinin memur edilmesinin fazla bir önemi yoktu⁹⁹.

Nizamiye mahkemelerinin kuruluşu yolunda ilk adım, 1864(1281) tarihli “*Vilayet Nizamnamesi*”¹⁰⁰ ile atılmıştı. Bu nizamnameye göre Osmanlı Devleti yeni bir yönetsel bölümlenmeye tabi tutulmaktaydı. Buna göre devlet vilayetlere, vilayetler liva veya sancaklara, sancaklar kazalara, kazalar nahiyelere ve nahiyeler de köylere ayrılmaktaydı¹⁰¹. Bu mülki bölümlenmeye

⁹⁷ Cevdet Paşa, *Tezakir (40-Tetimme)*, s.90.

⁹⁸ Yusuf Ziya Özer, *Adalet Teşkilatının Tarihi Tekamülü*, HİYK., Konferanslar Serisi 11, Ankara, 1936, s.7 vd.

⁹⁹ Bkz., Yusuf Hikmet Bayur, *Türk İnkılap Tarihi*, AKDITYK., TTK. yay., C.III, Kısım:IV, 3.bası, Ankara, 1991, s.377 vd.

¹⁰⁰ 1864(1281) tarihli “*Vilayet Nizamnamesi*”nin metni için bkz., *Düster*, 1.tertip, C.I, s.608 vd.

¹⁰¹ Bu nizamname, ülkenin bütününde doğrudan doğruya yürürlüğe konulmadı. Niş, Silistre ve Vidin birleştirilerek “Tuna Vilayeti” adı altında yeni bir vilayet kuruldu, Mithat Paşa da vali olarak atandı. Daha sonra, uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi amacıyla 1870(1286) tarihinde yeni bir vilayet nizamnamesi kabul edildi. Ancak, ülke genelinde uygulanabilecek bir düzenlemeye gidilemedi. 1876(1293) Anayasasında da vilayet idare-

uygun olarak, yargı teşkilâtı da yeniden düzenlendi ve şer'îye mahkemeleriyle ticaret mahkemelerinin dışında yeni yargı kurumları oluşturuldu. Buna göre; her bir nahiyede bir *sulh meclisi (ihtiyar meclisi)*, her kaza merkezinde bir *dava meclisi (meclis-i deavi)*, sancak merkezlerinde biri hukuk diğeri ceza işlerine bakmak üzere *meclis-i temyiz-i hukuk ve meclis-i cinayet*, bu mahkemelerin yükseği olarak her vilayet merkezinde de *meclis-i temyiz-i hukuk ve meclis-i kebir-i cinayet* adlarıyla istinaf mahkemeleri teşkil olundu. Daha sonra, vilayet mahkemelerinin iki dairesi birleştirilerek adına *divan-ı temyiz* denildi¹⁰².

Teşkil olunan bu yeni mahkemelerde toplu yargıç usulü kabul edilmişti¹⁰³. Nahiyelerdeki sulh meclisi, toplumdaki her sınıf arasından seçilecek en az üç en çok oniki üyeden kurulacaktır. Nahiyenin imamı ile müslüman olmayan halkın ruhani reisleri, bu meclisin doğal üyesi bulunacaklardır. Kazalardaki dava meclisleri, kadı'nın başkanlığında, üçü müslüman üçü de müslüman olmayanlar arasından olmak üzere halk tarafından seçilen altı üyeden oluşacaktır. Sancaklardaki hukuk ve cinayet temyiz meclisleri, yine kadı'nın başkanlığı altında altı (kadı ile birlikte yedi) üyeden kurulacaktır. Kaza dava meclislerinde olduğu gibi bu meclislerde de, müslüman olan ve olmayanlar arasından eşit sayıda olmak üzere halk tarafından seçilen altı üye olacaktır. Ayrıca, devlet tarafından atanan ve hukuk işlerinden anlayan bir de memur bulunacaktır. Vilayetlerdeki büyük hukuk ve cinayet temyiz meclislerinin kuruluşu da aynıdır. Ancak bu meclis, yargıçlar müfettişi sıfat ve yetkilerini taşıyan yüksek bir yargıcın başkanlığı altında toplanacaktır¹⁰⁴.

si ile ilgili hükümler bulunmaktaydı. Ne var ki, 108-110. md.lerde belirtilen yasal düzenlemeler yapılamadan 1878 yılında meclisler feshedildi. İkinci Meşrutiyetin ilanından sonra bu konu tekrar ele alınmış, fakat bu kez de Balkan savaşlarının araya girmesi ve meclisin feshedilmesi üzerine vilayetler yasasının çıkarılması gerçekleşmedi. Ancak bu konuda hazırlanmış olan tasarı; Anayasanın değiştirilmiş 36.md.sine dayanılarak geçici bir yasa niteliğinde olmak üzere, kararname halinde ilan edilmiş, 1929 tarih ve 1426 sayılı "Vilayet İdaresi Kanunu" kabul edilinceye kadar yürürlükte kalmıştır. Bkz., **Coşkun Üçok**, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 5.bası, AÜHF. yay., Ankara, 1972, s.190-191.

¹⁰² **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VII, s.167; **Belgesay**, *agm.*, s.215 ; **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.164 vd.

¹⁰³ **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.218.

¹⁰⁴ **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VII, s.167-168.

1864 tarihli “Vilayet Nizamnamesi” ile, kaza, sancak ve vilayetlerde kurulan meclisler (mahkemeler) arasında bir hiyerarşi bulunmaktaydı. Sancak merkezinde kurulan “meclis-i temyiz”, o sancağa bağlı bulunan kazalardaki “meclis-i deavi”lerin temyiz mercii konumunda idi. Sancak merkezindeki uyuşmazlıklar bakımından ise “meclis-i temyiz”, “deavi meclisi”nin yerini tutardı. Vilayet merkezinde kurulan “divan-ı temyiz”de de, o vilayete bağlı bulunan sancaklardaki “meclis-i temyiz”lerde verilmiş olan kararlar temyiz edilecekti. Daha sonra bu nizamnamenin mahkemeleri ilgilendiren kısmı, 1869(1286) ve 1871(1288) tarihli nizamnamelerle¹⁰⁵ tamamlanmış ve en son 1879(1296) tarihli “*Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilat Kanunu*”¹⁰⁶ ile nizamiye mahkemeleri kesin olarak teşkilâtlandı. Bu kanuna göre; sancak merkez kazası dışında her kazada bir “*kaza bidayet mahkemesi*”, vilayet merkez sancağı dâhil her sancakta bir “*merkez bidayet mahkemesi*” ve her vilayet merkezinde de bir “*istinaf mahkemesi*” kurulmuştu. Aynı tarihli bir fermanla¹⁰⁷ da, “deavi meclisi”nin adı “*kaza bidayet mahkemesi*”, “meclis-i temyiz”in adı da “*mahkeme-i temyiz*” olarak değiştirilmişti. Yapılan bu düzenlemelerle, adalet işleri yönetim işlerinden kesin olarak ayrılmıştır¹⁰⁸.

b) Nizamiye Mahkemelerinin Görev ve Yetkileri

Dinsel hukukun dışında kalan yasaları uygulamak üzere kurulan nizamiye mahkemelerinin en önemli özelliği; toplu yargıç usulüne dayanması ve üyelerinin yarısı müslüman, diğer yarısının da gayrimüslim olmasıdır. Bu yapısı ile nizamiye mahkemeleri, laik karakterli yargı kurumları gibi görünmektedir. Gerçi bu mahkemelerin üyelerinin belirlenmesinde etken olan inanç ölçütü, laik yargı anlayışı ile bağdaşmadığı söylenebilir. Ancak, Osmanlı Devleti’nde bugünkü anlamda hukuksal vatandaşlık kavramı (ve anlayışı) bulunmadığı, toplumu oluşturan insanların inanç esasına göre sınıflara ayrıldığı ve hukuksal düzenin de bu esaslar üzerine kurulu olduğu düşünülecek olursa; mahkeme üyelerinin –yarısının müslüman, diğer yarısının da müslüman olmayanlar arasından seçilmesi gibi- “inanç ölçütü”ne göre belir-

¹⁰⁵ *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.302 vd.

¹⁰⁶ 1879 (1296) tarihli “Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilât Kanunu”nun metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.235 vd.

¹⁰⁷ Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.703 vd.

¹⁰⁸ Üçok, *Hukuk Tarihi*, s.193.

lenmesinin, laik yargı anlayışı önünde ciddi bir engel oluşturmadığı sonucuna varılabilir. Bu itibarla nizamiye mahkemeleri, müslüman olan ve olmayan halk için müşterek mahkemeler olmuşlardır.

Nizamiye mahkemeleri kurulduktan sonra, şer'îye mahkemeleri ile gayrimüslim toplulukların cemaat mahkemeleri de eskiden olduğu gibi varılmaya devam edecekler ve evlenme, boşanma, miras gibi ahvâl-i şahsiye ile ilgili uyuşmazlıklara dinsel kurallara göre bakacaklardı. Diğer bir deyişle, dinsel kurallara göre çözülmesi gereken uyuşmazlıklarda, nizamiye mahkemelerinin yargı yetkisi mevcut değildi¹⁰⁹. Ayrıca ticari nitelikteki uyuşmazlıklar da, ticaret mahkemelerinde görülmekteydi.

Bunun dışında; 1864 vilayet nizamnamesi ve daha sonraki diğer mevzuat ile ortaya çıkan yargı düzeni içerisinde nizamiye mahkemeleri, genel görevli ve yetkili yargı kurumları konumuna gelmiştir. Şer'îye, cemaat ve ticaret mahkemelerinin görev ve yetkileri dışında kalan bütün uyuşmazlıklar, nizamiye mahkemelerinin görev ve yetki kapsamında bulunmaktaydı¹¹⁰. Hatta ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerdeki ticari uyuşmazlıklara –ticaret kanununa göre- bakma görev ve yetkisi de, nizamiye mahkemelerine aitti¹¹¹.

1879(1296) tarihli “Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilat Kanunu”na göre, nizamiye mahkemeleri arasında bir hiyerarşi bulunmaktaydı ve görev ve yetkiler de buna göre belirlenmişti. İhtiyar meclisleri; köy ve nahiyelerdeki, kabahat ve cünha davalarının dışında kalan ve sulhen tasviyesi kabil olan uyuşmazlara, bir nevi hakem heyeti gibi bakan kurullardı. Bu meclisler; tarafların başvuru ve rızalarıyla ele aldığı uyuşmazlıkları çözerken, varılan sonucu senet ile tesbit ederlerdi. Diğer bir deyişle bu meclislerin kararları, mahkeme kararı (ilâmı) niteliğinde değildi. Kararın geçerliliği ve sonuç doğurabilmesi, tarafların bu karara uymasına bağlıydı¹¹².

¹⁰⁹ Belgesay, *agm.*, s.215.

¹¹⁰ Joseph Schacht, "Mahkeme", *İslam Ansiklopedisi*, C.7, Maarif Basımevi, İstanbul, 1969, s.148.

¹¹¹ Bkz., 1879 tarihli “Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilât Kanunu”nun 10.md.si, *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.236-237.

¹¹² İhtiyar meclislerinin yargı teşkilâtı içerisindeki yeri ve yetkileri, aynı kanunun birinci faslında “devair-i sulhiye” başlığı altında düzenlenmiştir. Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.235-236.

Kazalardaki dava meclisleri(mahkemeleri); değeri beşbin kuruşa kadar olan davalar ile yıllık iradı beşyüz kuruşa kadar olan davaları, kesin olarak, yani istinaf yolu kapalı olarak karara bağlamaya yetkilidir. Bu miktarların üzerindeki davalara ise, istinaf yolu açık olarak bakmaya yetkilidir. Ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerdeki ticaret davalarına - özel kanununa (ticaret kanununa) göre - yine bu mahkemelerde bakılmaktaydı. Kabahat ve cünha türünden olan davalara da bakmaya yetkili olan bu mahkemeler, kabahat davalarını kesin olarak, cünha davalarını da kabil-i istinaf olarak görmekteydi. Cinayet davalarında ise, ilk soruşturma bu mahkemelerde yapılmakta ve nihai karar sancak cinayet meclisinde (mahkemesinde) verilmekteydi. Sancaklardaki hukuk ve cinayet temyiz meclisleri; o sancaktaki davalara bidayet mahkemesi olarak bakmaya, bağlı bulunan kaza mahkemelerinden kabil-i istinaf olarak verilen davalara da istinafen bakmaya yetkilidir. Kaza mahkemelerinin ticari nitelikteki kararları, tarafların müracaat etmesi halinde, sancak ticaret mahkemesinde, eğer ticaret mahkemesi yoksa sancak bidayet mahkemesinde istinaf olunurdu. Ayrıca alelade hukuk davalarında, değeri onbin kuruşa kadar olan davalar ile yıllık iradı bin kuruşa kadar olan davalara da, sancak bidayet mahkemeleri bakılmaktaydı. Kaza mahkemelerinde karara bağlanan fakat değeri takdir olunamayan davalarda aleyhine hüküm verilen taraf, bu hükmün istinafi için, sancak bidayet mahkemesine veya doğrudan doğruya merkez vilayet istinaf mahkemesine müracaat edebilirdi¹¹³.

Vilayetlerdeki hukuk ve cinayet temyiz meclisleri (mahkemeleri) ise; ilgili tarafların müracaatı üzerine, kaza ve sancak mahkemelerinden istinaf yolu açık olmak üzere verilen kararlara, istinafen bakmaya yetkili olan yargı kurumları idi¹¹⁴.

Görüldüğü üzere nizamiye mahkemeleri, hiyerarşik bir yapıda ve kendi içerisinde görev ve yetki sınırları belirlenmiş olarak yargı teşkilâtına dahil olmuşlardı. Ancak, yargısal yaşamla ilgili olarak yapılan düzenlemeler, şer'îye ve nizamiye mahkemeleri arasındaki görev ve yetki karışıklığını sona

¹¹³ Kaza ve sancak (liva) nizamiye mahkemelerinin görev ve yetkileri, aynı kanunun ikinci faslında "hukuk ve ticaret ve ceza bidayet mahkemeleri" başlığı altında düzenlenmiştir. Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.236-239.

¹¹⁴ Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.239 vd.

erdirememişti¹¹⁵. Şer'îye mahkemeleri, görev ve yetki alanlarının çok geniş hatta sınırsız olduğu dönemlerden gelen bir alışkanlıkla neredeyse her davaya bakmaya kendilerini mezun saymışlar ve nizamiye mahkemelerinin vermiş olduğu hükümlere itibar etmeyerek aynı konuda yeniden yargılama yaparak farklı hükümler vermekten kaçınmamışlardı¹¹⁶. Bu karışıklığı gidermek amacıyla çıkarılan 24 Recep 1305 (6 Nisan 1888) tarihli irâde-i seniyye¹¹⁷, mahkemelerin görev ve yetki sorununa biraz açıklık getirdi. Buna göre, talâk, nikâh, nafâka, hıdâne, hürriyet, kısas, diyet, erş-i ğurre, hükümet-i adil, kasame, gaib, mefkûd, vasiyyet, miras davaları mehakim-i şer'iyyede; ticaret, ceza, bilâ devr güzeşte (devredilemeyen faiz) ve nizamen lâzım gelen zarar ve ziyan ve iltizam bedelleriyle kontrato davaları da mehakim-i nizamiyede fasl ve rü'yet edilecektir. Burada sayılanların dışında kalan konularda ise, eğer tarafların ortak rızaları varsa şer'îye mahkemelerinin, yoksa nizamiye mahkemelerinin yetkili olacakları ifade edilmiştir¹¹⁸. Daha sonra çıkarılan 23 Zilkade 1332(21 Ekim 1914) tarihli "*Mehakim-i Şer'iyye ve Nizamiyenin Tefrik-i Vezaiî Hakkında Nizamname*" ile, mahkemelerin görev ve yetki sınırları yeniden düzenlendi¹¹⁹. Bu nizamnamenin ilk maddesine göre; ticaret, ceza, gayri menkullerin tasarruf, intikal ve taksimi, ikraz ve istikraz, güzeşte(faiz), zarar ve ziyan, iltizamlar, imtiyazlar, mukaveleler ve *Kitab-ı Hacir*'den başka hal keyfiyeti Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye veya diğer kanun ve nizamlarla tayin edilen sair maddelere ait davalar mehakim-i nizamiyede rü'yet olunur. Bunların haricinde kalan rakabe-i vakfa, hacr ve fekk-i hacra, vasiyyete, nasb ve azle, vasiye, emval-i eytam ve evkâfın müdâyenatınâ, menkul ve gayrimenkul terekelerin usul-i feraiz ve mevcut kanunlar dairesinde taksimine müteallik olan ve mucib-i tahrir-i terakat aleyhine ikame olunan davalar ile sair hukuk-u şer'iyye davalarına ise, mehakim-i şer'iyyede rü'yet olunacaktır (bakılacaktır). Yine bu nizamnameye göre, tarafların, mahkeme-i şer'iyyece rü'yetine yazılı olarak muvafakat edecekleri davalar da bu mahkemede rü'yet olunur ve bu halde taraf-

¹¹⁵ **Hulusi Yavuz**, *Osmanlı Devleti ve İslâmiyet*, İz Yay., İstanbul, 1991, s.31.

¹¹⁶ Bu konuda ilginç bir örnek için bkz., **Özer**, *age.*, s.8.

¹¹⁷ Söz konusu irâde-i seniyye'nin metni için bkz., **Ahmet Asım, Mahmud Celâleddin**, *Evâmir ve Mukarrerât-ı Şer'iyye Mecmuası*, Dersaadet(İstanbul), 1330(1912), s.134.

¹¹⁸ **Ebul'ulâ Mardin**, "Kadı", *İslâm Ansiklopedisi*, C.6, Maarif Basımevi, İstanbul, 1995, s.45.

¹¹⁹ Nizamnamenin metni için bkz., *Takvim-i Vekayi*, no:1967, 26 Zilkade 1332.

lardan hiçbiri sonradan mehakim-i nizamiyeye müracaat edemez, ederse davası mesmu olmaz (dinlenmez). Nizamnamenin ikinci maddesinde ise, davaya bakacak hâkimler bakımından bir yasak getirilmiştir. Buna göre, adli hâkimlerin, mahkeme-i şer'iyeye aid olan davaları, şer'i hakimlerin de mahkeme-i nizamiyeye aid olan davaları dinlemeleri yasaklanmıştır.

Yapılan bu düzenlemelerle, şer'iyeye ve nizamiye mahkemelerinin görev ve yetki sınırları daha belirgin hale gelmiş ve erş, hıdane, nikâh, talak, nafaka gibi sırf şahsi hukuka ilişkin olan ve yabancıları ilgilendirmeyen işler şer'iyeye mahkemelerine havale edilmiş; nizamiye mahkemeleri ise genel görevli ve yetkili yargı kurumu haline gelmişti. Böylece yabancıların, kadı mahkemelerinden (şer'iyeye mahkemelerinden) vaki olagelen yakınmalarına da mahal kalmamıştı¹²⁰. Ancak, şer'iyeye ve nizamiye mahkemeleri arasındaki görev ve yetki sorunu, yapılan bu düzenlemelerle tümüyle çözüldüğünü söyleyemeyiz. Çünkü bu sorunun asıl kaynağı, hukuk ve yargı sistemindeki çok parçalı yapıdır. Bu nedenle, mahkemeler arasındaki görev ve yetki sorunu, devletin sonuna dek sürmüştür¹²¹.

Tanzimat döneminde oluşturulan yeni yargı kurumları ile, modern bir yargı teşkilâtı vücuda getirme yolunda önemli adımlar atılırken, yargılama hukuku alanında da önemli yenilikler yapılmaktaydı. Daha önce şer'iyeye mahkemelerinde, tek yargıçlı ve basit yargılama usulü geçerliydi¹²². Tanzimat döneminde de (şer'iyeye mahkemelerinde) devam eden bu usul, "sözlülük" esasına dayanmaktaydı. Davalar, bu mahkemeler önüne sözlü olarak getirilebilmekte¹²³ ve tanıklık en önemli kanıt aracı olarak görülmekteydi¹²⁴. Gerçi uygulamada yazılı deliller, temel kanıt aracı olarak ele alınmış ve tanıklık, yazılı delillerin geçerliliğine kuvvet kazandıran bir formalite şeklinde algılanmıştır. Ancak teori, tanıkların sözel tanıklığını esas alarak, yazılı delilleri adeta görmezlikten gelmiştir¹²⁵. Kur'an'ın belirli hususlardaki

¹²⁰ Mehmed Şerif, "Tanzimat Devrinde Adliye Zihniyeti, Teşkilât-ı Adliyye", *Ceride-i Adliyye*, 1/5, Ankara, Mayıs 1338, s.231.

¹²¹ Ekrem Buğra Ekinci, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Kanun Yolları*, (Doktora Tezi), İstanbul, 1996, s.106-107.

¹²² Cin, *age.*, s.26.

¹²³ Gedikli, *age.*, s.49.

¹²⁴ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1966, s.192.

¹²⁵ Yazılı delillerin, uygulamada oynadığı rol için bkz., Schacht, *Islamic Law*, s.82.

yazılı delilleri emretmesi ise¹²⁶ tavsiye olarak kabul edilmiş ve yazılı delillerin içeriği tanıklarca teyit edilmesi halinde delil olabileceği kabul edilmiştir¹²⁷. İslam hukukçularının yazılı deliller konusundaki bu yaklaşımları, bu tür deliller üzerindeki tahrifat ve hile ihtimalinin daha yüksek olması ile izah olunmuştur¹²⁸. Mecelle de “*yalnız hat ve hatm ile amel olunmaz*” diyerek bu anlayışı yasalaştırmıştır. Ancak sultan berâtları, tapu ve mahkeme kayıtları gibi çok iyi korunan belgeler kesin delil olarak kabul edilmiştir¹²⁹.

Tanzimat döneminde yeni yargı kurumları oluşturulurken, geleneksel yargılama usulünde de önemli gelişmeler vukubuldu ve “yazılılık” esası yerleşmeye başladı. Bu yeni yargı kurumlarına (nizamiye mahkemelerine) başvuru, yazılı olmak durumundaydı¹³⁰. Keza deliller konusunda da, yazılı delilleri tercihe doğru bir gelişme sözkonusuydu¹³¹. Bu gelişmeler, Tanzimatın özünü teşkil eden “yasallık, kurallılık” ilkesinin doğal bir sonucuydu.

c) Nizamiye Mahkemelerinin Üst Organı (Divan-ı Ahkâm-ı Adliye)

aa) Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin Ortaya Çıkış Süreci

II. Mahmut döneminin sonlarına doğru, ilânı düşünülen Tanzimat Fermanında yer alacak olan prensiplerin programlanması ve yapılacak olan reformların uygulanması, sürekli bir meclisin varlığını gerekli kılmaktaydı. Bu amaçla (yukarıda da belirttiğimiz gibi), 23 Mart 1837 yılında “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*” (Adalet-Hukuk İşleri Yüksek Kurulu) oluşturulmuştu. Bu meclis ile birlikte aynı tarihte kurulan “*Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âli*” ise, sadrazama danışmanlık yapan yüksek bir kurul idi¹³².

Tanzimatın ilânından sonra bu iki meclis, “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” adı altında birleştirildi. Tanzimatın uygulanmasına nezaret eden,

¹²⁶ Bkz., *Kur'an*, II/282.

¹²⁷ Schacht, *Islamic Law*, s.193.

¹²⁸ İlber Ortaylı, “Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme”, *Bülent N. Esen'e Armağan*, AÜHF. yay., Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s.252 ; Cin, *Akgündüz*, age., s.414.

¹²⁹ Bkz., *Mecelle*, md.1736-1739.

¹³⁰ Gedikli, age., s.49.

¹³¹ Schacht, *Mahkeme*, s.147.

¹³² Seyitdanlıoğlu, age., s.36-37.

yasa ve nizamnameleri hazırlamak suretiyle hükümete yardımcı olan bu meclis, yönetsel yargı yetkisini de muhafaza etmekteydi. Bu meclis, 1854 yılında ikiye ayrılarak, yasa ve nizamname taslaklarını hazırlama görevi, “*Meclis-i Âli-i Tanzimat*” adıyla yeni oluşturulan bir kurula verildi. Eski adıyla varlığını devam ettiren diğer meclis (kurul) ise, sadece yönetsel yargı işlerine bakmakla görevlendirildi. Bu iki meclis, 1861 yılında “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*” adı altında tekrar birleştirildi ve üç daireden oluşan bir kurul haline getirildi. Bu dairelerden biri yönetsel işlerle, diğeri yasama yani yasa ve nizamnameleri hazırlama işleriyle, üçüncüsü de adli ve idari (yönetsel) yargı işleriyle görevlendirildi. Yapılan bu değişikliklerle “*Meclis-i Âli-i Tanzimat*”ın, oluşturulan yeni meclisin bir dairesi haline geldiği anlaşılmaktadır¹³³.

bb) Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin Kuruluşu

Gelişimini kısaca belirttiğimiz bu kurul, yani “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*”, 1868 yılında yeniden düzenlendi ve ikiye ayrıldı. Yasaları hazırlama yetkisi ile yönetsel yargı yetkisine sahip olan meclise “*Şûrây-ı Devlet*”, adli yargı yetkisine sahip olan meclise ise “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*” adı verilmiştir¹³⁴. “*Şûrây-ı Devlet*”, bugünkü “*Danıştay*”ın kökenini teşkil etmektedir. “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*”ye gelince, bu kurum; nizamiye mahkemelerinin üst organı, yani “*Yargıtay*” olarak görev yapmak üzere A.Cevdet Paşa tarafından kurulan yüksek bir mahkemedir¹³⁵.

Bu mahkemenin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen 1868 (1284) tarihli nizamnamenin¹³⁶ giriş kısmında “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*”nin; “*umur-i hukukiyenin hükümet-i icraiyyeden tümüyle tefriki*” yani, yargı ve yürütme kuvvetlerinin tamamen ayrılması için, devletin en yüksek mahke-

¹³³ Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.VI, s.120.

¹³⁴ *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.328 vd ; Divan-ı Ahkâm-ı Adliye hususunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri*, s.178 vd.

¹³⁵ Bir nizamiye mahkemesi olarak “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*”nin kuruluşu sırasında, ulemanın bazılarının tepkisiyle karşılaşan A.Cevdet Paşa, bu tepkileri aşmak için (daha önce de belirttiğim gibi) Celaleddin-i Devvâni'nin “*Divan-ı Def-i Mezalim*” adlı eserinden yararlanmış ve mahkemenin adını da bu eserden yararlanarak koymuştur. Bkz., **Cevdet Paşa**, *Tezâkir (40-Tetimme)*, s.85-91.

¹³⁶ Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin kuruluş ve yetkilerini düzenleyen 1868(1284) tarihli nizamnamenin metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.325-327.

mesi olmak üzere kurulduğu belirtilmektedir. Daha sonra (aynı nizamnamede) “10 madde” halinde bu mahkemenin kuruluşu, görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Bu nizamnamede: “kanunen ve nizamen rüyet olunan (görülen) davalar için en büyük rüyet mahalli olmak üzere *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye* adıyla bir yüksek mahkemenin kurulduğu (md.1); bu divanın, şer’iye, cemaat ve ticaret davaları dışındaki hukuk ve cinayet davalarına bakabileceği, usulen ve nizamen kendisinin bakacağı davalarla, diğer nizamiye mahkemelerinde görülen ve istinafi lâzım gelen davaların tetkikine memur olduğu, şahıs ile hükümet arasında bir iddiaya taallük eden davaların *Şuray-ı Devlet*’e nakledileceği (md.2); alelade hukuk ve ticaret muamelesinden gerek aslen, gerek istinafen en sonraki derecede bir davayı görmeye memur ve mezun olan meclisin mürafaa sureti ve ilâm hükmü hakkında taraflardan birinin itirazıyla divana başvurulduğunda, bu davanın görülme şeklini tetkik ile mürafaa sureti ve hüküm ve ilâmın kanun ve nizama uymadığını görürse, o hükmü ve ilâmı fesh ile tekrar görülmesini ya münfesi ilâmı vermiş olan meclise veya diğer uygun göreceği bir meclise havale edeceği (md.3); divanın ceza ve hukuk davalarını görmek üzere iki kısma ayrıldığı, fakat resen veya istinafen gördüğü dava çok önemli ise tüm divan üyelerinin birlikte toplanmasıyla görüleceği (md.4); divana vükeladan bir zatın (bir bakanın) başkanlık edeceği, her bir dairesinin birer başkanvekili ile en az 5 en çok 10 üyeden oluşacağı ve bir de ortak başkâtip bulunacağı (md.5); bu üyelerden başka divanda altı mümeyyiz olup, bu görevlilerin gerektiğinde her iki daireye taksim olunacakları (md.6); divana havale olunan davaların ilk önce bu mümeyyizler tarafından tetkik ve tertip edilerek ilgili oldukları daireye gönderilecekleri (md.7); divanın, başkan, başkanvekilleri ve üyeleri ile mümeyyiz denilen görevlilerinin, padişah tarafından atanacakları ve suç işlemedikçe, istifa etmedikçe görevlerinden alınamayacakları (md.8); divanın mürafaa ve hükümlerine, icra memurlarından hiçbir kimsenin karışamayacağı, hükümetin, divanın hüküm ve ilâmlarını icraya memur olduğu (md.9); divanın yargı usulüne dair nizamnamesinin, *Şuray-ı Devlet*’de müzakere edildikten sonra irade-i seniye ile konacağı (md.10)” hükme bağlanmıştır¹³⁷.

Bu nizamname hükümlerinden anlaşılacağı üzere *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*; bir yandan bazı hukuk ve cinayet davalarına ilk derece mahkemesi olarak bakacak, diğer yandan da istinaf mercii olarak görev yapacaktır. Buradaki

¹³⁷ Bozkurt, *Batı Hukukunun*, s.139.

“istinaf” terimi, teknik anlamda istinafi kapsadığı gibi, bugünkü anlamdaki “temyiz”i de kapsamaktadır¹³⁸.

cc) Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin Görev ve Yetkileri

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin nasıl çalışacağı, 1870 (1286) tarihli “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin Dahili Nizamnamesi*” ile saptanmıştı¹³⁹. Nizamnamenin giriş kısmında (mukaddime’de); “nizamiye mahkemelerinin dört dereceye taksim olunduğu, bunlardan birincisinin kazalarda bulunan *deavi meclisleri*, ikincisinin livalarda (sancaklarda) bulunan *temyiz-i hukuk meclisleri*, üçüncüsünün vilâyet merkezlerinde bulunan *temyiz divanları*, dördüncüsünün de Dersaadet’de (İstanbul’da) bulunan ve nizamiye mahkemelerinin en üstünde olan *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye* olduğu” ifade olunmuştur.

Mukaddime’nin devamında, bu mahkemelerin görev ve yetkileri de belirtilmiştir. Buna göre; “nizamiye mahkemelerinden birinci derecede bulunan *deavi meclisleri*, bidayeten dava görmeye memurdur”, “liva (sancak) ve vilayet merkezlerinde bulunan *temyiz-i hukuk meclisleri* ise, deavi meclislerinin bidayeten gördükleri davaları istida üzerine istinaf etmeye ve kendilerinin mezuniyet-i derecesinde bulunan davaları (ilk derece mahkemesi olarak) görmeye memurdurlar”.

Nizamnamede; Divan-ı Ahkâm-ı Adliye’nin yapısı, görev ve yetkileri ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Burada ilk önce Divan’ın yapısından sözedilmiştir. Buna göre; “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, *iki mahkemeden oluşmaktadır*. Bunlardan *birincisi*, Mahkeme-i Temyiz olup, bu mahkeme; nizamiye mahkemelerinden verilen cinayet ve alelade hukuk davalarına ilişkin ilâmları tetkik ve gerekirse bozmakla görevlidir. Bu mahkeme kendi içerisinde; biri *ceza* diğeri *hukuk* davalarının temyizine bakan iki daireye ayrılmıştır. *İkincisi*, İstanbul’da en büyük nizamiye mahkemesi olarak oluşturulan mahkemedir. Bu mahkeme; gerek ceza ve gerekse alelade hukuka ilişkin en son görülmüş olan davaların, kat’i olarak tetkik ve hükmüne memurdur”.

Bu iki mahkemeden oluşan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, vükelâdan (bakanlardan) birinin nezaretinde olup, birinci mahkemenin, yani Mahkeme-i Temyiz’in, her bir dairesinin (ceza ve hukuk dairelerinin) birer reis yardımcısı ve

¹³⁸ Bozkurt, *Batı Hukukunun*, s.140.

¹³⁹ 13 Zilkade 1286(1870) tarihli “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye’nin nizamname-i dahiliyesi”nin metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.328-342.

ikinci mahkemenin, yani İstanbul'daki en büyük nizamiye mahkemesinin bir reisi bulunacaktır. Bakan olan zat; Mahkeme-i Temyiz'in heyet-i mecmûasına riyaset (başkanlık), diğer mahkemeye ise nezaret edecektir¹⁴⁰.

Bu düzenleme ile; İstanbul'daki nizamiye mahkemesi ile taşradaki nizamiye mahkemeleri ayrılarak, Mahkeme-i Temyiz, taşradaki nizamiye mahkemelerinin üst mercii olarak kurulmuştur. İstanbul'daki nizamiye mahkemesi ise, istinaf mahkemesi niteliğinde ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin bir dairesi olarak oluşturulmuştur¹⁴¹.

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin görev ve yetkilerine gelince; adı geçen nizamnamenin *birinci faslında (fasl-ı evvel)*, Mahkeme-i Temyiz'in görevleri ve yargılama usulü belirtilmiştir (md.1-17)¹⁴². Buna göre, Mahkeme-i Temyiz'in görevleri; "*ilk olarak*, hükmü kabil-i istinaf olmayan mahkemelerden verilen ilâmların davacı veya davalının dilekçesi üzerine veya bazı durumlarda yasanın iyiniyetle uygulanmasını temin için tetkik ve temyizi, *ikinci olarak*, nizamiye mahkemesi üyelerinden biri veya birkaçı veya tamamı aleyhine davacı veya davalı tarafından açılan davanın görülmesi, *üçüncü olarak*, bir davanın görülme mahalli hakkında çıkan uyuşmazlığın görülmesi, *dördüncü olarak*, bir davanın havale olunan mahkemede görülmesi garaz (kötü niyet) ve sahabetten (kayıрма) kuvvetli şüphe hasil olursa veya o mahkemede görülmesinin genel asayışı ihlâl edeceği anlaşılırsa, o davanın bir başka mahkemeye havalesi ve nihayet *beşinci olarak*, nizamiye mahkemelerinin üyelerinin yargıçlık sıfat ve memuriyetine uygun davranmalarına nezaret ile, aksine hareket edenlerin ta'zir ve te'dibinden ibarettir"(md.1).

¹⁴⁰ *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.328-329.

¹⁴¹ Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin kuruluşu sırasında, bünyesinde bir nizamiye mahkemesi mevcut değildi. Divan; bir yandan nizamiye mahkemelerinden verilen hukuk ve ceza davalarına ilişkin hükümlerin temyiz incelemesini yapmakta, diğer yandan da bazı önemli davalara bidayeten ve istinafen bakmaktaydı. Bu yapısı ile, Divanı oluşturan aynı heyet; ilk derece mahkemesi olarak (bidayeten) baktığı davalara istinafen de bakmakta ve daha sonra, bidayeten ve istinafen baktığı davaların eksik ve kusurlarını bulmak üzere yine aynı heyet, temyiz incelemesi yapmaktaydı. Bu yapının yarattığı sakıncaları gidermek için, istinaf davalarına bakmak ve müstakil bir başkanın yönetiminde olmak üzere bir mahkeme oluşturuldu. Bu suretle Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, "Mahkeme-i Temyiz" ve "Mahkeme-i Nizamiye" olmak üzere iki mahkemeye ayrılmış oldu. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Bozkurt**, *Batı Hukukunun*, s.140-142.

¹⁴² Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.329-333.

Nizamnamenin bu düzenlemesinden anlaşılacağı üzere; Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin Temyiz Mahkemesi kısmının görev ve yetkileri sadece, nizamiye mahkemelerinden verilen kararları temyizen incelemekten ibaret değildir. Bunun dışında, yargıçların tarafsız olmadıkları iddialarının incelenmesi, mahkemeler arasında çıkan yetki uyuşmazlıklarının çözülmesi, genel güvenlik nedeniyle bir davayı başka bir yer mahkemesine nakledilmesi, yargıçlık mesleği ile bağdaşmayan tutum ve davranışlar içerisinde bulunan yargıçlara çeşitli yaptırımların uygulanması da bu mahkemenin görev ve yetkileri arasındadır.

Mahkeme-i Temyiz'in bir hükmü bozma sebepleri de, bu nizamnamede; “verilen hükmün yasaya aykırı olması, mahkemenin yetki ve görevi dışında bir davaya bakması, yargılamanın usulüne uygun olarak yapılmamış olması ve bir madde hakkında verilen ilâmların diğer maddelere ters düşmesi” olarak sayılmıştır (md.2)¹⁴³.

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin ikinci kısmı olan Mahkeme-i Nizamiye'nin görevleri ise, sözkonusu nizamnamenin *ikinci faslında (fasl-ı sâni)* düzenlenmiştir (md.18-21). Buna göre, Mahkeme-i Nizamiye'nin görevleri; “*ilk olarak*, Mahkeme-i Temyiz'den bozulduktan sonra havale olunan, *ikinci olarak*, istinaf mahalli olmayan mahkemelerde görülen ve doğrudan doğruya istinaf edilen ve *üçüncü olarak*, önemi nedeniyle havale edilen davalara bakmaktır” (md.18). “Bir istinaf mahkemesi tarafından verilmiş olan ilâmın hükmü, temyiz incelemesinde usulden bozulduktan sonra, bu davanın; kararı veren ilgili mahkemeye havalesinden sarfinazar olunarak, Mahkeme-i Nizamiye'de görülmesi, Mahkeme-i Temyiz'in bu konudaki rey ve kararına bağlıdır” (md.19). “Bir davanın istinafı, o davanın bidayeten görülmesinde mahkûm olan tarafın dilekçesine muhtaçtır” (md.20). “Bir ceza mahkemesinin kararı istinafen görüşülürken, o davada bidayeten hüküm vermiş olan mahkemenin üyelerinden biri veya hepsi usulen mes'ul görüldüğü takdirde, onların yargılanması da Mahkeme-i Nizamiye'de yapılır” (md.21).

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin iki ayrı mahkemedan oluşması; bunlardan biri olan Mahkeme-i Temyiz'in, taşradaki nizamiye mahkemelerinin üst mercii olarak kurulması, Mahkeme-i Nizamiye'nin ise, İstanbul istinaf mahkemesi niteliğinde ve aynı zamanda divanın bir bölümü olarak düzenlenmesi, çeşitli karışıklıkların nedeni olmaktadır. Bu karışıklığı sona erdirmek

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.330 vd.

amacıyla 1871 (1288) tarihinde çıkarılan bir nizamname¹⁴⁴ ile, divanın ikinci kısmını oluşturan istinaf mahkemesi (Mahkeme-i Nizamiye) kaldırıldı. Bu suretle divan, sadece temyiz bölümünden oluşan bir yüksek mahkeme (temyiz mahkemesi) haline geldi. Daha sonra, 1879 (1296) tarihli “*Teşkilât-ı Mehakim Kanunu*” ile Temyiz Mahkemesi yeniden teşkilâtlandırılmış¹⁴⁵ ve bu kanunda değişiklik yapan 1887 (1304) ve 1888 (1305) tarihli kanunlarla¹⁴⁶ bu mahkemenin teşkilâtı yenilenmiştir. Bu suretle, bugünkü Yargıtayımızın da ilk biçimi olan yapı ortaya çıkmıştır.

d) Şurây-ı Devlet (Kuruluşu, Görev ve Yetkileri)

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'nin 1868 yılında ikiye ayrılmasından sonra, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin yanında kurulan ikinci önemli kurum ise “*Şurây-ı Devlet*”tir.

Daha önce de belirttiğim gibi, II. Mahmut döneminin sonlarına doğru kurulan Meclis-i Vâlâ, Tanzimat Fermanının ilânıyla daha da önem kazanmış ve bu dönemde yapılmakta olan yeniliklerin yapıcısı ve koruyucusu konumuna gelmişti. Diğer görevlerinin yanısıra yönetsel yargı görev ve yetkisine de sahip olan bu meclis 1854 yılında ikiye ayrılarak, “Meclis-i Âli-i Tanzimat” adıyla yeni bir meclis oluşturulmuş ve bu meclis, Islahat Fermanının gerekli kıldığı düzenlemeleri yapmakla görevlendirilmişti. Diğer meclis ise (Meclis-i Vâlâ), yönetsel yargı işlerine bakacaktı. Ancak, Tanzimat ve Islahat Fermanlarının yeterince uygulanmadığından yakınan Batılı ülkeler (özellikle İngiltere), Babiâli üzerinde baskıda bulunarak, bu iki meclisin yerine, daha etkin ve yeniliklerin uygulanmasını sağlayabilecek başka bir meclisin kurulmasını istediler. Bu etkiler altında, sözkonusu iki meclis 1861 yılında “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” adı altında birleştirildi. Ne var ki, bu yapı yedi yıl kadar devam edebilmiş ve bu meclis 1868 yılında tekrar ikiye bölünerek, “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye” ve “Şurây-ı Devlet” adıyla iki

¹⁴⁴ 21 Ramazan 1288 (1871) tarihli “Dersaadet hukuk-u adiyeye ve cezaiye mehakim-i nizamiyesinin teşkilât ve vezâifine dair nizamname”nin metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.357 vd.

¹⁴⁵ 1879 (1296) tarihli “Teşkilât-ı Mehakim Kanunu”nundaki Temyiz Mahkemesine ilişkin düzenlemeler; dördüncü fasılda, “Mahkeme-i Temyiz” başlığı altında 40-42 nci md.lerde yer almaktadır. Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.240-241.

¹⁴⁶ 1887(1304) ve 1888(1305) tarihli kanunların metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.V/1, s.853-854 ve 992.

yüksek organ oluşturuldu¹⁴⁷. Bugünkü Danıştayın temelini teşkil eden “Şurâ-yı Devlet”, Osmanlı Devleti’nde müstakil olarak yönetsel yargı işlerine bakmak üzere kurulan ilk organdır.

aa) Şurâ-yı Devlet’in Kurulmasını Gerektiren Nedenler

Paris Barış Andlaşmasına katılan devletler; Islahat Fermanında yer alan hükümlerin uygulanması ve bu doğrultuda Osmanlı Devleti’nde yapılmasını istedikleri yenilikler konusunda, farklı düşünceler ortaya koymuşlardı. Osmanlı devlet adamları; müstakil bir düşünce ile hareket etmek güç ve iktidarından yoksun buldukları için, bu düşüncelerden biri olan Fransız tezine yakınlık duymaya başladılar¹⁴⁸. Çünkü bu tez, Osmanlı Devleti’nin bütünlüğünü ve Türklerin bu devlet üzerindeki yönetim hakkını kabul etmekteydi. Esas itibariyle 1789 devriminin getirdiği ilkelere dayanan Fransız tezine göre; “Osmanlı Devleti’nde yapılacak olan ıslahatın amacı, teb’anın refah seviyesinin yükseltilmesinden ibarettir. Bu amaca ulaşılabilmesi için, müslüman ve hıristiyan ayrımı gözetilmeksizin Osmanlı teb’ası bir bütün olarak ele alınmalı ve yönetimde birlik, bireysel, siyasal ve sosyal haklarda eşitlik sağlanmalıdır. Ortak haklar ve yararlar, devletin çeşitli unsurlarını kaynaştırmaya yarayacaktır”¹⁴⁹. Fransa’nın ortaya koymuş olduğu bu tez; esasen, Tanzimat Fermanı’nın ilânı ile başlayan süreçteki yenileşme çabalarıyla büyük benzerlikler göstermekteydi. Bu nedenle Osmanlı devlet adamları

¹⁴⁷ Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.VII, s.144-145; Stanford J.Shaw, Ezel Kural Shaw, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, (çev.Mehmet Harmancı), C.II, e yay., İstanbul, 1983, s.110 vd.

¹⁴⁸ Bu konudaki İngiliz tezi; “Osmanlı Devleti için dağılmanın kaçınılmaz olduğu, dış müdahalelerle yapılacak olan ıslahatın bu dağılmayı sadece bir süre için geciktireceği, bu nedenle dağılmanın, doğal seyrine bırakılması gerektiği, bu takdirde ortaya çıkacak olan sonuçların Avrupa için daha az tehlikeli olacağı” şeklinde idi. Rusya’nın tezine göre ise; “Osmanlı toplumu, ırk, din, kültür ve sosyal yaşam bakımından farklar gösteren çeşitli cemaatlerden oluşmaktadır. Devlet yönetimi ise, bu cemaatlerden sadece müslümanların kabul etmiş oldukları şeriat kurallarına dayanmaktadır. Osmanlı toplumunu oluşturan unsurların kaynaştırılması ve mutlak eşitliğin kurulması, esasen bu hukukun yapısı nedeniyle olanaksızdır. Bu nedenle, ıslahat programının gerçek anlamda uygulanabilmesi için, bu unsurlara özerklik tanınmalı ve merkezîyetçi yönetime son verilmelidir”. Avusturya’nın ise, bu konuya belirli bir tezi mevcut değildi. Rusya’nın nüfuzunun arttığı zamanlarda Rus tezini destekler bir tavır almakla birlikte, bu tezdeki “özerklik” düşüncesi, yapısı itibariyle Osmanlı Devleti’ne benzeyen Avusturya için de tehlike arz etmekteydi. Bu nedenle Avusturya, daha çok Fransız tezine yakın bir politika izlemiştir. Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.VII, s.335-336.

¹⁴⁹ Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.VII, s.334 vd.

rı, Fransız tezini benimsemekte zorlanmadılar. İslahat programının uygulanması çerçevesinde Fransız tezine duyulan bu yakınlık, Osmanlı Devleti'nin kurumları üzerinde de etkili olmuştur. Nizamiye mahkemeleri kurulurken, Fransız yargı teşkilâtı model olarak alınmıştı.

Şurây-ı Devlet'in kurulmasında etkili olan en önemli neden ise, Fransız siyasal rejiminde meydana gelen gelişmeler ve bunun Osmanlı Devleti'ne yansımalarıdır. Fransa'da, otoriter imparatorluk sistemine karşı giderek artan tepkiler karşısında III. Napolyon, siyasal rejimde esaslı bir değişiklik yaparak, 1867 yılında liberal imparatorluk sistemini getirmişti. Fransa'daki bu değişiklik, çok geçmeden Osmanlı Devleti'nde de etkilerini göstermişti. Fransa'nın İstanbul'daki elçisi ve sadrazam Ali Paşa'nın yakın dostu olan Mösyö Bouree, Osmanlı yönetiminin liberal kurumlarla desteklenmesi hususunda sürekli olarak sadrazama telkinde bulunuyordu. Fransız elçi bu telkinlerinde; müslüman ve hristiyan teb'anın birlikte temsil edileceği, Conseil d'Etat benzeri¹⁵⁰ bir meclisin kurulmasını tavsiye ediyordu¹⁵¹.

Şurây-ı Devlet'in kurulmasında etkili olan diğer bir neden; Babıâli'nin kontrolsüz ve denetimsiz yönetimine karşı, Genç Osmanlıların temsil ettiği muhalefettir. Avrupa'da yaptıkları yayınlarla Osmanlı yönetimini eleştiren Genç Osmanlılar'ın, yapılmasını istedikleri ıslahatlar arasında bir de "devlet şurası" kurulması teklifi bulunmaktaydı¹⁵².

Gerek Fransız elçisinin ve gerekse Genç Osmanlıların, bir "devlet şurası" kurulması yönündeki istemlerinin etkisi altında bulunan sadrazam Ali Paşa; bir isyanı bastırmak üzere gittiği "Girit"te edindiği izlenimlerinin de etkisiyle, Osmanlı yönetiminde esaslı değişikliklerin yapılması gerektiği kanaatine varmış ve bu husustaki düşüncelerini bir yazı ile İstanbul'a bildirmişti¹⁵³. Bu yazıda; açık bir şekilde "devlet şurası"ndan söz edilmemekle birlikte, Ali Paşa'nın, yeniliklere açık ve hazır bir sadrazam olarak İstanbul'a

¹⁵⁰ Conseil d'Etat (Fransız Devlet Şurası)'nın tarihsel gelişimi, görev ve yetkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Celal Erkut**, "Fransa'da Conseil d'Etat'nın Sosyolojik ve Tarihsel Açısından Gelişimi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S.1-3, İstanbul, 1983, s.42 vd.

¹⁵¹ **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VII, s.145.

¹⁵² Şuray-ı Devlet'in kuruluş nedenleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **Süleyman Arslan**, "Tanzimat Döneminin Yarattığı Bir Yargı Organı Şuray-ı Devlet", *Jale G. Akipek'e Armağan*, SÜHF. yay., Konya, 1991, s.83 vd.

¹⁵³ Bu yazının içeriği hakkında bilgi için bkz., **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VII, s.145-146.

döneceği anlaşılmaktaydı. Nitekim “Şuray-ı Devlet”, Girit’ten İstanbul’a dönen¹⁵⁴ Ali Paşa’nın gayretleri ile 11 Zilkade 1284 (1868) tarihinde kurulmuştur¹⁵⁵.

Şuray-ı Devlet’in ilk başkanı olarak Mithat Paşa atanmış ve daha sonra bir yıl içerisinde, çeşitli din ve mezheplere mensup 41 üye bu kurumda görev yapmak üzere atanmıştır¹⁵⁶. Bu üyelere 28’i müslüman, 13’ü de müslüman olmayan kişiler arasından seçilmişti. Gayrimüslimlerin 4’ü Rum, 1’i Bulgar, 8’i de çeşitli Ermeni cemaatlerine mensup olan kişilerdi¹⁵⁷.

Şura’nın kuruluşu, müslüman olan ve olmayan Osmanlı teb’ası arasında genel bir hoşnutluk yarattı. Şeyhülislam, padişahın huzurunda yaptığı bir konuşmada; “Abdülaziz’in, Şura’yı kurmakla, önceki padişahlara üstün bir harekette bulunduğunu” ifade ederek, duyduğu memnuniyeti ortaya koymuştur. Hıristiyan cemaatlerin ruhani liderleri de saraya giderek, padişaha şükranlarını sunmuşlardır.

Bu olumlu tepkilerin yanında, olumsuz tepkiler de gösterilmiştir. Geleneksel anlayışın mensupları, hıristiyanlara devlet örgütünde yer verilmesini tepkiyle karşıladılar. Avrupa’da, hürriyet için mücadele yapan Genç Osmanlılardan bazıları da aynı gerekçelerle Şura’ya karşı çıktılar. Ziya Paşa, hıristiyanların Şuray-ı Devlet’e alınmış olmasını açıkça eleştirmiştir. Yabancı devletler ise, Şura’ya, hıristiyan teb’adan yeterince üye alınmadığından yakınmakta idiler. Diğer yandan, Şura’nın kurulmasına öncülük eden sadrazam Ali Paşa, daha sonra bu kurumu ve nüfuzu giderek artan Mithat Paşa’yı, kendi icraatı için fren gibi görmeye başlamıştı. İcraatlarının, bir kurum tarafından sistematik olarak denetlenmesine alışık olmayan sadrazam, Mithat Paşa’yı azlettirerek Bağdat valiliğine atanmasını sağlamıştı. Bundan sonra

¹⁵⁴ Sadrazam Ali Paşa, 6 Ekim 1867 tarihinde gittiği Girit’ten, 24 Şubat 1868 tarihinde İstanbul’a döndü.

¹⁵⁵ **İ.Hakkı Görelî**, *Devlet Şûrası (Şûrayı Devlet)-(Danıştay)*, AÜSBF. yay., Ankara, 1953, s.5 vd.

¹⁵⁶ Bir görüşe göre Şura’nın üye sayısı; 29’u müslüman ve 15’i de diğer din ve mezheplerden olmak üzere 44’dür. Bkz., **Eryılmaz**, *age.*, s.189.

¹⁵⁷ **Karal**, *Osmanlı Tarihi*, C.VII, s.148-149.

Şuray-ı Devlet başkan ve üyeliklerine, sadrazama uyum gösterebilecek kişilerin atanmasına özen gösterildi¹⁵⁸.

bb) Şuray-ı Devlet'in Görev ve Yetkileri

“Şuray-ı Devlet”in kuruluşunu düzenleyen 1868 (1284) tarihli “*Şuray-ı Devlet Nizamnamesi*”nin¹⁵⁹ giriş kısmında; “İdare-i umur-u devlet-i aliye'nin kaffe-i usûl ve fûru'unda lüzumu görünen ıslahatın peyderpey icrasıyla, gerek devletçe ve teb'aca olan mesalih-i câriyenin ve gerek i'mar-ı mülk ve ona müteferri olan mevadd-ı külliyyenin mihver-i lâyıkında cereyanı, nezdi hikmet vefd-i hazreti mülûkânede begayet mültezem olduğundan bu matlab-ı alâya vusûl esbabının en mühimlerinden olmak üzere Şuray-ı Devlet'in teşkili” ifade edildikten sonra, aynı nizamnamenin birinci maddesinde de; “mesalih-i umumiyeye-i mülkiyyenin merkez-i müzakeresi olmak üzere Şuray-ı Devlet namıyla bir meclis teşkil olunduğu” belirtilmektedir.

Şuray-ı Devlet'in görev ve yetkileri, söz konusu nizamnamenin ikinci maddesinde sayılmıştır. Buna göre Şuray-ı Devlet'in görev ve yetkileri; 1) Her tür yasa ve nizamname tasarılarını incelemek ve hazırlamak, 2) Yasa ve nizamnelere göre görevli olduğu mülki işleri incelemek ve karara bağlamak, 3) Hükümet ile şahıslar arasındaki davalara bakmak, 4) Mülki ve adli makamlar arasında çıkan uyuşmazlıkları incelemek ve karara bağlamak, 5) Yasa ve nizamnelere ilişkin olarak devlet dairelerinden gelen evrak ve yazıları, görüş bildirerek yanıtlamak, 6) Padişahın emri veyahut yasa ve nizamnameler gereğince memurları yargılamak, 7) Padişahın ve devletin yüksek dairelerinin istemi üzerine, her türlü konu hakkında görüş bildirmektir.

Ayrıca nizamnamenin aynı maddesine göre; Şuray-ı Devlet'in daire başkanları ile her daireden birer üyenin katılımı ile oluşacak bir meclis, her yıl bütçenin gelir ve giderlerini inceleyecektir. Bu işler, sadaret makamı tarafından Şuray-ı Devlet'e havale edilecek ve Şura'nın kararlarını bildiren raporlar da yine sadaret makamına sunulacaktır. Bu suretle Şuray-ı Devlet'e, bütçeyi denetleme gibi önemli bir yetki verilmiş olmaktadır. Bu görev ve yetkilerden başka bir de Şuray-ı Devlet'in umur-u icraiye (yürütmeye ilişkin işlere)

¹⁵⁸ **Cevdet Paşa**, *Tezâkir (40-Tetimme)*, s.94.

¹⁵⁹ 1868 (1284) tarihli “Şuray-ı Devlet Nizamnamesi”nin metni için bkz., *Diüstur*, 1.tertip, C.I, s.703-706.

müdahale hakkı olmadan, yasa ve nizamnamelerin tamamının cereyanına nezaret etmeye ve iyi icra edilmediği takdirde ilgilileri uyarmaya mezun kılınmak suretiyle bir nevi kontrol görevi kabul edilmiştir (md.4).

Vükelâdan bir zatın başkanlığı altında kurulan Şuray-ı Devlet, kendisine verilen bu görev ve yetkilerin gereğini yerine getirmek üzere beş daireden oluşturulmuştu (md.3). Her dairede, bir başkan ve bir başkâtip ile 5'ten az 10'dan çok olmamak üzere üye bulunmakta idi (md.6). Ayrıca, dairelerin her birinde 5'er muavin (yardımcı) ve 5'er mülâzım (stajyer) ile kalem örgütleri bulunurdu (md.8). Gerek dairelerde ve gerekse Şura'nın genel toplantısında kararlar çoğunlukla alınırdı (md.10).

Şuray-ı Devlet'in gerek teşkilâtı ve gerekse görev ve yetkileri, çeşitli tarihlere yayınlanan yasa ve nizamnamelerle birçok kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden biri, 1870 (1286) tarihli “Şuray-ı Devlet'in nizamname-i dahiliyesi” ile yapılmış¹⁶⁰ ve tüm yönetsel davalara bakmak üzere “muhakemat dairesi” adıyla yeni bir daire kurulmuştur¹⁶¹. Yönetsel yargının bu gelişimi, 1876 yılında yürürlüğe giren “Kanun-i Esasi”nin¹⁶² getirdiği düzenleme ile durmuştur. Kişilerle yönetim arasındaki davalara bakma görev ve yetkisini genel mahkemelere (nizamiye mahkemelerine) veren Kanun-i Esasi (md.85), bu suretle Şuray-ı Devlet'in yönetsel yargı yetkisini önemli ölçüde kısıtlamıştır. Bu düzenleme ile Şuray-ı Devlet'in yargısal görev ve yetkisi, sadece, memurların yargılanması ile sınırlı kalmıştır¹⁶³.

1876 Kanun-i Esasi'nin kısa bir süre sonra yürürlükten kalkması sonucunda¹⁶⁴, Şuray-ı Devlet de toplanamamıştır. Ancak, 1896 (1312) yılında

¹⁶⁰ Şuray-ı Devlet'in görev ve yetkileri ile örgütünde değişiklik yapan mevzuat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Görelî**, *age.*, s.13 vd.

¹⁶¹ Bu nizamnamenin mukaddimesi ile; önceki nizamnamenin (1284 tarihli Şuray-ı Devlet nizamnamesinin) 2 ve 4.maddesinde değişiklik yapılarak, “maliye ve maarif” daireleri birleştirilmiş ve tüm yönetsel davalara bakmak üzere “muhakemat dairesi” adıyla yeni bir daire oluşturulmuştur. Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.707.

¹⁶² 1876 Kanun-i Esasi'nin metni için bkz., **Kili, Gözübüyük**, *age.*, s.31-44.

¹⁶³ Şuray-ı Devlet'in yargısal yetkileri sınırlanmasına karşılık, yönetsel denetim yetkisi artmış ve özellikle devlet sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmelerini incelemeye ve gözden geçirmeye başlamıştır. **Üçok, Mumcu, Bozkurt**, s.285.

¹⁶⁴ 23 Aralık 1876 tarihinde ilan edilen Kanun-i Esasi, 14 Şubat 1878 tarihinde Meclis-i Umumi'nin tatil edilmesi ile yürürlükten kalkmış oldu.

yayınlanan “Şuray-ı Devlet’in ıslâh teşkilatı hakkında kararname” ile, Şuray-ı Devlet’in yeniden teşkil olunacağı belirtilmiş ve II. Meşrutiyet döneminde bu kurum, 1876 öncesi hüviyetine kavuşturulmaya çalışılmıştır¹⁶⁵.

e) Nizamiye Mahkemelerinin Teşkilâtını Tamamlayan Yeni Kurumların Oluşturulması

Tanzimat dönemindeki gelişmelere paralel olarak, Osmanlı yargı teşkilâtına yeni kurumlar girmişti. Nizamiye mahkemelerinin bünyesini, modern yargı kurumları haline getiren bu kurumlardan özellikle “savcılık” ve “avukathk” kurumları üzerinde ayrıntılı olarak durmak istiyorum. Zira modern yargı sistemlerinde suç yargılamasının; iddia, savunma ve yargılama makamlarının ortak çabaları ile yerine getirilen bir görev olduğuna ilişkin anlayış, bu kurumlarla Osmanlı Devleti’ne de girmiş ve Cumhuriyet dönemindeki modern yargı teşkilâtının temellerini oluşturmuştur.

aa) Savcılık Kurumu

İslam hukukunda, hukuk davaları ile ceza davaları arasında bir ayrım mevcut değildi. “Hakk-ı ademi” denilen kişiler aleyhine işlenen suçlarda, suçtan zarar gören mağdur veya mirasçıları “davacı”; suçun faili ise, “davalı” konumunda idi. Ulül-emr’in ta’ziren cezalandırma yetkisi bulunmakla beraber, suç; fail ile aleyhine suç işlenen kişiyi ilgilendiren bir sorun olarak görülmekteydi. Bu anlayışın doğal sonucu olarak kişiler aleyhine işlenen suçlarda yargılamanın başlayabilmesi, mağdur veya mirasçısının şikâyetine bağlı olmaktadır. Müşteki taraf, karşı tarafın cezalandırılmasını sağlayacak delilleri, kendisi bulup mahkemeye getirmek zorunda idi. Aynı şekilde, karşı taraf (davalı) da, hakkında açılan davayı bertaraf edebilmek için, ispat yükü kendisine düştüğü durumlarda karşı delilleri getirmek durumunda idi¹⁶⁶.

“Hakk-ı Allah” denilen Allah’a karşı işlenen suçlarda ise, dava; suçtan haberdar olan kadı tarafından açılabileceği gibi, kolluk görevlisinin veya resmi sıfatı olmayan herhangi bir kişinin ihbarı ile de açılabilmekteydi¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Görelî**, *age.*, s.29 vd. ; **Süheyla Şenlen**, “Türkiye’de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi”, *Yılmaz Günel’a Armağan*, AÜSBFD., C.49, No:3-4, Ankara, 1995, s.406.

¹⁶⁶ **Tahir Taner**, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 3.bası, İÜ. yay., İstanbul, 1955, s.14.

¹⁶⁷ **Mehmet Akman**, *Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması*, Eren yay., İstanbul, 2004, s.26-28.

Dolayısıyla İslâm yargı teşkilâtında, kamu adına dava açacak özel bir görevliye (savcıya) ihtiyaç duyulmamıştır.

Geleneksel İslâm yargı teşkilâtını benimseyen Osmanlı Devleti'nde; suçluları bulup yakalamak, bunları mahkemeye sevk etmek ve yargı kararlarını yerine getirmek üzere *çavuşbaşı*, *asesbaşı* ve *subaşı* denilen görevliler bulunmaktaydı¹⁶⁸. Ancak bu görevliler, savcılara ait bazı görev ve yetkilere sahip olmalarına karşın, bunların soruşturma görevleri, suçlunun mahkemeye sevk ile sona ermekteydi¹⁶⁹. Bu itibarla, Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Devleti'nde "savcılık" kurumuna rastlamıyoruz.

Tanzimat döneminde ceza hukuku alanında yapılan kanunlaştırma hareketleri sonucunda; kişilere karşı işlenen suçlarda, sadece o suçun mağdurunun zarar gördüğüne ilişkin eski anlayış terkedilerek, suçun kamuya da zarar verdiği anlayışı yerleşmeye başladı. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme edilerek hazırlanan 1858 (1274) tarihli ceza kanunu¹⁷⁰; sadece hükümete karşı işlenen suçların değil, kişilere karşı işlenmiş olan ve kamu düzenini bozan suçların da cezalandırılması için devlete, soruşturma ve kovuşturma yetkisi tanımaktaydı (md.1). Böylece, İslâm hukukuna göre kişilere (hakk-ı ademi'ye) karşı işlenen suçları, mağdurun bir şikâyeti olmasa da devlet re'sen soruşturabilecekti. Ancak, devlet adına bu soruşturmayı kimin yapacağı belli değildi.

Osmanlı Devleti'nde savcılık kurumu ile ilgili ilk düzenlemeyi, 1864 (1281) tarihli "*Vilayet Nizamnamesi*"nde görmekteyiz. Bu nizamnamenin, "divan-ı temyiz" başlığı altında yer alan 19. maddesindeki¹⁷¹ düzenlemeye göre; "divan-ı temyiz, müfettiş-i hükkâm'ın riyaseti tahtında olarak suret-i intihapları beşinci babda beyan olunacak olan mümeyyiz namıyla üçü müslim ve üçü gayrimüslim altı azadan mürekkep olacak ve işbu mecliste "*umuru hukukiyye ve kanuniyyeye vakıf taraf-ı devletten mansup bir me-*

¹⁶⁸ Kadiya yardımcı olan görevlilerden biri olan şubaşılardan; savcının görev ve yetkilerine benzer bazı görev ve yetkileri bulunsa da, bu görevlilerin esas itibarıyla üst düzey kolluk görevlisi olduklarını söyleyebiliriz. U konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Akman**, *age.*, s.47 vd.

¹⁶⁹ **Coşkun Üçok**, "Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu", *S.Ş. Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, 1964, s. 45-46.

¹⁷⁰ 1858 (1274) tarihli ceza kanununun metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.537 vd.

¹⁷¹ Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.611.

mur-u mahsus bulunacaktır". Bu düzenleme ile, "savcı"ya benzer bir "özel memur"dan sözedilmekle birlikte, bu memurun görev ve yetkileri hususunda bir açıklık getirilmemiştir.

1870 (1286) tarihli "*Dersaadet ve mülhakatı idare-i zabita ve mülkiyye ve mehâkim-i nizamiyyesine dair nizamname*"nin¹⁷² 61. maddesinde; "divan-ı temyizde erbab-ı cinayet aleyhinde *müddei* sıfatında bulunmak üzere devlet namına umur-u hukukiyye ve kanuniyyeye vakıf bir memur bulunacaktır" denilmek suretiyle, yukarıda bahsettiğimiz 1864 (1281) tarihli nizamnamenin 19. maddesine biraz daha açıklık verilmiş ve 1870 (1286) tarihli nizamnamenin 71. maddesinde de ilk kez "*müdde-i umumi*" tabiri kullanılmıştır¹⁷³. Ancak, *müdde-i umuminin* görev ve yetkileri, bu nizamnamede de belirtilmemiştir.

Osmanlı yargı teşkilâtına "*savcılık (müdde-i umumilik)*" kurumunun girmesini sağlayan asıl ve en önemli düzenleme, 1876 (1293) tarihli "Kanun-i Esasi"nin 91. maddesine dayanılarak çıkarılan 1879 (1296) tarihli "*mehâkim-i nizamiyye'nin teşkilâtı kanun-i muvakkatı*"dir. Bu kanunun "*müdde-i umumiler*" başlığını taşıyan ikinci babında¹⁷⁴ yer alan 56. madde ile, bütün nizamiye mahkemelerinde savcılıklar kurulmuştur. Söz konusu maddede; "*müdde-i umumiler* umur-u adliyyede hukuk-u âmmeyi vikaye için taraf-ı saltanat-ı seniyyeden mansup memurlardır. Bunların vazife-i asliyyesi, asayiş ve hukuk-u umuminin muhafazası için ahkâm-ı kanuniyyenin hüsn-i cereyanına dikkat etmekten ibarettir" denilmek suretiyle, savcılarının görev ve yetkilerinin çerçevesi belirtilmiş olmaktadır. Savcılarının; hukuk davalarına ilişkin görevleri yine bu kanunda belirtilmiş (md.65) olmasına karşın, ceza davalarına ilişkin görevleri "ceza usul-ü muhakeme kanunu"na havale edilmiştir (md.58). Nitekim, 18 Haziran 1879 (1296) tarihli "*mehâkim-i nizamiyyenin teşkilâtı kanun-i muvakkatı*"nden bir hafta sonra 26 Haziran 1879 tarihinde çıkarılan "*usul-i muhakemat-i cezaiyye kanun-i muvakkatı*"nin "*müdde-i umumilere dairdir*" başlığını taşıyan dördün-

¹⁷² Adı geçen nizamnamenin metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.I, s.688 vd.

¹⁷³ Üçok, *Savcılıkların*, s.46.

¹⁷⁴ Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.244 vd.

cü faslında, savcıların ceza davalarına ilişkin görev ve yetkileri düzenlenmiştir¹⁷⁵.

Bu suretle, 1879 yılı Haziran ayı içerisinde Osmanlı Devleti'nde, Fransız örneğine uygun olarak, görev ve yetkileri yasalarla belirtilmiş olan savcılıklar kurulmuş oluyordu¹⁷⁶.

bb) Avukatlık Kurumu

Bu kurum, Osmanlı hukukuna 1875 (1292) tarihinde girmişti. Ancak, avukatların görevlerini yapan ve kendilerine *vekil* denilen kişilerin varlığı, İslâmın ilk dönemlerine kadar uzanmaktadır¹⁷⁷. Dördüncü halife Hz. Ali, davacı veya davalı olarak mahkemeye müracaat edeceği zaman, Ukeyl adındaki kişiyi kendisine vekil olarak seçtiği ve daha sonra Cafer oğlu Abdullah'ı tevkil ettiği bilinmektedir¹⁷⁸. Bu uygulama, daha sonraki dönemlerde de devam ederek, "vekillik" bir meslek haline gelmiş ve X-XII. yüzyıllarda "vekiller", baroya benzer şekilde kendi aralarında örgütlenmişlerdi¹⁷⁹.

Osmanlı Devleti'nde ise; "arzuhalci" denilen kişiler, yazdıkları dilekçeleri ile davanın taraflarına hukuksal yardımda bulunurlardı¹⁸⁰. Okumaz yazma bilen kişilerin çok az olduğu bir dönemde, arzuhalcilerin yaptıkları işin önemi yadsınamaz. Bu nedendir ki devlet, arzuhalciliği disipline etme yoluna gitmiş ve gerekli koşulları taşıyan kişilere bu işi yapma iznini vermiştir. Diğer taraftan İslâm'daki dava vekilliği, 1875 yılında "Mekteb-i Hukuk"un açılmasına kadar Osmanlı Devleti'nde de bulunmaktaydı. Osmanlı Devleti'nde dava vekiline, "ayak kavafı" ve "tezvir" denilmekteydi ve bunlar üzerinde devletin bir denetimi mevcut değildi¹⁸¹.

Bu açıklamalardan, "avukatlık kurumu"nun kaynağının, İslâm'daki "vekillik" olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira vekillik, Avrupa hukukunun

¹⁷⁵ Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.135-136.

¹⁷⁶ Üçok, *Savcılıkların*, s.48.

¹⁷⁷ Akman, *age.*, s.54.

¹⁷⁸ A.Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940, s.46.

¹⁷⁹ Üçok, *Savcılıkların*, s.36.

¹⁸⁰ Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2.bası, İstanbul, 1997, s.6.

¹⁸¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Özkent, *age.*, s.47 vd.

tanıdığı anlamdaki avukatlıktan farklı bir şeydi. İslâm'da vekillik, alelade bir vekâlet ilişkisine dayanmaktaydı. Yani; almaya, satmaya, icara, nikâha vekâlet ne ise davaya vekâlet de öyle bir şeydi. Dava vekilinin, haklara ve borçlara sahip bir meslek olduğu anlayışı, İslâm hukukuna yabancıdır¹⁸². Vekil; avukatın yaptığı gibi kamu hizmeti gören, adaletin dağıtımına katkıda bulunan ve bu yönüyle kadı'nın yardımcısı konumunda bulunan bir kişi değildi¹⁸³. Bu nedenle, Tanzimat öncesinde Osmanlı Devleti'nde vekillik, bir avukatlık olgusu haline gelmemiştir. Dava vekilleri, genellikle akraba bazen de arkadaş idiler. Muhtemelen, Osmanlı mahkemelerinde Tanzimat dönemine kadar, temsilci olarak hizmet vermek üzere parayla tutulan profesyonel bir grup bulunmamıştır¹⁸⁴. Bunun temel nedeni, Osmanlı hukukunun yapısı ve şer'îye mahkemelerinin karara varma usulüydü. Osmanlı hukukunun temelini oluşturan şer'î hukuk; fetva kitaplarında ve mecmualarda, yasa tekniğine uymayan ve karmaşık bir halde bulunmaktaydı. Yani Osmanlı kadısının elinde, sistematize ve kodifiye edilmiş bir mevzuat mevcut değildi. Dolayısıyla mahkemelerde karara varma usulü, “şekli” olmaktan çok, “takdiri” bir usuldü. Burada “takdirilik” ile kastettiğimiz; kadı'nın hükmünü neye göre verdiğinin, önceden bilinebilirliği hususundaki güçlüklerdir. Kadı'nın uymak zorunda olacağı, sistematize edilmiş bir usûl ve maddi mevzuatın bulunmaması, kadıları, kendi vicdanlarına göre hareket etmeye sevk etmiştir. Böyle bir hukuk ve yargı düzeni içerisinde bir avukatın, kadı'nın düşünme tarzını ve muhtemel kararını bilme olanağına sahip olamayacağı için, profesyonel avukatlığın icra edilemeyeceği hususu da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır¹⁸⁵.

Osmanlı Devleti'nde, Tanzimat dönemi içerisinde (1875 yılına kadar) yapılan kanunlaştırma hareketleri sonucunda, avukatlık kurumunun doğuşuna zemin oluşturabilecek bazı düzenlemelere rastlamaktayız¹⁸⁶. Ancak bu düzenlemeler, İslâm'ın dava vekâletine ilişkin anlayışını yansıtmaktan öteye gidememiştir. Mecelle'nin getirdiği düzenleme de, bu anlayışın özünde bir

¹⁸² Bkz., **S.Şakir Ansay**, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1946, s.181.

¹⁸³ **Özkent**, *age.*, s.46.

¹⁸⁴ **Akman**, *age.*, s.54.

¹⁸⁵ **Haim Gerber**, *Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf (17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları)* (çev. Mehmet Akman), Hukuk Araştırmaları, C.VIII, No:1-3, 1994, s. 284 vd.

¹⁸⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Özkent**, *age.*, s.53 vd.

değişiklik meydana getirmemiştir. Mecelle'nin 11. kitabı olan “vekâlet kitabı”nda yer alan düzenlemeler ile (md.1449-1530)¹⁸⁷; vekâletin genel hükümleri, çeşitleri, davaya vekâletin esasları, tarafların hak ve yükümlülükleri gibi bazı hususlardaki boşluklar doldurulmaya çalışılmış ancak, dava vekâleti sadece özel hukuk bakımından ele alınmıştır. Mecelle'ye göre dava vekâleti; alım-satıma, kiraya vekâlet gibidir ve bir davada vekil bulundurmamak tamamıyla taraflara ait ve vekâlet akti çerçevesinde yapılacak bir işittir. Bu açıdan bakıldığında Mecelle'nin getirdiği düzenleme, avukatlığın günümüzdeki özel hukuk hükümleri ile bazı benzerlikler göstermekteydi. Örneğin, bugün mevzuatımızda yeralan; “ahzu kabz, sulh, ibra, davadan feragat gibi yetkiler açıkça verilmedikçe vekilin bunları yapamayacağı”na ilişkin düzenlemeler (HUMK. md.63), Mecelle'de de bulunmaktaydı¹⁸⁸. Ancak, dava vekilliği hususunda Mecelle'nin getirmiş olduğu düzenlemeler, yargı sistemi içerisinde bir “savunma makamı” oluşturmaya yönelik değildi. Mecelle'de; dava vekilliğinin kamu düzeni ile ilgili olduğuna, vekillerin birtakım özel şartlara sahip bulunmaları gerektiğine ve vekilliğin, adaletin dağıtılmasına ortak edildiğine dair bir hükme rastlanmaz. Mecelle'nin bu konudaki anlayışını ortaya koyabilmek açısından, “vekilin baliğ olmasının şart olmadığı ve mümeyyiz küçüklerin de vekil olabileceği”ne ilişkin hükmüne (md.1458) bakmak yeterlidir.

Dava vekilliğine ilişkin geleneksel İslâm anlayışının terkedilmeye başlanması ve avukatlık kurumunun Osmanlı yargı sistemi içerisine girmesi, 1875 (1292) tarihli “*mehakim-i nizamiye dava vekilleri hakkında nizamname*” ile olmuştu¹⁸⁹. Bu nizamnamede avukatlık kurumu sadece İstanbul için kabul edilmişti ancak, daha sonra 1879 (1296) tarihli bir irade ile¹⁹⁰, sözkonusu nizamname tüm ülkede uygulanabilir hale getirilmiştir.

Avukatlık (dava vekilliği) kurumunun Osmanlı yargı sistemi içerisine girmesinden sonra, ihtiyaç duyulan insan unsurunu karşılamak üzere, “Gala-

¹⁸⁷ Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, OSAV. yay., İstanbul, 1997, s.280 vd.

¹⁸⁸ Bkz., A.Himmet Berkî, *Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, Hikmet yay., İstanbul, 1982, s.305, md.1460 vd. eden md.ler.

¹⁸⁹ 1875 (1292) tarihli “*mehakim-i nizamiye dava vekilleri hakkında nizamname*”nin metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.III, s.198 vd.

¹⁹⁰ 1879 (1296) tarihli irade için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.716-717.

tasaray Sultanisi”nin bir şubesi olarak “*Mekteb-i Hukuk-i Sultani*” kuruldu. 1875 (1292) tarihinde açılan bu okul, modern anlamdaki ilk hukuk okuluydu. Bu okulun nizamnamesine¹⁹¹ “mektebi lisans rütbesiyle bitirenlerin ülkenin her tarafında dava vekâletine mezun olacakları” hükmü (md. 16) konularak, avukatlık mesleğini hukuk fakültesi mezunlarının yapabileceği belirtilmişti.

Mekteb-i Hukuk-i Sultani’nin kapatılmasından sonra, 1880 yılında “*Mekteb-i Hukuk*” adıyla yeni bir okul açıldı. Bugünkü İstanbul Hukuk Fakültesi’nin temelini oluşturan bu okul, yargıç ve dava vekili yetiştirmek amacıyla açılmıştı. Bu okulun nizamnamesinin 33. md.sine göre, “mezuniyet şahadetnamesi alan talebeden dava vekâletinde bulunmak isteyenler bir yıl nizamiye mahkemelerinde staj gördükten sonra vekâlet ruhsatnamesine hak kazanacaklardır”. 35. md.ye göre ise, “hukuk mektebi mezunu olmayan kimseye dava vekâleti için ruhsatname verilmeyecektir”¹⁹².

Dava vekâletini bir meslek haline getirme çabalarının bir parçası olarak, nizamnamelerde yeralan bu düzenlemelere karşın, ruhsatnamesi olmayanlar da dava vekilliği yapmaya devam ettiler. Bunda; ruhsatname sahibi olanların sayısının yetersizliğinin yanı sıra, avukatlık mesleğinin anlam ve öneminin yeterince anlaşılammış olmasının da etkisi olmuştur. Diğer yandan, mevcut mevzuata baskın konumda bulunan Mecelle’nin, “müddei ve müddeialehten her biri dilediğini tevkil edebilir” şeklindeki hükmü (md.1516), avukatlık mesleğinin kurumsallaşması önünde önemli bir engel olarak durmaktaydı.

Dava vekâleti mesleğini ilk örgütleme girişimi, yukarıda belirttiğimiz 1875 (1292) tarihli nizamname ile olmuştur. Bu nizamnamede, “dava vekillerinin işlerine bakma ve Nezaret-i Ahkâm-ı Adliye tarafından yapılacak resmi tebligata vasıta olmak üzere bir cemiyetin kurulacağı” öngörülmüştü (md.30). Cemiyetin görevleri arasında; dava vekillerinin ücret ve masrafları hakkında doğacak uyuşmazlıklarda açıklama yapılması, dava vekilleri arasında çıkacak sınıf ve sınıflara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, adli yardım gibi konular yer alıyordu (md.37 vd.).

¹⁹¹ “Mekteb-i Hukuk-i Sultani”nin 1875 (1292) tarihli nizamnamesinin metni için bkz., **Gülnehal Bozkurt**, “Türkiye’de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi”, *Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, (ed. Adnan Güriz), AÜHF. yay., Ankara, 1993, s.57 vd.

¹⁹² **Özkent**, *age.*, s.62.

Avukatlık ve Baro tarihinin dönüm noktası sayılan bu nizamname; avukat, baro gibi sözcüklere yer vermese de, dava vekâleti mesleğini disipline eden düzenlemeler getirmişti. Ancak, dava vekâletinin Osmanlılara mahsus ve münhasır bir meslek olduğu belirtilmemişti. Zira, kapitülasyonlar buna engeldi. Bu nedenle birçok yabancı avukat Osmanlı ülkesine gelmiş ve ilk baro teşkilâtı da bunlar tarafından kurulmuştu¹⁹³. 1870 yılında “*Kostantinople Barosu Cemiyeti (Societe du Barreau de Constantinople)*” adıyla kurulan bu ilk baro’nun otuzüç üyesinden sadece beş üyesi Osmanlı teb’asıdır (ki bu üyelere hiçbiri Türk değildir). Diğer üyeler ise; İngiliz, Fransız, İtalyan, Avusturya’lı, Yunan’lı, Belçika’lı ve Rus’tur¹⁹⁴.

1875 (1292) tarihli dava vekilleri nizamnamesinin 30. md.sinde kurulması öngörülen İstanbul Barosu, 5 Nisan 1878 günü toplandı. Bu ilk Osmanlı barosuna kayıtlı 62 üyeden 11’i Müslüman (bunlardan kaçının Türk olduğu hususunda bilgi sahibi değiliz), 11’i Rum, birkaç Rus, İngiliz, Fransız ve İtalyan ve geri kalanı da Ermeni idi. Daha sonraki bazı düzenlemelerle gelişimini sürdüren avukatlık kurumu; II. Meşrutiyet yıllarında bir türlü yasalaşmayan “muhamiler yasa tasarısı”nın, 3 Nisan 1924 tarihinde “*Muhamat Kanunu*” adı altında yasalaşmasından sonra avukatlık, kamu hizmeti gören ve bağımsız bir meslek haline geldi¹⁹⁵.

cc) Diğer Bazı Kurumlar

Savcılık ve avukatlık kurumlarının dışında bu dönemde Osmanlı hukukuna başka kurumlar da girmişti. 1879 (1296) tarihli “*Mukâvelat Muharrirleri Nizamnamesi*”¹⁹⁶ ile noterlik kurumu kabul edilmişti. Bu nizamnameye göre; İstanbul’da ve vilayetlerdeki her bidayet mahkemesinin yargı çevresi dahilinde bir “*mukâvelat muharriri (noter)*” bulunacaktır ve bunlar Adliye Nezareti tarafından tayin olunacaklardır (md.1-2). Noterlerin görev ve yetki-

¹⁹³ Zafer Toprak, “Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye’de Adalet Örgütü”, *Cumhuriyet Dönemi Hukuk Devrimi*, THKD. yay., İstanbul, 1994, s.43.

¹⁹⁴ Özkent, *age.*, s.64-65.

¹⁹⁵ Avukatlık kurumunun, II.Meşrutiyet ve Cumhuriyet dönemindeki gelişimi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz., Toprak, *age.*, s.44 vd.

¹⁹⁶ 1879(1296) tarihli “*Mukâvelat Muharrirleri Nizamnamesi*”nin metni için bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.338 vd.

leri, çalışma usulleri, denetlenmeleri gibi hususlar da bu nizamnamede düzenlenmiştir.

Ayrıca 1879 (1296) tarihli “*Teşkilât-ı Mehakim Kanunu*” ile; nizamiye mahkemeleri bünyesinde “*icra memurlukları*” ve “*mübaşirlikler*” (md.18, 35), nizamiye mahkemelerinin yargıçlarını ve memurlarını denetlemek üzere “*adliye müfettişlikleri*” (md.74 vd.) kuruldu¹⁹⁷. Cezaevleri ve infaz teşkilâtında da çeşitli tarihlerde düzeltimler yapıldı¹⁹⁸.

Tüm bu gelişmeler, modern anlamda bir yargı teşkilâtının oluşumu bakımından önemli yenilikler olmakla beraber, şer’iye mahkemelerinin (ve diğer cemaat mahkemelerinin) varlığını koruması ve dolayısıyla yargı alanındaki ikici yapının devam etmesi nedeniyle Osmanlı yargı teşkilâtı, çağdaş ve modern anlamda bir yapıya kavuşamamıştır. Buna karşın, bu dönemdeki yeniliklerin, Cumhuriyet dönemi modern yargı teşkilâtının oluşumuna katkıları da inkâr olunamaz.

IV. Sonuç

Tanzimat döneminde, her alanda başlayan yenileşme süreci, yargı teşkilâtı üzerinde de etkili olmuştur. Kanunlaştırma hareketleri sonucunda özellikle Batı’dan iktibas olunan yasaların Osmanlı hukuk sistemine dahil olması, yeni bir yargı sisteminin doğuşunu kaçınılmaz kılmıştı. İslâm hukuku eğitimi görmüş; savcı, avukat gibi yardımcılarından yoksun olarak tek başına çalışan kadıların, başka bir hukuk sisteminin ürünü olan yeni yasaları şer’iye mahkemelerinde uygulaması sözkonusu değildi¹⁹⁹. Bu nedenle, yeni dönemin temel felsefesine uygun yeni yargı kurumlarının oluşturulması, bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştı. Ancak, geleneksellikle çağdaşlaşma arasındaki çelişkiler çözümlenemediği için²⁰⁰, Tanzimata egemen olan düalizm,

¹⁹⁷ Bkz., *Düstur*, 1.tertip, C.IV, s.237 ve 240.

¹⁹⁸ **Bozkurt**, *Batı Hukukunun*, s.109 vd.

¹⁹⁹ Tanzimat döneminde oluşturulan yeni yargı kurumları (nizamiye mahkemeleri), yine şer’i yargıcın (kadı’nın) başkanlığı altında kurulmuştu. Çünkü, modern anlamda yargıç yetiştirecek kurumlar henüz oluşturulamamıştı. Bununla birlikte, nizamiye mahkemelerinin kurulması önemli bir yenilikti. Artık yargıcın mahkemede tek başına karar verme olanağı kalmamıştır. Yargılamaya diğer üyeler de katılacak ve kararda onların da söz hakkı bulunacaktır.

²⁰⁰ **Mehmet Akad**, *Genel Kamu Hukuku*, 2.bası, İstanbul, 1997, s.169 vd.

yargı teşkilâtında da kendisini göstermiştir. Tanzimat öncesinde yargı sisteminde var olan çok başlılık; yeni dönemde yapılan reformlarla ortadan kaldırılmak yerine, daha da karmaşık hale gelmiştir.

Tanzimat dönemindeki düalist (ikinci) yapının temel nedeni; 19. yüzyıl boyunca süren reform çabalarının, devletin temel yapısında bir değişikliğe yol açmaması, hatta bu yapıda en küçük bir sarsıntı dahi meydana getirememiş olmasıydı. Diğer bir anlatımla; Osmanlı devlet ve kültür yaşamının sınırlarını çizen, dinsel temele dayanan devlet yapısı ve gelenekçilik, her türlü tartışmanın dışında tutulmuştu. Tanzimatın mimarlarının düşündüğü şey, yapılan reformların, Osmanlı toplumuna nasıl uygulanacağı ve devletin temel yapısına nasıl uyarlanacağı noktası idi. Bu nedenle, yargı teşkilâtında birtakım reformlar yapılırken, geleneksel yargı kurumlarına dokunulmamıştı. Devletin dinsel (islâmi) meşruluğu devam ettiği için, şer'î mahkemelerinin varlığı, bu yeni dönemde de devam etmişti. Yine bu dönemde, eski ayrıcalıklar sürekli teyit edilmek zorunda kaldığı için, cemaat mahkemeleri de varlığını korumuştur. Kapitülasyonlar kaldırılmadığı için de, konsolosluk mahkemeleri, yargısal yaşamda var olmaya devam etmişlerdi.

Tanzimat öncesinde yargı sisteminde görülen bu çok parçalı yapı, esas itibariyle devletin dayandığı dinsel temellerden kaynaklanmaktaydı. Devletin temel yasası niteliğindeki şer'î mevzuatın muhatabının, esas itibariyle müslümanlar olduğu kabul edilmiş ve müslüman olmayanlar bu hukuka tabi olmaya zorlanmamışlardı. Bunun sonucu olarak “millet” denilen gayrimüslim unsurlara, özel hukuk alanına giren sorunlarını kendi din ve geleneklerine göre çözmelerine izin verilmişti. Bu suretle ortaya çıkan çok hukukluluk, yargı birliğinin oluşmasını engellemişti.

Tanzimat; bütün teb'a için “hukuk eşitliği” ilkesini kabul edince, yargı sisteminde bir birliğe doğru gidilmesi zorunlu hale gelmişti. Böyle bir birliğin tam olarak sağlanması; şer'î mevzuatın olduğu kadar, gayrimüslim cemaatlerin dinsel esaslara dayalı hukuk düzenlerinin de terkedilmesiyle, yani hukukun dinsel etkilerden arındırılmasıyla olanaktı. Ancak, o günün koşullarında böyle bir arındırmanın olanaksızlığı da bilinen bir gerçeklikti. Çünkü böyle bir teşebbüs; devletin temel nizamını sarsmak, hatta temelinden değiştirmek demektir. Diğer yandan; yargı birliğinin tam olarak sağlanması için, yabancı devletlerin, Osmanlı Devleti'ndeki ayrıcalıklarından feragat etmeleri gerektiği gibi, gayrimüslim cemaatlerin de hak ve ayrıcalıklarının sona ermesi gerekmektedir. Oysa; ne devletin temel nizamını değiştire-

cek boyutlarda reformlar, ne de yabancı devletlerin ve gayrimüslim cemaatlerin, ayrıcalıklarından feragat etmeleri sözkonusudur. Böyle olunca, yargı sisteminin Tanzimat öncesi yapısına dokunulmayarak, yeni dönemin gerektirdiği yeni yargı kurumlarını oluşturmak yoluna gidilmiştir. Genel olarak “nizamiye mahkemeleri” olarak ifade olunan bu kurumlar, diğer mahkemelerin görev ve yetkileri dışında kalan sorunlara bakmak ve iktibas olunan yasaları uygulamakla görevli kurumlar idi.

Tanzimat döneminde oluşturulan yeni yargı kurumları ile, yargı sistemindeki çok başlılık daha da artmış ve yargı sisteminin idari teşkilâtında da bir birlik oluşturulamamıştı. Nizamiye mahkemeleri ile ticaret mahkemeleri Adliye Nezaretine, şer’iye mahkemeleri Meşihat (şeyhülislâmlık) dairesine²⁰¹, cemaat mahkemeleri ruhani teşkilâtlara, konsolosluk mahkemeleri de konsolosluklara bağlı olarak görev yapmaktaydılar. Bu mahkemeler, devletin sona ermesine kadar, sonsuz görev ve yetki çatışmaları içerisinde ve birarada görev yaptılar.

Tanzimat döneminde oluşturulan yeni yargı kurumları, laikleşme yolunda atılan önemli bir adımdı ancak, bu kurumlarda yabancı yargıçların da bulunması, devletin medreseler dışında yargıç yetiştirecek kurumlara sahip bulunmaması, yargı bağımsızlığı ilkesinin zedelenmesi sonucunu doğurdu.

Diğer yandan, eyaletlerde oluşturulan meclisler, esas itibarıyla yönetsel nitelikte meclisler olmakla birlikte, bu meclislere, yargılama görev ve yetkisi de verilmişti. Bu yapılanma ile, yargı ve yönetim işleri birleşmiş olmaktadır. Aynı şekilde, yasa tasarılarını hazırlamak üzere oluşturulan “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” de aynı zamanda bir yüksek mahkeme gibi çalışıyordu.

²⁰¹ II. Mahmut döneminden itibaren şeyhülislâma büyük yetkiler tanınmış ve oluşturulan vükelâ heyetinin üyesi yapılmıştı. Tanzimat döneminde de şeyhülislâmın bu konumu devam etmiş ve daha önce ulemanın yalnız sembolik başı sayılırken, giderek siyasal bir güç haline gelmiştir. Şer’iye mahkemelerinin Meşihat (şeyhülislâmlık) makamına bağlanması, bu mahkemelerde görev yapan kadıların atanma ve denetim işlerinin yine bu makama verilmesi, şeyhülislâmı, yönetsel bir birimin başı konumuna getirmiş ve 1876 Kanun-i Esasi de şeyhülislâmın bu konumunu tanıyarak (md.27) onu kabine üyesi yapmıştır. Halbuki klâsik devirde şeyhülislâm; yönetsel bir birimin başı olmadığı gibi, Divan-ı Hümayun üyesi de değildi. Bu açıdan bakıldığında, tanzimatçıların çelişkiye düştükleri ve klâsik devrin dahi gerisine gittikleri düşünülebilir. Ancak, tanzimatçıların buradaki amaçlarının, şeyhülislâmı kabine içine almak suretiyle ulemayı da kontrol ve denetim altına almak ve bu suretle kuvvetli ve merkezci bir yönetim kurmak olduğu da söylenebilir.

Tanzimat dönemindeki yasallaşma hareketi ve oluşturulan yeni kurumlar, Osmanlı Devleti'nde "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin gelişmesini sağlayamadı. Klâsik devirde tek elde toplanan otorite, yeni dönemde oluşturulan kurumların katılımı ile kullanılmaya başlamıştı²⁰². Ancak, bu gelişmenin ortaya çıkardığı yapı, bir kuvvetler ayrılığı olarak değil, belki fonksiyonların ayrılmaya başlaması olarak ifade edilebilir. Şura-yı Devlet'in kuruluşu ile bu konuda bir adım daha atılmış ve Abdülaziz'in 1868 yılında Şurayı açarken yaptığı konuşmada, "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin varlığı ve gerekliliği açık olarak ifade edilmişti²⁰³. Ne var ki, bu ilkenin varolabilmesi için gerekli ön koşullar, henüz Osmanlı Devleti'nde mevcut değildi. Çünkü, bir ülkede çağdaş anlamda kuvvetler ayrılığından söz edebilmek için egemenliğin halkta olması ve seçilmiş bir meclisin hukuken varlığı gerekmektedir. Oysa Osmanlı Devleti, mutlakiyetle yönetilen bir yapıya sahipti. 1876 Anayasası, seçimle gelen bir meclis oluşturmuştu ancak, bu anayasa, Batı örneklerine uygun bir meşruti monarşi kuramamış, hükümdarın var olan otoritesini teyit etmişti. 1909 değişiklikleri ile bu anayasa, demokratik bir meşruti monarşi anayasası haline getirilmişti ancak, giderek ağırlaşan iç ve dış sorunlar ve ülkede yeterli bir demokratik geleneğin bulunmaması, bu anayasanın gereği gibi uygulanmasına olanak vermedi²⁰⁴.

Tanzimat döneminde; devletin çöküşünün durdurulması, gayrimüslim teb'anın haklarının korunması ve bu noktada yapılan baskıların önlenmesi gibi nedenlerle girişilen reformların, tam anlamıyla başarıya ulaştığını söyleyemeyiz²⁰⁵. Dinsel ve geleneksel yapı nedeniyle, hukukta ve yargıda birliğin sağlanamayışı, devletin sona ermesine kadar kurumlar arasındaki görev ve yetki çekişmelerinin devam etmesine neden olmuştur.

Tanzimat döneminin çelişkileri ve olumsuzluklarına karşın, bu dönemin, siyasal ve hukuksal yaşama ilişkin olumlu katkıları da olduğunu belirtmeliyiz. Bu dönemde; yasaya bağlılık ve yasallık ilkesi, siyasal iktidarın sınırlanması düşüncesinin gelişmesi, kurum ve kurallarda laik anlayışa

²⁰² İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 3.bası, Hil yay., İstanbul, 1995, s.79 vd.

²⁰³ Bkz., Seyitdanlıoğlu, *age.*, s.114 vd.

²⁰⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2.bası, Yetkin yay., Ankara, 1990, s.3-5.

²⁰⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Tanör, *age.*, s.113 vd.

yönelinmesi, hukuk devletine giden yolun açılması, çağdaşlaşma ve batılaşma sürecine girilmesi gibi birçok değerli kazanım sağlanmıştır.

Bu dönemde; yargı teşkilâtındaki çok başlılık ve karmaşaya karşın, gelişme hep laik yargı kurumları (nizamiye mahkemeleri) lehinde olmuş ve getirilen yeni yargısal kurumlara, modern yargı sisteminin temelleri atılmıştır. Modern ve köklü bir değişim için ise, Cumhuriyet dönemi beklenecektir. Çok hukuklu yapının sona ermesi ve hukukta birliğin sağlanması, aynı şekilde modern ve çağdaş bir yargı teşkilâtının oluşturulması ve yargıda da birliğin sağlanması, ancak, Cumhuriyet dönemindeki büyük dönüşüm ile gerçekleşebilmiştir.

MARXİST MÜLKİYET YAKLAŞIMI

*Arş. Gör. Mehmet Akif ETGÜ**

I. GİRİŞ

Yakın dönem dünya siyasetini etkileyen önemli ideolojilerden birisi de hiç kuşkusuz Marxizmdir. SSCB'nin tarih sahnesinde yer aldığı dönem içerisinde Marxizm dünyada büyük etkilerin yaşanmasına yol açmıştır. Sovyetlerin dayandığı temel görüş, Marxizmdir.

Bu çalışmamızda Marxizmin esas sorun olarak gördüğü mülkiyeti inceleyeceğiz¹. Çünkü bir sistemi anlamak ancak onun temel kavramlarını anlamak ile mümkündür. İlk olarak Marxizmin genel bir tanımlaması yapılacaktır. İkinci olarak Marxist perspektif açısından mülkiyetin tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Bilindiği üzere Marxizm mülkiyeti tarihsel materyalizm çerçevesinde, tarihsel süreçte, toplum tiplerine paralel değerlendirmiştir. Biz de bu değerlendirmeye bağlı kalarak mülkiyetin tarihsel gelişiminin ne şekilde ele alındığını belirteceğiz. Marxizm ayrıca mülkiyetin gelecekte nasıl bir görünüm sergileyeceği üzerinde de durmuştur. Marxizmin gelecek tasavvuru içinde sosyalist toplum ve komünist toplum aşamaları bir öngörü olarak sunulmuştur. Kuşkusuz bu toplum tipleri içerisinde mülkiyet temel bir yer işgal etmektedir. Bu sebepten mülkiyetin sosyalist ve komünist toplum aşamalarında alacağı görünüm konumuzla doğrudan ilgilidir.

Dördüncü olarak Marxizm bakımından önemli olan yabancılaşma sorunu üzerinde durulacaktır. Marxizm yabancılaşmayı ve özgürleşmeyi mülkiyet temelinde incelemektedir.

Son olarak ise Marxizmin mülkiyet anlayışının uygulamaya taşınmasına bir örnek olarak Sovyetler örneği ele alınacak ve Sovyetlerdeki mülkiyet tipleri üzerinde durulacaktır.

* Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

¹ MARX, Karl- Friedrich, ENGELS, **Komünist Parti Manifestosu**, Sol y. Ankara, 1998, (**Komünist Manifesto**), s. 55.

II. GENEL OLARAK MARXİZM

Yakın dönem dünya siyasetini etkileyen önemli ideolojilerden birisi de hiç kuşkusuz Marxizmdir. SSCB'nin tarih sahnesinde yer aldığı dönem içerisinde Marxizm dünyada büyük etkilerin yaşanmasına yol açmıştır. Sovyetlerin dayandığı temel görüş olan Marx sist devlet sistemine ismini veren yine Marxizmdir.

Bilimsel sosyalizm² adı da verilen Marxizm, Karl Marx (1813–1883) ve Friedrich Engels (1820–1895) tarafından kurulmuştur. Engels'in Marxizme katkısı çok büyük olmasına rağmen ön plana çıkan ve Marxizme ismini veren Karl Marx'tır.

Dünya görüşü kavramının, felsefi doktrinden daha geniş bir manası vardır. Marxizm de bir dünya görüşüdür. Çünkü ekonomik doktrinin yanında, insan, tarih, devlet, toplum, doğa, Tanrı, evren sorunlarına eğilen Marxizm, gerek teori alanında gerek uygulamada bu sorunları çözümlenmeyi ve bir senteze ulaşmayı amaç edinmiştir³. Bu konuyu, Marx ve Engels “Filozoflar dünyayı yalnızca çeşitli biçimlerde yorumlamışlardır; oysa sorun onu değiştirmektedir. (Tez XI)” şeklinde ifade etmiştir⁴.

Marxizm bu sorunları çözümlerken kullandığı ana yöntem diyalektik materyalizmdir. İlk olarak Platon tarafından kullanılan, diyalektik: “... birbirleri ile çelişen düşüncelerin çatışması, çarpışması sonucunda düşünceyi bu çelişkilerin ötesine geçerek, bu birbirine zıt düşünceler arkasında saklı olan objektif gerçeği bulmayı amaçlayan bir yöntemdir”⁵. İdealist felsefe okulu düşünürlerinden Hegel, diyalektiğe daha geniş bir anlam vermiş ve onu gerçeğin temeli haline getirmiştir. “Diyalektik, zıtların daha yüce bir birlik içinde birleşmek üzere yekdiğerinden doğduğu bir ilerlemeyi açıklar. Bu ilerlemeyi sağlayan, tez, antitez ve sentez dönemleridir. İlk tez, ilk doğrulama, ilk

² Murat SARICA, **100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi**, 4. bs., Gerçek y. İstanbul, 1983, s. 137.

³ Ayferi GÖZE, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 11. bs. Beta y. İstanbul, 2007, (**Siyasal Düşünceler**), s. 271–272; Murat YÜKSEL, “**Marksizm ve Hukuk Anlayışı**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 3–4, İstanbul, 2007, s. 19–20.

⁴ Karl MARX- Friedrich ENGELS, “**Alman İdeolojisi Feuerbach**”, in., **Seçme Yapıtlar, C. I**, Sol y., 1976, (**Alman İdeolojisi**), s. 12.

⁵ GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 274.

teyit zorunlu olarak kendine zıt olanı, kendini reddedeni yani antitezini doğurur. Bu antitez de yine zorunlu olarak sentezi yaratır. Sentez reddin reddidir. Sentez, tez ile antitezin birbirleri içinde eridiği ve uzlaştığı son ve yüce sonuçtur”⁶.

Marx, Hegel’in diyalektiğini materyalizme uygulamış ve kendi deyimini ile “baş aşağı duran diyalektiği ayakları üzerine dikmiştir”⁷. Marxizme göre diyalektik yöntem maddeye uygulanarak doğayı ve toplumu yöneten yasalar öğrenilebilir ve bu yasalardan hareket edilerek doğa ve toplum değiştirilebilir⁸. Materyalizme göre, ruh ile madde, varlık ile düşünce arasında var olan ilişkide, ilk ve esas olan maddedir. Ruhun maddeyi değil, maddenin ruhu yarattığı varsayılmıştır. İlk, esas ve önce olan maddedir, ruh sadece maddenin yüksek bir ürünüdür. Maddenin var olma biçimi ise harekettir⁹. Hiçbir zaman, hiçbir yerde hareketsiz maddeye rastlanmamıştır. Bu hareket karşıtını da içinde taşıyan, karşıtların diyalektiğiyle gelişen bir harekettir.

Marxizmin diyalektiği uyguladığı diğer bir alan, 19. yüzyıl olaylarıdır. Marx, içinde bulunduğu devrin kapitalist toplum düzenini eleştirerek, olayları diyalektik açıdan incelemiştir. Buna göre, dönemindeki sınıflar arası mücadeleye tez safhasındadır. Antitez proletarya diktatörlüğüyle, sentez ise komünist toplum düzeni içinde gerçekleşecektir¹⁰.

Marxizmin diyalektiği uyguladığı son alan, insanlık tarihidir. İnsanlık, sosyal sınıflardan oluşmuştur. Marxizme göre insanlık tarihi, başlangıçtan günümüze kadar, sadece iki sınıf (sömüren-sömürülen) arasındaki mücadelenin tarihinden ibarettir¹¹. Sosyal sınıfların oluşmasında, üretim araçlarının mülkiyeti belirleyici rol oynar. Üretim araçlarına fiilen hâkim olanlar, öteki

6 Aktaran: Ayferi GÖZE, **Liberal Marxiste Faşist ve Sosyal Devlet**, 3.bs. Beta y. İstanbul, 1995, (**Devlet Sistemleri**), s. 36.

7 Aktaran: GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 277.

8 SARICA, s. 138.

9 SARICA, s. 137.

10 GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 280.

11 MARX/ ENGELS, **Komünist Manifesto**, s. 9; J. CHAIX-RUY, “**Sosyal Sınıflar ve Eşitsizliğin Kaynağı**”, Çev: Erdoğan Güçbilmez, AÜSBFD, C. 18, S.2, Ankara, 1963, s. 243.

insanlara hâkim olurlar¹². Üretim araçlarının mülkiyetine sahip olanların meydana getirdikleri bir sınıf (köle toplumunda köle sahipleri, feodal toplumda toprak sahipleri, kapitalist toplumda işletme ve fabrika sahipleri) ve üretim araçlarına sahip olmayanlar da diğer sınıfı oluşturur¹³. Bu sebeple Marxizme göre esas sorun mülkiyet sorunudur¹⁴.

III. MARXİST PERSPEKTİF AÇISINDAN MÜLKİYETİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Marxist mülkiyet hakkı anlayışı, Marx'ın mülkiyeti tarihsel açıdan belirlenmiş bir toplumda ve bu toplum aracılığıyla, doğaya sahip çıkılmasından ibaret olduğu yolundaki düşüncesini temel almaktadır. Bu düşünceye dayanan Marxist-Leninist hukuk bilimi, mülkiyet hakkını kural olarak, "bireyin ya da bir topluluğun üretim araçlarını ve üretim sonuçlarını kendi yetisi ile ve kendi yararına, belirli bir toplumun sınıfsal ilişkileri sistemine dayanarak ve bu sistemle uyumlu olarak, kullanılabilme hakkı" olarak anlamışlardır¹⁵.

Marxizm, tarihi insanların bilinçlerinin eseri olarak görür. İnsanların bilinçlerini belirleyen, düşüncelerine yön veren de sosyal durumlarıdır. Yani insan hayatını belirleyen bilinç değil, bilinci belirleyen şey sosyal hayattır¹⁶. Engels'in, Feurbach'in düşüncesini de paylaşarak belirttiği gibi "insan sarayda başka, kulübede başka düşünür"¹⁷. İnsanın bilincini en başta belirleyen, düşüncelerine yön veren olgu, onun varlığını etkileyen ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayan üretimdir. Üretimi belirleyen en maddi, objektif öge de üretim tekniğidir. Üretim ilişkilerinin bütünü, toplumun ekonomik yapısını diğer bir deyişle alt yapısını meydana getirir. Marxizme göre üst yapı

¹² Bülent Nuri ESEN, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, Ayyıldız mat, Ankara, 1970, s. 395.

¹³ Münci KAPANI, **Politika Bilimine Giriş**, 14. bs. Bilgi y. Ankara, 2002, s. 98-99.

¹⁴ MARX/ ENGELS, **Komünist Manifesto**, s. 55.

¹⁵ Viktor KNAPP, "**Sosyalist Ülkelerde Mülkiyet**", Çev: Selim Kaneti, in, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Enstitüsü y., Yıl:8, S. 11, 1974, s. 371.

¹⁶ ESEN, s. 388.

¹⁷ Friedrich ENGELS, **Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu**, 2. bs. Sol y., 1979, s. 42.; Ahmet Taner KİŞLALI, **Sosyalizm ve Komünizm**, http://www.1001kitap.com/Guncel/Ahmet_Taner_Kislali/siyasal_sistemler/ss1_22b_sosyalizm.html, (03-05-2006).

(hukuki ve siyasi kurumlar), alt yapı (iktisadi yapı) tarafından oluşturulur¹⁸. Her ne kadar üst yapı kurumları da alt yapı kurumlarını etkilese de bu husus talidir. Üretim tekniği geliştikçe, üretim ilişkileri de değişir. Üretimin olabilmesi için üretimi sağlayacak, üretim araçları gerekecektir. Bunlar, toprak, madenler, ormanlar, sular, üretim araçları, işletme binaları, ulaşım ve haberleşme araçlarıdır. Asıl sorun bunların mülkiyetinin kimde olduğu, denetiminin kimin elinde olduğudur¹⁹.

Buna bağlı olarak üst yapı kurumları; ilkel-komünal toplum, köleci toplum, feodal toplum, kapitalist toplum şeklinde değişim göstermektedir²⁰. Marxistler 19. yüzyılı, kapitalist toplum olarak nitelendirmiştir. Kapitalist toplumu, sosyalist toplum ve en nihayetinde komünist toplum takip edecektir. Marxizm, sosyalist ve komünist toplumu, bir öngörü olarak sunmaktadır²¹.

Toplum içinde mülkiyeti tayin eden olgu, iş tarzı ve ekonomik üretim biçimidir. Kişinin, kendi eliyle yaptığı balta kendisinin, karısı ve çocuklarıyla birlikte yaptığı ev ailesinin, kabilesiyle birlikte avladığı av ise ortaklaşa hepsinin olması gerekmektedir²². Bu bağlamda, toplum tiplerini incelemek, toplum içindeki mülkiyet ilişkilerini anlamamıza yardımcı olur. Bu tipleri inceleyecek olursak:

A) İlkel Komünal Toplum

İnsanlar, kendi tarihlerini ihtiyaçlarını tatmin etmek için oluşturmuşlardır. Bu ihtiyaçlar başlangıçta doğa tarafından belirlenmiştir. Daha sonra in-

18 Karl MARX, *Ekonomi Politğin Eleştirisine Katkı*, Çev: Sevim Belli, 3.bs. Sol y., 1976, s. 25; Hüseyin Nail KUBALI, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler)*, İÜHF y., İstanbul, 1971, s. 496; YÜKSEL, s. 23; Yahya Kazım ZABUNOĞLU, *Kamu Hukukuna Giriş (Devlet-Tanım- Kaynak- Unsurlar)*, AÜHF y., Ankara, 1973, s. 62.

19 Jozef STALİN, “Diyalektik ve Tarihsel Materyalizm” in., *Leninizmin Sorunları*, 9. bs. Sol y. 1979, s. 36–37.

20 SARICA, s. 140.

21 Niyazi ÖKTEM/Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der y. İstanbul, 1999, s. 301.

22 G. V. PLEHANOV, *Marksist Düşüncenin Temel Meseleleri*, Çev: Selahattin Hilal, Erdem Buri, Selim Mımoğlu, Nizamettin Burhan, Sosyal y., İstanbul, 1964, s. 219-220.

san ihtiyaçları, yapma çevrenin özellikleriyle orantılı olarak, nitelik ve nicelik bakımından değişikliklere uğramıştır²³.

Gerçekten de İlkel Komünal toplumda, üretim ilişkilerinin temelinde, üretim araçları üzerinde kolektif mülkiyetin bulunması yatmaktadır. Mülkiyetin bu ilk biçimi, aşiret (klan veya gens) mülkiyeti olarak adlandırılmaktadır²⁴.

Vahşi hayvanlardan korunabilmeleri ve doğadan gerekli olan şeyleri elde edebilmeleri için ilkel toplumun tüm üyelerinin güçlerini birleştirmesi lazımdı²⁵. İnsanlar toplayıcılık, avcılık, hayvan yetiştirilmesi ve sınırlı olarak yapılan tarımla hayatlarını sürdürebilmektedirler²⁶. Ortak çalışma, üretim araçlarının ve ürünlerin mülkiyetinin ortak hale gelmesine yol açmıştı. Vahşi hayvanlara karşı kullanılan savunma araçları dışında özel mülkiyet henüz yoktu²⁷. Üretim araçları üzerinde özel mülkiyet olmadığından, sömürü de sınıflar da yoktu²⁸. İnsanlar Rousseau ve Locke'un anlattığı "Doğal yaşama halindeki" gibi mutlu bir yaşam sürdürmekteydiler²⁹. İşbölümü, aile içinde var olan doğal işbölümünün genişlemiş halinden ibaretti. "Toplumsal yapı da, bu nedenle, ailenin genişlemesiyle sınırlı kalır: ataerkil aşiretin reisleriyle, bunların altında aşiret üyeleri ve en sonu köleler. Aile içindeki gizil kölelik, nüfusun ve gereksinmelerin artmasıyla ve dış ilişkilerin, savaşın genişlemesiyle olduğu kadar, trampanın genişlemesiyle de ancak yavaş yavaş gelişir"³⁰.

23 PLEHANOV, s. 237.

24 MARX/ ENGELS, *Alman İdeolojisi*, s. 21-22.

25 GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 283; STALİN, s. 37.

26 Friedrich ENGELS , "Ailenin, Devletin ve Özel Mülkiyetin Kökeni", in. Seçme Yapıtlar, C. III, Sol y., 1979, (*Mülkiyetin Kökeni*), s. 248; MARX/ ENGELS, *Alman İdeolojisi*, s. 21-22.

27 ENGELS, *Mülkiyetin Kökeni*, s. 387.

28 STALİN, s. 38.

29 ÖKTEM/ TÜRKBAĞ, s. 300.

30 MARX/ ENGELS, *Alman İdeolojisi*, s. 22-23.

B) Köleci Toplum

Marxizme göre üretim güçlerinin gelişmesi, zamanla ilkel toplum düzeninin dağılarak, köleci toplum düzeninin yerleşmesine neden olmuştur³¹. Bu toplumda üretim ilişkilerinin temeli “...üretim araçları üzerindeki ve ayrıca, üretimde çalışan ve sahibinin herhangi bir hayvan gibi alıp satabildiği ya da öldürebildiği köle üzerindeki köle sahibinin mülkiyetidir”³².

İnsanlar, bu devirde artık taş aletler yerine madeni aletlere sahiptirler. İkel toplumda görülen aşiretler, hayvanların evcilleştirilmesi neticesinde bölünmüşlerdir. Çoban aşiretler ortaya çıkmıştır. Bunlarla, diğer yerleşik aşiretler arasında mübadele başlamıştır³³. Çiftçilik ve çobanlığın yanı sıra el sanatları da gelişmiştir. El sanatlarının gerektirdiği ustalık ve tarım yapılması, toplumda işbölümünü artırmıştır. İşbölümünü ve gruplarla kişiler arası mübadele servetin birkaç kişi arasında birikmesine yol açmıştır. Artık bu durumda toplumun bütün bireylerinin ortak ve özgür çalışmaları sona ermiştir. Ürünler ve üretim araçları üzerindeki kolektif mülkiyet yerini özel mülkiyete bırakmıştır. Köleci toplumda köle sahibi; ilk, esas ve mutlak, mal sahibidir³⁴.

Üreticilerin yani kölelerin de mülkiyet konusu olması bu dönemin belirleyici özelliğidir. Toplum iki sınıfa ayrılmıştır: köleler ve köle sahipleri: Yani sömürülenler ve sömürenler³⁵. Bu devirde kölelerin direnişlerini bastırmak için, özel bir baskı aracı olarak “devlet” ortaya çıkmıştır³⁶. Devletle birlikte yönetici (sömüren) sınıfın iradesi olan hukuk da doğmuştur. Antik Yunan ve Roma hukukunun temelinde, köleci toplum ilişkileri olgusu vardır³⁷.

31 GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 283–284.

32 STALİN, s. 38.

33 ENGELS, *Mülkiyetin Kökeni*, s. 388.

34 STALİN, s. 39.

35 GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 284.

36 ENGELS, *Mülkiyetin Kökeni*, s. 400; Ayrıntılı bilgi için bkz. Evgeny B. PAŞUKANIS, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev: Onur Karahanoğulları, Birikim y., İstanbul, (1926) 2002, s. 137 vd.

37 ÖKTEM/ TÜRKBAĞ, s. 301.

C) Feodal Toplum

Roma İmparatorluğu'nun hâkimiyetini kaybetmeye başlaması ve barbar istilası nedeniyle üretici güçler tahrip olmuştur. Ticaret azalmış, pazar yokluğundan tarım ve sanayi gerilemişti. Cermenlerin askeri örgütlenişlerinin etkisi feodal mülkiyeti ortaya çıkarmıştır³⁸. Bu gelişmelere paralel olarak, bir yandan Hıristiyanlık dininin etkisiyle diğer taraftan Spartaküs köle isyanları neticesinde, yönetici sınıf taviz vermek zorunda kalmıştır³⁹. Böylece köleci toplum yerini feodal topluma bırakmıştı. Feodal toplumda üretim biçimi, ilkel ve küçük tarımla, el emeğine dayalı sanayi olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁰.

Feodal toplumda, üretim sisteminin temelini, feodal beyin üretim araçları üzerindeki mülkiyeti ve onun artık öldürme yetkisinin olmadığı fakat alıp satabildiği serfler üzerindeki yarı-mülkiyeti oluşturur⁴¹. Serfler, feodal beye ve onun toprağına bağlıdırlar. Fakat köleci toplumdaki köleden farklı olarak serflerin sınırlı mülkiyet hakları vardır. Kendi iş araçlarına sahiptirler ayrıca feodal beye hizmet ettikten sonra ürettiklerinin geri kalanı da kendilerindedir. Bu durum serflerin yaptıkları işe ilgi duymalarına ve köle toplumunda görülme-yen bir üretim artışına yol açmıştır.

Köylerdeki ekonomik gelişmeye paralel olarak kentlerde de ticaret ve el sanatlarının gelişmesi, şehirlerin refahını arttırmıştır⁴². Giderek ticaretin gelişmesi, kapalı çarşıların ortak idaresine ve köyden kaçan serflerin kentlerde rekabetine neden olmuştur. Bu sebeple her zanaat kolu birleşerek kendi loncalarını kurmuştur. Loncalarda meydana çıkan mülkiyet anlayışı kural olarak herkesin emeğine göreydi. Fakat azar azar biriktirilen sermayeler, lonca içinde çırak, kalfa, usta şeklinde bir hiyerarşiyi doğurmuştur. Ustalar zamanla kalfaların emeklerini, az bir sermayeyle yönetmeye başlamıştır⁴³.

38 MARX/ ENGELS, *Alman İdeolojisi*, s. 23.

39 ÖKTEM/ TÜRKBAĞ, s. 301.

40 MARX/ ENGELS, *Alman İdeolojisi*, s. 24.

41 STALİN, s. 40.

42 GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 284-285.

43 MARX/ ENGELS, *Alman İdeolojisi*, s. 24.

D) Kapitalist Toplum

Ticaret devrimi, Rönesans, feodalitenin yıkılıp yerini merkezi imparatorluklara bırakması, toplumsal planda yeni bir sınıf olan, burjuva sınıfının doğmasına yol açmıştır⁴⁴. El zanaatları atölyelerinin ve imalathanelerin yerini, makinelerle donatılmış büyük fabrikalar ve işyerleri almıştı⁴⁵. Önceleri manüfaktür olarak yapılan bu büyük fabrikaların ihtiyacı olan hammadde- nin temini ve üretilen malların ticaretinin rahatça yapılabilmesi için burjuva, kökenini Antik Yunan'da bulduğu eşitlik, özgürlük, mülkiyet gibi haklar istemişti. Bunun için önce filozoflara fikri alt yapı hazırlatıldı, daha sonra “doğal hukuk” ve “sosyal sözleşme” temeline dayanan, Fransız Devrimi⁴⁶ ve Amerikan Devrimi gerçekleştirildi. Böylece feodal kökenli sınıflar ve aristokrasi ortadan kalktı. İktidar da burjuvazinin eline geçti⁴⁷. Manifestoda bu durum “Modern devlette yürütme, tüm burjuvazinin ortak işlerini yöneten bir komiteden başka bir şey değildir”⁴⁸ şeklinde ifade edilmiştir.

Üretim araçlarını elinde bulunduran burjuva, hukuku da kendi üretim ilişkilerine uygun bir biçimde sistemleştirmiştir. Mülkiyet hakkı ve yasa önünde eşitlik ilkeleri getirilmesine rağmen bu haklardan ancak mülk sahipleri faydalanabilmiştir⁴⁹.

Kapitalist toplumda bulunan proletarya, köleci toplumdaki köleden ve feodal toplumdaki serften görünüşte daha iyi bir durumdadır. Çünkü burjuva, onları öldüremez, satamaz. Görünüş itibariyle sözleşme yapma hakkı dahi vardır. Fakat üretim araçlarına sahip olmadığından, yaşamak için emeğini satmak zorundadır⁵⁰. Ekonomik olarak muhtaç bulunan proletarya, kendi

44 GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 285.

45 STALİN, s. 41.

46 MARX/ ENGELS, *Komünist Manifesto*, s. 27.

47 ÖKTEM/ TÜRKBAĞ, s. 301.

48 MARX /ENGELS, *Komünist Manifesto*, s. 12; İbrahim Ö. KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 3. bs., Legal y., İstanbul, 2006, s. 87.

49 GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 285.

50 GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 285; STALİN, s. 40; YÜKSEL, s. 33.

iradesiyle sömürülmektedir. Çünkü sözleşmede iradeleri belirleyen ekonomik ilişkidir⁵¹.

Kapitalist toplumda burjuvanın üretim araçları üzerindeki mülkiyetinin yanı sıra, feodaliteden kurtulmuş serflerin ve zanaatçıların da mülkiyetleri vardır. Bu küçük işletmelerin karşısında ise makinelerle donatılmış fabrikalar ve büyük tarım işletmeleri vardır. Burjuva elinde bulunduğu devasa işletmelerde, git gide daha çok ürünü ucuza üreterek fiyatları düşürmüştür. Bu durumda küçük ve orta mülk sahipleri, aynı malı daha pahalıya mal ettiği için ürettiklerini satamaz hale gelmiştir. Neticede satın alma gücü düşen bu yığınlar yıkıma uğramış ve mülksüzleşerek, proletarya haline gelmişlerdir⁵².

Kapitalist toplumda üretimin genişlemesiyle, milyonlarca işçi fabrikalara doldurulmuştur. Böylece üretim kolektif bir hal almıştır, fakat üretim kolektif olmasına rağmen üretilen değerler üzerinde hala özel mülkiyet vardır. Bu bir çelişkidir; çünkü üretim kolektifse mülkiyet de kolektif olmalıdır. Bu çelişkiyi kaldırmanın yolu ise üretim araçları üzerindeki özel mülkiyeti kaldırmaktır. Bu da ancak sosyalist devrimle gerçekleşecektir⁵³. Sosyalist devrimin amacı da üretim araçlarını olması gereken, kolektif hale getirmek ve özel mülkiyeti kaldırmaktır⁵⁴.

E) Sosyalist Toplum

Marxizme göre devrimin gerçekleşmesi bir zorunluluktur. Çünkü yukarıda da değindiğimiz gibi üretim tekniği ekonomik yapıyı, ekonomik yapı ise hukuki ve siyasal yapıyı belirler. Bu açıdan değerlendirdiğimizde kapitalist toplum çelişkiler toplumdur. Çünkü üretimin kolektif yapısına rağmen, üretim araçlarının mülkiyeti kolektif değildir.

Proletarya emeğine yabancılaşmıştır ve ürettiği ürünü satın alamamaktadır. Bunun nedenini, proletaryanın emeğini satmak zorunda kalmasında aramak gerekir. Burada Marx'ın "artı değer" ilkesi devreye girecektir. Artı de-

⁵¹ Karl MARX, **Kapital (Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili)**, C. I, Çev: Alaattin Bilgi, 3. bs, Sol y., (**Kapital C. I**), s. 183-184; Adnan GÜRİZ, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, AÜHF y. Ankara, 1969, s. 287.

⁵² GÜRİZ, s. 286; MARX/ENGELS, **Komünist Manifesto**, s. 24; STALİN, s. 41.

⁵³ GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 285; YÜKSEL, s. 33.

⁵⁴ MARX/ ENGELS, **Komünist Manifesto**, s. 27; YÜKSEL, s. 33.

ğer; işçinin ücret olarak aldığından daha fazlasını üretmesidir⁵⁵. Aradaki fark ise patrona kalacaktır. Zaten burjuvanın işçiyi çalıştırmasının sebebi, artı değere sahip olabilmektir⁵⁶.

Bütün bu çelişkiler ancak komünist topluma geçişle sona erecektir. Fakat kapitalist toplumdaki komünist topluma geçiş proletarya diktatörlüğü olmaksızın imkânsızdır⁵⁷. Proletarya diktatörlüğü geçici bir yönetimdir, devlet bu dönemde de varlığını koruyacaktır. Üretim malları üzerindeki özel mülkiyet kaldırılacaktır ve herkes yeteneğine göre çalışıp, yaptığı işe göre üretimden pay alacaktır⁵⁸. Marxizmin sosyalist toplumdaki komünist topluma geçiş için mülkiyet ile ilgili tedbirleri Komünist Parti Manifestosu'nda belirtilmiştir. Alınacak önlemler her ülke için farklı olsa da, ileri ülkelerde genel olarak şu şekilde uygulanacaktır:

“1. Toprak mülkiyetinin kaldırılması ve bütün toprak rantlarının kamu yararına kullanılması.

2. Ağır bir, artan oranlı ya da kademeli gelir vergisi alınması.

3. Bütün miras haklarının kaldırılması.

4. Bütün mültecilerin ve isyancıların mülklerine el konulması.

5. Sermayesi devletin olan ve tam tekele sahip bulunan bir ulusal banka aracılığı ile kredinin devlet elinde merkezleştirilmesi.

6. İletişim ve ulaşım araçlarının devlet elinde merkezleştirilmesi.

7. Devlet tarafından sahip olunan fabrikaların ve üretim araçlarının artırılması; boş toprakların ekime açılması ve genel olarak toprağın, ortak bir plan uyarınca iyileştirilmesi.

8. Herkes için eşit çalışma yükümlülüğü. Sanayi orduları kurulması, özellikle tarım için.

55 SARICA, s. 139.

56 MARX, *Kapital C. I*, s. 193 vd.

57 GÜRİZ, s. 286.

58 GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, s. 286.

9. Tarımın imalat sanayileri ile birleştirilmesi; kent ile kırsal arasındaki ayırımın, nüfusun ülke yüzeyine daha eşit bir biçimde dağılmasıyla yavaş yavaş kaldırılması.

10. Bütün çocuklar için devlet okullarında parasız eğitim. Bugünkü biçimi içerisinde çocukların fabrikalarda çalıştırılmalarına son verilmesi. Eğitimin sınıfla üretimle birleştirilmesi vb.”⁵⁹. Görüldüğü üzere Marxizmin amacı mülkiyetin birikmesini ve devrini önlemektir. Mülkiyet ancak proletaryayı temsil eden, devlete ait olacaktır. Özel kişilerin mülkiyeti özellikle de üretim araçları üzerindeki mülkiyet hakları son bulmuş olacaktır. Üretim araçlarındaki mülkiyetin kolektifliği neticede sınıfların ortadan kalkmasına yol açacaktır.

Marxizm sosyalist toplumu eşitsizliklerin ortadan kalkacağı bir toplum tipi olarak nitelendirmez. Sosyalist toplumda tüketim mallarının dağıtımı, “herkese çalışmasına göre” kıstası çerçevesinde olacaktır⁶⁰.

F) Komünist Toplum

Sosyalist toplumda üretim araçlarının mülkiyeti topluma aittir. Komünist toplumda ise artık bütün mülkiyet toplumsallaşacaktır⁶¹. Bu dönemde devlette ihtiyaç kalmayacaktır. Çünkü proletarya diktatörlüğüne ulaşmış, sınıflar ve sömürü sona ermiş olacaktır⁶². Artık üretim ve değerlerin dağılımını kendiliğinden, baskı ve zorlamaya ihtiyaç olmaksızın yapılacağından, devletin varlık nedeni de ortadan kalkacaktır⁶³.

Mülkiyet toplumsallaşacağından, sosyalist toplumdaki tüketim mallarının dağıtım sistemi olan “herkese çalışmasına göre” ilkesi yerini “herkese

⁵⁹ MARX/ ENGELS, **Komünist Manifesto**, s. 37- 38.

⁶⁰ GÜRİZ, s. 289.

⁶¹ GÜRİZ, s. 294; Felicien CHALLAYE, **Mülkiyetin Tarihi**, Çev: Turgut Ayтуğ, 2.bs. Remzi Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 107.

⁶² Marx, 5 Mart 1958 tarihinde yazdığı bir mektubunda özetle amacının, sınıf çatışmasının proletarya diktatörlüğüne, bu diktatörlüğün de sınıfsız bir topluma geçişi sağlayacağını kanıtlama olduğunu belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Terrell CARVER, “**Karl Marx: Kapitalist Toplumun Mezar Kazıcısı**”, in. Siyasal Düşüncenin Temelleri, Der: Brain Redhead, Çev: Hüseyin Emre Bağçe, ed. Hikmet Özdemir, Alfa y., İstanbul, 2001, s. 226-227; Roger GARAUDY, **Marks İçin Anahtar**, Çev: A. Taner Kışlalı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1975, s. 55.

⁶³ GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 289; ENGELS, **Mülkiyetin Kökeni**, s. 402.

ihtiyacına göre” ilkesine bırakacaktır. Marxizme göre, herkesin ihtiyacı nisbetinde tüketim mallarından pay alması daha adildir. Bunun nedeni insanların eşit olmamalarıdır. Bazıları güçsüz, bazıları güçlü, bazıları evli, kimisi bekâr, kimileri çok çocuklu, kimisi ise az çocukludur. Herkese çalışmasına göre verilmesi kimini zengin kimisini fakir edecektir⁶⁴.

IV. YABANCILAŞMA VE ÖZGÜRLEŞME

Marxizmin mülkiyet anlayışını incelerken üzerinde durulması gereken önemli bir husus da yabancılaşma ve özgürleşme konularıdır. Marxizmde yabancılaşma bir sorun olarak ortaya konmuş; bu durumdan kurtulma ise özgürleşme olarak nitelenmiştir. Marxizm yabancılaşmayı ve özgürleşmeyi mülkiyet temelinde incelemektedir. Marxizm insanın özgürleşmesinin yolunu, insanı yabancılaştıran unsurların bertaraf edilmesinde görmüştür.

Marxizm, yabancılaşmayı tarihsel materyalizme uygun olarak tarihsel süreç içerisinde ele almış ve yabancılaşmanın kölelikten kapitalizme kadar tüm özel mülkiyet sistemlerinde emeğin yabancılaşmasından doğduğunu belirtmiştir⁶⁵. Tarihin ilk dönemlerinde insanlar kolektif mülkiyet sahibiydiler. İşbölümünün ortaya çıkmasıyla birlikte kişi artık ürettiğinin sahibi olmamıştır; bu şekilde emeğine yabancılaşmıştır. Yabancılaşma en üst düzeyine kapitalist toplumda erişmiştir. Kapitalist toplumda burjuvanın işçi çalıştırmasının ana nedeni artı değere sahip olabilmektir. Artı değer işçinin ücret olarak aldığından daha fazlasını üretmesi, aradaki değer farkının sermaye sahibine kalmasıdır⁶⁶. İnsan kendi emek gücünü satınca artık onun ürününe sahip olamaz, o ürün kendisini üretenden ayrı bir varlık kazanır. Daha açık şekilde, özgürlüğün karşıtı olan yabancılaşma, insanın kendi emeğinin kendisine karşı gelmesi ve insanın kendisi olmaktan uzaklaştırılmasıdır⁶⁷.

⁶⁴ GÖZE, *Siyasal Düşünceler*, dp. 114, s. 288.

⁶⁵ Nihat BULUT, “*Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı*”, in. *Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan*, DEÜ y., İzmir, 2001, s. 326.

⁶⁶ Raymond ARON, *Sanayi Toplumu*, Çev: E. Gürsoy, Dergah y., İstanbul, 1978, s. 310; SARICA, s. 139; KUBALI, s. 502-503.

⁶⁷ Karl MARX, *1844 Felsefe Yazıları*. Çev: Murat Belge, Verso y. İstanbul, 1986, s. 74; BULUT, s. 326; E. K. HUNT, “*Marx’s Theory Of Property And Alienation*”, in. *Theories of Property: Aristotle to the Present*, Ed. Anthony Parel- Thomas Flanagan, Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, Ontario, 1979, s. 303-304, 307.

Ekonomik yabancılaşma olarak da adlandırılan kişinin emeğine yabancılaşması neticesinde sosyal yabancılaşma ortaya çıkmıştır. Sosyal yabancılaşmada, toplum iki sınıfa bölünmüştür; üretim araçlarının mülkiyetini elinde bulunduranlar ve üretim araçlarına sahip olamayanlar. Sosyal yabancılaşma neticesinde siyasal yabancılaşma başlamıştır. Sosyal olarak sömüren ve sömürülen bu iki sınıf tarih boyunca mücadele içinde olmuşlardır. Devlet ise bu sınıflar arasındaki mücadeleyi yatıştıran, bu sınıfları uzlaştıran bir kurum görünümündedir. Gerçekte devlet güçlü olanın, sömürenin, kapitalist toplumda ise burjuvanın hizmetindedir. Sömürülenin siyasal olarak hakları yoktur. Sömürülenler siyasal sistemin işleyişinde söz sahibi değildirler; siyasetten dışlanmışlardır. Böyle olunca da kişi siyasal olarak yabancılaşmıştır⁶⁸.

Yabancılaşma sorununun temelinde, Marxizme göre, üretim araçlarının üzerindeki özel mülkiyet yatmaktadır. Yabancılaşmanın aşılması ise ancak özel mülkiyetin kaldırılması ve proletarya diktatörlüğü yoluyla mümkün olacağına göre; kişinin özgürleştirilmesi için öncelikle kapitalizmin tasfiyesi, daha sonra da Komünist devrimin gerçekleştirilmesi gerekecektir⁶⁹. Devrim sonrası üretim araçları üzerinde kolektif mülkiyetin sağlanmasıyla, kişi emeğinin ürünü ile birleştirilecek ve yabancılaşma yok olarak özgürlük sağlanacaktır⁷⁰.

V. MARXİST MÜLKİYET ANLAYIŞININ UYGULAMAYA TAŞINMASI: SOVYETLER ÖRNEĞİ

Marxizm, 1917 yılındaki Rus ihtilaline kadar siyasi kurumlar meydana getiren bir düzen, rejim olamamıştır. Sovyetler birliğinin Marxizme dayanmakta oluşu mülkiyet rejimini etkilemiştir. Sovyet Anayasası'nın 4. maddesine göre, "Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin ekonomik temelini, kapitalist sistemin yok edilmesi, üretim araç ve gereçleri üzerinden özel mülkiyetin kaldırılması ve insanın insanı sömürmesine son verilmesi ile kurulan sosyalist ekonomi ve üretim araç ve gereçleri üzerindeki sosyalist mülkiyet teşkil eder". Sosyalist mülkiyetin tanımı ise 5. maddede verilmiştir. Buna göre sosyalist mülkiyet, ya devlet mülkiyeti (bütün halkın malı), ya da

⁶⁸ Yabancılaşma neticesinde ortaya çıkan yabancılaşma türleri için bkz. GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 290 vd; YÜKSEL, s. 37.

⁶⁹ KUBALI, s. 504.

⁷⁰ BULUT, s. 327.

kooperatif ve kolhoz mülkiyeti (ayrı ayrı kolhozların mülkiyeti ve kooperatif birliklerinin mülkiyeti) şeklindedir⁷¹.

Bolşevikler, Sovyetlerin iktidarını ele geçirdikleri sırada, Rusya başka ülkelere göre yoksul ve geri kalmış bir ülkeydi. Lenin, Marxizmi farklı olarak yorumlamış ve ortaya Marxizm-Leninizm çıkmıştır. Lenin'e göre kapitalizmin gelişmediği ve demokrasinin uygulanmadığı bir ülkede de devrim gerçekleşebilir⁷². Ayrıca devrim bilincini işçilere verecek bir partinin varlığını, Lenin gerekli ve zorunlu görmüştür.

Lenin'in hareket tarzı enternasyonalist hareket olup, din, ırk milliyet farklılıklarını kabul etmemektedir. O, komünizmi, üst yapıya ve idarecilere karşı mücadele edip üretim araçlarını devletleştirmeyi ve işçi diktatörlüğünü hedef almaktan ziyade, kolektivizmin bir basamağı olarak sosyalizm tarafından gerçekleştirilen sosyal ve ekonomik değişimi ifade eder bir şekilde kullanmaktadır⁷³.

6 Ekim 1917'de bir emirname ile karşılık olarak hiçbir tazminat verilmeyen bütün büyük arazilerin mülkiyetleri ile kilise ve manastırlara ait mülkiyetler kaldırılarak millileştirildi. Bu emirname köylülerin bizzat işledikleri arazilerin mülkiyetinin müsaderesini ise yasaklamaktaydı. 19 Nisan 1918 tarihli Toprak Kanunu ise, toprağı işleyenlere sadece intifa hakkı tanımıştır. Böylece topraklar millileştirilmiştir.

Önceleri idareciler; işçilerin ve köylülerin gönüllü disiplinine dayanan, eşitlikçi bir toplum fikrini ortaya koydular. Fakat uygulama gösterdi ki; işçiler eğer faydasını hemen görmezlerle, üretim zahmetlerine katlanmakta isteksiz davranıyorlardı. Köylüler ise toprağı; eğer daimi olarak kendilerine ait olduğuna güvenemezlerse, iyi işlemiyorlardı. Bu sebeple Lenin, "yeni bir toprak siyaseti" (N.E.P.) ilan etti ve bir sosyalist kadro içinde bulunan kişilerin ferdi çıkarlarını genişletti⁷⁴. 1922 tarihli Toprak Kanunda tarım alanlarını genişletmek için girişecekleri işlerde köylülere mülkiyet hakkı tanındı. Buna

⁷¹ ESEN, s. 427; Kemal T. GÜRSOY/ Fikret EREN/ Erol CANSEL, **Türk Eşya Hukuku (zilyetlik, tapu sicili-mülkiyet- sınırlı aynı haklar)**, 2. bs., AÜHF y., Ankara, 1984, s. 334.

⁷² GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, s. 307.

⁷³ S. Hayri BOLAY, **Felsefi Doktrinler Sözlüğü**, Akçağ y., 5. bs., Ankara, 1990, s. 134-135.

⁷⁴ CHALLAYE, s. 122-123.

ilaveten köylüler, topraklarını en uygun biçimde işletmek hususunda serbest bırakıldı.

22 Mayıs 1922 tarihli kanun ile bütün vatandaşların, ticari ve sınai teşebbüslere girişmek, mal mülk kazanmak hususunda serbestlikleri ve 10.000 altın rubleye kadar miras hakları olduğu ilan edildi.

1928 yılına gelindiğinde Lenin yerini Stalin'e bırakmıştı ve Stalin "dağınık ve geri köylü işletmelerinden, modern araçlara sahip ve bilimsel bir şekilde yönetilecek büyük işletmelere geçmek gerektiğini" düşünmekteydi. Bu düşüncesini gerçekleştirmek için büyük devlet çiftlikleri ve buralardaki toprakları işlemek için makine parkları kurmuştur.

Yukarıda sıraladığımız tarihsel gelişim neticesinde Sovyetlerde çeşitli mülkiyet tipleri ortaya çıkmıştır. Bunlar a- Devlet mülkiyeti, b- Kolektif çiftlik mülkiyeti, c- Kişisel mülkiyet ve d- Özel mülkiyettir⁷⁵.

Mülkiyet tiplerini incelemeye geçmeden önce bir nesnenin somut olarak mülkiyetin sınıflandırılmasındaki yerinin tespitinde, o nesnenin yapısal özelliğine göre yapılmadığını belirtmekte fayda vardır. Nesnelere mülkiyet tipleri içindeki yeri, içinde buldukları toplumsal ilişki açısından belirlenmiş ve toplumsal ilişkinin doğrultusunun değişmesiyle, mülkiyet tipinin de değişebileceği belirtilmiştir. Örneğin bir dikiş makinesi,

- a) Bir devlet teşebbüsüne ait olduğu zaman, devlet mülkiyetinin,
- c) Tüm halkın mülkiyet hakkını kullanan bir başka teşebbüse mesela bir terziler kooperatifine ait olduğu zaman, kolektif mülkiyetin,
- c) Kendisinin veya ailesinin ihtiyaçlarını karşılamak için onu kullanan bir ev kadınına ait olduğu zaman, kişisel mülkiyetin,
- d) Sosyalist sektörün dışında, mal üretimini sağlamak için örneğin, özel bir terzi tarafından kullanıldığında da özel mülkiyetin konusunu oluşturmaktadır⁷⁶.

Şimdi bu mülkiyet tiplerine değinecek olursak:

⁷⁵ GÜRİZ, s. 298 vd; EREN'e göre Sovyet sisteminde mülkiyet tipleri ikiye ayrılmaktadır: sosyalist mülkiyet ve şahsi mülkiyet. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret EREN, "Mülkiyet Kavramı", in. Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF y. Ankara, 1974, s. 773.

⁷⁶ KNAPP, s. 373.

A) Devlet Mülkiyeti

5 Aralık 1936 tarihli SSCB Anayasası'nın 6. maddesi⁷⁷ ve 7 Ekim 1977 tarihli Anayasa'nın ise 11. maddesi, devlet mülkiyet ile alakalıdır⁷⁸. Bu maddeye göre: "Devlet mülkiyeti yani Sovyet halkının ortak mülkiyeti, sosyalist mülkiyetin başlıca şeklidir. Toprak, madenler, sular ve ormanlar devletin münhasır mülkiyetindedir. Endüstri, inşaat, tarım alanlarındaki başlıca üretim araçları; taşıt ve ulaşım araçları, bankalar, devletin işlettiği ticari örgütlerin, kamu işletmelerinin ve diğer malların mülkiyeti devlete aittir." şeklinde devlet mülkiyetinin kapsamı belirtilmiştir.

Anayasanın zikredilen maddesinde de görüldüğü üzere, Sovyet mülkiyet sisteminde başlıca ve hâkim yeri devlet mülkiyeti almaktadır. Genel anlayışa göre sosyalist mülkiyetin en yüksek derecesi, devletin sosyalist mülkiyetidir. Bütün halkın mallarını yöneten sosyalist devlet, terimin hukuksal manasıyla, tüm bu malların "maliki"dir. Dolayısıyla sosyalist devlet, yalnız devlet gücü alanında (yani siyasal alanda) değil, iktisadi alanda da tüm halkın temsilcisidir. Bu çerçevede, devletin malik sıfatından da halkın tümünü temsil ettiği sonucu çıkarılmaktadır⁷⁹.

Bu nedenle, devlet işletmeleri hiçbir zaman kullandıkları malların maliki değildirler ve olamamışlardır. Devlet işletmelerinin bu mallarla olan ilişkilerini hukuksal olarak açıklayabilmek için, Marxist- Leninist hukuk bilimi "işlevsel yönetim" kavramını ortaya çıkarmış ve kullanmıştır. Devlet işletmelerinin elde bulundurdukları ve kullandıkları tüm malların maliki devlet olup, bu işletmeler de "işlevsel yönetim" hakkından yararlanmaktadırlar⁸⁰.

Devlet mülkiyetinin tarım alanındaki görünümünü, sovkhozyler (devlet tarafından işletilen devlet çiftlikleri) oluşturur. Sosyalizmin gerçek şekli olarak kabul edilen bu çiftliklerde işçiler ücret karşılığında çalışmakta ve üretilen ürünler tamamıyla devlete kalmaktadır. Sovyetlerde devlet çiftliklerinin sayısı sürekli arttırılmaya çalışılmıştır. Bu şekilde devlet mülkiyetinin

⁷⁷ GÜRİZ, s. 296.

⁷⁸ Yaşar GÜRBÜZ, **Anayasalar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, s. 193; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 334.

⁷⁹ KNAPP, s. 376.

⁸⁰ KNAPP, s. 376.

alanı daima genişletilmek istenmiştir. Bu artışın nedeni Güriz'e göre ideolojik olmaktan çok ekonomiktir⁸¹.

B) Kolektif Çiftlik Mülkiyeti

Kolektif Çiftlik Mülkiyeti, 1977 Anayasası'nın 12. maddesinde düzenlenmiştir⁸². Bu maddeye göre "Kolektif çiftliklerin, diğer kooperatif örgütlerinin ve onların ortak girişimlerinin tüzüklerinde saptanmış amaçları için gerekli üretim araçları ve diğer mallar onların mülkiyetindedir. Kolektif çiftliklerin toprakları ücretsiz ve süresiz kullanılmak üzere onlara tahsis edilir. Devlet, kolektif çiftliklerin ve kooperatiflerin mülkiyetinin gelişmesine ve devlet mülkiyetine yaklaşmasına yardım eder. Topraktan yararlanan diğerleri gibi, kolektif çiftlikler de toprağı etkili ve ekonomik bir şekilde kullanmak zorundadır". Kolektif çiftliklere, "kolkhozy" adı da verilmektedir. Yukarıdaki maddeden de anlaşıldığı üzere kolkhozyler toprak üzerinde doğrudan mülkiyete sahip değillerdi, onlar sadece topraktan yararlanmak hakkını ellerinde bulunduruyorlardı. Fakat bu yararlanma hakkı, sürekli ve devletin koruması altındaydı. Bunun yanı sıra Medeni Kanun, kolkhozylerin mallarının icra yoluyla haczedilemeyeceğini de belirterek, kolektif çiftlik mülkiyetine ayrıcalık tanımıştır⁸³.

Devlet mülkiyeti ile kolkhozy mülkiyeti arasındaki başlıca fark, üretim araçlarının toplumsallaştırılması arasındaki derece farkıdır. Devlet mülkiyetinde, toplum çapında, bütün üretim araçları toplumsallaştığı (kolektifleştiği) halde, kolkhozy işletmelerinin üretim araçlarının mülkiyeti çeşitli topluluklarıdır. Devlet işletmelerinin üretimi tüm halkın malıyken, kolkhozy üretimi kolhozun malıdır⁸⁴.

Ayrıca Anayasaya göre, devlet mülkiyeti (sovkhozyler), kolektif çiftlik mülkiyetinden (kolkhozyler) daha yüksek bir aşama sayılmıştır. Devlet mülkiyeti hem kolektif çiftliklerin hasat riskini yüklenemedikleri bakir toprakları işlemek hem de büyük şehirlere yakın olan ve gelirleri sürekli artan kolektif çiftlik gelirlerini devlete aktarmak için sürekli genişlemiştir.

81 GÜRİZ, s. 297.

82 GÜRBÜZ Y., *Anayasalar*, s.193.

83 GÜRİZ, s. 298; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 335.

84 Yaşar GÜRBÜZ, *Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler*, 2. bs., Beta y., İstanbul, 1987, s. 144.

C) Kişisel Mülkiyet

Sovyet sisteminde bireyin toplum içindeki yeri “herkes kendi yeteneğine, herkese kendi çalışmasına göre ” anlayışı ile belirlenmiştir. Bu tarz bir toplum içinde kişisel mülkiyet var olmuştur. Bireysel mülkiyetin temelini, nesnelere mülk edinen kimsenin çalışması oluşturmaktadır⁸⁵.

Batı hukukundan farklı olarak Sovyet hukuku özel mülkiyette iki ayrı sınıflandırma yaparak mülkiyet; kişisel mülkiyet ve özel mülkiyeti olarak ikiye ayırmaktadır. Kişisel mülkiyeti, özel mülkiyetten ayıran başlıca özellik kişisel mülkiyetin, kullanmaya ve yararlanmaya tahsis edilen malları kapsamasıdır. Bir örnekle açıklayacak olursak; bir dikiş makinesinin malik tarafından, kendisi veya ailesinin ihtiyaçlarını karşılamak için kullanılması durumunda kişisel mülkiyet; aynı dikiş makinesinin para kazanmak için kullanılması durumunda ise özel mülkiyet söz konusudur⁸⁶. Fakat bazı mallar hukuksal düzenlemeden veya nesnenin niteliğinden dolayı somut olaylarda gözlemlendiğinde; ancak belirli bir mülkiyetin konusu olabilmektedir. Mesela bir lokomotif kişisel mülkiyetin konusu olamaz; çünkü lokomotifin öz niteliği, malikin ya da ailesinin kişisel ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan bir toplumsal ilişkinin içinde yer almasına uygun değildir. Demiryolu işletmesi nitelik yani toplumsal tahsis amacı yönünden, ancak sosyalist mülkiyete konu olabilir. Buna karşılık toprak mülkiyetinin, mülkiyetin sınıflandırılmasındaki yeri hukuksal düzene bağlı olarak, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nde yalnızca devlete aittir⁸⁷.

Kişisel mülkiyet Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “Çalışarak elde edilen gelirler, Sovyet vatandaşlarının kişisel mülkiyetinin esasını oluşturur. SSCB vatandaşlarının kişisel mülkiyeti içerisine; her gün kullanılan eşyalar, kişisel tüketim ve ev eşyaları, küçük bir iş yerinin aletleri ve diğer eşyaları ve gelirden yapılan tasarruflar girer. Vatandaşların kişisel mülkiyet ve bu mülkiyeti miras yoluyla kazanma hakları devlet güvencesi altındadır.

Kanunla saptanan şekilde, yardımcı bir küçük işyeri (hayvan ve kümes hayvanlarının beslenmesi dâhil), meyve, sebze yetiştirme veya kişisel konut

85 KNAPP, s. 372.

86 GÜRİZ, s. 302.

87 KNAPP, s. 374.

yapımı için vatandaşlara bir toprak parçasının kullanılması bırakılabilir⁸⁸. Vatandaşlar, kendilerine bırakılan toprak parçasını rasyonel olarak kullanmak zorundadırlar. Devlet ve kolektif çiftlikler, küçük işyerlerinin çalıştırılmasında, vatandaşa yardım ederler.

Vatandaşların sahip oldukları veya yararlandıkları mülkiyet, çalışarak elde edilmeyen kazanç aracı olarak veya toplumun çıkarları zararına kullanılamaz⁸⁹.

D) Özel Mülkiyet

Özel mülkiyet, kişisel mülkiyetten farklı olarak, kişinin gelir elde etmek için elinde bulundurduğu mallar üzerindeki mülkiyetidir. Sovyet hukukunda doğrudan düzenlenmiş olmasa da uygulamada ortaya çıkmıştır⁹⁰. Sovyet sisteminde bu mülkiyet tipinin, dolaylı da olsa kabul edildiği varsayılabilir. Çünkü anayasanın 17. maddesinde el sanatları, çiftçilik, halka sunulan hizmetler ve diğer çeşit, yalnızca vatandaşın kişisel çalışmalarına dayanan kişisel çalışmaya, kanunun izin verdiği belirtilmiştir⁹¹. Fakat bu tip çalışmalar da sınırsız değildir. Devletin bu tür işlerin toplum yararına olmasını sağlamak üzere düzenlemeler yapacağı maddenin devamına eklenmiştir.

Sovyetler Birliğinde, kolektif çiftliklerde çalışan her çiftçi ailesi, kolektif çiftlikten sağladığı temel gelire ek olarak çiftliğin bir bölümünü çiftlik ve kümes hayvanları yetiştirebilmek, ikametgâh sahibi olabilmek, kendi istediği şekilde tarım yapabilmek için elinde bulundurabilmektedir⁹². Bu toprak parçasının yüzölçümü 2,5 ile 5 dönüm arasında değişmektedir⁹³. Çıplak mülkiyeti devlete, karşılıksız yararlanma hakkının çiftçi ailesine ait olan bu özel ekonomi alanlarının bulunmasını; doktrinin, hayatın gerçeklerine boyun eğmesi olarak değerlendirmek mümkündür⁹⁴.

88 ARON, s. 120.

89 GÜRBÜZ Y., *Anayasalar*, s.193.

90 GÜRİZ, s. 302.

91 GÜRBÜZ Y., *Anayasalar*, s.194.

92 CHALLAYE, s. 124.

93 GÜRİZ, s. 303.

94 EREN, s. 775.

V. SONUÇ

Yukarıda anlattıklarımız ışığında genel bir değerlendirme yapacak olursak; Marxizmin kurucuları olan Marx ve Engels'in yaşadığı dönem, sanayi devriminin sonucu işçi sınıfının ortaya çıktığı ve derin acılar yaşadığı bir dönemdir. Sanayi devrimi neticesinde Batı toplumu derin bir dönüşüm yaşamıştır. İşçiler fabrikalarda ağır çalışma şartları altında çalışmakta idiler; herhangi bir sosyal hakları yoktu. Yönetime gelecekleri seçebilmek için devlete belli miktarda vergi verilmesi şartı da aranmaktaydı. Bu dönem içerisinde Marxizm, kapitalizmin bir eleştirisi niteliğinde ortaya çıkmış ve işçilerin durumlarının düzeltilmesinin çarelerini aramıştır. Eleştirdiği hususlar, dönemi içerisinde yadsınamayacak niteliktedir.

Marxizm eleştirilerini temellendirirken ve çözüm yolları ararken mülkiyete özel bir önem vermiştir. Sorunun kaynağı olarak özel mülkiyet görülmüştür, çözümün ise ancak özel mülkiyetin kaldırılması yoluyla olacağı görüşünü ileri sürmüşlerdir. Mülkiyetin kaldırılmasının yöntemi de ancak, sosyalist ve komünist toplum aşamaları ile gerçekleştirilecektir.

Marxizm sosyalist ve komünist toplumu bir öngörü olarak ortaya koysa da, Marxist idealin gerçekleşmesi ihtimali devleti ve servet sahiplerini tedbirler almak hususunda harekete geçirmiştir. İşçilere haklar tanınmış, çalışma şartları düzeltilmiş, ücretler arttırılmış, oy hakkı genişletilmiştir. Artık kanun önünde eşitlik yerine hakların kullanılmasında eşitlik yolu açılmıştır. Toplum, seyahat edemeyecek kadar fakir birisine seyahat özgürlüğü vermenin ne kadar manasız olduğunu anlamıştır. Bu bağlamda sosyal haklar düşüncesi oluşmuş ve anayasalarda yer alamaya başlamıştır. Sosyalizmden kaynaklanan 1848 devrimi sonrası hazırlanan, 1848 tarihli Fransız Anayasası sosyal haklar anlayışını yansıtan bir anayasa olmuştur⁹⁵.

Bunun yanında Marxizm, 1917'deki devrim neticesinde Sovyetler Birliği'nin kurulması ile uygulamaya taşınma imkânını bulmuştur. Fakat Sovyetlerin içinde bulunduğu fakir hayat şartları Marxizmin öngördüğü bir durum değildi. İşte bu nedenden dolayı Sovyet yönetimi, Marxizmi yorumlayarak uygulamaya koymuştur. 1990'lerde SSCB'nin yıkılışına kadar uygulanan bu sistem, hiçbir zaman Marx'ın hayal ettiği aşamaya ulaşamamıştır.

⁹⁵ HAZIR, s. 89; Erik J. HOBBSBAWN, **Devrim Çağı: 1789-1848**, Çev: Jülide Ergüder/Alaeddin ŞENEL, V y., Ankara, 1989, s. 567 vd.

TENKİS DAVALARINDA MİRASBIRAKANIN TASARRUF NİSABININ HESAPLANMASI

*Doç.Dr. Cem BAYGIN**

I. GENEL OLARAK

Mirasbıran, tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabilir (MK.m.514/f.1). Mirasbıranın ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünün sınırını saklı paylı mirasçılarının saklı payları belirler. MK.m.505'e göre, mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan mirasbıran, mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir¹. Dolayısıyla mirasbıran, terekesinin saklı paylı mirasçılarının saklı payları dışında kalan kısmında dilediği gibi tasarruf etme imkânına sahiptir. Mirasbıranın serbestçe tasarruf edebileceği bu kısma, tasarruf nisabı (veya tasarruf edilebilir kısım) adı verilmektedir.

Tasarruf nisabını tespit edebilmek için, terekenin değeri ile saklı paylar toplamının bilinmesi gerekir. Zira tereke değeri ile saklı paylar toplamı arasındaki fark, mirasbıranın serbestçe tasarruf edebileceği kısım (yani tasarruf nisabını) belirtir. Tereke denilince ilk önce akla mirasbıranın ölümü anında sahip olduğu ve mirasçılara intikal eden tüm mal ve haklar, yani malvarlığının intikali mümkün aktif gelir. Ancak tasarruf nisabının hesaplanmasına esas olan tereke, mirasbıranın ölümünde bıraktığı aktif değerlerden ibaret değildir. Her ne kadar MK.m.507/f.1 hükmünde, "tasarruf edilebilir kısım, terekenin mirasbıranın ölümü günündeki durumuna göre hesaplanır" denmiş olmasına rağmen, kanunun diğer maddeleri göz önünde tutulunca, tasarruf nisabının hesabında terekeye, yani mirasbıranın ölümü anındaki malvarlığı aktifine, kâğıt üzerinde bir yandan bazı değerlerin ilave edilmesi, diğer yandan mirasbıranın borçları ile kanunda öngörülen bazı tereke borçlarının (MK.m.507/f.2) bundan çıkarılması ve böylelikle elde

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ 04.05.2007 tarih ve 5650 sayılı Kanunla kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmıştır (RG. 10.05.2007, Sa.26518).

edilecek miktarın hesaplamada esas alınması gerektiği anlaşılır. Terekenin hesabında gerek mevcut mal ve haklar gerekse çıkarılacak ve eklenecek unsurlar, mirasbırakanın ölümü günündeki mübadele değerleri ile nazara alınır².

Tereke ile saklı paylar toplamı arasındaki fark, tasarruf nisabına tekabül ettiğinden, tasarruf nisabının hesaplanabilmesi için sadece tereke tutarının tespiti yeterli değildir. Ayrıca saklı paylar toplamının da bulunması gerekir. MK.m.506'ya göre, saklı pay, yasal miras hakkının belirli bir oranından ibarettir³. Bu nedenle, ilk olarak mirasta hak sahibi olan saklı paylı mirasçıların yasal miras paylarının tespit edilmesi gerekir. Bu paylar bulunduktan sonra, MK.m.506'ya göre, varsa her bir mirasçının saklı payı elde edilir ve bunlar birbiriyle toplanır. Bu toplam terekenin belirli bir oranını teşkil ettiğinden, tereke tutarına nispet edilir ve saklı payların parasal değeri bulunur. İşte bu rakam, tereke tutarından çıkarıldıktan sonra geriye kalan değer, tasarruf nisabını ifade eder⁴.

II. TEREKE MEVCUDUNUN (TEREKE AKTİFİNİN) TESPİTİ

Tereke mevcudunun hesaplanmasında mirasbırakanın malvarlığının aktifinde yer alan unsurlar mirasbırakanın ölümü günündeki, yani mirasın açıldığı andaki parasal karşılıklarıyla değerlendirilir. Terekeye dâhil mal ve haklarda mirasın açılmasından sonra vuku bulan kıymet değişiklikleri nazara alınmaz. Dolayısıyla mirasbırakanın ölümünden sonra terekedeki bir malın değerinin artması veya azalması göz önüne alınmaz⁵.

-
- 2 Rona Serozan/Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2004, s.143. Terekenin dava tarihindeki değeri esas alınarak saklı pay ve tenkis hesapları yapılamaz. Yarg. 2. HD., 28.04.2004 T., E.4605 / K.5439 (Ömer Uğur Gençcan, *Türk Medeni Kanunu*, C.2 (m.185-530), Ankara 2007, s.3204,3205). “Temlike konu taşınmazların ölüm günündeki değerleri yerine dava tarihindeki değerlerinin tereke mevcuduna eklenmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 2. HD., 24.04.1974 T., E.2572 / K.2442 (YKD., C.1, Temmuz 1975, Sa.7, s.53,54).
 - 3 Saklı pay oranları, altsoy için yasal miras payının yarısı, ana ve babadan her biri için yasal miras payının dörtte biri, sağ kalan eş için, altsoy veya ana ve baba zümresiyle birlikte mirasçı olması halinde yasal miras payının tamamı, diğer hallerde yasal miras payının dörtte üçüdür (MK.m.506).
 - 4 Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası*, Ankara 1973, s.37,38.
 - 5 Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku*, C.IV, *Miras Hukuku*, İstanbul 2003, s.243.

Tenkis davalarında tereke mevcudunun mahkemece kendiliğinden araştırılması zorunludur⁶. Terekedeki nakit para dışında, taşınır ve taşınmaz malların, alacakların ve parasal değeri olan diğer hakların mirasbırakanın ölüm anındaki piyasa değerlerinin gerçeğe en yakın bir şekilde belirlenmesi gerekir⁷. Bu nedenle, tereke kapsamında yer alan malvarlığı unsurlarıyla ilgili bilgi, belge ve kayıtların, özellikle de taşınmazlara ilişkin tapu kayıtlarının dava dosyasına intikali sağlanmalı⁸, hesaba girecek mal ve hakların mirasbırakanın ölümü anındaki değerinin tespiti için uzman bilirkişilere başvurulmalıdır⁹. Yargıtay içtihatlarına göre, tenkis davalarında dava dilekçesinde gösterilen değerler tahmini olmaktan öteye geçmez. Aynı şekilde mirasbırakanın vasiyetnamesinde belirtmiş olduğu değerler de bu konuda bağlayıcı değildir. Saklı pay, tasarruf nisabı ve tenkis hesaplarına esas olacak gerçek tereke değeri, mahkemece yapılacak soruşturma ve keşifle¹⁰ belir-

⁶ Yarg. 2. HD., 17.06.2003 T., E.5672 / K.8996 (Gençcan, age., s.3206-3208); Yarg. 2. HD., 06.06.1985 T., E.5301 / K.5551 (Esat Şener, Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh), Ankara 1988, s.992).

⁷ Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, C.I, Ankara 2005, s.76. Yarg. HGK. 04.11.1983 T., E.1980/2-3320 K.1983/1120 (YKD., C.10, Mart 1984, Sa.3, s.354-356).

⁸ "...Tereke kapsamındaki menkul - gayrimenkul mal varlığı hakkındaki bilgi, belge ve kayıtlar dosyaya celbedilmelidir. Bu bağlamda dosya içinde dava konusu 533 parsel nolu taşınmaz ile temlik dışı 54 parsel nolu taşınmaz dışında diğer taşınmazların tapu kayıtları bulunmamaktadır. Kayıtların dosyaya intikali sağlanmalıdır..." Yarg. 2. HD., 17.06.2003 T., E.5672 / K.8996 (Gençcan, age., s.3206).

⁹ Dural/Öz, age., s.243. Değer tespitine ilişkin bilirkişi raporları Yargıtay'ın denetimine imkan verecek ayrıntılı, dayanaklı ve gerekçeli olmalıdır. Taşınmazların değerlerinin tespitinde hangi ölçütlerin esas alındığı bilirkişi raporunda açıklanmalıdır. Taşınmazların sadece metrekare değerlerinin bildirilmesi ile yetinilmemeli, kira gelirleri, verimlilik dereceleri ve emsal değerleri de dikkate alınmalıdır. Bu niteliklerden yoksun, genel ve soyut nitelikteki bilirkişi raporları hükme esas teşkil etmemelidir Yarg. HGK., 16.10.1981 T., E.1980/2-2010 K.1981/679 (YKD., C.8, Mart 1982, Sa.3, s.310-312). Yarg. 2. HD., 29.06.1994 T., E.4563 / K.6689 (YKD., C.20, Kasım 1994, Sa.11, s.1746-1749). Taşınmazların ölüm tarihindeki değerinin belirlenmesinde kullanılan hesaplama yöntemleri hakkında bkz. Cemal Öztürkler, *Mirasta Denkleştirme, İade ve Tenkis Davalarında Hesap Teknikleri*, Ankara 2004, s.126,127.

¹⁰ "...Muris adına kayıtlı taşınmazların ölüm günündeki değerlerinin saptanması açısından keşif yapılması zorunludur. Mahkemece keşif yapılmasına karar verilmiş ve davacıya keşif avansını yatırması için mehil verilmiştir. Davacı keşif avansını yatırmadığı gibi, takip eden 18.4.2001 tarihli celsede de "keşif yapılmasını istemiyorum, keşif avansı yatırmayacağım" şeklinde beyanda bulunmuştur. Bu durumda davacı, davalı Şerife'ye yapılan taşınır mal temlikinin mahfuz hissesini zedelediğini, murisin bu temlikle tasarruf nisabını aştığını kanıtlanamamıştır. Davanın reddedilmesinde isabetsizlik yoktur..." Yarg. 2. HD., 15.11.2001 T., E.14464 / K.15834 (Gençcan, age., s.3208,3209); ayrıca bkz.Yarg.

lenmelidir¹¹. Tarafların sonradan terekeye dâhil taşınır veya taşınmaz başka mallar bulunduğunu ileri sürmeleri de, iddia ve savunmanın genişletilmesi niteliğinde değildir.

Mirasbırakanın terekesinde yer alan taşınır ve taşınmaz mallar, mirasın açıldığı, ölüm anındaki mübadele (sürüm) değeri üzerinden hesap edilir¹². İsviçre’de hâkim olan fikre göre, tarımsal taşınmazlarda hesabın gelir (hâsılat) değeri üzerinden yapılması gerekir. Zira mirasın paylaşımında tarımsal taşınmazlar gelir değeri esas alınarak özgülenmektedir¹³. Konuya ilişkin MK.m.657/f.2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle tasarruf nisabının hesabında da aynı esasın benimsenmesi uygun olur.

Yargıtay, taşınmazların ölüm günündeki değerlerinin tespiti için her taşınmaz bakımından emsal kıyaslaması yapılmasını, mahallinde emsal bulunmadığı takdirde taşınmazların bulunduğu yerlere yakın yerlerden, niteliğine uygun düşecek taşınmazlara ait emsal araştırılmasını ve buna göre kıyaslama yapıp ölüm günündeki değerin tespit olunmasını, bu yerlerde dahi emsal bulunmaması halinde ekonomik şartlar gözetilerek “gelir metodu” ile ölüm günündeki değerlerinin belirlenmesini aramaktadır¹⁴. Son yıllardaki Yargıtay kararlarında ise, tarafların emsal göstermemeleri durumunda mah-

2. HD., 27.10.2003 T., E.13122 / K.14281 (Gençcan, age., s.3212). Buna karşılık hâkim, mirasçıların saklı paylarını, mirasbırakanın tasarruf nisabını bilmek ve bu bilgilere göre tenkis hesaplarını yapıp saklı paylarına bir tecavüzün mevcut olup olmadığını kendisi tespit etmekle yükümlüdür. Buna rağmen tenkis hesaplarını yapmak için bilirkişi seçilmesi ve bu bilirkişi için takdir edilen ücreti davacı kesin mehile rağmen yatırmadığından söz edilerek davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Yarg. 2. HD., 18.02.1986 T., E.11256 / K.1700 (YKD., C.12, Kasım 1986, Sa.11, s.1613,1614).

¹¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s.376.

¹² Terekedeki taşınmazların değerinin belirlenmesinde taşınmazların imar durumu da göz önünde bulundurulur. Yarg. 2. HD., 08.02.2001 T., E.173 / K.1993 (Gençcan, age., s.3209-3211). “Taşınmazlar üzerinde davacılar (H) yararına akdi intifa hakkı bulunduğu göre, ölüm günündeki değerleri hesap edilirken bu yükümlülüğün olumsuz etkisi de tartışılıp sonucu uyarınca bir kıymet takdir edilmesi gerekirken bu yönün gözetilmemiş olması usul ve kanuna aykırıdır” Yarg. 2. HD., 05.06.1975 T., E.4867 / K.5097 (Şener, age., s.976,977).

¹³ Eren, age., s.36; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2006, s.334; Arnold Escher, Medeni Kanun Şerhi, Miras Hukuku, Çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara 1949, s.164,165.

¹⁴ Yarg. 2. HD., 21.06.1983 T., E.5464 / K.5603; Yarg. 2. HD., 16.12.1982 T., E.6662 / K.9586; Yarg. 2. HD., 15.09.1981 T., E.6161 / K.5974 (kararlar için bkz. Şener, age., s.980,981).

kemenin resen emsal araştırması yapmak zorunda olmadığı, taşınmazlara ilişkin değer belirlemesinin gelir metoduna göre yapılması gerektiği, bu metodun uygulanmadığı bilirkişi raporlarının hükme esas alınamayacağı kabul edilmektedir¹⁵.

Mirasbırakanın sağlığında üçüncü kişilere temlik ettiği taşınmazlara ilişkin tapu kayıtları muvazaa sebebiyle iptal edilmişse söz konusu taşınmazlar da miras açıldığında terekede mevcut sayılarak değerlendirilmelidir¹⁶.

Mirasbırakanın bankalardaki mevduat hesaplarının ölüm tarihindeki tutarı tespit edilerek tereke aktifine dâhil edilmelidir¹⁷. Yargıtay'a göre, mirasbırakanın müşterek hesaplarındaki mevduatın yarısı mirasbırakana aittir ve dolayısıyla bu miktarın tereke aktifi içinde değerlendirilmesi gerekir¹⁸. Ayrıca bankadaki paralar mirasçılar arasında bölüştürülmüş olsa bile bunların tereke aktifine eklenmesi ve saklı pay ve tasarruf nisabının hesabında göz önünde tutulması gerekir¹⁹.

Terekedeki alacaklar, işlemiş faizleriyle birlikte hesaplamaya dâhil edilirler²⁰. Vadeli alacaklar, eğer faizsiz ise aynen, faizli ise, ölüm gününe kadar işlemiş faizleri ana paraya eklenerek hesaba katılırlar. Faizli alacaklarda ölüm günü dikkate alınmaksızın vade süresince işleyecek faizin tamamının terekeye eklenmesi doğru olmaz. Tahsil edilemeyeceği için mübadele değeri bulunmayan alacaklar hesapta nazara alınmazlar. Kumar veya bahisten doğan, zamanaşımına uğramış veya borçlusu hakkında borç ödemededen aciz vesikası alınmış alacaklar böyledir. Çekişmeli tereke alacakları, tahmini ve muhtemel değerleriyle göz önüne alınmalıdır. Şarta bağlı alacaklar bakımından doktrinde bir ayırım yapılmakta, taliki (geciktirici) şarta bağlı alacaklar

15 Yarg. 2. HD., 13.09.2005 T., E.6758 / K.11958 (Gençcan, age., s.3201,3202).

16 "...317 parsel sayılı taşınmazla ilgili tapu kaydı muvazaa nedeniyle iptal edilmiş, bu taşınmaz da terekeye dönmüştür. Sabit tenkis oranının hesabında bu parselin de aktifte hesaba katılması gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..." Yarg. 2. HD., 29.09.2005 T., E.10380 / K. 13141 (Gençcan, age., s.3193).

17 Yarg. 2. HD., 17.05.2004 T., E.4982 / K.6372 (Gençcan, age., s.3205).

18 Yarg. 2. HD., 22.03.2004 T., E.2666 / K.3515 (Gençcan, age., s.3204).

19 Yarg. 2. HD., 22.06.1976 T., E.4137 / K.5237 (Şener, age., s.999).

20 "Mirasbırakanın nizasız alacaklarının terekenin aktifine eklenmesi gerekir" Yarg. 2. HD., 30.12.1975 T., E.9649 / 992 (Şener, age., s.990).

hesaba dâhil edilmezken, infisahi (bozucu) şarta bağlı alacaklar miras açıldığı anda mevcut olduğu gerekçesiyle aktife dâhil edilmektedir²¹. Alman Medeni Kanunu'nun 2313. paragrafı da bu doğrultudadır. Hükme göre, taliki (geciktirici) şarta bağlı alacaklar, terekeye dâhil edilmezler. İnfisahi (bozucu) şarta bağlı olan alacaklar terekede yer alırlar, ancak şartın gerçekleşmesi durumunda değerleri terekeden indirilir; sonuç olarak da, terekede bir düzeltme yapılır²². Kanaatimizce, ister taliki şarta ister infisahi şarta bağlı olsun, alacağın mübadele değeri varsa bu değer hesaba katılmalı, aksi halde alacak terekede hesaba katılmamalıdır²³.

Alacak hakları dışında, parasal değeri olan diğer haklar da değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, mirasbırakanın üst hakkı, kaynak hakkı ve mirasçılara intikali öngörülen kişisel irtifak hakları, fikir ve sanat eserleri, patentler ve endüstriyel tasarımlar üzerindeki mali hakları ile şahıs ve sermaye şirketlerindeki ortaklık payları mirasın açıldığı andaki değerleriyle terekede yer alır. Limited şirket ve kapalı tip anonim şirketlerde ortaklık payının mirasbırakanın ölümü anındaki gerçek değerinin bilirkişi aracılığıyla belirlenmesi gerekir. Bilirkişi gerçek değeri, bilanço, kâr - zarar hesapları, yıllık ticari raporlar, denetçi raporları, eşyaların sigorta değeri, vergi kayıtları, taşınmazların rayiç değerlerini ve good - willi de dikkate alarak belirlemelidir²⁴. Terekeyi oluşturan unsurlar arasında payları borsada işlem gören bir anonim ortaklığın pay senetleri veya tahviller bulunuyorsa, bunlar mirasın açıldığı andaki borsa değerleriyle dikkate alınırlar. Yabancı ülke paraları (dövizler) ise, mirasın açıldığı gündeki Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın efektif alış kurları üzerinden değerlendirilirler. Altın ve sair madenlerden yapılmış paralar, bunlara ilişkin bir piyasa değeri varsa bu değer üzerinden dikkate alınırlar²⁵.

Ayrıca 4721 sayılı yeni Medeni Kanun'un yasal mal rejimi olarak kabul ettiği edinilmiş mallara katılma rejimi gereğince, mirasbırakanın sağ kalan

21 Nüşin Ayiter/Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1993, s.183; Eren, age., s.28, dn.10.

22 Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 1978, s.367; Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, 2. Bası, İstanbul 1985, s.294, dn.329.

23 M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 1995, s.219.

24 Şükrü Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku*, İstanbul 2007, s.147,148.

25 Köprülü, age., s.293,294.

eşe karşı sahip olduğu “katılma alacağı”nın da hesaplama dâhil edilmesi gerekir²⁶.

Buna karşılık, parasal değerden ziyade hatıra değeri bulunan mektuplar, aile resimleri, fotoğraflar ve günlük gibi şeyler tereke mevcudunun tespitinde nazarı itibara alınmazlar. Aynı şekilde mirasbırakanın malvarlığında yer alan fakat onun ölümüyle birlikte sona eren, intifa ve oturma (sükna) hakkı gibi kişiliğine bağlı haklar da hesaplama dâhil edilmezler²⁷. Mirasbırakanın ölümü sebebiyle mirasçılarının doğrudan doğruya kazandığı malvarlığı hakları da terekede yer almazlar. Destekten yoksun kalma yüzünden talep olunabilecek tazminat (BK.m.45) bu kategoriye girer. Ölüm halinde, ölenin yakınlarına tanınan manevi tazminat talebi (BK.m.47) de buna örnek teşkil eder. Ayrıca 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereğince ölen bir memur veya işçinin yakınlarına (eş, çocuk, ana, baba) bağlanan dul ve yetim aylığı ile ödenen emeklilik ikramiyesi de, doğrudan doğruya söz konusu kişilerin şahsında doğan bir hak²⁸ olduğu için tereke aktifine dâhil edilmez²⁹.

III. TEREKEDEN ÇIKARILACAK DEĞERLER

Tasarruf nisabının hesabında esas alınacak net (safî) terekenin belirlenmesi için, mirasbırakanın borçları ile tereke borcu niteliğindeki bir takım gider ve ödemelerin tereke mevcudundan, yani gayri safî terekeden çıkarılması gereklidir.

MK.m.507/f.2’ye göre, “hesap yapılırken, mirasbırakanın borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri terekeden indirilir”. Söz konusu hüküm gereğince dört grup değer te-

²⁶ Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Konya 2007, s.156.

²⁷ İnan/Ertaş/Albaş, age., s.335; Ayan, age., s.156,157.

²⁸ Kocayusufoğlu, age., s.37; Serozan/Engin, age., s.89; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul 2004, s.78.

²⁹ “Emekli Sandığı’nın ödeyeceği ikramiye ve ölüm yardımı terekeye dahil değildir”. Yarg. 2. HD., 20.01.1977 T., E.295 / K.414 (Ali İhsan Özüğür, Açıklamalı – İçtihatlı, *Tenkis, Muvazaa, Mirasta İade Davaları*, Ankara 1999, s.170,171); Yarg. 2. HD., 27.02.1967 T., E.953 / K.1097 (Özüğür, age., s.179). Kıdem tazminatı ve ölüm yardımı terekeye dahil haklardan değildir. Bu haklar mirasçılara ait olduğu için terekenin alacakları arasına katılmaz. Yarg. 2. HD., 07.05.1985 T., E.4197 / K.4382 (Şener, age., s.991).

reke mevcudundan indirilmesi gerekir: Mirasbırakanın borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri ve mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri³⁰. Burada sayılan borçlardan mirasbırakanın borçları dışında kalanlar niteliği itibariyle intikal borcudur. İntikal borçları, mirasbırakanın şahsına ilişkin olmayıp, mirasın açılmasıyla birlikte ya da mirasın açılmasından dolayı ortaya çıkan yükümlülüklerdir. Her ne kadar doktrinde aksi görüş³¹ belirtilse de MK.m.507/f.2’de sayılmayan fakat nitelik itibariyle burada sayılan borçlardan bir farklılık taşımayan diğer intikal borçlarının da tereke mevcudundan çıkarılması gerekir. Bu bağlamda vasiyetnamenin açılmasına ilişkin giderlerin (MK.m.597), vasiyeti yerine getirme görevlisine ödenecek ücretin (MK.m.550/f.4), terekenin resmi yöneticisine ödenecek ücretin (MK.m.592/f.4) ve resmi defter tutma giderlerinin (MK.m.623/f.2) de tereke mevcudundan çıkarılacağı kabul edilmelidir. Kaldı ki doktrin, yine intikal borcu niteliğinde olan ergin altsoyun denkleştirme alacağının, eğitim ve öğrenimini tamamlamamış olan veya sakatlığı bulunan çocuklar ile ceninin bakıma muhtaç anasına terekeden yapılacak ödemelerin tereke mevcudundan indirileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla MK.m.507/f.2 hükmünde indirilecek borç kalemleri olarak ya bunlara da yer verilmeliydi ya da buradaki sayımın sınırlayıcı olmadığını gösterir bir ifade kullanılmalıydı. Örneğin bu hüküm, “... mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri gibi intikal borçlarının tereke mevcudundan indirilmesi gerekir” şeklinde düzenlenmeliydi³².

1-) Mirasbırakanın Borçları

Mirasbırakanın borçlarının tereke mallarından ödenmesi doğal bir kuraldır. Her ne kadar mirasçıların mirası kabul etmeleri halinde, tereke borçlarından dolayı, bunların şahsi (kendi öz malvarlıklarıyla) ve müteselsil sorumlulukları varsa da, terekenin gerçek değerini tespit edebilmek için mirasbırakanın borçlarının tereke mevcudundan indirilmesi gerekir³³.

³⁰ Yarg. 2. HD., 25.10.2005 T., E.9174 / K.14856 (Gençcan, age., s.3193, 3194); Yarg. 2. HD., 05.07.2002 T., E.8000 / K.9021 (Gençcan, age., s.3192).

³¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2007, s.207.

³² Ayiter/Kılıçoğlu, age., s.185, dn.34; ayrıca bkz. Escher, age., s.167.

³³ Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2003, s.225. “Taşınmaz üzerindeki ipotek alacağının, tereke borçları arasına katılması gerekir” Yarg. 2. HD.,

Mirasbırakanın borçları, ölümünden önce yaptığı sağlararası hukuki işlemlerden, işlediği haksız fiillerden, malvarlığında meydana gelen sebepsiz zenginleşmelerden ve ölümü anına kadar gerçekleşen bir takım olgular dolaşısıyla doğrudan doğruya kanundan doğan borçlardan oluşur. Söz konusu borçlar, para borcu olabileceği gibi, değeri parayla ölçülebilen verme, yapma veya yapmama borçları olabilir³⁴. Ancak mirasbırakanın ölümüyle sona eren, borçlunun kişiliğine bağlı şahsi edim borçları terekeden indirilmez.

Terekeden çıkarılacak borçlar, mirasbırakanın geçerli ve henüz ifa edilmemiş borçlarıdır³⁵. Borçların vadelerinin gelmiş olup olmaması önem taşımaz. Fakat vadesi geçen para borçlarına temerrüt faizi işletileceğinden, mirasbırakanın ölüm anı itibariyle işlemiş temerrüt faizi de fer'i borç olarak terekeden indirilmelidir. Bozucu şarta bağlı borçlar henüz şart gerçekleşmemişse indirimde dahil edilir. Geciktirici şarta bağlı borçlar ise terekeden indirilmez. Mirasbırakanın irat borçları ile intifa yükümlülüğünün sermaye değeri hesaplanarak, bu değer tereke aktifinden çıkarılması gerekir. Vasiyet edilen şeylerin değerinin terekeden çıkarılması söz konusu olmaz³⁶.

Buna karşılık, MK.m.674/f.2 uyarınca, miras bırakanın ölümünde henüz eğitim ve öğrenimlerini tamamlamamış olan veya sakatlığı bulunan çocuklara yapılacak ödemenin³⁷, mirasçılar arasında cenin varsa, MK.m.643/f.2'ye göre nafakaya muhtaç anaya sağlanacak nafakanın ve MK.m.641/f.2 uyarınca, ana-baba veya büyük ana ve büyük baba ile birlikte yaşayıp emek ve

13.01.1977 T., E.9297 / K.153 (Şener, age., s.984,985); "...Taşınmaz, üzerindeki ipotekle birlikte davalıda kaldığına göre, davalının ipotek bedelini ödemesi zorunludur. O halde bu miktarın terekenin borçları arasına katılması gerekir..." Yarg. 2. HD., 24.03.1981 T., E.613 / K.2209 (Özüğür, age., s.157,158).

34 Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*, Ankara 2005, s.26 vd.

35 "Davacı tarafından ödenen mirasbırakana ait kredi borcunun terekenin pasifine eklenmesi gerekir". Yarg. 2. HD., 18.09.2000 T., E.9482 / K.10565 (Gençcan, age., s.3211,3212). Mirasbırakanın ölümünden sonra ödenen borç tutarının tenkis hesabı yapılırken terekenin borçları arasına katılmayacağını ifade eden aksi yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 2. HD., 07.06.1977 T., 4617 / K.4721 (Şener, age., s.985).

36 Köprülü, age., s.295,296; Dural/Öz, age., s.244; Oğuzman, age., s.219; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, İstanbul 2003, s.212.

37 Yarg. 2. HD., 01.02.1996 T., E.14087 / K.1118 (Özüğür, age., s.133,134).

gelirlerini aileye özgüleyen ergin çocuklar ile torunlara verilecek tazminatın³⁸ da, tereke borcu olarak, tereke aktifinden çıkarılması gerekir³⁹.

Edinilmiş mallara katılma rejimi gereğince, sağ kalan eşin mirasbırakana karşı sahip olduğu katılma ve değer artış payı alacağının da tereke mevcundan çıkarılması gerekir. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde, sağ kalan eşin katılma alacağının borçluları, ölen eşin mirasçuları olacaktır⁴⁰.

2-) Mirasbırakanın Cenaze Giderleri

Mirasbırakanın cenazesine ilişkin giderlerin terekenin aktifinden indirilmesi gerekir⁴¹. Cenaze gideri kavramına, yerel örf ve mirasbırakanın sosyo-ekonomik durumuna göre, gazetelerde yayımlanan ölüm ilanı, yapılan dini tören, cesedi yıkama, kefenleme, taşıma, tabut, mezar yeri satın alınması ve mezar yapımı için ödenen veya ödenecek meblağların gireceği kabul edilmektedir⁴².

Mirasbırakanın cenaze giderleri, mirasçılardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından yapılmış olabilir. Mirasçılardan birinin veya üçüncü kişinin bu yönde yapmış olduğu giderler, caiz olan (gerçek) vekâletsiz iş görme sayılı ve yapılan giderlerin karşılığı miras ortaklığından vekaletsiz iş görme hükümlerine göre istenebilir⁴³. Dolayısıyla söz konusu borcun tereke mevcundan çıkarılması gerekir⁴⁴.

38 “Aile için yapılan fedakârlığa karşılık tazminatın tereke borçları arasında nazara alınması gerekir” Yarg. 2. HD., 05.06.1986 T., E.3373 / K.5909 (Özüğür, age., s.151); “Davalı MY.nın 610. maddesine dayalı tazminat davası açmıştır. Bu davanın lehine sonuçlanması halinde verilecek tazminat terekenin borçları arasında yer alacağından tazminat davasının sonuçlanması beklenmelidir” Yarg. 2. HD., 09.12.1976 T., E.7616 / K.8787 (Özüğür, age., s.173).

39 Kocayusufoğlu, age., s.379; İmre, age., s.369; Eren, age., s.28; İnan/Ertaş/Albaş, age., s.338.

40 Kılıçoğlu, age., s.209; Serozan/Engin, age., s.144; Ayan, age., s.157.

41 Yarg. 2. HD., 17.01.1980 T., E.9540 / K.226 (Özüğür, age., s.161); Yarg. 2. HD., 26.06.1980 T., E.5176 / K.5335 (Özüğür, age., s.161,162).

42 Oğuzman, age., s.219; Köprülü, age., s.296; İmre/Erman, age., s.225; Dural/Öz, age., s.245.

43 İnan/Ertaş/Albaş, age., s.337.

44 “Cenaze masraflarının mirasbırakanın oğlu tarafından ödenmesi ahlâki vazifenin ifası

3-) Terekenin Mühürlenmesi ve Yazımı (Defter Tutma) Giderleri

Terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkiminin, tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere alacağı bir takım önlemlerin parasal tutarıdır⁴⁵ (MK.m.590, 591). Tereke mallarının kapalı bir yerde koruma altına alınarak mühürlenmesine ve terekede bulunan mal ve hakların yazımına ilişkin giderler, ileride terekeden karşılanmak üzere, başvuran kişi tarafından; önleme hâkimin resen karar verdiği hallerde Devlet tarafından karşılanır (MK.m.589/f.3).

4-) Mirasbırakan ile Birlikte Yaşayan ve Onun Tarafından Bakılan Kimselerin Üç Aylık Geçim Giderleri

Mirasbırakanla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık bakım ve geçim giderlerinin terekeden indirilmesi gerekir. MK.m.507/f.2'deki bu düzenlemeye paralel olarak MK.m.645 gereğince, "mirasbırakanın ölümünde onunla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimseler, ölüm tarihinden başlayarak üç aylık bakım ve geçim giderlerinin terekeden sağlanmasını isteyebilirler". Söz konusu hüküm, ortaçağda yürürlükte olan ve ölümden bir ay sonra ölenin ruhu için yapılan ayine kadar aile efradının bir arada kalmasını öngören geleneklerin, insani düşüncelerle modern hukuka aksetmiş bir şeklidir. Gerçekten mirasbırakanın ölümünden sonra onunla beraber yaşayan ve onun tarafından bakılan kişilerin ortaya çıkan yeni duruma kendilerini uydurmaları gerekecektir. Kanun, bunun için onlara uygun bir süre tanımaktadır⁴⁶.

EMK.m.585'de, müteveffanın vefatı zamanında yanında bulunup onun tarafından beslene gelen mirasçılarının, murislerinin hayatında olduğu gibi bir ay daha terekeden infak ve iâşe edilmelerini isteyebilecekleri belirtilmekteydi. Yeni Kanun, hem geçim giderlerinin karşılanma süresini üç aya çıkarmış

zımında yapılan masraflardan olmayıp, masrafların ispatı suretiyle tereke emvalinden tesviye edilir" Tem. Mah. 2. HD.'nin 6.9.1950 T., E.3954 / K.3811 sayılı kararı (Kamil Tepeci, Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi, C.I, 2. Bası, Ankara 1955, m.454, s.432,433).

45 "Tereke eşyaları, davalının evinde mühürlenerek muhafaza edildiğine göre, bu evin rayiç kira bedelinin koruma gideri olarak tereke borçları arasında nazara alınması gerekir" Yarg. 2. HD.'nin 26.03.1981 T., E.2199 / K.2328 sayılı kararı (Özuğur, age., s.157).

46 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.377; İmre/Erman, age., s.451.

hem de mirasçı ya da nafaka alacaklısı sıfatını taşımayan kişilerin de bu haktan yararlanmalarına olanak sağlamıştır⁴⁷. Eski Kanun döneminde, m.454 ile 585 hükümlerini birlikte ele alıp değerlendiren bazı yazarlar⁴⁸ bir aylık bakım ve geçim giderlerini isteme hakkının sadece mirasbırakanın yasal ve iradi mirasçılara verildiği görüşünü savunmaktaydı. Söz konusu yazarlara göre, bu hak sadece mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından karşılıksız olarak bakılıp beslenen mirasçılara tanınmıştı. Ancak Yarg. 2. HD.'nin verdiği kararlardan uygulamada hükmün bu şekilde anlaşılmadığı, ölüm anında mirasbırakanla fiilen bir arada yaşayıp yardımından yararlanan herkesin, yani mirasçı olmayanların da hesaba katıldığı anlaşılmaktaydı. Şöyle ki,

Yarg. 2. HD.'nin 7.2.1974 tarih ve E.8135 / K.705 sayılı kararına göre, eski "Medeni Kanun'un 454. maddesinde yer alan -müteveffa ile bir arada yaşayan kimseler-den maksat, kanunen nafaka alacaklısı durumunda olanlar değil, ölüm anında fiilen ölenin yardımından istifade edip onunla birlikte oturan kişilerdir. Buna rağmen, mahkemece arada mirasçılık bağı aranması, kanunun sevk maksadına aykırıdır. O halde ölenle birlikte yaşayanların bir aylık iâşe masraflarının terekenin borçları arasına katılmamış olması usul ve kanuna aykırıdır"⁴⁹. Yarg. 2. HD.'nin 25.12.1980 tarih ve E.8542 / K.9537 sayılı kararı da aynı yöndedir: Eski "MK.m.454'deki birlikte yaşama deyimini, sadece mirasçılara ve ölenin kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişilere yönelik olmayıp, mirasbırakanın eylemli olarak geçimini sağladığı kişileri de kapsamaktadır"⁵⁰. Görüldüğü üzere yeni MK.m.645'in düzenlemesi de, eski hükmü genişletici şekilde yorumlayan Yargıtay içtihatları doğrultusunda olmuştur.

Tereke mevcudundan indirilecek geçim giderleri hesaplanırken, mirasbırakanın sağlığında kullandığı ölçü ve miktar, diğer bir deyişle ilgililere sağladığı yaşayış tarzı esas alınmalıdır. Geçim giderleri kavramına bakılan kişinin beslenme barınma, sağlık gibi giderleri girer. Örneğin, sağ kalan eş

47 Dural/Öz, age., s.245, 246.

48 Oğuzman, age., s.220; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.378; Köprülü, age., s.297 dn.336.

49 Şener, age., s.988,989.

50 Şener, age., s.986,987.

hasta olup tedavi görmekte ise, onun sağlık giderleri, birlikte yaşanılan konut kiralık ise kira bedelleri geçim gideri sayılır⁵¹.

Miras gaiplik kararı sebebiyle açılmışsa, MK.m.645 ve MK.m.507'nin bu maddeyi karşılayan 2. fıkrası uygulanmaz. Zira gaiplik kararı, ölümden farklı olarak, ani biçimde gerçekleşen bir olay sayılamaz⁵².

IV. TEREKEYE EKLENECEK DEĞERLER

Yukarıda sözü edilen dört kalemin, mevcut aktiflerden çıkarılması ile safi (net) tereke tespit olunmaktadır. Ancak tasarruf nisabının hesaplanabilmesi için safi (net) terekeye, yine sırf kâğıt üzerinde kalmak üzere (yani farazi olarak) üç ana gruptan oluşan aşağıda yazılı değerleri eklemek icap etmektedir⁵³.

a- Mirasbırakanın denkleştirmeye (iadeye) tâbi kazandırmalarının değeri (EMK.m.603; MK.m.669)

b- Mirasbırakanın tenkise tâbi sağlararası karşılıksız kazandırmalarının değeri (EMK.m.455, 507; MK.m.508, 565)

c- Hayat sigortası iştirah bedeli (hayat sigortası alacağının satın alma değeri, EMK.m.456, 509; MK.m.509, 567)

Söz konusu değerlerin safi (net) terekeye eklenmesi suretiyle elde edilen meblağa, "tenkise esas tereke" (tet) adı verilmektedir.

Tenkis edilecek ölüme bağlı kazandırmaların değeri terekeye eklenmez. Fakat burada bir yanlış anlamayı önlemek için şunu ifade edelim ki, ölüme bağlı kazandırmanın konusu olan mal veya hak terekede mevcut ise onun değeri zaten tereke aktifinde yer alır. Örneğin, mirasbırakan tapu kayıtlarını belirterek bir taşınmazını belirli bir kişiye vasiyet etmişse, bu taşınmazın değeri, net terekeye eklenmesi gereken değerler içinde değil, tereke aktifinin hesabında dikkate alınır⁵⁴.

51 Kılıçoğlu, age., s.209.

52 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.378, dn.10.

53 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.379; Öztan, age., s.78,79; Antalya, age., s.213 vd.

54 İnan/Ertaş/Albaş, age., s.339. "...Dava, murisin, ölüme bağlı tasarrufu ile davalılara yaptığı kazandırmanın tenkisi isteğine ilişkindir. ...Hükme esas alınan 8.10.2004 ve 19.12.2004 tarihli bilirkişi raporlarında, murisin vasiyetname ile davalılar Yaşar, Rama-

Safi (net) terekeye eklenecek sağlararası karşılıksız kazandırmaların hangi değer üzerinden takdir olunacağı, MK.m.508’de belirtilmiş değildir. Ancak bunlar hakkında da mirasbırakanın ölüm tarihi esas alınmalı⁵⁵, yapıldıkları andaki değerlerine bakılmamalıdır. Bu husus, MK.m.509’da hayat sigortaları bakımından “sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü zamanındaki satın alma değerleri terekeye eklenir” demek suretiyle teyit edilmektedir⁵⁶. Ayrıca MK.m.575 hükmü de, mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu mirasla ilgili kazandırmalar ve paylaştırmaların, terekenin ölüm anındaki durumuna göre değerlendirileceğini açıkça ifade etmiştir.

1-) Denkleştirmeye (İadeye) Tâbi Kazandırmaların Değerleri

a) Genel olarak denkleştirmeye tâbi kazandırmalar

Tenkise esas terekenin belirlenmesinde, yalnız mirasbırakanın ölümü anında terekede yer alan malvarlığı değerleri değer, mirasbırakanın sağlığında denkleştirmeye tâbi olarak yasal mirasçılara yaptığı karşılıksız kazandırmalar (teberrular) da hesaba katılır. Mirasbırakanın bu kazandırmaları, müstakbel mirasçılarının miras paylarına mahsuben yaptığı kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple, mirasın paylaşımında mirasçılar arasında eşitliği sağlamak için, söz konusu kazandırmaların terekeye aynen iade edilmesi veya iade yükümlüsünün miras payına mahsup edilmesi gerekir⁵⁷ (MK.m.671/f.1).

Medeni Kanun’da denkleştirmeye tâbi kazandırmaların tereke hesabında nazara alınacağını belirten açık bir hüküm mevcut değerildir. Buna rağmen bu

zan, Musa ve Mustafa’ya bıraktığı taşınmazlardan, Denizli İstiklâl Mahallesindeki 224 ada (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) parsel sayılı taşınmazlar ile aynı yerde bulunan 1854 ada (1) parselde kayıtlı taşınmazdaki hisse, 1855 ada (1) parselde kayıtlı taşınmazdaki hisse tereke hesabına dahil edilmediği gibi, vasiyetname dışında kalan 5799 ada (10) ve (11) nolu parseller de terekeye dahil edilmemiştir. Eksik araştırma ve eksik bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” Yarg. 2. HD., 11.10.2005 T., E.15954 / K.13938 (Gençcan, age., s.3194).

⁵⁵ Yarg. 2. HD., 10.06.1982 T., E.4738 / K.5224 (Şener, age., s.1001); Yarg. 2. HD., 02.11.1978 T., E.7499 / K.7717 (Şener, age., s.1003).

⁵⁶ Eren, age., s.36.

⁵⁷ Kılıçoğlu, age., s.432; Öztan, age., C.II, Ankara 2006, s.93.

kazandırmaların mirasbırakanın ölümünde bıraktığı terekeye eklenmesi gerektiği tereddütsüz kabul edilmektedir⁵⁸.

İade edilecek kazandırmalarda bunların terekeye eklenmesi, ana prensipten farklı olarak, sadece kâğıt üzerinde kalmamaktadır⁵⁹. Bilakis, denkleştirmeye (iadeye) tâbi kazandırma gerçekte fiilen terekeye katıldığına göre, onun tereke mevcudunun hesabında nazara alınması zorunludur. O itibarla, iade (denkleştirme) konusunun değerinin tereke aktifine eklenmesi gerekir. MK.m.673/f.1, denkleştirmenin, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılacağını belirtse de, mirasbırakanın tasarruf nisabı hesaplanırken safi (net) terekeye denkleştirme konusunun mirasın açıldığı andaki değeri eklenmelidir.

Medeni Kanun'a göre, iade borçlusu olmak için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi aranır: Bunlardan birincisi, mirasbırakanın yasal mirasçısı sıfatını haiz olmak, ikincisi ise mirasbırakanın sağlığında ondan denkleştirmeye tâbi bir kazandırma almış bulunmaktır. Mirasbırakan tarafından yapılmış bir kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olabilmesi için aşağıdaki koşulları taşıması gerekir⁶⁰:

a- Kazandırma, karşılıksız olmalıdır.

b- Kazandırma, sağlararası bir nitelik taşınmalıdır.

c- Kazandırma, mirasbırakanın malvarlığından yapılmış olmalıdır.

d- Kazandırma, onu alan yasal mirasçının miras payına mahsuben yapılmış olmalıdır.

Hangi kazandırmaların denkleştirmeye tâbi sayılacağı hususunda Kanun, altsoya yapılan kazandırmaları diğer yasal mirasçılara yapılan kazandırmalardan farklı esaslara tâbi tutmuştur. Mirasbırakanın sağlığında altsoyuna yaptığı karşılıksız kazandırmalar, aksine açık bir beyan mevcut değilse, kanun gereği denkleştirmeye tâbidir. Burada mirasbırakanın düşüncesinin,

58 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.379; Köprülü, age., s.298; Oğuzman, age., s.220; İmre/Erman, age., s.226; Serozan/Engin, age., s.145.

59 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.380.

60 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.464-468; İnan/Ertas/Albaş, age., s.575,576; Kılıçoğlu, age., s.433; İmre/Erman, age., s.502-504; Antalya, age., s.334,335.

altsoyunu birbirine karşı eşit tutmak olduğu varsayılır⁶¹. Ancak mirasbırakanın sağlığında altsoyuna yaptığı her türlü kazandırma denkleştirmeye tâbi değildir. MK.m.669/f.2'ye göre, mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzeri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidirler". O halde altsoya yapılan bir kazandırmanın denkleştirmeye tâbi tutulabilmesi için, m.669/f.2'de belirtilen nitelikte bir kazandırma olması ve mirasbırakanın altsoyunu iade yükümlülüğünden muaf tutan bir irade açıklamasında bulunmaması gerekir⁶². Buna karşılık altsoy (çocuklar, torunlar vs.) dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırmalarda durum aksinedir⁶³. Şöyle ki, mirasbırakanın eşine, ana, baba, kardeş, yeğen gibi ikinci zümre mirasçılarına yahut büyükanne, büyükbaba, amca, dayı, hala, teyze, kuzen gibi üçüncü zümre mirasçılarından birine yaptığı sağlararası karşılıksız kazandırmaların denkleştirmeye tâbi olabilmesi için, denkleştirmenin mirasbırakan tarafından istenmiş, yani kazandırmanın onların miras payına mahsuben yapıldığının belirtilmiş olması gerekir⁶⁴.

b) Kanunen denkleştirmeye tâbi olan kazandırmalar

Kazandırma mirasbırakanın altsoyuna yapılmışsa, yasa gereği (MK.m.669/f.2), asıl olan onun denkleştirmeye tâbi olması, yani miras payına mahsuben yapılmış sayılmasıdır. MK.m.669/f.2'nin denkleştirmeye tâbi tuttuğu kazandırma çeşitleri şunlardır:

⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.438; Dural/Öz, age., s.314.

⁶² Dural/Öz, age., s.314; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.444.

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.444.

⁶⁴ Mirasbırakanın bu hususta yapacağı beyanın bir şekle tâbi olmadığı kabul edilmektedir (Oğuzman, age., s.331; Dural/Öz, age., s.313; İmre/Erman, age., s.499). "...Mirasbırakan 30.7.1998'de ölmüştür. Furuu dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırmaların iadeye tâbi olabilmesi için, iadenin mirasbırakanca istenmiş olması gerekir. Başka bir ifade ile murisin, sağlığında eşine yaptığı kazandırma, mirasbırakan tarafından açıkça bunun iadeye tâbi olduğu belirtilmedikçe, iadeye tâbi değildir (TMK.603/1). Mirasbırakan 3958 ve 3960 parsel numaralı taşınmazlarını eşine kayıtsız koşulsuz bağışladığına göre, iadeyi istemediği açıktır. Davacı, murisin bu iradesinin aksini (eşe yapılan kazandırmanın miras hissesine mahsuben yapıldığını) kanıtlayamamıştır. O halde, (davalı sağ) eş Emir Ayşe'ye yapılan teberrular yönünden iadeye karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." Yarg. 2. HD., 14.04.2004 T., E.3759 / K.4725 (Gençcan, age., s.3840).

i. Çeyiz (cihaz): Çeyiz, mirasbırakanın, evlenen altsoyuna bağımsız bir ev kurması (özellikle evliliğin ortak konutunu edinmesi ve döşemesi) için yaptığı kazandırmalardır⁶⁵. Çeyiz, evleneceklerin oturması için verilecek ev gibi taşınmaz bir mal veya oturulacak evin eşyaları gibi taşınır mallar olabilir⁶⁶. Mirasbırakanın, ev kurma masrafları için altsoyuna verdiği para da çeyiz sayılır. Altsoyun ev kurma masrafları dışındaki evlenme harcamaları çeyiz sayılmaz. Örneğin düğün masrafları, balayı için çıkılan gezinin masrafları, evlilik hediyesi olarak takılan mücevherler çeyiz değildir⁶⁷.

MK.m.675/f.2'ye göre, altsoy hısımlarının evlenmelerinde "alışılmış ölçüler içinde yapılan çeyiz giderleri" hakkında denkleştirmeye tâbi tutmama arzusunun bulunduğu asıldır. Örneğin evlenen altsoya, alışılmış ölçüde alınan yatak odası takımı gibi ev eşyaları denkleştirmeye tâbi olmayacaktır. Fakat yapılan çeyiz giderinin alışılmış ölçüler içinde kalıp kalmadığı belirlenirken, gelenek ve görenekler değil, mirasbırakanın o anki ekonomik durumu esas alınmalıdır. Mirasbırakanın yaptığı çeyiz gideri, o sıradaki ekonomik durumu ve olanakları bakımından makul ölçüleri aşıyorsa, denkleştirmeye tâbi tutulmalıdır⁶⁸.

ii. Kuruluş sermayesi (tesis masrafı – donatım gideri): Mirasbırakanın, altsoyuna toplum içinde bağımsız bir ekonomik durum sağlamak amacıyla yaptığı karşılıksız kazandırmalardır⁶⁹. Örneğin, mirasbırakanın avukat olan kızına bir yazıhane açması için verdiği para veya bir market işletmeye hazırlanan oğluna, dükkân olarak kullanılacak bir taşınmazını karşılıksız olarak devretmesi buraya girer. Bağımsız ekonomik hayatın kurulması için verilen şeylerin yanı sıra, bir defa kurulmuş olan bağımsız ekonomik hayatın devamının sağlanması (yani korunması) amacıyla yapılmış kazandırmalar da "kuruluş sermayesi" kavramına dâhildir⁷⁰. Örneğin, mirasbırakanın bir ticari işletme işleten torununa işlerinin bozulması üzerine, durumunu düzeltmek amacıyla yaptığı para yardımı gibi. Hatta bazı yazarlar, bir işletmenin geniş-

65 Dural/Öz, age., s.324; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.470.

66 Dural/Öz, age., s.325.

67 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.470; Dural/Öz, age., s.325.

68 Dural/Öz, age., s.325,326.

69 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.469; İmre/Erman, age., s.505; Dural/Öz, age., s.323.

70 Dural/Öz, age., s.324; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.469.

letilmesi amacıyla yapılan kazandırmaları dahi buraya sokmaktadırlar⁷¹. Demek ki, bir kazandırmanın kuruluş sermayesi (tesis masrafı) sayılabilmesi için önemli olan nokta, bunun onu alanın bağımsız ekonomik hayatını kurmak, devam ettirmek veya genişletmek amacıyla yapılmış olmasıdır⁷².

iii. Malvarlığının devri: “Malvarlığını devretmek” deyimiyle kastedilen, bir malvarlığının tamamının veya belirli bir oranının altsoya devridir. Doktrinindeki hâkim görüş⁷³, yalnız bir malvarlığının tamamının ya da belirli bir oranının devrini değil, malvarlığında yer alan önemli bazı malların devrini de bu kapsamda değerlendirmektedir. Mirasbırakanın, bir ticari işletmesini aktif ve pasifleriyle birlikte oğullarından birine devretmesi buna örnek gösterilebilir.

Devredilen malvarlığında borçlar da varsa, denkleştirmeye tâbi kazandırma sadece hakların bu borçlardan fazla kısmı (malvarlığının pasifinin aktifinden çıkarılması üzerine kalan kısım) kadardır. Örneğin, mirasbırakanın ticari veya zirai işletmesini oğluna devretmesi durumunda, bu çerçevede devredilen hakların (aynî haklar, fikri ve sınai haklar, alacak hakları) değerleri toplamından, yine bu çerçevede nakledilen borçların toplamı çıkarılmak suretiyle bulunan miktar, denkleştirmeye tâbi kazandırmadır⁷⁴.

iv. Borçtan kurtarma (ibra): Mirasbırakanın, kendisine borçlu olan altsoyunu sağlığında yaptığı bir ibra sözleşmesiyle borcundan kurtarmasıdır⁷⁵. Ayrıca mirasbırakanın karşılıksız bir kazandırmada bulunmak amacıyla altsoyunun üçüncü kişiye olan borcunu ödemesini de buraya dâhil edebiliriz⁷⁶.

v. Diğer benzeri kazandırmalar: Buraya altsoyun ekonomik bağımsızlığını kazanmasını, devam ettirmesini veya geliştirmesini, onun hayatta yer-

71 Kocayusufoşaoğlu, age., s.469.

72 Kocayusufoşaoğlu, age., s.469; Dural/Öz, age., s.323,324, İnan/Ertaş/Albaş, age., s.578.

73 Eren, age., s.75; Kocayusufoşaoğlu, age., s.471 dn.30; Antalya, age., s.336.

74 Dural/Öz, age., s.328.

75 Kocayusufoşaoğlu, age., s.471; İsviçre Federal Mahkemesi, mirasbırakanın oğlundan olan alacağını talep etmeyerek bunu zamanaşımına uğratması halinde de, mirasta iadeye tâbi bir ibra niteliği görmüştür (İmre/Erman, age., s.506).

76 Dural/Öz, age., s.326, 327.

leşmesini sağlayan karşılıksız kazandırmalar girer⁷⁷. Bu amacın dışında kalan kazandırmalar, altsoya yapılmış bile olsalar MK.m.669/f.2’de düzenlenen yasal denkleştirme kapsamına girmezler⁷⁸. Bunlar hakkında MK.m.669/f.1’de öngörülen genel kural uygulanır; terekeye iade edilmeleri için, mirasbırakanın iadeyi emretmiş (yani kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığını belirtmiş) olması aranır (iradi denkleştirme)⁷⁹. Aksi halde bunlar tenkise tâbi olur. Örneğin mirasbırakanın gezip eğlenmesi için oğluna bağışladığı otomobil veya kotra, onun miras payına mahsuben verilmemişse, ancak MK.m.565/f.3 veya f.4’ün koşulları varsa, üçüncü kişiye yapılmış bir kazandırma gibi tenkise tâbi olur⁸⁰.

Mirasbırakandan denkleştirmeye tâbi bir kazandırma alan kişi, mirasın açılmasından önce veya sonra mirasçılık sıfatını kaybederse, iade yükümlülüğü onun yerini alan mirasçılara geçer (MK.m.670). Onun yerini alan bir mirasçı yoksa bu kazandırma MK.m.565/f.1’e göre, iadede kurtulan bir kazandırma olarak, tenkise tâbi olur.

c) Kanunen denkleştirmeden muaf tutulan kazandırmalar

Medeni Kanun, bazı karşılıksız kazandırmaları denkleştirmeden muaf tutmuştur. Bu kazandırmalar, çocuklar için yapılan eğitim ve öğrenim giderleri ile olağan hediyeler ve geleneğe uygun evlenme giderleridir.

⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.472.

⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.472; Oğuzman, age., s.329,330; Dural/Öz, age., s.328; karşı. Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2004, s.49,50; İmre/Erman, age., s.506.

⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.472. Yarg. HGK., 21.10.1992 T., E.2-536 / K.620 (Özguçur, age., s.765-767); Yarg. HGK., 13.05.1987 T., E.1986/2-360, K.1993/359 (Özguçur, age., s.784-787).

⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.472; Oğuzman, age., s.229,330; Dural/Öz, age., s.328; BGE 76 II 188, JdT. 1951 I, s.324; Yarg. HGK.’nun 19.12.1990 T., E.2-534/K.648 sayılı kararına göre “...Yasa koyucu fûru yararına bahşedilen her türlü menfaatlerde yasal karine-nin uygulanacağı görüşü ile 603/2. fıkrayı (YMK.m.669/f.2) genel bir kural olarak benimsemek isteseydi bu durumda bahşedilen menfaatler açısından cihaz, iş kurma yardımları gibi bir yoruma girmesine gerek bulunmadığı kuşkusuzdur. Yasa koyucu fûrua yapılan teberrularla ilgili olarak nitelik yönünden bir sınırlama getirmiş ve bu sınırlamadan vazgeçmeksizin aynı nitelikteki menfaatleri de maddenin kapsamına almıştır...” (YHD, C.XIV, Mart 1991, Sa.3, s.380-383); Yarg. HGK.’nun 13.5.1987 T., E.1985/2-796/K.1987/361 sayılı kararı (YKD., C.XV, Sa.12, Aralık 1989, s.1696-1700); karşı. Fikret Eren, *Mirasta İade*, AD., Y.54, Sa.5-8, Mayıs – Ağustos 1963, s.726; Hatemi, age., s.49,50.

i. Eğitim ve Öğrenim Giderleri: MK.m.674 hükmü gereğince, mirasbırakanın aksini arzu ettiği ispat edilmedikçe, çocukların olağan (alışılmış ölçüler içinde kalan) eğitim ve öğrenim giderleri denkleştirmeye tâbi değildir⁸¹. Eğitim ve öğrenim giderleri kapsamına, çocuğun gönderildiği özel okullara ödenen paralar, çocuğa aldırılan özel derslerin ve kursların ücretleri; yüksek öğrenim görenler için ödenen harçlar; özellikle başka şehir veya ülkede öğrenim gören çocuklar için yapılan barınma ve beslenme giderleri girer⁸². Söz konusu eğitim ve öğretim giderlerinin alışılmış ölçüleri aşır aşmadığı belirlenirken, hem yapılan giderin objektif değeri hem de mirasbırakanın o sıradaki sosyo ekonomik durumu göz önünde tutulur. Şöyle ki, geniş ekonomik olanaklara sahip bir iş adamının oğlunu üniversite öğrenimi için Amerika'ya göndermesi dolayısıyla yaptığı harcamalar denkleştirmeye tâbi olmazken, aynı harcamalar sınırlı olanaklarla geçinmeye çalışan dar gelirli bir memur tarafında yapılmışsa denkleştirmeye tâbi olur. Bu takdirde yapılan eğitim ve öğrenim masraflarının tamamı değil, sadece olağan (alışılmış) sayılabilecek miktardan fazlası denkleştirmeye tâbidir.

ii. Olağan (Alışılmış) Hediyeler ve Evlenme Giderleri: Hem altsoya hem de altsoy dışındaki diğer mirasçılara verilen olağan hediyeler denkleştirmeye tâbi değildir (MK.m.675/f.1). Olağan hediye maksat, doğum günü, yılbaşı, bayram, nişan, sünnet düğünü, mezuniyet gibi belirli vesilelerle verilen ve değeri itibari ile mirasbırakanın malvarlığı durumuna uygun düşen mütevazı hediyelerdir⁸³. Evlenme sırasında yapılan geleneğe uygun giderler de denkleştirmeye tâbi değildir. Örneğin, geleneklere göre yapılan düğün masrafları veya takılan ziynet eşyaları denkleştirmeye tâbi değildir⁸⁴.

2-) Tenkise Tâbi Sağlararası Kazandırmaların Değeri

Medeni Kanun sadece ölüme bağlı kazandırmaların değil, bazı sağlararası kazandırmaların da saklı payları ihlal edebileceğini kabul etmiş ve gerektiğinde bunların tenkis ettirilmesi imkânını düzenlemiştir. Ancak dikkat çekelim ki, mirasbırakanın saklı payları ihlal eden bütün ölüme bağlı kazandırmaları tenkise tâbi tutulduğu halde, sadece MK.m.565'de sayılan

81 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.474.

82 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.475; Dural/Öz, age., s.329.

83 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.477; Dural/Öz, age., s.330.

84 Dural/Öz, age., s.331.

bazı sağlararası kazandırmaları tenkise konu teşkil edebilmektedir⁸⁵. Medeni Kanun'un 565. maddesinde tenkise tâbi olacağı kabul edilen sağlararası kazandırmalar, dört grupta toplanmaktadır. Bu kazandırmaların ortak nitelikleri; denkleştirmeye tâbi olmamaları, geçerli bir kazandırıcı işleme dayanmaları ve karşılıksız (ivazsız) olmalarıdır⁸⁶. Mirasbırakanın sağlararası ivazlı kazandırmaları tenkise tâbi değildir. Sağlararası ivazlı kazandırmalar için tenkis davası açmak; sözleşme adaletine ve işin niteliğine ters düşer.

MK.m.508'e göre, mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmaları, tenkise tâbi oldukları ölçüde, tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye eklenir. Dolayısıyla MK.m.565'de zikredilen tenkise tâbi tüm sağlararası karşılıksız kazandırmaların değerinin net terekeye eklenmesi gerekir. Tenkis davasında, davacı veya davacıların, karşılıksız kazandırma lehdarlarından bazılarını dava etmemiş olmaları onlar lehine yapılan tenkise tâbi kazandırmaların tereke tespiti dışında kalması sonucunu doğurmaz⁸⁷. Saklı paylara tecavüz edilip edilmediğinin anlaşılabilmesi için, aleyhlerine tenkis davası açılmamış olanlara yapılan tenkise tâbi sağlararası karşılıksız kazandırmaların da net terekeye eklenerek hesaba katılması zorunludur⁸⁸.

MK.m.565'de sayılan tenkise tâbi sağlararası karşılıksız kazandırmalar şunlardır:

a) Denkleştirmeye (iadeye) tâbi olması gerekirken bundan kurtulan kazandırmalar (MK.m.565/b.1)

Konuya ilişkin MK.m.565/b.1 hükmü şu iki ihtimali kapsamaktadır:

Birinci ihtimal, mirasçılık sıfatının kaybı dolayısıyla denkleştirme (iade) yükümlülüğünün ortadan kalkmasıdır. Gerçekten, mirasbırakanın sağlığında denkleştirmeye (iadeye) tâbi bir kazandırma elde eden yasal mirasçı, mirasbırakanın ölümünde mirası ret, mirasçılıktan çıkarma (ıskat) veya mirastan yoksunluk (mahrumiyet) sebebiyle mirasçı sıfatını kaybederse, artık

85 Kocayusufpaşaoğlu, age., s.380.

86 İmre, age., s.371; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.38; Hatemi, age., s.47; Antalya, age., s.213.

87 Yarg. 2. HD., 01.02.2006 T., E.16262 / K.713 (Gençcan, age., s.3197-3199).

88 Oğuzman, age., s.221, dn.601a.

kendisi için iade yükümlülüğü söz konusu olmaz. Böyle bir durumda, mirasbırakandan elde ettiği karşılıksız kazandırma tenkise tâbi olur⁸⁹.

İkinci ihtimal, mirasbırakanın altsoyunu denkleştirme (iade) yükümlülüğünden muaf tutmasıdır. Altsoya yapılan ve MK.m.669/f.2 uyarınca kanunen denkleştirmeye (iadeye) tâbi olması gerekirken aksi öngörülerek iadede muaf tutulan kazandırmalar da tenkise tâbi olacaktır. Bu bağlamda, geri verilmemek kaydıyla, altsoya malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yapılan kazandırmalar ile kuruluş sermayesi ve alışılmış ölçüleri aşan çeyiz giderleri tenkise tâbidir⁹⁰.

Bir kazandırmanın, MK.m.565/b.1'e istinaden tenkise tâbi olabilmesi için, onun mirasbırakanın ölümünden geriye doğru belirli bir süre içinde yapılmış olması aranmamıştır. Bu tip bir kazandırma, hangi tarihte yapılmış olursa olsun, MK.m.565/b.1 uyarınca tenkise tâbidir⁹¹.

b) Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar (MK.m.565/b.2)

Müstakbel bir mirasçının, mirasın açılmasından önce mirasbırakan ile yaptığı olumsuz miras sözleşmesiyle beklenen miras hakkından vazgeçmesi karşılığında elde ettiği ivaz, MK.m.565/b.2'de sağlararası karşılıksız kazandırma olarak tenkise tâbi tutulmuştur. Bu hükmü teyit eden MK.m.573/f.1'e göre, mirasbırakan, mirastan feragat eden mirasçıya, sağlığında terekesinin tasarruf edilebilir kısmını aşan edimlerde bulunmuşsa; diğer mirasçılar bunun tenkisini isteyebilirler. Dolayısıyla bir karşılık alarak mirastan feragat eden mirasçıya, mirasbırakanın sağlığında ödediği ivazın net terekeye eklenmesi gerekir⁹². İvaz, bir borç ilişkisine konu olabilecek herhangi bir edim

⁸⁹ Dural/Öz, age., s.249; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.386; Serozan/Engin, age., s.148; Antalya, age., s.215.

⁹⁰ İnan/Ertaş/Albaş, age., s.344,345; Antalya, age., s.215. Altsoy dışındaki yasal mirasçılara denkleştirmeye tâbi olmamak üzere yapılan karşılıksız kazandırmalar (örneğin, altsoyu bulunmayan bir mirasbırakanın kız kardeşine denkleştirme kararlaştırılmaksızın bağışladığı taşınmaz) MK.m.565/b.1 kapsamında değerlendirilemez. Bu tür kazandırmalarda tenkis, olsa olsa MK.m.565/b.3 veya b.4 hükümlerine göre gerçekleşir (Kocayusufpaşaoğlu, age., s.388; Serozan/Engin, age., s.150; karş. İnan/Ertaş/Albaş, age., s.345; Dural/Öz, age., s.249).

⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.390.

⁹² Dural/Öz, age., s.251; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.390; Antalya, age., s.215.

olabilir. Örneğin feragat karşılığında ödenen belirli miktar para veya devredilen taşınır ya da taşınmaz mülkiyeti bu anlamda ivaz teşkil eder⁹³.

Bu durumda, ivazın mirastan feragat edenin saklı payını aşan kısmı tenkise tâbi olur (MK.m.573/f.1, c.2); fakat tasarruf nisabı hesaplanırken, elde edilen ivazın tümü net terekeye eklenir⁹⁴. Örneğin, mirasbırakan (M), çocuklarından oğlu (A) ile yaptığı bir ivazlı feragat sözleşmesiyle bu çocuğuna 100.000 lira ödeyerek onun gelecekteki beklenen miras hakkından feragati sağlamıştır. (M)'nin ölümünde net terekesinin 20.000 lira olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda tenkise esas tereke $20.000 + 100.000 = 120.000$ lira; (M)'nin diğer çocuğu kızı (B)'nin saklı payı da $120.000 / 2 = 60.000$ liranın yarısı olan 30.000 liradır. Tereke mevcudu 20.000 lira olduğuna göre (B)'nin saklı payına ($30.000 - 20.000 =$) 10.000 liralık tecavüz söz konusudur. (B), (A) aleyhine 10.000 liralık tenkis davası açabilir.

Feragat karşılığında ödenen ivazın tenkis davasına konu olabilmesi için tasarruf nisabının aşılması saklı paylara tecavüz edilmiş olması yeterlidir. MK.m.565/b.3 ve b.4'den farklı olarak, ivaz mirasbırakanın ölümünden yıllarca önce elde edilmiş olsa ya da feragatin sağlanması saklı pay kurallarını ihlal etme amacı taşıyorsa, özellikle saklı payların zedelenmesi mirasbırakanın ekonomik durumunun sonradan bozularak malvarlığının azalması sonucu ortaya çıksa bile, elde edilen ivazın tamamı net terekeye eklenerek, tasarruf nisabını aşan kısım tenkise tâbi tutulur⁹⁵.

Feragat edene sağlanan karşılık, bir taşınır veya taşınmaz eşya ise, bu karşılığın ödendiği tarihteki değil, mirasın açıldığı tarihteki değeri esas alınır⁹⁶. Sağlanan karşılık bir miktar para ise, bu meblağın mirasbırakanın ölüm tarihine göre uyarlanması yapılarak, elde edilen değer terekeye eklenmelidir.

93 İnan/Ertaş/Albaş, age., s.266; O. Gökhan Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, İstanbul 1999, s.100.

94 Oğuzman, age., s.222; İmre/Erman, age., s.255; Öztan, age., s.81; Hatemi, age., s.51.

95 Eren, age., s.84.

96 İnan/Ertaş/Albaş, age., s.346.

c) Bazı bağışlamalar (MK.m.565/b.3)

aa. Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar

Bağışlayanın kayıtsız şartsız (serbestçe) dönme hakkını saklı tuttuğu bağışlamalar, yapılış tarihine bakılmaksızın tenkise tâbidir⁹⁷. Mirasbırakanın saklı payları bertaraf etme kasdı bulup bulunmaması da önem taşımaz⁹⁸.

Borçlar Kanunu'nda bağışlayanın kayıtsız şartsız dönebileceği, yani bağışlayanın iradi bozucu şartına bağlı bağışlama türü öngörülmemiştir. Bu tür bağışlamalar, BK.m.244-245'de hükme bağlanan, bağışlamadan rücu sebeplerinden bağımsız olarak, mirasbırakanın dilediği bir anda rücu etmek kaydıyla yapmış olduğu kazandırmalardır.

Ayrıca, mirasbırakanın lehine bağış yaptığı kişinin kendisinden önce ölmesi durumunda bağışlanan şeyin kendisine dönmesi koşuluyla yapmış olduğu bağışlamalar, bu hüküm çerçevesinde tenkis ettirilemez. Söz konusu bağışlamalar, sadece saklı pay kurallarını bertaraf etmek amacıyla yapıldıkları ispatlandığı takdirde MK.m.565/b.4'e göre tenkis ettirilebilirler⁹⁹.

⁹⁷ Dural/Öz, age., s.252; Kocayusufoğlu, age., s.392; Eren, age., s.87; Antalya, age., s.215. Yarg. 2. HD., 07.05.1973 T., E.9069 / K.3002 (Özügür, age., s.413).

⁹⁸ "...Davanın konusunu oluşturan taşınmaz muris tarafından 1.11.1990 tarihinde ikinci eşi davalıya serbestçe rücu hakkı saklı tutularak bağışlanmıştır. Serbestçe rücu hakkı saklı tutularak yapılan bağışlamalar ölüm gününde kesin bağış halini kazanır. Bunlar da ölümden bir sene içinde yapılmış bağışlar gibi kast aranmaksızın, herhalde tenkise tâbi tutulurlar..." Yarg. 2. HD., 11.02.2004 T., E.2003-15790 / K.2004-1425 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 2. HD., 24.04.1985 T., E.3431 / K.3910, Yarg. 2. HD., 05.04.1979 T., E.2453 / K.2801 (Şener, age., s.1183,1184).

⁹⁹ "...Medeni Kanunun 507/3. maddesi, bağışta bulunanın kayıtsız ve şartsız rücu hakkı olan bağışları ile ölümden evvel bir sene içindeki bağışların mutlak tenkise tabi olacağını hükme bağlamıştır. Muris ölümünden üç sene önce, kendisinden önce ölümü halinde rücu şartı ile taşınmaz davalı oğluna teberru etmiştir. Bu bağış Medeni Kanunun 507/3. maddesinde gösterilen nitelikte kayıtsız şartsız rücu hakkı saklı tutulan bağış değildir. Ancak lehine bağış yapılan, bağışlayandan önce ölümü halinde rücu şartı ile yapılan bağışın saklı pay kurallarını bertaraf amacıyla yapıldığının ispatı halinde de tenkis kurallarının uygulanması imkân dâhilindedir. (MK.m.507/son)..." Yarg. 2. HD., 19.10.2001 T., E.12717 / K.14201 (YKD., C.28, Sa.5, Mayıs 2002, s.696,697); Yarg. 2. HD., 28.04.1992 T., E.2866 / K.4837 (Özügür, age., s.252,253).

bb. Mirasbırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde -adet üzere verilen hediyeler dışında- yapmış olduğu bağışlamalar

Bu bent gereğince tenkise tâbi tutulan ikinci grup bağışlama, adet üzere verilen hediyeler dışında, mirasbırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde yaptığı bağışlamalardır. Dolayısıyla bir sağlararası karşılıksız kazandırmanın MK.m.565/b.3'e göre tenkise tâbi olabilmesi için, BK.m.234 anlamında bağışlama kavramı içinde olması gerekir. Bağışlama, bağışlayanın denk bir karşılık almaksızın bağışlananın malvarlığında bir artış sağlamak amacıyla kendi malvarlığından belirli değerleri ona devrettiği veya devretmeyi üstlendiği iki taraflı bir hukuki işlemdir¹⁰⁰. Bu bakımdan, henüz edinilmemiş bir haktan feragat, bir mirası reddetmek, emek harcayarak karşılıksız iş görmek bağışlama değildir¹⁰¹. Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan ödemeler de bağışlama sayılmaz. O halde mirasbırakanın, yoksul akrabalarından birinin organ nakli için gerekli ameliyat giderlerini karşılaması durumunda söz konusu giderler tenkise konu olmaz¹⁰². Yargıtay da, bir kimsenin kendisine otuz yıl bakan kişiye minnet ve şükran duyguları ile ve karşı tarafın geçmiş emeğini gözeterek taşınmazını çok az bir bedelle vermiş olmasının tenkise imkan vermeyeceğini kabul etmiştir¹⁰³.

Mirasbırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde yapılan bağışlamaların tenkise tâbi tutulmaları, saklı payı bertaraf kastı ile yapılmış olmalarına bağlı değildir¹⁰⁴. Mirasbırakanın “ölümünden önceki bir yıl içinde ... yapmış olduğu bağışlamalar” sözü, elden bağışlama veya bağışlama vaa-dinin ifası

¹⁰⁰ “...Muris taşınmazı davalıya satmıştır. Bedelin bir kısmı parasal olarak alınmış, bir kısmı ise kendisine yapılan bakım ve gözetim karşılığına sayıldığı, işlemin satış ve karşılıklı edimleri kapsayan karma sözleşme olarak gerçekleştiği, kazandırıcı işlemin bağış olmadığı anlaşılmıştır. MK.507/3. maddesi kazandırıcı işlemin bağış olması halinde indirim (tenkise) tâbi olacağına ilişkindir. Maddi olayda karşılıksız edim unsuru bulunmadığından Medeni Kanununun 507. maddesi koşulları oluşmamıştır...” Yarg. HGK., 22.11.2000 T., E.2-1240 / K.1718 (İKİD., Y.42, Aralık 2002, Sa.504, s.1482).

¹⁰¹ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2002, s.222; İmre/Erman, age., s.257 dn.27; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008, s.278.

¹⁰² Eren, age., s.109; İnan/Ertaş/Albaş, age., s.347.

¹⁰³ Yarg. 2. HD., 7.2.1977 T., E.579 / K.942, Lütfü Dalamanlı/Faruk Kazancı/Muharrem Kazancı, İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, C.III, Miras Hukuku, İstanbul 1991, s.334,335.

¹⁰⁴ Dural/Öz, age., s.253.

olarak anlaşılmalıdır. Böylece mirasbırakan, daha önce yaptığı bir bağışlama vaadini ölümünden önceki bir yıl içinde ifa etmişse, bu bağışlamanın da tenkise tâbi olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁵. Bunun gibi, doktrinde, mirasbırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde taahhüt ettiği ve fakat ölümünde henüz ifa edilmemiş bağışlama vaatlerinin de MK.m.565/b.3 uyarınca tenkise tâbi olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁶. Kanaatimizce, bu hususta, MK.m.565/b.3 yerine, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama esaslarını kıyasen uygulamak meselenin bünyesine daha uygun düşer. Zira, bağışlama henüz ifa edilmediği ve bağışlanan şey terekede bulunduğu cihetle bunun değerinin net terekeye ilavesi söz konusu olmaz. Nasıl ki, tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalar, MK.m.565/b.3'e tâbi olmayıp tıpkı vasiyetler (ölüme bağlı tasarruflar) gibi (BK.m.240/f.2) tenkise tâbi ise, mirasbırakanın ölümünde henüz ifa edilmemiş bağışlama vaatleri de aynı şekilde tenkise tâbi olmalıdır¹⁰⁷.

Mirasbırakanın, intifa hakkı kendisinde kalmak koşuluyla yaptığı taşınır ve taşınmaz mal bağışlamaları (MK.m.809), BK.m.240/f.2 hükmünde zikredilen tenfizi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalardan değildir. İntifa hakkını saklı tutma koşuluyla yapılan taşınmaz bağışları, hukuki etki ve sonuçlarını bağışlayanın sağlığında doğuran, sağlararası hukuki işlemlerdendir. Zira yapılan hukuki işlemle, taşınmazın çıplak mülkiyeti bağışlanana geçirilmiş ve bağışlayan lehine hükümleri kanunda belirtilen yeni bir hak tesis edilmiştir. Dolayısıyla mirasbırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde intifa hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar da MK.m.565/b.3 gereğince tenkise tâbi olmalıdır¹⁰⁸.

Basit bağışlamalardan başka, karma bağışlama (muhtelit hibe) olarak nitelendirilen, kısmen ivazlı kazandırmaların ivazsız kısmının da

¹⁰⁵ Dural/Öz, age., s.253; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.392.

¹⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.392; İmre/Erman, age., s.256,257; Antalya, age., s.216.

¹⁰⁷ Oğuzman, age., s.223.

¹⁰⁸ "...Olayda muris 31.12.2001 tarihinde ölmüş, dava konusu 1256 parsel sayılı taşınmazı ölümünden 4 yıl önce 21.08.1997 tarihinde davalıya intifa hakkı uhdesinde kalmak şartıyla bağışlamıştır. Davalıya yapılan bu bağışın saklı payı zedelemek kastıyla yapıldığını gösterir herhangi bir delil sunulmamıştır. Bu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." Yarg. 2. HD., 15.06.2008 T., E.2-442 / K.458 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 2. HD., 25.11.1992 T., E.8488 / K.11844 (Özğür, age., s.359-362).

MK.m.565/b.3 uyarınca tenkise tâbi olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹. Karma bağışlamada iki unsur vardır:

- İvazlı bir sözleşmede tarafların karşılıklı edimleri arasında açık bir nispetlilik bulunması. Örneğin, 150.000 lira değerindeki bir taşınmazın 50.000 liraya satılması gibi (buna objektif unsur denir).

- Objektif unsurun sübjektif bir unsurla tamamlanması gerekir. Buna göre, karma bağışlama, tarafların açıkça veya zımneden edimin bir kısmının ivazsız olarak diğer tarafa terki konusunda uyuşmuş olmalarını, yani ivazsız kalan kısım için “causa donandi”nin (=bağışlama sebebinin) mevcudiyetini şart kılar¹¹⁰. Demek ki, münhasıran ivazlar arasında fark bulunması, bir karma bağışlamanın varlığını kabule yetmez. Örneğin bir kimse acele paraya ihtiyacı olduğu için malını bir hayli ucuza satmış olabilir. Şu halde, karma bağışlamadan bahsedebilmek için karşılıklı ivazlar arasındaki farkın karşı tarafa bağışlanmak istenmesi ve karşı tarafın buna razı olması veya hiç değilse bu amacı bilecek durumda olması gerekir.

Karma bağışlamanın mevcut olduğu tespit edildikten sonra, tasarruf nisabı ve tenkis hesaplarında, malların mirasın açıldığı andaki değeri esas alındığından, tenkise tâbi kazandırma miktarını bulmak için aradaki değer değişikliklerini de hesaba katmak gerekir. Şöyle ki, tenkise tâbi olacak miktarı bulmak için, kazandırmanın yapıldığı anda bağışlama teşkil eden kısmın, malın o andaki gerçek değerine nazaran ifade ettiği oranı tespit etmek, sonra da bu oranı malın mirasın açıldığı andaki değerine uygulamak gerekir¹¹¹. Örneğin 150.000 lira değerindeki taşınmaz bağışlama sebebiyle 50.000 liraya satılmışsa, karşılıksız kalan kısım 100.000 liradır ve bu miktar taşınmazın değerinin 2/3’üne tekabül etmektedir. Söz konusu taşınmazın mirasın açıldığı andaki değeri 180.000 lira ise, karma bağışlama dolayısıyla tenkise tâbi olup net terekeye eklenmesi gereken tutar $180.000 \times \frac{2}{3} = 120.000$ lira olacaktır.

¹⁰⁹ Dural/Öz, age., s.253; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.393; Serozan/Engin, age., s.151; Öztan, age., s.82; Antalya, age., s.216.

¹¹⁰ Dural/Öz, age., s.253; Eren, age., s.86; Köprülü, age., s.304,305; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.393; Cem Akbıyık, Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul 1997, s.7 vd.

¹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.398; Akbıyık, age. s.68,69.

Ayrıca karma bağışlama niteliğindeki bir kazandırmanın, MK.m.669 çerçevesinde denkleştirmeye tâbi olabileceğine de dikkat edilmelidir. Örneğin, bir baba, oğluna işyeri açabilmesi için gerçek değeri 100.000 TL olan bir taşınmazını 25.000 TL'ye devrediyorsa, 75.000 TL'lik bağışlama MK.m.669/f.2 anlamında kuruluş sermayesi şeklinde denkleştirmeye tâbi bir sağlararası karşılıksız kazandırma niteliği taşımaktadır. Bu durumda söz konusu karşılıksız kazandırma, mirasbırakanın ölümünden kaç sene önce gerçekleşmiş olursa olsun denkleştirmeye tâbi sayılacak, net terekeye de tenkise tâbi kazandırma niteliğinde olduğu için değil, denkleştirmeye tâbi kazandırma olarak eklenecektir. Ancak bu kazandırma, mirasbırakandan önce ölüm gibi bir sebeple denkleştirmeye tâbi olmaktan kurtulursa veya mirasbırakan açıkça aksini emrettiği için denkleştirmeye tâbi değilse, MK.m.565/b.1 gereğince tenkise tâbi sayılacaktır¹¹².

Mirasbırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde resmi senetle yapmış olduğu vakıf kurma işlemi de MK.m.565/b.3 uyarınca tenkise tâbidir (MK.m.108). Bu durumda vakfa özgülenen mal ve hakların değerinin terekeye ilavesi gerekir. Ancak vasiyetname yoluyla kurulması öngörülen vakıflar hakkında ölüme bağlı tasarrufların tenkisi hükümleri uygulanır¹¹³.

Bağışlama konusu taşınır ve taşınmaz malların değeri mirasbırakanın ölüm gününe göre hesaplanır, ancak bu işlem eşyanın temlik tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak yapılmalıdır¹¹⁴. Örneğin mirasbırakanın ölümünden bir yıl önce bağışladığı arsa üzerinde devralan sonradan bir bina yapmış-

¹¹² Serozan/Engin, age., s.151,152; Akbıyık, age., s.79.

¹¹³ İmre/Erman, age., s.257; Eren, age., s.91; Serozan/Engin, age., s.151.

¹¹⁴ “Davalı temlik konusu taşınmazı daha sonra tarla iken portakal bahçesi haline getirmiştir. O halde taşınmazın tarla olarak ölüm günündeki niteliklerine göre değer tespiti gerekir. Yarg. 2. HD., 27.10.1972 T., E.6707 / K.6169 (Özüğür, age., s.177); “Taşınmaz sonradan bağ haline getirildiğine göre, tarla niteliği gözetilerek ölüm günündeki değerinin terekeye eklenmesi gerekir” Yarg. 2. HD., 26.04.1984 T., E.3608 / K.3937 (Şener, age., s.977); “...Tenkis davalarında temlik konusu taşınmazların temlik tarihindeki niteliklerine göre ölüm tarihindeki değerlerinin belirlenmesi gerekir. Davalılardan Ganime'ye temlik edilen 127 parsel sayılı taşınmazın temlik tarihi olan 5.4.1991 tarihindeki niteliklerinin (sulu olup olmadığının, su pompası bulunup bulunmadığının) tanıklardan yeniden sorulup belirlenmesi, yine kira şerhlerinin değer düşüklüğüne neden olup olmadığının, yine kavak ağaçları için davalının bakım ve gelişim giderleri olup olmadığının tespiti, değer takdirinde bu hususların da nazara alınması gerekir...” Yarg. 2. HD., 27.02.2001 T., E.16107 / K.3314 (Gençan, age., s.3208).

sa, hesaplamada bina değeri dikkate alınmaz. Taşınmazın değeri takdir edilirken mirasın açıldığı andaki boş arsa değeri esas alınır¹¹⁵.

Mirasbırakan kazandırma lehdarına bir miktar para bağışlamış o da bununla bir taşınmaz almışsa ya da kazandırma lehdarının üçüncü kişilerden satın aldığı taşınmazın bedelini mirasbırakan ödemişse, tenkise konu olacak kazandırma, bu para ile edinilen taşınmazın değeri değil, bağışlanan paranın mirasbırakanın ölüm günündeki reel değeridir¹¹⁶. Yargıtay'a göre, bu takdirde mahkemece izlenecek yöntem, denkleştirici adalet kuralları uyarınca mirasbırakan tarafından ödenmiş olan bedeli mirasbırakanın ölüm tarihine uyarlamak ve bu şekilde tespit edilen miktarı davacılar tarafından yapılan kazandırma olarak tenkis hesaplamasında terekenin aktif bölümüne dahil etmekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden tenkis hesabında ödenen bedel yerine dava konusu taşınmazların ölüm tarihindeki değerinin dikkate alınarak işlem yapılması isabetsiz görülmektedir¹¹⁷. Ancak bağışlanan paranın mirasbırakan tarafından kazandırma lehdarına sırf o malı alması için verildiği; başka bir ifadeyle, konusu bir miktar paradan ibaret gibi gözüken bağışlamanın, tarafların o para ile belirli bir malın bağışlanan tarafından satın alınması hususundaki açık veya örtülü anlaşmalarını da ihtiva ettiği ispat edilebilirse, satın alınan malın değerinin terekeye eklenmesi gerekir¹¹⁸.

Yargıtay içtihatlarına göre, tasarruf edilebilir kısmın hesabında MK.m.508 gereğince net terekeye eklenecek sağlararası karşılıksız kazandırmalara konu olan mal, kazandırma lehdarı tarafından mirasbırakanın ölümünden önce iyiniyetle elden çıkarılmışsa, MK.m.566 hükmü kıyas yoluyla uygulanarak, mirasın açıldığı anda satış bedelinden (kazandırmadan) elde kalan kısmın terekeye eklenmesi gerekir¹¹⁹. Kanaatimizce, burada lehdarın

¹¹⁵ İnan/Ertas/Albaş, age., s.350; İmre/Erman, age., s.226,227.

¹¹⁶ İnan/Ertas/Albaş, age., s.342.

¹¹⁷ Yarg. 2. HD., 27.12.2005 T., E.11646 / K.18380 (Gençcan, age., s.3197); Yarg. 2. HD., 14.06.2004 T., E.4111 / K.7705 (Gençcan, age., s.3204); Yarg. 2. HD., 11.07.2000 T., E.6260 / K.9627 (Gençcan, age., s.3214); "...Mirasbırakan malik olduğu taşınmazları davalılara temlik etmemiş, davalıların üçüncü kişilerden aldıkları taşınmazların satış bedelini ödemiştir. Bu durumda davalılara yapılan teberru taşınmaz hibesi olmayıp, üçüncü kişilerin aldığı satış parasıdır..." Yarg. 2. HD., 13.06.1994 T., E.5446 / K.5866 (Özüğür, age., s.345).

¹¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.384,385.

¹¹⁹ Yarg. 2. HD., 17.05.1977 T., E.2730 / K.4137 (Özüğür, age., s.197,198).

iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, lehine yapılan karşılıksız kazandırmanın değeri bütünü itibariyle terekeye eklenmelidir. Bu hususta MK.m.566 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün değildir. Zira sözü edilen madde, iade borcuyla ilgili olup terekenin hesaplanmasına ilişkin bulunmamaktadır¹²⁰.

Mirasbırakanın adet üzere verdiği hediyeler tenkise tâbi değildir. Doğum günü, sünnet, nişan, bayram gibi vesilelerle verilen ve mirasbırakanın sosyo ekonomik durumuyla orantılı olan hediyeler, adet üzere verilen hediyeler olarak kabul edilir¹²¹.

d) Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar (MK.m.565/b.4)

MK.m.565/b.4'e göre, "mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar" tenkise tâbidir. O itibarla, bunların da değer olarak terekeye ilavesi lazımdır.

Diğer bentlerdekinden farklı olarak, bu bende göre tenkise tâbi kazandırmalar, sadece objektif olarak saklı payları ihlal etmekle kalmayıp, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak maksadı ile yaptığı sağlararası kazandırmalardır. Eğer mirasbırakanın kazandırmayı saklı pay kurallarını etkisiz kılmak maksadı ile yaptığı sabit olursa, yapıldığı tarihten mirasın açılmasına kadar geçen süre ne olursa olsun, yapılan kazandırma tenkise tâbi bulunmaktadır¹²².

Bu bendin uygulanabilmesi için, mirasbırakanın kastının doğrudan değil, dolaylı (ihtimali) kast biçiminde olması da yeterli görülmektedir¹²³. Dolaylı-

¹²⁰ Eren, age., s.35,187.

¹²¹ İnan/Ertaş/Albaş, age., s.347; Antalya, age., s.217.

¹²² Oğuzman, age. s.230; Dural/Öz, age., s.259; Öztan, age., s.83,84; İnan/Ertaş/Albaş, age., s.348; "...Murisin 44.000 Euro tutarındaki parasını 31.01.1996 tarihinde Kütahya P... şubesine, oğlu davalı Üzeyir adına hesap açtırarak, onun adına yatırdığı, bu suretle, bu miktar parayı oğlu Üzeyir'e aktardığı dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Murisin alışılmışın dışında oğlu adına hesap açtırıp para yatırması bağışlamadır. Saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacıyla yapıldığı da açık ve tartışmasızdır. O halde davalı Üzeyir'e yapılan bu kazandırmanın, murisin serbestçe tasarruf edebileceği kısmı aşım aşmadığı (başka bir ifadeyle) davacının saklı payına el atıp atmadığı belirlenmelidir..." Yarg. 2. HD., 05.05.2004 T., E.4820 / K.5828, (YKD., C.31, Sa.5, Mayıs 2005, s.678,679); Yarg. 2. HD., 12.03.2002 T., E.13156 / K.3383 (İKİD., Y.43, Ocak 2003, Sa.505, s.1550).

¹²³ Serozan/Engin, age., s.152.

sıyla mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak kasdıyla bilerek ve isteyerek yaptığı temlikler yanında, mirasbırakan malvarlığının o anki durumuna ve kazandırmanın o andaki değerine göre bunun tasarruf nisabını aşacağını bilebiliyor ve buna rağmen saklı paylara tecavüzü göze alıyorsa MK.m.565/b.4'deki kast şartı gerçekleşmiş sayılır¹²⁴. Fakat bunun için, her halde, kazandırma yapılırken mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı bulunmalıdır. Aksi halde, saklı pay kurallarını etkisiz kılma kasdından söz edilemez. Bu çerçevede evlat edinme kararından önce, evlat edinen tarafından yapılan karşılıksız kazandırmalar ile evlenme sözleşmesinin kurulmasından önce eşlerden birinin yaptığı kazandırmaların evlatlık ve diğer eşin saklı payını zedelemek amacıyla yapılmış olduğu kabul edilemez¹²⁵.

Mirasbırakanın, izah edilen esaslara göre nazara alınacak kasdının tek taraflı olması yeter. Lehine kazandırma yapılan kişinin, bu kasdı taşıyıp taşıyamaması veya mirasbırakanın kasdını bilip bilmemesi önem taşımaz¹²⁶.

Burada önemli olan unsur, mirasbırakanın kastının ispatıdır. Mirasbırakanın yaptığı kazandırmalarda saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacının açık olduğu, yani ihlal kastının varlığı davacılar tarafından kanıtlanması gerekir¹²⁷. Saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacı, tanık ifadesi¹²⁸ dâhil, her türlü delille ispatlanabilir¹²⁹. Yargıtay, belirli bazı hallerde mirasbırakanın saklı payları ihlal kastının bulunduğunu karine olarak kabul etmektedir. Mirasbırakanın malvarlığının tamamını ya da tamamına yakın bir kısmını temlik etmiş olması¹³⁰, karma bağışlamalara başvurusu, bilhas-

¹²⁴ Oğuzman, age., s.230,231; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.399.

¹²⁵ İnan/Ertas/Albaş, age., s.349. "...Mirasbırakan henüz evlenmeden önce bağışta bulunduğu göre, sonradan evlendiği karısının saklı payını zedeleme kastının varlığından söz edilemez..." Yarg. 2. HD., 30.11.1982 T., E.7761 / K.8974 (Özuğur, age., s.716); ayrıca bkz. Yarg. 2. HD., 22.01.1991 T., E.1990-10212 / K.1991-867 (YKD., C.17, Haziran 1991, Sa.6, s.841,842).

¹²⁶ Öztan, age., s.84; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.400; Dural/Öz, age., s.259; Antalya, age., s.217.

¹²⁷ İnan/Ertas/Albaş, age., s.349.

¹²⁸ Yarg. 1. HD., 08.10.1992 T., E.9794 / K.11473 (YKD., C.18, Kasım 1992, Sa.11, s.1678).

¹²⁹ Ayan, age., s.163.

¹³⁰ "...Mirasbırakanın tüm malvarlığını davalılara teklif etmiş olması ve tapudaki satış bedelleri ile gerçek değerleri arasında fahiş (açık) fark bulunması, temlikin davacıdan

sa taşınmaz malını değerinden çok düşük bir bedelle satması¹³¹, ikinci eş ve çocuklar lehine bağışlamalarda bulunup birinci eşten olan çocuklarına sağlığında hiçbir kazandırma yapmaması¹³², bağışlamanın satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi arkasında gizlenmesi durumunda mirasbırakanın saklı payları bertaraf etme kastında olduğu karine olarak kabul edilmektedir¹³³.

MK.m.565/b.4 gereğince tenkis edilecek kazandırmalar içerisine gerçek bağışlamalar girdiği gibi gizli (muvazaalı) bağışlamalar da girer¹³⁴. Örneğin, mirasbırakan, saklı pay sahibi mirasçılarının tenkis davası açmalarını önlemek için üçüncü kişi (Ü)'ye yaptığı bağışlamayı satış gibi göstermiştir. Görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaası sebebiyle batıl olduğu (BK.m.18) tespit olunduktan sonra, onun arkasında gizlenmiş bulunan bağışlama, bu işlemin de batıl olmasını gerektiren (örneğin taşınmazlarda gerekli şekilde uyulmaması gibi) bir sebep yoksa saklı payları ihlal ettiği ölçüde tenkise tâbi olacaktır¹³⁵. Burada yeri gelmişken belirtelim ki, mirasbırakanın yapmış

mal kaçırma, başka bir anlatımla saklı payı zedeleme kastıyla hareket edildiğinin objektif delilleridir. Davalıların mirasbırakanın hacca gitmesinde mali yardımda bulunmuş olmaları, evlatların anaya yapması gereken normal harcamalardan ibaret olup, bu yardım, temliklerin bedelli olduğu sonucunu doğurmaz. Öyleyse, kastın varlığının kabulü ile tenkis hesapları yapılması gerekirken aksine düşüncelerle davanın reddi usul ve kanuna aykırıdır..." Yarg. 2. HD., 04.10.1985 T., E.6716 / K.7776 (İKİD., Y.26, Eylül 1986, Sa.309, s.4376).

¹³¹ "Bilirkişi raporuna göre, taşınmazın temlik günündeki değerinin yarı fiyatına satılmış olması, davacıların mahfuz hisselerine tecavüz kastının açık delilidir." Yarg. 2. HD., 19.11.1984 T., E.9721 / K.9878 (İKİD., Y.25, Ağustos 1985, Sa.296, s.3555). "Davalıya satılan taşınmazın satış günkü rayiç değeri 48.000 lira satış bedeli ise 12.000 lira olduğuna göre mirasbırakanın mirasçılarının saklı payını zedeleme kastı açıktır. Tenkis hesabının taşınmazın murisin ölümü günündeki değeri üzerinden yaptırılması gerekir" Yarg. HGK., 01.02.1985 T., E.2-396 / K.158 (İKİD., Y.28, Temmuz 1988, Sa.331, s.5784). "Satış sırasında kararlaştırılan bedel ile gerçek değer arasında açık bir nispetliliğin mevcut olması murisin saklı payı ihlal kastının objektif delili olarak kabul edilmelidir" Yarg. HGK. 01.04.1992, E.2-127 / K.236 (İKİD., Y.32, Ağustos 1992, Sa.380, s.8927).

¹³² Yarg. 2. HD., 20.12.1984 T., E.9028 / K.10558 (İKİD., Y.25, Ağustos 1985, Sa.296, s.3554); Yarg. 2. HD., 08.07.1998 T., E.1998/1-558 / K.570 (İKİD., Y.39, Mart 1999, Sa.459, s.13977 vd.).

¹³³ İnan/Ertaş/Albaş, age., s.349; Oğuzman, age., s.231; Serozan/Engin, age., s.152; Öztan, age., s.84.

¹³⁴ Kocayusufoğlu, age., s.402; Kılıçoğlu, age., s.200; Antalya, age., s.218.

¹³⁵ Gerçekten bağışlanan bir malın satılmış gibi gösterilmesi saklı payı zedeleme kastının bir işaretidir.

olduğu bir sağlararası kazandırmanın MK.m.565/b.4 gereğince tenkis edilebilmesi için öncelikle bunun hukuken geçerli bir tasarruf olması gerekir. Zira tenkis, hukuken geçerli olan tasarruflar için söz konusu olabilir. Bu nedenle yapılan tasarruf -şekle aykırılık, ehliyetsizlik, muvazaa gibi bir sebeple- hukuken geçerli değilse, mirasçılar bu tasarrufun tenkisi yerine butlanını ileri sürerek, tasarruf konusunun tamamının terekeye dâhil edilmesini sağlayabilirler¹³⁶. Bu anlamda olmak üzere, yapılan tasarruf satış gibi gösterilmiş bir bağışlama ise, görünürdeki satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle (BK.m.18), gizli işlem olan bağışlama ise, -tapuya kayıtlı taşınmazlarda- şekle uygun olmadığından (BK.m.11, m.213; MK.m.706/f.1) batıl sayılacaktır. Böyle bir halde, saklı paylı mirasçıların yapacakları şey, tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesini talep ve dava etmektir¹³⁷ (eMK.m.933, MK.m.1025).

Yargıtay, özellikle taşınmaz temliklerinde, mirasbırakanın temlik tarihindeki mali durumunun ve temlik saikinin¹³⁸ araştırılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu çerçevede, yaşamı boyunca taşınmazlarını elinden çıkarmayı düşünmeyen bir kişinin, ölümünden çok kısa bir süre önce bunları satması, taşınmazların satışını haklı gösterecek zaruri ve makul bir nedenin bulunmaması, oldukça yüksek olan satış bedelinin mirasbırakanın terekesinde çıkmaması, alıcının satış bedeli olarak gösterilen parayı ödeme gücüne sahip olmaması, taşınmazın gerçek değeri ile satış bedeli arasında açık bir farkın bulunması muvazaa yoluyla mirasçılardan mal kaçırma kastını ortaya koyar¹³⁹. Örneğin, Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda, kanser hastası

¹³⁶ İmre/Erman, age., s.261,262; Hatemi, age., s.46,47.

¹³⁷ Yarg. İBBGK. 01.04.1974 T., E.74-1 / K.74-2 (YKD., C.1, Ocak 1975, Sa.1, s.9); Yarg. HGK. 25.09.1996 T., E.1996/1-440 / K.638 (İKİD., C.41, Mayıs 2001, Sa.485, s.274 vd.); Yarg. HGK. 01.03.2000 T., E.2000/1-126 / K.143 (İKİD., C.41, Temmuz 2001, Sa.487, s.405 vd.) “Davacı, (miras payı oranında tapu iptali ve adına tescil davası açmak hakkı varken) temlikin, gerçekte mahfuz hissesinin ihlali amacıyla hibe şeklinde olmasına rağmen satış şeklinde gösterildiğinden bahisle, tenkisini istemiştir. Hiç kimse lehine bir dava açmaya zorlanamayacağından davacıdan tenkis yerine muvazaaya dayalı tapu iptali davası açması istenemez. Bu durumda tenkis isteği incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davanın reddi isabetsizdir” Yarg. HGK., 27.01.1993 T., E.1992/2-731 / K.11 (İKİD., Y.34, Ocak 1994, Sa.397, s.10084).

¹³⁸ “...Mirasbırakanın çekişmeli yerleri hacca gitmek için bedelini alarak davalıya sattığı ve satışın bu ihtiyaç nedeniyle yapılmış olup, davacıların saklı paylarını zedeleme kastının bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır...” Yarg. HGK., 11.03.1992 T., E.2-49 / K.171 (İKİD., Y.32, Sa.380, Ağustos 1992, s.8928, 8929).

¹³⁹ Yarg. 1. HD., 14.10.1975 T., E.9174 / K.9303 (YKD., C.4, Şubat 1978, Sa.2, s.176); Yarg. 1. HD., 29.03.1991 T., E.14238 / K.4207 (YKD., C.18, Şubat 1992, Sa.2, s.182);

olan bir kişinin taşınmazlarını paraya çevirmek için ciddi bir zaruret ve ihtiyaç içinde olmaksızın, ölümünden on sekiz gün önce, 400.000 lira değerindeki taşınmazını çok düşük bir bedelle (100.000 liraya) oğluna satması ve satışın bu bedel karşılığında yapıldığını gösteren miktarda bir paranın terekesinde çıkmaması, yapılan işlemin mirasbırakanın kız olan diğer çocuklarının miras haklarını zedelemeye yönelik muvazaalı bir işlem olarak nitelendirilmesine, görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaalı, gizli bağışlamanın ise şekle aykırılık sebebiyle geçersiz sayılmasına dayanak teşkil etmiştir. Mahkeme ayrıca, mirasbırakanın sosyal ve kültürel formasyonu ile dini anlayışına istinaden mirasını erkek ve kız çocukları arasında (feraiz kaidelerine göre) ikili birli paylaşırma isteğini ve tarafların tapuda yapılan ferağ işlemi sırasında, temlik işleminin satış mı yoksa bağışlama şeklinde mi yapılacağı hakkında konuştuklarına ilişkin tanık beyanlarını muvazaanın delili olarak değerlendirmiştir¹⁴⁰.

Yargıtay uygulamasında, satış görünümündeki temliklerin yanı sıra, ölünceye kadar bakma sözleşmesi dolayısıyla bakım borçlusuna yapılan kazandırmaların da tenkis davalarına konu olduğu göze çarpmaktadır. Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, mirasbırakan (bakım alacaklısı), ölünceye kadar bakılmak üzere, bazı malvarlığı değerlerini sağlığında bir başkasına (bakım borçlusuna) devretme borcu altına girmektedir. Şu var ki, bazen tarafların karşılıklı edimlerinin değerleri arasında bakım alacaklısı durumunda bulunan mirasbırakan aleyhine açık bir fark mevcut olabilir. Bu ihtimalde ve söz konusu farka inhisar etmek üzere, BK.m.515/c.3 gereğince saklı paylı mirasçılarının tenkis talebi mahfuz tutulmuştur. Böyle bir farkın bulunup bulunmadığını anlamak için, hâkim görüş uyarınca, bakım borçlusunun yıllık edimlerinin (özellikle bakım alacaklısının muhtemel yaşama süresini göz önünde tutarak) kapitalize değerini hesaplamak ve bu değeri bakım alacaklısının ediminin değeri ile mukayese etmek gerekecektir. Bakım alacaklısının devrettiği malvarlığının değeri, elde edeceği bakım ve gözetim edimlerinin değerini açık ve önemli miktarda aşılıyor-

Yarg. 1. HD., 27.03.1991 T., E.3904/ K.4044 (YKD., C.17, Aralık 1991, Sa.12, s.1796); Yarg. 1. HD., 21.02.1991 T., E.1990-16315/ K.1991-2130 (YKD., C.20, Mart 1994, Sa.3, s.358); Yarg. 1. HD., 02.07.1992 T., E.5387 / K.8782 (YKD., C.20, Ocak 1994, Sa.1, s.22,23).

¹⁴⁰ Yarg. 1. HD., 11.04.1974 T., E.2007 / K.2638 (YKD., C.1, Ağustos 1975, Sa.8, s.77-80); aynı yönde Yarg. 1. HD., 28.02.1974 T., E.387 / K.1256 (YKD., C.1, Haziran 1975, Sa.6, s.52-54).

sa, aradaki farkın MK.m.565/b.3 çerçevesinde tenkis edilmesi gerekir¹⁴¹. Fakat mirasbırakanın gerçek arzusu kendisine ölünceye kadar baktırmak değil de malvarlığını sözleşme yaptığı kişilere bağışlamak ve mirasçılardan mal kaçırmak ise, görünüşteki ölünceye kadar bakma sözleşmesi tarafların gerçek iradelerine uygun olmadığından muvazaa sebebiyle geçersiz olacaktır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi arkasında gizlenen bağışlama sözleşmesi ise, tapulu taşınmazlar bakımından şekil koşullarını taşımadığı için geçersiz sayılırken, taşınırlar ile tapusuz taşınmazlar bakımından geçerli sayılarak yapılan kazandırmalar MK.m.565/b.4 gereğince tenkis edilecektir¹⁴².

Yargıtay kararlarında, özel bakım ihtiyacının bulunmaması, karşı tarafın esasen bakımla yükümlü olması, bakım karşılığı tüm malvarlığının devredilmiş olması saklı pay kurallarını ihlal kasdına delil sayılmaktadır.

- “Mirasbırakanın, karısını mirastan mahrum etmek için yedi çocuğu ile yaptığı ölünceye kadar bakma akdi; bu nevi akitlerin mahiyeti ile bağdaşmayacağından, karşılıksız olup miras kaçırma kasdı açıkça görüldüğünden tenkise tâbidir”. Yargıtay HGK.’nın 05.04.1978 tarihli sayılı kararına konu olan olayda mirasbırakanın, davacı karısına sana bir çöp bırakmam, bir şey vermem demesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaptığı kişilerin başka bir eşten doğan çocuklar olması, karısı tarafından özenle bakılıp gözetilmesi ve ayrıca özel bir bakıma muhtaç olmaması, öte yandan gerçekten bakım ihtiyacı içinde ise, bunu bir veya iki kişi ile yapacağı sözleşme ile sağlaması mümkün iken yedi çocuğu ile aynı konuda sözleşme yapması, bu çocuklardan bir kısmının başka başka yerlerde oturması, geliri ile kendisini -ücretle baktırma olanağı varken ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapması, malvarlığının önemli bir kısmını bu sözleşmeyle davalı olan çocuklarına aktarması ve nihayet bu sözleşmeden kısa bir süre sonra taşınmazlar üzerinde ipotek tesis etmiş olması mahfuz hisse kaidelerini ihlal kasdını gösterir¹⁴³.

¹⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.403; Alpaslan Akartepe, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul 2005, s.155,156; Eraslan Özkaya, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara 2007, s.279,280; Cihan Yüksel Hatipoğlu, Murisin Mirasçılar Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muvazaalı Muamelelerin Hukuki Sonuçları, Ankara 2004, s.106.

¹⁴² Özkaya, age., s.231 vd.

¹⁴³ Yarg. HGK., 05.04.1978 T., E.2-265 / K.287 (Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, age., s.325,326).

Yargıtay, normalin üzerinde özel bir bakım ihtiyacı olmaksızın, eşler arasında veya ana-baba ile çocuklar arasında kurulan ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca yapılan kazandırmaları, saklı pay kurallarını bertaraf kasdıyla yapıldığı gerekçesiyle tenkise tâbi tutmaktadır:

- "...Kadının görevi, kocasına bakmaktır (eMK.m.153). Kocanın normalin üzerinde bir bakıma muhtaç olmaması halinde karı - koca arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesi ivazlı sayılamayacağı için, (eski) Medeni Kanun'un 507. maddesi gereğince mirasçıların saklı paylarına tecavüz ettiği oranda tenkise tâbidir.

Mirasbırakanın özel bakımı gerektiren bir hali bulunmadığı ve malvarlığının tümünü, 23.2.1970 tarihli ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile davalıya temlik ettiği, 9.3.1970 tarihinde de öldüğü, davalı ölenin ikinci eşi olup, davacılar da ilk eşinden torunları olduğu gözetildiği takdirde, saklı payı zedelemek amacı ile hareket ettiğinin kabulü gerekir..."¹⁴⁴.

- "...Kız, anasına bakmakla yükümlüdür. Fakat normal bakıp gözetme sınırlarını aşacak bir bakıma zorlanamaz. Olayda davalı yatalak olan anasına baktığına göre, ondan, bu hizmetine karşılık mal alabilir. Öyle ise ölünceye kadar bakma sözleşmesinin ivazlı sayılmasında isabetsizlik yoktur..."¹⁴⁵.

- "...Mirasbırakan felçli olup karısı için normal bakım görevinin sınırını aşan bir durum içindedir. Kadın da sırf bu yüzden çalıştığı işten ayrılmıştır. Bu bakımdan dava konusu yerin bağışlanmasında saklı payın giderilmesi kasdıyla hareket olunduğu düşünülemez. ...Olayların akışı ve genel hayat tecrübeleri gözetildiği takdirde kocanın bu davranışı normal bir bağış amacına yöneliktir..."¹⁴⁶.

- "...Bir kimsenin anasına, babasına veya eşine ya da başka yakınlarına bakıp yardım etmesi ahlâki bir görev ise de, görevin sınırı aşıldığı, yani bakıp gözetilen için bu durum külfet teşkil ettiği zaman hizmetin karşılığında bir

¹⁴⁴ Yarg. 2. HD., 22.11.1979 T., E.7952 / K.8371 (Şener, age., s.1211).

¹⁴⁵ Yarg. 2. HD., 19.12.1974 T., E.7370 / K.8094 (Şener, age., s.1213).

¹⁴⁶ Yarg. 2. HD., 24.02.1976 T., E.209 / K.1551; Yarg. 2. HD., 22.03.1983 T., E.2326 / K.2411 (Şener, age., s.1213).

şey istenmesi ya da olaydaki gibi, taşınmazın temellük edilmesi hukuka uygun düşer. Onun için olayda davalının babasına bakması tabidir...¹⁴⁷.

Ancak Yargıtay, son yıllarda vermiş olduğu kararlarda, BK.m.511 hükümünün bakım alacaklısı yönünden gerçek kişi olma dışında özel bir nitelik öngörmediğini; bakım alacaklısının sözleşme anında özel bakıma muhtaç durumda olmasını aramanın kanunda bulunmayan bir unsurunu ilave etmek anlamına geleceğini ifade ederek, mirasbırakanın özel bakım ihtiyacının bulunmamasını muvazaanın ispatı için yeterli görmemektedir¹⁴⁸. Örneğin, Yarg. 2. HD.'nin 15.11.1990 tarihli kararına göre, "...bakım alacaklısının, akit anında özel bakıma muhtaç olması şart değildir. Bu sebeple mirasçı olabilecek kimselerle yapılmış olan ölünceye kadar bakma akdinin inikadı sırasında özel bakıma muhtaç bulunmamak, bu akdin mahfuz hisse kurallarını bertaraf maksadına matuf olduğunu kabule yeterli değildir..."¹⁴⁹. Ayrıca mirasbırakanın sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre sonra ölmesi de muvazaa ve saklı payları ihlal kastının varlığını kabule yeterli görülmemektedir. Yarg. 2. HD.'nin 29.09.1992 tarihli kararına göre, "...mirasçı olabilecek kimselerle yapılmış olan ölünceye kadar bakma akdinin inikadı sırasında özel bakıma muhtaç bulunmamak veya akitten sonra çok kısa yaşamak bu akdin geçersiz olduğuna veya mahfuz hisse kurallarını bertaraf maksadına matuf olduğunu kabule yeterli değildir"¹⁵⁰.

Yargıtay'a göre, "mirasbırakanın, ölünceye kadar bakıp gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile ilgili olup olmadığının belirlenebilmesi için; sözleşme tarihinde murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın, tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdan kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması gerekir"¹⁵¹. Yargıtay kararına

¹⁴⁷ Yarg. 2. HD., 13.11.1986 T., E.9498 / K.9964 (İKİD., Y.27, Sa.316, Nisan 1987, s.4825,4826).

¹⁴⁸ Yarg. 2. HD., 07.12.2000 T., E.13722 / K.15421 (YKD., C.27, Nisan 2001, Sa.4, s.495 vd.).

¹⁴⁹ Yarg. 2. HD., 15.11.1990 T., E.5145 / K.10933 (İKİD., Y.31, Sa.363, Mart 1991, s.7840,7841).

¹⁵⁰ Yarg. 2. HD., 29.09.1992 T., E.8348 / K.8696, İKİD., Y.33, Sa.386, Şubat 1993, s.9319,9320; bu karar için ayrıca bkz.Yasa Hukuk Dergisi, 1991, Sa.1, s.39,40.

¹⁵¹ Yarg. 1. HD., 14.03.2001 T., E.2272 / K.2771 (YKD., C.27, Ekim 2001, Sa.10, s.1497,1498); Yarg. 1. HD., 28.01.2002 T., E.2001-14340 / K.2002-891 (Akartepe, age.

konu olan bir olayda, mirasbırakan kendisine ait yedi parça taşınmazını sağlığında ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile davalı oğluna temlik etmiştir. Mahkeme, tarafların özel durumlarını, taşınmazların nitelik ve değerlerini yukarıda belirtilen ilkelere göre değerlendirerek mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı temlik yoluna başvurduğu sonucuna varmıştır¹⁵².

3-) Üçüncü Kişi Lehine Yapılan Hayat Sigortası Satınalma Değeri (İştirâ Bedeli)

Medeni Kanun'un 509. maddesine göre, mirasbırakan, kendi ölümünde ödenmek üzere üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmesi yapmış veya böyle bir kişiyi sonradan lehdar olarak tayin etmişse ya da sigortacıya karşı olan istem hakkını sağlararası veya ölüme bağlı bir tasarrufla karşılıksız olarak üçüncü kişiye devretmişse, sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü anındaki iştirâ bedelinin (satınalma değerinin) terekeye eklenmesi gerekir¹⁵³.

Medeni Kanun, tüm hayat sigortalarını değil, sadece mirasbırakanın ölme ihtimaline karşı akdedilen hayat sigortalarını tenkise tâbi tutmuştur. Yaşama ihtimaline karşı akdedilen hayat sigortaları MK.m.509 kapsamında yer almaz. Yaşama ihtimaline karşı sigortalarda, sigortacının sigorta meblağını ödemesi için sigortalının belirli bir tarihte hayatta olması şarttır. Bu tür sigortalar MK.m.509 kapsamına girmese de eğer üçüncü bir kişi lehine yapılmış veya daha sonra üçüncü bir kişiye devredilmişlerse MK.m.565 çerçevesinde tenkise tâbi olabilirler. Ancak bu olasılıkta, sadece iştirâ bedeli değil, bütün sigorta alacağı tenkise tâbi tutulur¹⁵⁴.

Ölme ihtimaline karşı yapılan sigortalar, sigortalının kaydı hayat şartıyla veya belirli bir süre içinde ölme ihtimaline karşı yapılır. Belirli bir süre içinde ölme ihtimaline karşı yapılan hayat sigortalarında sigortalı ancak sözleşmede öngörülen süre içinde ölmüşse sigorta tazminatı ödenir. Kaydı hayat

s.232-234); Yarg. 1. HD., 13.06.2002 T., E.2002-6961 / K.2002-7575 (Akartepe, age. s.229,230).

¹⁵² Yarg. 1. HD., 16.01.2001 T., E.2000-14753 / K.2001-140 (YKD., C.27, Ağustos 2001, Sa.8, s.1164); ayrıca bkz. Yarg. 1. HD., 29.05.1992 T., E.5085 / K.7301 (YKD., C.18, Temmuz 1992, Sa.7, s.1025).

¹⁵³ Dural/Öz, age., s.261,262; İmre, age., s.373; Öztan, age., s.85,86; Antalya, age., s.218.

¹⁵⁴ Eren, age., s.101.

şartıyla yapılan ölüm sigortalarında ise, sigortalı ne zaman ölürse ölsün sigorta tazminatı ödenmek gerekir. Bu nedenle belirli bir süre içinde ölme ihtimaline karşı yapılan sigortalara kıyasla, kaydı hayat şartıyla yapılan ölüm sigortasının primleri daha yüksektir. Hayat sigortası türleri arasında uygulamada en çok karşılaşılan karma hayat sigortasıdır. Karma hayat sigortası ile ölüm ve yaşama ihtimali tek bir sözleşmeyle teminat altına alınır. Şöyle ki, karma sigortalarda sigortacı, sigortalı belirli bir tarihten önce ölürse veya bu tarihten sonra hayatta kalırsa, sigorta meblağını ödemeyi taahhüt eder¹⁵⁵. Kanaatimizce MK.m.509, karma sigortalar hakkında da uygulanabilir, yeter ki sigorta bedelinin mirasbırakanın ölümü dolayısıyla ödenmesi gereksin¹⁵⁶.

Özetle, bir hayat sigortasının tenkise konu olabilmesi için, mirasbırakanın herhangi bir tarihte veya belirli bir süre içinde ölmesi ihtimaline karşı akdedilmesi, sigorta primlerinin mirasbırakan tarafından ödenmesi, mirasbırakanın sigorta sözleşmesi kurulurken veya daha sonra üçüncü kişiyi lehdar tayin etmesi ya da sigorta sözleşmesinden doğan alacağını karşılıksız olarak üçüncü kişiye devretmesi ve söz konusu sigortanın mirasın açıldığı anda iştira (satınalma) kıymetini haiz bulunması gerekir¹⁵⁷.

MK.m.567 gereğince, sigorta alacağı üzerinde mirasbırakan tarafından üçüncü kişiye yapılan kazandırma, yalnız mirasbırakanın ölümü anındaki iştira bedeli nispetinde tenkise tâbidir¹⁵⁸. Tasarruf nisabı ile ilgili hesaplamada mirasbırakan tarafından sigorta şirketine ödenen primlerin tutarı nazara alınmayacağı gibi, rizikonun gerçekleşmesi (yani mirasbırakanın ölümü durumunda) sigortacının lehdara ödeyeceği sigorta bedeli (tazminatı) dahi nazara alınmayacaktır¹⁵⁹. Terekenin mevcut aktif değerlerine eklenecek olan, hayat sigortasının iştira bedelidir.

İştira (satın alma) bedelinden maksat, sigortalının sigorta poliçesini sigortacıya iade etmek suretiyle sigortacıdan talep edebileceği ve sigortacının

¹⁵⁵ F. Dilek Kabukçuoğlu Özer, *Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası*, Ankara 2005, s.28 vd.; Ali Bozer, *Sigorta Hukuku (Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri)*, 2. Baskı, Ankara 2007, s.184 vd.

¹⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.404; Eren, age., s.102.

¹⁵⁷ Eren, age., s.101 vd.

¹⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.406; İmre, age., s.374.

¹⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.406; İmre, age., s.374; Öztan, age., s.86.

ödemekle yükümlü olduğu meblağdır¹⁶⁰. İştirâ bedeli, prim ödeme süresine göre değişmekte ve sigorta poliçesinde gösterilmek gerekmektedir. Bu arada hemen belirtelim ki, TTK.m.1327'ye göre, ancak üç yıllık prim ödendikten sonra iştirâ hakkı edinilmektedir. Dolayısıyla, henüz üç yıl dolmadan mirasbırakan ölmüşse artık tenkise tâbi ve dolayısıyla terekeye ilavesi gereken bir meblağ söz konusu olmayacaktır¹⁶¹.

Eski Ticaret Kanunu'nun 993. maddesinin 3. fıkrası, iştirâ bedelinin nasıl hesaplanacağını bildirmiş bulunuyordu. Buna göre, sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren ödenen primlerin toplamından yüzde bir nispetinde masraflar çıkarıldıktan sonra, geriye kalanın üçte ikisi iştirâ bedeli sayılıyordu. Halen yürürlükte olan 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu ise bu hükmü almamış ve iştirâ bedelinin tespitini poliçede yazılı cetvele bırakmıştır¹⁶² (TTK.m.1327).

V. MİRASÇILIK SIFATINI SONA ERDİREN HALLERİN TASARRUF NİSABI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

1-) Mirası Reddin Etkisi

Mirası reddeden kişi geçmişe etkili olarak (mirasbırakanın ölümü anından itibaren) mirasçı sıfatını kaybettiğine göre, miras, reddeden mirasçı mirasbırakandan önce ölmüş gibi paylaşılacaktır¹⁶³. Yeni MK.m.611/f.1 bu durumu, "yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi, hak sahiplerine geçer" şeklinde ifade etmektedir.

Bu çerçevede, saklı payların ve tasarruf nisabının hesaplanmasında da, reddeden mirasçının aradan çekilmesi ile ortaya çıkan yeni durum esas alınacak; diğer bir ifade ile, mirası reddeden saklı paylı mirasçı hesap dışı tutulacaktır¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Oğuzman, age., s.232; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.406; İmre, age., s.374.

¹⁶¹ Dural/Öz, age., s.262; Oğuzman, age., s.232 dn.628.

¹⁶² Kocayusufpaşaoğlu, age., s.406.

¹⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.407; Dural/Öz, age., s.262; İmre, age., s.376; Öztan, age., s.87; Serozan/Engin, age., s.167; Antalya, age., s.224.

¹⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.407; İmre, age., s.376.

Reddin tasarruf nisabına etkisi, reddedenin yerine mirasçı olacakların saklı pay sahibi olup olmamalarına ve saklı pay oranlarına göre değişir¹⁶⁵. Reddedenin yerini alan mirasçılar, saklı pay sahibi değillerse veya onların saklı pay oranları mirası reddedeninkinden az ise mirasbırakanın tasarruf nisabı artar. Örneğin, mirasbırakanın birinci zümre mirasçılarında biri mirası reddeder ve onun yerini altsoyu alırsa, mirasbırakanın serbestçe tasarruf edebileceği kısım değişmez. Zira mirası reddeden birinci zümre mirasçısının altsoyu hem mirasbırakanın saklı paylı mirasçısıdır hem de reddedenle aynı oranda saklı pay sahibidir. Aynı şekilde mirasbırakanın birinci zümre mirasçılarında altsoyu bulunmayan birisi mirası reddederse, mirasbırakanın tasarruf nisabı yine değişmez; fakat öteki mirasçılarının miras payları (ve buna bağlı olarak saklı payları) artmış olur. Buna karşılık mirasbırakanın ikinci zümre mirasçısı olan ana veya babasından biri mirası reddederse onun yerine mirasçı olacak kardeşin saklı payı bulunmadığı (veya 10.5.2007 öncesinde daha az olduğu) için mirasbırakanın tasarruf nisabı artacaktır¹⁶⁶. Mirasbırakanın birinci zümre mirasçıları (altsoyu) veya ikinci zümre başları (ana babası) ile birlikte mirasçı olan eşinin mirası reddetmesi mirasbırakanın tasarruf nisabını daima artırır. Sağ kalan eşin ikinci zümre başlarının altsoyu veya üçüncü zümre mirasçıları ile birlikte mirasçı olup mirası reddetmesi durumunda ise, terekenin tamamında tasarruf edilebilir.

2-) Mirasçılıktan Çıkarmanın (Iskatın) Etkisi

Saklı paylı bir mirasçı mirasçılıktan çıkarılmışsa, bu konudaki ana prensip şudur: “Mirasçılıktan çıkarılan mirasçının saklı payı mirasbırakanın tasarruf nisabına eklenir”. Öyle ki, diğer saklı paylı mirasçıların saklı paylarında bir değişiklik olmaz. Şu halde, mirasçılıktan çıkarma durumunda, tasarruf nisabını hesaplarken, mirasçılıktan çıkarılan mirasçıyı da mevcut saymak gerekir¹⁶⁷.

Bununla beraber bu esasın bir istisnası vardır: “Mirasçılıktan çıkarılan kişinin altsoyu varsa, bu altsoy mirasbırakana karşı saklı paylı mirasçılardan olmak koşuluyla kendi saklı payını isteyebilir” (MK.m.511/f.3). Şu halde,

¹⁶⁵ Oğuzman, age., s.235; Antalya, age., s.224.

¹⁶⁶ Ayan, age., s.169.

¹⁶⁷ Dural/Öz, age., s.263,264; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.408; Öztan, age., s.87; Antalya, age., s.219.

mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu varsa ve mirasbırakana karşı aynı oranda saklı paya sahipse, bu takdirde tasarruf nisabında bir değişiklik olmaz¹⁶⁸. Mirasçılıktan çıkarılan kişinin altsoyunun saklı payı, mirasçılıktan çıkarılanın saklı payından daha az ise, bu takdirde aradaki farkın tasarruf nisabına eklenmesi gerekir. Buna karşılık, mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu yoksa veya onun altsoyu mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı değilse, mirasçılıktan çıkarılanın saklı payının tamamı tasarruf nisabına (oranına) eklenir¹⁶⁹.

3-) Mirastan Feragatin Etkisi

Feragatin etkisi de, feragatin ivazlı olup olmamasına ve feragat edenin altsoyunun bulunup bulunmamasına bağlıdır.

Feragat ivazsız ise, feragat edenin altsoyunu etkilemeyeceği için, şayet feragat edenin altsoyu mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı ise, bunlar saklı paylarını talep edebileceklerdir. Bu halde feragatin etkisi mirasçılıktan çıkarmadaki gibidir¹⁷⁰.

Feragat ivazlı ise, sözleşmede aksi öngörülmedikçe, feragat edenin altsoyunu da etkiler (MK.m.528/f.3); yani feragat edenin altsoyu da mirasçılık sıfatını kaybeder. Ödenen ivaz tasarruf nisabının hesabında net terekeye ilave edilir. Tasarruf edilebilir kısmın hesaplanmasında, feragat eden mirasçı sanki feragat etmemiş gibi kabul edilir ve saklı paylar belirlenir. Daha sonra feragat edenin saklı payı mirasbırakanın tasarruf nisabına eklenir¹⁷¹.

4-) Mirastan Yoksunluğun (Mahrumiyetin) Etkisi

Mirastan yoksunluk halinde durum tartışmalıdır:

Bazı yazarlara göre, mirastan yoksunluğun mirasçılıktan çıkarmayı tamamlayan bir kurum olduğundan hareket etmek ve hesabı tıpkı mirasçılıktan

¹⁶⁸ Dural/Öz, age., s.264; İmre, age., s.377; Öztan, age., s.87; Hasan Petek, Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi, DEÜHFD., C.4, Sa.2, İzmir 2002, s.145.

¹⁶⁹ İmre, age., s.377; Antalya, age., s.220.

¹⁷⁰ Dural/Öz., age., s.266; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.410; Oğuzman, age., s.234; Öztan, age., s.88.

¹⁷¹ Oğuzman, age., s.234; Kocayusufpaşaoğlu, age., s.410; İmre, age., s.377; Dural/Öz, age., s.265; Öztan, age., s.88; Serozan/Engin, age., s.169; Ayan, age., s.168; Antalya, age., s.222.

çıkarmada olduğu gibi (mirastan yoksun olanı mevcut farz ederek) yapmak gerekir¹⁷².

Diğer bazı yazarlar ise, genel prensibe uyararak ve özel olarak mirasbırakanın yoksunluk sebeplerinden bir kısmını sağlığında bilemeyeceği (örneğin mirastan yoksun kalanın mirasbırakanı öldürmesinde olduğu gibi), hatta bilse bile yeni bir tasarruf yapamayacağı (örneğin mirastan yoksun kalanın mirasbırakanı sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirmesinde olduğu gibi) fikrinden hareket ederek aksi görüşü savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre hesap, mirastan yoksun olan kişi nazara alınmadan, mirasın reddinde olduğu üzere, ortaya çıkan yeni duruma dayanarak (mirastan yoksun kalan kişi mirasbırakandan önce ölmüş gibi) yapılmalıdır¹⁷³. Biz de aynı gerekçelerle bu görüşü paylaşıyoruz.

¹⁷² Eren, age., s.42; İmre/Erman, age., s.293.

¹⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, age., s.411; İnan/Ertaş/Albaş, age., s.361; Serozan/Engin, age., s.170; Petek, agm., s.160.

TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHNİ

*Doç.Dr. Murat DOĞAN**

GİRİŞ

Rehin hakkı, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklıya rehin konusu mal veya hakkı paraya çevirterek elde edilen tutardan alacağını tahsil etme yetkisi veren bir ayni haktır¹. Medeni Kanun konusunu oluşturan şeylere göre rehni, taşınmaz rehni ve taşınır rehni olarak ikiye ayırmıştır. Taşınmaz rehni tapu kütüğüne tescil yoluyla kurulurken, taşınır rehni, kural olarak, rehin konusunu oluşturan eşyanın alacaklıya teslimi yoluyla tesis edilebilir.

Bununla birlikte, kanun koyucu, gerek Medeni Kanunda gerekse başka kanunlarda bazı taşınırlar bakımından taşınmaz rehnindekine benzer şekilde, teslim edilmeksizin, bir sicile tescil yoluyla rehin kurulabilmesine imkân tanımıştır. Daha önce ticari işletmeler, sivil hava araçları, gemiler ve hayvanlar için tanınmış olan bu imkân, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanununun 940. maddesinin 2. fıkrası ile bir sicile tescili zorunlu bütün taşınırlar için kabul edilerek kapsam genişletilmiştir. Bu düzenleme özellikle sayı itibarıyla büyük bir yekûn tutan ve trafik siciline tescil edilen motorlu taşıtların rehni açısından önem taşımaktadır. Bu çalışmada öncelikle taşınır rehni ve türleri hakkında kısa bilgi verilecek, ardından teslim bağı olmayan motorlu taşıt rehni üzerinde durulacaktır.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S., Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2006, s.691; Ayan, M., Eşya Hukuku, Üçüncü Cilt Sınırlı Ayni Haklar, Konya, 1994, 109; Gürsoy, K.T./Eren, F./Cansel, E., Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1984, 949; Ertaş, Ş., Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2006, 541; Köprülü, B./Kaneti, S., Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, İstanbul, 1982-1983, s.251; Davran, Bülent, Teslim Şartlı Menkul Rehni-Sicilli Menkul Rehni, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (27 Nisan-3 Mayıs 1959), Ankara, 1960, 162 (Menkul Rehni).

I. GENEL OLARAK TAŞINIR REHNİ

Taşınır rehni, alacaklıya, borcun ifa edilmemesi halinde rehni konusunu oluşturan bir taşınır eşya, hak veya alacağı paraya çevirterek alacağını elde etme imkânı veren bir rehin türüdür². Medeni Kanunun 939–972. maddeleri arasında düzenlenen taşınır rehni konusunu, adından anlaşılacağı üzere, esas olarak taşınır eşya oluşturur. Bununla birlikte, kanun koyucu, sadece taşınır eşyayı değil, hak ve alacaklar üzerinde kurulacak rehni de taşınır rehni kapsamında düzenlemiştir. Ancak, hak ve alacaklar üzerinde kurulan rehin, hak sahibine bir aynı hak sağlamayıp, rehin edilen alacak ile eş nite-likte bir hak kurmaktadır³.

Kanun koyucu, taşınır rehnini, alacağa bağlılık, kamuya açıklık, güvenin korunması, belirlilik, teminatın bölünmezliği ve öncelik ilkeleri doğrultusunda hükme bağlamıştır⁴.

Taşınır rehni, Medeni Kanun yanı sıra başka kanunlarda da düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlar arasında gemi rehnine yer veren Türk Ticaret Kanunu, ticari işletme rehnini düzenleyen Ticari İşletme Rehni Kanunu, maden cevheri üzerinde rehni hükme bağlayan Maden Kanunu sayılabilir.

Medeni Kanun, taşınır rehniinde teslim bağı rehin, hapis hakkı, teslim bağı olmayan rehin ve hak ve alacaklar üzerinde rehin gibi çeşitli rehin tiplerini düzenlemiştir. Ama düzenleme teslim bağı rehin esas alan bir tarzda yapılmıştır. Bu sebeple, teslim bağı rehne ilişkin kurallar diğer rehin türlerine de mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde uygulanır; bu hükümlerin de yeterli olmadığı durumlarda taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir⁵.

2 Bkz., Cansel, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, Cilt I Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara, 1967, 11; Davran, B., Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, 1972, s.78 (Rehin Hukuku); Gürsoy/Eren/Cansel, 1091; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2007, 334; Ergüne, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehni, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kuruluşu, İstanbul, 2002, 11.

3 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.780; Köprülü/Kaneti, 440–441; Ayan, 180.

4 Bu konuda bkz., Cansel, 19 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.783 vd.; Ayan, 183 vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, 1092 vd.; Köprülü/Kaneti, 454.

5 Köprülü/Kaneti, 453–454; Ayan, 181

II. TAŞINIR REHNİNİN TÜRLERİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, taşınır rehninde çeşitli rehin türleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunları rehlin konusunu oluşturan eşyanın rehin alana teslimi gerekip gerekmemesine göre, teslime bağlı rehin ve teslime bağlı olmayan rehin şeklinde iki grupta toplayabiliriz.

A) TESLİME BAĞLI REHİN

Teslime bağlı taşınır rehni, konusu olan taşınır eşyanın dolaysız zilyetliğinin alacaklıya veya güvenilir bir üçüncü kişiye sağlanması yoluyla kurulan taşınır rehndir⁶. Bu rehin türünün en önemli özelliği, rehin konusu eşyanın borçludan veya rehin veren üçüncü kişiden alınarak rehin alana veya güvenilir bir üçüncü kişiye zilyetliğinin devredilmesi, özellikle borçlunun elinde bırakılmaması, borçlunun münhasır fiili egemenliğinden çıkarılmasıdır⁷. Alacaklıya veya üçüncü kişiye zilyetlik sağlanarak rehin hakkının aleniyeti (açıklığı) temin edilmiş olmaktadır⁸.

Medeni Kanuna göre bir taşınır üzerinde rehin hakkı, kural olarak, teslime bağlı rehin şeklinde kurulabilir (m.939/I). Rehinli alacaklı veya güvenilir üçüncü kişi rehin konusunu elinde tutar ve borç ifa edilmezse paraya çevirterek alacağı tahsil eder. Borçlu yanı sıra bir üçüncü kişi de başkasının borcu için taşınır malını rehin verebilir⁹.

Motorlu taşıtların teslim şartıyla rehni de mümkündür. Bu durumda rehin sözleşmesinden sonra, rehlin konusunu oluşturan taşıtın rehin alana (alacak-

⁶ Bkz., Reisoğlu, Seza, *Menkul İpoteği “Teslimsiz Menkul Rehni”*, Ankara, 1965, 3 (Menkul İpoteği); Davran, *Menkul Rehni*, 162; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.785; Gürsoy/Eren/Cansel, 1091.

⁷ Kuntalp, Erden, Yargıtay’ın Nesnel Teminatla İlgili Olarak Taşınır Rehlinin Kuruluşuna ve Rehin Hakkı İle Alacak Arasındaki İlişkiye İlişkin İki Kararının Hukuki Değerlendirmesi, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, 4-5 Nisan 1997, 7; Davran, *Menkul Rehni*, 166. Teslime bağlı rehlin yarar ve mahzurları hakkında bkz., Reisoğlu, *Menkul İpoteği*, 3-4.

⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.785; Ertaş, 552-553; Davran, *Rehin Hukuku*, 79. Kanunda teslim ifadesi kullanılmışsa da bunun maddi teslimi değil, zilyetliğin devrini ifade ettiği, rehin verenin elinde bırakmamak yönünde, Kuntalp, 6. Benzer yönde, Davran, *Menkul Rehni*, 168.

⁹ Köprülü/Kaneti, 478; Ertaş, 551; Davran, *Rehin Hukuku*, 80; Gürsoy/Eren/Cansel, 1099.

lıya) teslimi gerekir. Yargıtay, alacaklının temsilcisine teslimi de yeterli bulmaktadır¹⁰.

B) TESLİME BAĞLI OLMAYAN REHİN

Medeni Kanunun taşınır rehni bakımından teslim şartı getirmesi, rehlin kurulabilmesi için taşınırın zilyetliğinin rehine alana devrini gerektirdiğinden, özellikle ekonomik değeri yüksek olan taşınırlarda elverişsiz bir durum meydana getirmiştir¹¹. Gerçekten, taşınır eşyanın rehine amacıyla devriyle, bir taraftan rehine verenin rehine konusu eşyadan yararlanma imkanı ortadan kalkmakta, diğer taraftan da rehine alan için kullanma ve yararlanma yetkisine sahip olmadığı rehine konusu eşyayı saklama ve koruma külfeti doğmaktadır. Rehine veren, taşınır eşyayı teslim ettiği için, onu işleterek borcunu ifa etmesini sağlayacak menfaatlerden de mahrum kalmaktadır¹².

Bu tür olumsuzlukları dikkate alan kanun koyucu, bazı taşınırların teslimi gerekmeksizin, kamuya açıklığı başka yollarla sağlayarak,

¹⁰ Y. HGK 13.11.1996 T., E. 1996/19-609, K. 1996/764, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Bu kararın eleştirisi için bkz., Öğüz, s.701 vd.

¹¹ Bu yönde, Reisoğlu, Menkul İpoteği, 4; Cansel, 90-91; Davran, Menkul Rehni, 176-177; Er, R., Bankalar Açısından Araç Rehni'nin Menkul Rehni İçindeki Hukuki Durumu, Yargıtay Dergisi, C.24, S.3, 1998, 290; Öğüz, T., Motorlu Araçların Rehinine İlişkin Uygulamanın Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000 (s.693-725), s.694; Barlas, N., Yeni Medeni Kanunun Aynı Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003 (569-588), 573. Reisoğlu ise, 4721 sayılı Medeni Kanundan önce, sadece teslim şartlı taşınır rehni geçerli olmasının, özellikle tüketici kredileri arasında önemli bir yer tutan taşıt kredilerinde; taşıtın rehine alınmasının önemli bir sorun yarattığını, bankaların verdikleri tüketici kredilerinin teminatını oluşturan taşıtları bir yediemine teslim etmekle birlikte, trafik siciline de tescil ettirdiklerini belirtmektedir. Bkz., Reisoğlu, S., Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/Seza.doc>, 9 (Bankalar); Reisoğlu, Menkul İpoteği, 22. Önceki Medeni Kanun zamanında sadece teslim bağı rehni kabul edilmesinin uygulamada sıkıntılara yol açtığı, muvazaalı ve kanuna karşı hile teşkil eden işlemlerin yapılmasına sebep olduğu yönünde, Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara, 2004, 367. Cansel, iktisaden rehine verilenin işletilip değerlendirilmesi mümkün ve zorunlu olan durumlar dışındaeşyanın alacaklıya teslimi suretiyle ona aynı bir hak sağlamanın rehine müessesesinin amacına daha uygun olduğunu savunmaktadır, Cansel, 91.

¹² Benzer yönde, Reisoğlu, Menkul İpoteği, 4; Barlas, 573; Köprülü/Kaneti, 446; Ozanoğlu, H. S., Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Taşıt Rehni) Üzerine, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt V, S.1-2, 24; Öğüz, s.694.

rehnedilebilmesini öngören düzenlemeler yapmıştır¹³. Taşınır rehninde kural teslim yoluyla rehin kurulması olduğundan, istisna teşkil eden teslime bağlı olmayan rehin kurulması ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde mümkün olabilir¹⁴. Nitekim Medeni Kanunda ve başka kanunlarda özel hükümlerle teslime bağlı olmayan rehine yer verilmiştir. Bunlardan bir kısmı bir sicile tescil yoluyla gerçekleşirken, diğer bir kısmı sicile tescili dahi gerekmezsiniz kanun gereği doğan rehin haklarıdır.

Sicile tescili ve rehin alana teslimi gerekmezsiniz kanun gereği doğan rehin haklarına teslimsiz ve sicilsiz taşınır rehni adı verilmektedir¹⁵. Bunlara örnek olarak, Ziraat Bankasının çiftçi malları üzerindeki rehin hakkı (TC Ziraat Bankası Kanunu m.48), Türkiye Ziraat Kurumunun sattığı mallar karşılığı taksit alacakları için bu mallar üzerindeki rehin hakkı (4604 sayılı Kanun m.11), Tarım Kredi Kooperatiflerinin kredi alacakları için doğan rehin hakkı (1581 sayılı Kanun m.13) ve umuma açık yerlerin işletilmesinden doğan amme alacakları için bu işletmelerde bulunan eşya üzerinde hazine lehine doğan rehin hakkı (6183 sayılı Kanun m.12) gösterilebilir. Bu rehin türünde kamuya açıklık (alenyet) bulunmamaktadır¹⁶.

Sicile tescil yoluyla kurulan ve teslime bağlı olmayan rehine sicilli taşınır rehni adı verilmektedir¹⁷. Medeni Kanuna göre hayvanların rehni, icra

13 MK m.940/2'deki düzenlemenin, kredi kullanarak motorlu taşıt alınan durumlarda, kredi verenin alacağını alınan motorlu taşıtla teminat altına almasındaki menfaat ile kredi alanın taşıtın dolaysız zilyetliğini elinde tutarak taşıtı çalıştırıp yararlanma menfaatinin dengelenmesi amacı güttüğü yönünde, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.805. Önceki Medeni Kanun zamanında, alenyetin başka yöntemlerle sağlanması ihtiyacı bulunduğu, motorlu araçların rehninde yaşanan sorunların çözümünde en uygun yöntemin motorlu araçlar için teslim zorunluluğu bulunmayan sicilli taşınır rehni kurulmasına imkan sağlayacak bir kanuni düzenlemenin yapılması gerektiği yönünde, Ögüz, s.695, 723; Davran, Menkul Rehni, 178-179; Kuntalp, 27. Sadece motorlu taşıtlar değil, belli taşınır bakımından, sınırlı da olsa, bir sicilli taşınır (menkul) ipoteğinin mümkün ve gerekli olduğu yönünde, Reisoğlu, Menkul İpoteği, 5, 74..

14 Ertaş, 546.

15 Köprülü/Kaneti, 444; Gürsoy/Eren/Cansel, 1090. Tescilsiz menkul ipotekleri adlandırması için bkz., Reisoğlu, Menkul İpoteği, 17.

16 Köprülü/Kaneti, 444.

17 Bu adlandırma için bkz., Cansel, 5, 13; Köprülü/Kaneti, 444, 446; Reisoğlu, Menkul İpoteği, 11; Davran, Rehin Hukuku, 87; Davran, Menkul Rehni, 162; Gürsoy/Eren/Cansel, 1088; Ozağnoğlu, 23-24; Ergüne, 59. Bu rehin türüne "taşınır ipoteği" adı da verilmektedir, bkz., Köprülü/Kaneti, 502; Davran, Rehin Hukuku, 87. Reisoğlu ise, teslime bağlı olmayan bütün taşınır rehni türlerini "menkul ipoteği" olarak ad-

daireleri nezdinde tutulan bir sicile kayıt suretiyle gerçekleşir. 1971 tarihli 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu da ticari işletmeye dahil olan taşınır malların ticaret veya esnaf sanat siciline tesciliyle rehnine imkan sağlamıştır. 1985 tarihli 3215 sayılı Maden Kanununun 39. maddesine göre çıkarılmış maden cevheri maden siciline tescille rehnedilebilir. Ticaret Kanununun 885-887 ve 893. maddelerine göre gemiler de gemi siciline tescille rehnedilebilmektedir. Benzer bir düzenleme hava araçları bakımından 1983 tarihli 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunuyla getirilmiştir. Bu Kanuna göre, hava araçları üzerinde kural olarak uçak siciline tescille rehin kurulabilir (m.70 vd.).

Bu özel düzenlemelerin yanı sıra 4721 sayılı Medeni Kanunun 940. maddesinin 2. fıkrasındaki hükümlerle, bir sicile kaydedilen taşınırlar bakımından teslimine bağlı olmayan rehin mümkün kılınmıştır. Bu hüküm belirli taşınır eşyalar bakımından değil, sicile kaydı gereken tüm taşınırlar açısından bu imkân getirdiği için, bu anlamda genel hüküm niteliği taşıdığı söylenebilir. Bu hükme göre, “Gerçek veya tüzel kişilerin lehine, alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devir edilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir”.

Türk Hukukunda bir sicile tescili zorunlu olan taşınırlar arasında on sekiz gros tonilatoda ve daha büyük ticaret gemileri (TTK m.844), Türk sivil hava araçları (Türk Sivil Havacılık Kanunu m.49-50), motorlu taşıtlar ve iş makineleri yer almaktadır. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere, gemilerin ve hava araçlarının sicile tescil yoluyla rehni zaten özel hükümlerle düzenlenmiştir. Bu sebeple, Medeni Kanunun 940. maddesinin 2. fıkrasındaki hüküm daha ziyade motorlu taşıtlar ve iş makineleri bakımından önem arz etmektedir¹⁸.

landırmaktadır, Reisoğlu, Menkul İpoteği, 11. Benzer yönde, Davran, Menkul Rehni, 162.

¹⁸ Benzer yönde, Kılıçoğlu, 368. Barlas, Türk Hukukunda taşınır mallar içinde sadece motorlu taşıma araçlarının bir sicile tescilinin zorunlu olduğunu, dolayısıyla Medeni Kanunun 940. maddesinin 2. fıkrası kapsamına sadece motorlu nakil araçlarını gireceğini belirtmektedir (Barlas, 576). Benzer yönde, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.806; Ozanoğlu, s.25; Ergüne, 169. Oysa, on sekiz gros tonilatoda ve daha büyük ticaret gemileri (TTK m.844), ve Türk sivil hava araçları da (Türk Sivil Havacılık Kanunu m.49 vd.) sicile tescili zorunlu olan taşınırlardandır. Ama bunlar özel kanunlarla düzenlendiği için MK m.940/II kapsamına girmez. Bu düzenlemeden önce uygulamada motorlu taşıtların rehni halinde trafik siciline rehinin tescili yoluna gidilmekteydi. Bu konuda bkz., Er,

Motorlu taşıtlar 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu gereği trafik siciline kaydı gereken taşınır mallardandır (m.19). Aynı Kanunun 22. maddesine göre de iş makinelerinin tescili iş makinesinin türüne ve sahibine göre ilgili kuruluşça yapılmalıdır. Biz çalışmamızda motorlu taşıtların rehnini inceleyeceğiz. Ancak, anlatılanlar mahiyetine uygun düştüğü ölçüde iş makinelerinin rehni de geçerlidir.

Teslime bağlı olmayan sicilli motorlu taşıt rehnine geçmeden önce, bir hususa daha dikkat çekmekte fayda görmekteyiz. Medeni Kanunun 940. maddesinin 2. fıkrası ile getirilen düzenleme, bir sicile tescili zorunlu taşınır- lar, özellikle de motorlu taşıtlar bakımından hem teslim yoluyla hem de teslimsiz sicile tescille rehni öngörmüş bulunmaktadır¹⁹. Bu düzenlemeye göre, motorlu taşıtlar üzerinde rehin, teslim yoluyla kurulabileceği gibi, “zilyetlik devredilmeden de” sicile tescille kurulabilecektir. Kanun koyucunun niçin böyle iki tür rehni de öngördüğü gerekçeden anlaşılmamaktadır. Bunun yerine sadece sicile tescille rehin kurulabilmesinin öngörülmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz²⁰. Motorlu taşıtların teslime bağlı rehni eskiden beri mevcut olduğundan, aşağıda sadece yeni getirilmiş bulunan teslime bağlı olmayan sicilli motorlu taşıt rehni üzerinde durulacaktır.

s.289. Bu tescille sonradan hak kazanacak kişilerin iyiniyetinin bertaraf edilmesi amaçlanmaktaydı. Ancak, o dönemde kanun gereği ancak teslim şartlı rehin mümkün olabilirdiğinden, tescile rağmen taşıt teslim edilmemişse, rehni kurulması ve iyiniyetin bertaraf edilmesi mümkün olamamaktaydı. Bu yönde bkz., Ögüz, 719; Y. 13. HD 01.03.1988 T., E.971, K.1151, YKD, C. , S.4, 1989, s.535). Trafik sicilinin tutulmasının kamu düzenine ilişkin sayılıp, rehni şerhinin, aracın teslim edilip edilmediğinden bağımsız olarak geçerli sayılması gerektiği yönünde, Er, 292.

¹⁹ Ozanoğlu, 22; Barlas, 577; Ergüne, 171.

²⁰ Aynı yönde, Ozanoğlu, 27. Ozanoğlu, haklı olarak, bu ikili sistemin, bir taraftan motorlu taşıtlar bakımından teslime bağlı rehni sisteminin sakınca ve güçlüklerini bu döneme taşıyacağını, diğer taraftan da mevcut sistemin alt yapısının oluşturulmamasından kaynaklanabilecek sorunların ortaya çıkmasına sebep olabileceğini, söz konusu düzenlemeyle bir motorlu taşıt üzerinde aynı anda iki farklı şekilde rehni kurulmasına engel teşkil edecek bir kural öngörülmediğinden, bir motorlu taşıt üzerinde aynı gün hem teslime bağlı hem de teslimsiz rehni kurulduğunda rehni hakkının sırasının belirlenmesinin sorun oluşturacağını belirtmekte ve bu sakıncaların ortadan kaldırılabilmesi için madde metninde yer alan “zilyetlik devredilmeden de” ifadesindeki “de”nin metinden çıkarılmasını teklif etmektedir. Bkz., Ozanoğlu, 27.

III. TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHNİNİN KONUSU

Motorlu taşıt rehninin konusunu motorlu taşıtlar oluşturmaktadır. Karayolları Trafik Kanununun 3. maddesine göre taşıt, “Karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere motorlu taşıt, insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere motorsuz taşıt denir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu hükümden hareketle, motorlu taşıtı, karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan ve makine gücüyle yürütülen araçlardır, şeklinde tanımlayabiliriz. Otomobil, otobüs, minibüs, kamyon, kamyonet ve trolleybüs motorlu taşıtlardandır. Buna karşılık, makine gücüyle çalışmayan at arabası, fayton, kağrı, el arabası, bisiklet ise motorlu taşıt kavramına dâhil değildir. Paletli veya madeni tekerlekli traktör, biçerdöver ve yol inşa makineleri ile benzeri tarım, sanayi, bayındırlık, milli savunma ile çeşitli kuruluşların iş ve hizmetinde kullanılan ve karayolunda insan, hayvan ve yük taşımada kullanılmayan araçlar iş makinesi niteliği taşıyıp, motorlu taşıt sayılmazlar (KTK m.3, 22).

IV. TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHNİNİN TARAFLARI

Motorlu taşıt rehini, isimsiz bir sözleşme olan rehin sözleşmesiyle kurulur²¹. Bu sözleşmede rehin veren ve rehin alan olmak üzere iki taraf bulunur. Rehin veren, kendisinin veya bir başkasının borcu için motorlu taşıtı üzerinde rehin kurulmasını kabul eden gerçek veya tüzel kişidir. Rehin verenin mutlaka borçlu olması gerekmeyip, bir üçüncü kişi de başkasının borcu için rehin verebilir.

Rehin alan ise, alacağı güvence altına alınmak üzere lehine rehin hakkı kurulan gerçek veya tüzel kişidir.

Motorlu taşıt rehninde, diğer bazı rehin türlerinde olduğunun aksine, rehin alan veya veren bakımından bir sınırlama getirilmemiş, sadece belirli şartları taşıyanlara değil, herkese bu imkân tanınmıştır.

Rehin verenin kural olarak taşıtın maliki olması gerekir. Taşıtı üzerinde tasarruf yetkisi olmayan bir kimseden rehin hakkı kazanılamaz. Trafik sicili-

²¹ Taşınır rehnine ilişkin sözleşmenin kanun tarafından düzenlenmediği için isimsiz sözleşme olduğu yönünde, Köprülü/Kaneti, 478.

nin iyiniyetle hak kazanımını mümkün kılan müspet fonksiyonu olmadığı için, taşıtın sahibi olmadığı halde sicilde kayıtlı görünen kişiden rehin hakkı kazanımı korunmaz.

Rehin verenin temsil yoluyla rehin hakkı kurması da mümkündür. Özel yetki verilmesini gerektiren haller arasında olmadığından, genel vekâletnameyle rehin hakkı kurulabilir. Özel vekâleti gerektiren halleri sıralayan Borçlar Kanununun 388. maddesinde taşınırın ve özellikle de motorlu taşıtların rehni sayılmamıştır. Bu hükümdeki saymanın sınırlı olduğu düşünülürse, özel vekâlet aranmayacağı sonucuna varmak gerekir.

Kural olarak, motorlu taşıtın maliki veya yetkili temsilcisi dışındaki bir kişinin rehin kurması mümkün değildir. Bununla birlikte, lehine rehin hakkı kurulan alacaklının, başkası lehine rehin hakkı kurup kuramayacağı üzerinde durmak gerekir. Çünkü kanun koyucu teslime bağlı taşıtır rehinde bazı şartlar altında buna imkân tanımıştır. Gerçekten, Medeni Kanununun 942. maddesine göre, “Alacaklı, rehlinli taşıtırı ancak rehnedenin rızasıyla bir başkasına rehnedebilir”. Alt rehin olarak adlandırılan bu halde, rehin konusu mal üzerinde esasen tasarruf yetkisi olmayan rehin hakkı sahibine, taşıtır malın malikinin rızasıyla malı kendi adına rehnedebilme yolu açılmıştır. Ancak, bu durumda lehine alt rehin kurulan üçüncü kişinin hakkı öncelik kazanacaktır. Sicile tescille rehnedilebilen motorlu taşıtlar bakımından özel bir düzenleme olmamakla beraber, Medeni Kanununun 942. maddesi kıyasen uygulanabilir. Böylece, rehin hakkı sahibi motorlu taşıtır üzerinde malikin izniyle alt rehin kurabilir. Sicile tescil açısından bu iznin yazılı olarak verilmesi aranmalıdır.

V. TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHNİNİN KAPSAMI

Motorlu taşıtır rehni kapsamına motorlu taşıtırın kendisi, bütünleyici parçaları ve hariç tutulmayan eklentileri dâhildir (MK m.947, 686/I). Medeni Kanununun 686. maddesine göre, bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe, onun eklentisini de kapsar. Dolayısıyla bir tasarruf işlemi teşkil eden rehin hakkı tesisinde, motorlu taşıtırın hariç tutulmayan eklentileri de rehin hakkı kapsamına dâhil olur. Bu anlamda, motorlu taşıtırın koltuk kılıfları, brandası, çadırı, yedek lastiği, krikosu, levyesi vb. eklentileri rehin kapsamına girer. Ancak, rehin sözleşmesinde bunun aksi kararlaştırılabilir. İleride çıkabilecek

anlaşmazlıkların önüne geçebilmek için, daha baştan nelerin kapsama dâhil olduğunun rehin sözleşmesinde belirtilmesi yararlı olacaktır.

IV. TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHNİNİN KURULMASI

A) ŞEKLE İLİŞKİN ŞARTLAR

1- Genel Olarak

Medeni Kanununun 940. maddesinin 2. fıkrası bir sicile kaydı zorunlu olan taşınırın üzerinde, zilyetlikleri devir edilmeden de taşınır malın bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabileceğini öngörmüş, “Rehin kurulmasına ilişkin diğer hususlar tüzükle belirlenir” diyerek, ayrıntıları çıkarılacak tüzüğe bırakmıştır²². Bununla birlikte, bugüne kadar bu tüzük çıkarılmamıştır. Bu durum karşısında, rehin kurulması konusunda özellikle rehin sözleşmesinin şekli, trafik siciline tescil, trafik belgesine şerh vb. konularda bir boşluk bulunmaktadır²³. Bu boşlukların, bir taşınır rehni olması sebebiyle, Türk Medeni Kanununun taşınır rehinine ilişkin hükümlerinin uygulanmasıyla doldurulması gerekmektedir. Aşağıda, tüzük çıkarılana kadar, mevcut düzenlemeler çerçevesinde bu hususlar da nasıl bir uygulama yapılması gerektiğini belirlemeye çalışacağız.

2- Rehin Sözleşmesinin Şekli

Karayolları Trafik Kanununun 20/d maddesinde tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirlerinin noterlerce yapılacağı öngörülmüştür²⁴. Bu hü-

²² Ozanoğlu, haklı olarak, çıkarılacak tüzüğün ihtiyaçları karşılamaktan uzak olacağını, zira, gerek MK'nın 940/II düzenlemesinde, gerekse trafik sicilinin düzenlendiği 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda önemli değişikliklerin yapılması gerektiğini belirtmektedir, bkz., Ozanoğlu, 22.

²³ Aynı yönde, Ertaş, 547.

²⁴ Karayolları Trafik Kanununun 20/d ve e bentleri 4/6/2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle değiştirilmiş ve “Araçların tescil işlemleri ile yetki ve sorumluluk” başlığı altında devir işlemlerini yapma yetkisi trafik tescil şube veya bürolarına verilmiştir. Ancak, 30/7/2008 tarihli ve 5795 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle bu Kanunda yapılan değişikliklerin 1/1/2009 tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış, daha sonra 31/12/2008 tarihli ve 27097 Mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun 29 uncu maddesiyle de bu tarihin “31/12/2009” olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

kümden motorlu taşıtların satış ve devrine ilişkin işlemlerin geçerliliğinin noterler tarafından gerçekleştirilecek resmi şekle tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Ancak, hükümde sadece satış ve devirden söz edilmiş, rehin ve diğer işlemler bu kapsama dâhil edilmemiştir. Motorlu taşıtlar bakımından rehin sözleşmesinin şekline ilişkin başka bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır.

Doktrinde, Kanunda sadece satış ve devir işlemlerinin noterde resmi senetle yapılması öngörüldüğünden, rehnedilmesinin şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir²⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da "...2918 sayılı Yasanın değişik 20. maddesinde araç rehni ile ilgili bir düzenleme yer almamıştır. Anılan maddenin yorum yolu ile genişletilerek araç rehnini de düzenlediği sonucuna varılması yasal olarak mümkün olmadığına göre..." diyerek bu motorlu taşıt rehnine ilişkin işlemlerin Karayolları Trafik Kanununun 20. maddesi kapsamına girmediği görüşünü benimsemiştir²⁶. Bunun en önemli sonucu motorlu taşıta ilişkin rehin sözleşmesinin noterde yapılmasının zorunlu olmamasıdır²⁷.

Bu durum karşısında, motorlu taşıt rehni sözleşmesinin geçerliliğinin herhangi bir şekle tabi olmadığını söyleyebiliriz. Taraflar, adi yazılı şekilde veya noterde resmi şekilde yapabilirler. Uygulamada bankalar verdikleri taşıt kredisinin teminatı olarak taşıt üzerine rehin tesis edeceklerinde adi yazılı şekilde yapılmış "Taşıt Kredisi ve Rehin Sözleşmesi" adını taşıyan bir sözleşme akdetmektedirler. Noterde yapılacak sözleşmenin onaylama şeklinde mi, yoksa düzenleme şeklinde mi olacağına da taraflar karar verecektir. Noterde yapılacak sözleşmenin motorlu taşıtın trafik kaydının bulunduğu yer noterinde yapılması da gerekmeyip, herhangi bir yer noterinde yapılması mümkündür.

²⁵ Bu görüş için bkz., Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2005, s.118 dn.346a, 639 dn.218b; Ögüz, s.700; Ozanoğlu, 32; Er, 288; Barlas, 577 dn.20.

²⁶ Bkz., Y. HGK 10.2.1999 T., E. 1999/11-43, K. 1999/67, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde, Y. HGK 13.11.1996 T., E. 1996/19-609, K. 1996/764, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.

²⁷ Ergüne, haklı olarak, tüzükle getirilecek bir şekil zorunluluğunun kanunla düzenlenmediği için maddi hukuka etkisinin olmayacağını, ancak sicil memuruna hitap eden bir düzen hükümü niteliği taşıyacağını belirtmektedir, Ergüne, 170 dn. 233.

Bununla beraber, olması gereken hukuk bakımından, motorlu taşıtların satış ve devrinde olduğu gibi, rehin sözleşmelerinin de noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılacak bir işlemle gerçekleştirilmesinin geçerlilik şartı olarak kabulü yerinde olacaktır.

3- Trafik Siciline Tescil

Medeni Kanununun 940. maddesinin 2. fıkrasında rehlin “taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle” kurulabileceği öngörülmüştür²⁸. Bu hükmünden trafik sicilinde rehin için yapılacak tescilin kurucu nitelikte olduğu anlaşılmaktadır²⁹. Bir başka deyişle, trafik siciline yapılacak tescile kurucu etki tanınmış, tescil edilmedikçe motorlu taşıt üzerinde rehlin kurulmuş olmayacağı kabul edilmiştir.

Oysa motorlu taşıtların satış ve devrinde sicilin mülkiyetin geçişi bakımından kurucu işlevi bulunmamaktadır³⁰. Taşıt noterde düzenlenen senetten sonra zilyetlik devredilince mülkiyet de alıcıya geçmiş olmaktadır³¹. Sicile yapılacak tescil ise açıklayıcı etkiye sahiptir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu, mülkiyetin satış ve devir yoluyla geçişinde sicile tescile açıklayıcı etki tanırken, rehin hakkında kurucu etki sağlamıştır³². Bu düzenleme tarzı isabetli olmamıştır. Satış ve devirlerde öngörülmeyen etkinin, rehinde öngörülmesi-

28 Madde metninde yer alan “yazılmak” tabiri yerine sicildeki işlemin kurucu niteliğini daha iyi ifade edecek tescil tabirinin kullanılmasının daha isabetli olacağı yönünde, Ozanoğlu, 27 dn. 17.

29 Tescilin kurucu nitelikte olduğu yönünde, Reisoğlu, Bankalar, 9, 10; Barlas, 575, 577; Ozanoğlu, 27 dn.17; Ergüne, 170. Önceki Medeni Kanun zamanında taşınır rehni için kurulacak sicile tescilin kurucu nitelikte olması gerektiği yönünde, Davran, Menkul Rehni, 180.

30 Ozanoğlu, 29; Barlas, 577 dn.21; Ergüne, 169 dn.231. Trafik siciline ilişkin Karayolları Trafik Kanunundaki düzenlemenin amacının, mülkiyet hakkının kazanılması veya kaybına yönelik olmadığı, belirli bir ekonomik değer oluşturan motorlu kara taşıtları ile ilgili işlemlerin takibine imkân vermek, araç devirlerinde yaşanan birtakım mağduriyetleri önleme ve özellikle vergilendirmede yaşanan aksaklıkları gidermek olduğu yönünde, Ozanoğlu, 29.

31 Ozanoğlu, 30.

32 Sicilli taşınır rehni sisteminde sicile tescilin kurucu bir anlam taşımasının esas olduğu, tescilin teslimine bağlı rehinde zilyetliğin sağladığı aleniyeti sağlayacağı yönünde, Ozanoğlu, 30 dn. 25. Önceki Medeni Kanun zamanında trafik siciline aleniyet işlevi yüklenmediği sürece rehlin klasik bir biçimde kurulması gerektiği yönünde, Kuntalp, 27.

nin uygulamada karışıklıklara yol açacağı ortadadır³³. Örneğin, rehin sözleşmesi yapılmasına rağmen henüz sicile kaydedilmemişken, taşıt maliki noterde başkasına aracı satıp devrederse, yeni malik tescil edilmediği için kurulmamış olan rehinden arınmış olarak aracın mülkiyetini kazanmış olacaktır³⁴.

Bu sakıncaları giderebilmek için, Karayolları Trafik Kanununu 20/d maddesinde kanunda değişiklik yapılmış ve motorlu taşıtların satış ve devir işlemlerinin trafik tescil şube veya büroları tarafından sicil memurunun katılımıyla gerçekleştirileceği öngörülmüştür³⁵. Noter harçları sebebiyle masraflı olan araç devirlerinden kaçınıldığı düşünülerek, bunu kolaylaştırmak ve daha az masraf yapılarak taşıt devirlerinin yapılmasını sağlamak amacı güttüğü anlaşılan bu düzenleme, devir ve tescilin tek elden yürütülmesi bakımından olumlu olarak nitelenebilir³⁶. Bununla birlikte, bu devir ve tescil yetkisinin, devir işlemleri konusunda daha tecrübeli olan ve Türk Hukukunda resmi senetleri düzenleme açısından genel yetkili noterler elinde toplanması, noterlere bir de sicil tutma görevinin verilmesi, iş yükü zaten fazla olan emniyet görevlilerine daha fazla yük getirmemesi itibarıyla de düşünülebilirdi. Böyle bir düzenleme yapılacak olursa, rehin hakkının kuruluşu bakımından da sözleşmeyi noterlerin düzenleyeceği öngörülmeli, bu sözleş-

33 Aynı yönde, Ozanoğlu, 30.

34 Benzer sakıncalar mülkiyetin devri bakımından da söz konusudur. Şöyle ki, noterde devir işlemi yapıldıktan sonra aracın yeni malikinin bir ay içinde tescil belgesinin alınması gerekmektedir (KTK m.20/e). Bu bir aylık süre içinde trafik sicilindeki malik ile gerçek malik birbirinden farklı olduğundan, trafik sicilinde malik görünen ikinci bir satış işlemi yapılabilir.

35 Karayolları Trafik Kanununun 20/d ve e bentleri 4/6/2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle değiştirilmiş ve "Araçların tescil işlemleri ile yetki ve sorumluluk" başlığı altında devir işlemlerini yapma yetkisi trafik tescil şube veya bürolarına verilmiştir. "d) Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi borcu bulunmadığının tespit edilmesi halinde araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi esas alınarak trafik tescil şube veya bürolarındaki ilgili memurlar tarafından siciline işlenmek suretiyle yapılır. Trafik tescil şube veya büroları tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir" hükmüne yer verilmiştir. Ancak, 30/7/2008 tarihli ve 5795 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle bu Kanunda yapılan değişikliklerin 1/1/2009 tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış, daha sonra 31/12/2008 tarihli ve 27097 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun 29 uncu maddesiyle de bu tarihin "31/12/2009" olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

36 Bu düzenlemeden önce olması gereken hukuk bakımından bu yönde Karayolları Trafik Kanununda değişiklik yapılması gerektiği yönünde, Ozanoğlu, 30.

menin yapılmasıyla rehnin kurulacağı, ancak noterlerin trafik tescil belgesine rehin kaydı düşmek ve trafik siciline de durumu bildirmek yükümlülüğü altında oldukları hükme bağlanmalıdır.

Bu düzenleme de iki eksiklik olduğu kanaatindeyiz. Birincisi, rehinle ilgili hususlara yer verilmemiş olmasıdır. Ancak bütün işlemler trafik tescil şube ve bürolarında yürütüleceği için bunun önemli bir eksiklik olmadığı söylenebilir. İkinci eksiklik ise, devir ve rehin işlemlerinin tescille hüküm ve sonuç doğuracağına ve tescilin aleni olduğuna yer verilmemiş olmasıdır.

Mevcut düzenleme karşısında trafik siciline tescili kimin talep edeceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Özel bir düzenleme olmadığına göre tasarruf işlemi niteliğindeki rehnin tescili talebini ancak motorlu taşıt maliki veya yetkili temsilcisi yapabilir³⁷. Rehin alan, yetki verilmedikçe rehnin tescilini isteyemez. Rehin veren tescil talebinden kaçınırsa rehin alanın tescille zorlama davası açması gerekir³⁸. Böyle bir davada verilecek hüküm tescilden önce rehnin kurulmasını sağlar³⁹, ama rehin alanın hak kaybına uğramaması bakımından vakit geçirmeksizin mahkeme kararını ibraz ederek açıklayıcı tescili de yaptırması gerekir.

Uygulamada, özellikle bankalar yaptıkları rehin sözleşmelerini de ekleyerek veya bazen bunu dahi eklemeden yazdıkları bir yazı ile rehin alan sıfatıyla rehnin tescilini talep etmekte ve bu talepler emniyet müdürlükleri tarafından yerine getirilmektedir. Emniyet Genel Müdürlüğü de bu konudaki uygulamasını "...bankalar ve kooperatiflerin gönderdikleri yazılara ve noter-

37 Temsil yetkisinin noterden verilen vekâletnameye dayanmasını zorunlu kılan bir düzenleme olmamakla beraber, çıkarılacak tüzükte böyle bir hükme yer verilmesi, işlem güvenliği açısından uygun olacaktır. Hayvan rehni bakımından bu yöne bir düzenleme Hayvan Rehni Tüzüğü'nün 12. maddesinde yer almaktadır.

38 Bkz., Köprülü/Kaneti, 479.

39 Teslim şartlı taşınır rehninde, rehin verenin rehin kurma borcunu ifadan kaçınması üzerine açılacak davada verilecek kararın rehnin kurulmasını sağlamayacağı, rehnin malikin hükme uyarak taşınır teslim etmesi veya yine teslimden kaçınırsa icra organları vasıtasıyla taşınırın elinden alınarak rehin alana verilmesiyle (İİK m.24) kurulmuş olacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.795; Köprülü/Kaneti, 479. Bu rehin türünün taşınırın teslimini zorunlu kılması, taşınır teslim edilmedikçe mahkeme kararıyla da olsa rehnin kurulmasını sağlayamamaktadır. Sicilli taşınır rehninde ise sicile tescil yeterli olup, taşınırın teslimi gerekmediğinden, mahkeme kararı doğrudan rehnin kurulmasını sağlayan bir etki doğurabilmektedir.

lerce düzenlenen rehin senetlerine istinaden araçların kayıtlarına rehin şerhi işlenmektedir” şeklinde açıklamaktadır.

Bu uygulamanın bir tasarruf işlemi olan rehlin tescili talebinin⁴⁰ mahiyetiyle bağdaşmadığını, tasarruf yetkisi olmayan kişilerin, malik veya kanun tarafından yetkili kılınmadıkça bu tür taleplerde bulunamayacağını belirtmeliyiz. Söz konusu uygulamanın Karayolları Trafik Kanununun satış ve devirler bakımından getirdiği düzenlemenin, Medeni Kanunun rehin bakımından getirdiği düzenlemeyle uyuşmamasından kaynaklandığı kanaatindeyiz. Ancak, bu uyuşmazlığın çözümü uygulayıcıya değil, kanun koyucuya düşmektedir.

4- Tescilin Hükmü ve Sicilin Aleniyeti

Rehin bakımından trafik siciline tescil sadece olumsuz etkiye sahiptir⁴¹. Medeni Kanunun 940. maddesinin 2. fıkrasında “...taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir” dendiğinden, tescil yapılmadıkça rehin kurulmuş olmayacaktır. Bu tescilin olumsuz etkiye sahip olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, sicildeki yolsuz kayda güvenilerek hak kazanılmasını öngören özel bir düzenleme olmadığından, sicilin olumlu etkisi bulunmamaktadır⁴². Sicilde malik görünmesine rağmen gerçekte mülkiyet hakkına sahip olmayan birinden iyiniyetle rehin hakkı kazanılamaz⁴³.

40 Tescil talebinin sicil memurunu harekete geçirerek sözleşmeye uygun bir tescilin yapılmasını sağlayan usuli bir işlem olduğu yönünde, Ergüne, 170. Yazar, rehlin hakkının kurulmasına yönelik olarak yapılan rehin sözleşmesinin hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi bünyesinde barındırdığını kabul ettiğinden, tescil talebini usuli bir işlem olarak kabul etmesi tutarlıdır. Kanaatimizce, rehin sözleşmesi sadece borçlandırıcı işlemdir. Nasıl ki, mülkiyetin devrinde noterde yapılan devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem olup, mülkiyetin geçirilebilmesi için zilyetliğin devri gerekiyorsa, rehin hakkının tescille kurulabilmesi için de tescil talebi ve tescilin yapılması gerekmektedir.

41 Hayvan rehni sicili bakımından aynı yönde, Köprülü/Kaneti, 505; Gürsoy/Eren/Cansel, 1115; Reisoğlu, Menkul İpoteği, 13–14.

42 Bu yönde, Ögüz, s.719 dn.83. Hayvan Rehni Tüzüğü'nün 9. maddesinin 5. fıkrasında “Bu sicillerden birine kayıt, rehin hakkının doğması için kafidir” denilerek sicile kaydın kurucu nitelikte olduğu ve olumsuz etkiye sahip bulunduğu ifade edilmiştir. Bu konuda bkz., Ertaş, 546; Reisoğlu, Menkul İpoteği, 13.

43 Önceki Medeni kanun zamanında taşınır rehni için kurulacak sicil iyiniyetle rehin hakkı kazandırma işlevinin olamayacağı, rehin verenin tasarruf yetkisi yoksa rehin alanın iyiniyetinin rehin hakkını kazanmasına yetmeyeceği görüşü için bkz., Davran, Menkul

Esasen taşınır üzerinde rehnin, aleniyeti sağlayacak bir yolla kurulması gerekir. Teslim şartlı rehinde bu aleniyet teslim alanın zilyet kılınmasıyla sağlanmış olmaktadır⁴⁴. Bu durumda, teslim bağli olmayan ve sicile kayıtlı gerçekleşen rehinde aleniyetin sicilin açık olmasıyla sağlanması gerekmektedir⁴⁵. Oysa trafik sicili kamuya açık (aleni) bir sicil değildir⁴⁶. Herkesin bu sicilde kayıtlı hususları bildiği karinesi trafik sicili için öngörülmemiştir. Bu sebeple, taşıt üzerinde hak kazanacakların bu sicili inceleme zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁷. Böyle olunca, daha önce lehine rehin hakkı kurulmuş olan kişi, sonradan hak kazananlara karşı bir üstünlüğe veya önceliğe sahip olamayacaktır. Bu durum teslim bağli olmayan sicilli motorlu taşıt rehni aksayan yönünü oluşturmaktadır⁴⁸. Kanun koyucu, tescille rehin kurulması imkânı tanımakla beraber, aleniyeti sağlamak üzere trafik sicilini aleni hale getirmediğinden rehin hakkının üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi gerekliliği yerine getirilememektedir⁴⁹. Bu sorunun çözümü rehni kaydedildiği

Rehni, 180. Bununla birlikte yazar, sicilli taşınır rehni üçüncü kişilerin sicili incelemekle yükümlü tutularak takviyesi gerektiği, bunun Medeni Kanunun iyiniyetle kazanma sistemini ihlal edeceği, ancak iktisadi hayatın icapları karşısında alışılmış düşünme kalıplarından fedakarlık etmek gerektiği kanaatindedir, Davran, Menkul Rehni, 181. Kayıt gerçeği göstermiyorsa, tescilin kurucu nitelikte olması gerektiği yönünde, Davran, Menkul Rehni, 180.

44 Köprülü/Kaneti, 466; Davran, Rehin Hukuku, 79; Davran, Menkul Rehni, 165.

45 Bu yönde, Serozan, 341; Köprülü/Kaneti, 466; Kuntalp, 27. Nitekim hayvan rehni sicilinin, gemi sicilinin ve uçak sicilinin aleni olduğu ilgili kanunlarda açıkça ifade edilmiştir. Bkz., Hayvan Rehni Tüzüğü m.8, TTK m.842, Türk Sivil Havacılık Kanunu m.51).

46 Bu yönde bkz., Ögüz, 720. Ozanoğlu, 31; Serozan, 341; Kuntalp, 27.

47 Ögüz, 720-721; Ozanoğlu, 31. Aksi yönde, Y, 15. HD 16.11.1993 T., E.3253, K.4602, "Aracın önceki kayıtlarını incelemeyen satın alanlar, kendilerinden beklenen ihtimamı göstermedikleri için MK'nın 2. maddesi gereğince iyiniyet iddiasında bulunamazlar", Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.

48 Trafik sicili aleni olmadığı haldede sicile tescille rehin kurulabilmesinin kredi yaşamını altüst edebilecek sakıncalı ve sisteme aykırı bir yol olduğu yönündeki haklı eleştiri için bkz., Serozan, 341.

49 Reisoğlu, yeni düzenlemenin trafik siciline tescili ile geçerlilik kazandırdığını, bu şekilde yeterli aleniyet sağlandığından üçüncü kişilerin bu yüzden zarar uğradıklarının ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir (Reisoğlu, Bankalar, 9). Oysa düzenleme sadece sicile tescille rehni kurulabileceğinden bahsetmekte, sicilin aleni olduğunu öngörmemektedir. Belki, bu düzenlemenin gereği olarak sicilin aleni hale getirildiği söylenebilir. Ancak, bu düzenleme sadece motorlu taşıtlar ve trafik sicili bakımından yapılmadığı gibi, madde metninde tutulan sicillerin aleni olacağına dair bir ifade de bulunmamaktadır. Buna karşılık, daha önce de ifade edildiği gibi, gemi sicili ve uçak sicili ile ilgili olarak, bu sicillerin aleni olduğu ilgili kanunlarda açıkça ifade edilmiştir.

sicilin aleni, ilgisini ispatlayan herkes tarafından incelenebilir hale getirilmesidir⁵⁰. Bu konuda Ozanoğlu'nun, elektronik trafik sicilinin oluşturulması yönündeki teklifi söz konusu sakıncaları gidermek, kolay ve hızlı ulaşılmasını sağlamak bakımından yerinde görünmektedir⁵¹.

5- Trafik Tescil Belgesine Şerh

Trafik sicili kamuya açık bir sicil olmadığı, herkesin bu sicilde kayıtlı hususları bildiği ileri sürülemeyeceği, taşıt üzerinde hak kazanacakların bu sicili inceleme zorunluluğu bulunmadığı için, daha önce lehine rehin hakkı kurulmuş olan kişi, sonradan hak kazananlara karşı bir üstünlüğe veya önceliğe sahip olamayacaktır.

Özellikle rehin hakkı sözleşmesi noterde düzenlenmişse, taşıt sahibinin taşıtı başka bir noterde satarak devretmesi veya başkası lehine rehin hakkı kurması halinde, daha önce lehine rehin hakkı kurulan kişi mağdur olacaktır. Bu çerçevede, trafik sicilinde rehin hakkının tescilini takiben bunu gösteren şerhin trafik tescil belgesine işlenmesi gerekir. Bu şerhi kimin vereceği hususunu düzenleyen özel bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, motorlu taşıtların satış ve devirleri noterler tarafından trafik tescil belgesi esas alınarak gerçekleştirildiği için bu şerh olmadığı durumlarda, rehin hakkı kurulduktan sonra başkasına taşıtın satımı veya başka amaçla devri veya üzerinde yeni bir rehin hakkı kurulduğunda, alıcı veya devralan veya rehin alan, daha önce kurulmuş bulunan rehni bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, yani iyiniyetliyse, bu rehinden arınmış olarak taşıt üzerinde mülkiyeti kazanabilir veya rehin hakkına sahip olabilir. Bu sebeple, motorlu taşıtlar üzerinde kurulan rehin hakkının trafik siciline kaydı yanı sıra trafik tescil belgesine de işlenmesi gerekir⁵².

Burada “Acaba rehin sözleşmesi noterde yapılırsa, noterinde şerh verme yetkisi var mıdır?” sorusu akla gelebilir. Böyle bir yetkinin tanınması uygulamada yararlı olabilirse de, rehin sözleşmesinin yapılması rehin hakkının

⁵⁰ Aynı yönde, Serozan, 341; Ozanoğlu, 33. Yazar, haklı olarak, bu değişikliğin kanunla yapılması gerektiğini, tüzükle yapılamayacağını belirtmektedir, bkz., Ozanoğlu, 33.

⁵¹ Bu teklif için bkz., Ozanoğlu, 33.

⁵² Motorlu taşıtlar üzerindeki aynı haklarla ilgili aynı hak iddiaları değerlendirilirken, trafik sicili ile motorlu taşıt tescil belgesini bir arada ele almak gerektiği yönünde, Ozanoğlu, 31.

kurmaya yetmediği, trafik siciline tescil zorunlu olduğu için, tescilden önce böyle bir şerhin verilmesi hukuken mümkün değildir ve verilmiş olsa da hüküm doğurmaz.

Buna rağmen, Türkiye Noterler Birliğinin 03.10.2003 tarihli genelgesinde motorlu taşıt rehninde trafik tescil belgesine noterler tarafından şerh düşülüp düşülemeyeceği ile ilgili olarak Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yazısına da dayanılarak şöyle denilmiştir: "Bir aracın satışı yapılmadan tescil belgesine dayanılarak yapılan rehinlerde bu şerhin işlenmemesi nedeniyle sakıncalar doğduğu belirtilerek, noterlerin tescil belgesine rehin şerhini işleyip işlemeyeceği konusunda tereddütlerin iletildiği ve Yönetim Kurulu'nun 23.09.2003 günlü toplantısında görüşülerek noterlerimize duyurulmasına karar verilen; Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 26.06.2003 gün ve 7179-117236 sayılı yazılarında; "Türkiye Noterler Birliği Başkanlığından alınan 28.04.2003 tarih ve Hukuk 1129-6130 sayılı yazıda; araç satışı yapılmadan tescil belgesine dayanılarak yapılan rehin sözleşmelerinde bu şerhin işlenmemesi nedeniyle giderilemeyecek zararlar doğduğunu ve aynı noterlikte bir gün önce rehin konulan bir aracın sonraki gün rehinsiz olarak satışı yapılabildiğinden, araçlara ilişkin olarak noterliklerde yapılan rehin sözleşmelerini takiben aracın tescil belgesine rehin şerhinin satışlarda olduğu gibi noterler tarafından işlenip işlenmeyeceği sorulmaktadır.

Konu ile ilgili olarak yapılan değerlendirmede; tescil belgesine işlenmesi talep edilen rehin şerhinin tescil belgesinin arka yüzünde bulunan ve naylon folye ile kaplanmamış olan "NOTER" bölümünün alt kısmında bulunan boş alana ilgili noterlik tarafından işlenmesinde herhangi bir sakınca bulunmamakta olup, ayrıca rehin yazısının da araç dosyasına işlenmek üzere ilgili tescil kuruluşuna intikal ettirilmesi gerekmektedir" denilmektedir.

Olması gereken hukuk bakımından isabetli olduğu söylenebilecek bu yazı, mevcut kanuni düzenlemeye aykırılık taşımaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir kere rehin hakkı ancak trafik siciline tescille doğmaktadır. Bu tescil yapılmadan rehin doğmayacağına göre, doğmamış rehin için şerh verilmesi de doğru olmayacaktır. İkincisi, motorlu taşıtların satış ve devirlerinden farklı olarak, rehni bildirim konusunda noterlere yükümlülük getiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, taraflar başvurmadıkça noterin bildirim üzerine trafik siciline rehin işlenemez ve işlense bile hüküm doğurmaz.

B) ESASA İLİŞKİN ŞARTLAR

1- Rehinle Temin Edilen Bir Alacak Mevcut Olmalı

Motorlu taşıt rehninin geçerli olabilmesi, kurulmasına sebep olan geçerli bir alacağın varlığına bağlıdır. Bu rehin hakkının feriliğinin bir sonucudur. Alacak geçerli değilse rehin hakkı da kurulmuş olmaz⁵³.

2- Rehnedilen Taşıt Bir Motorlu Taşıt Olmalı

Motorlu taşıtların neler olduğunu yukarıda belirttik. Motorlu taşıt rehni, ancak o sayılanlar veya onlar gibi motorlu taşıt niteliğini taşıyan araçlar üzerinde kurulabilir. Bunlar dışında kalan araçlar, niteliğine göre ya teslimine bağlı rehin yoluyla rehnedilebilir ya da bir sicile tescilleri zorunlu ise, iş makinelerinde olduğu gibi, teslimine bağlı olmaksızın tescille rehnedilebilirler.

3- Rehin Veren Motorlu Taşıt Üzerinde Tasarruf Yetkisine Sahip Olmalı

Rehin veren motorlu taşıt üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmalı veya malikin vereceği yetkiyle rehin hakkını tesis etmelidir. Buna ilaveten, motorlu taşıt üzerinde rehin hakkına sahip olan kişinin de malikin rızasıyla alt rehin kurabilmesi mümkündür (MK m.942).

4- Rehin Veren Fiil Ehliyetine Sahip Olmalı

Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler başkası lehine serbestçe rehin kurabilirler. Sınırlı ehliyetsizler ancak kanuni temsilcilerinin rızasıyla rehin hakkı kurabilirken, tam ehliyetsizler adına bu işlemi kanuni temsilcileri yapabilir.

V. TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHNİNDE ALACAĞIN BELİRLİLİĞİ

Genel olarak taşınır rehninde, özel olarak da motorlu taşıt rehninde teminat altına alınmak istenen alacağın rehin kurulması anında bir para olarak gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Teminat altına alınan alacağın

⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.784; Ertaş, 542.

rehin konusu taşınırın paraya çevrilmesi anında parayla ifade edilebilmesi yeterlidir⁵⁴.

Şarta bağlı ve ileride doğacak alacakların da taşınır rehniyle teminat altına alınması mümkündür (MK m.881/1 kıyasen)⁵⁵. Fakat teminat altına alınmak istenen alacağın belirlenebilmesi gereklidir⁵⁶. Uygulamada özellikle bankalar rehlin hangi alacak için kurulduğunu ve teminat altına alınan alacağın miktarını rehin sözleşmesine açıkça yazmaktadırlar.

VI. TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHİNİNDE ART REHİN VE REHİNDE SIRA

Bir taşınır eşyanın üzerinde bir rehin hakkı kurulduktan sonra, yeni bir rehin hakkı ve hakları kurulması mümkündür. Medeni Kanununun 941. maddesi art rehin başlığı altında bu imkânı öngörmektedir. Teslime bağlı rehin bakımından kabul edilen bu esas, teslime bağlı olmayan sicilli motorlu taşıt rehniinde öncelikle (evleviyetle) uygulanabilir. Sicile tescil edildiği için, motorlu taşıt rehniinde aynı taşıt üzerinde farklı borçlar için birden fazla rehin kurulmasına bir engel bulunmadığı gibi, sicile tescil edilebilmesi bunu kolaylaştırmaktadır⁵⁷. Bu konuda asıl sorun art rehniin nasıl tescil edileceğidir.

Emniyet Müdürlüklerine bağlı olarak görev yapan Trafik Tescil Şubelerinde, tapu siciline benzer bir trafik sicili tutulmamaktadır. Araç maliklerinden “Araç trafik tescil müracaat ve işlem formu” adı taşıyan bir form alınmakta ve her araç için bir dosya tutulmaktadır. Rehin hakları bu formda “11. Araç üzerindeki hak ve menfaatler” adını taşıyan sütununa yazılmaktadır. Böyle olunca her rehin başvurusunda bu formun doldurulması gerekecektir. Bütün rehin haklarının tek bir sütunda gösterilmesi mümkün olmayacaktır.

⁵⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, 1093; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.788; Köprülü/Kaneti, 470; Ayan, 184.

⁵⁵ Ertaş, 541; Ayan, 184; Köprülü/Kaneti, 470; Davran, Rehin Hukuku, 91. Krş., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.784.

⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.788. Bu alacağın kapsamına asıl alacak ile birlikte, sözleşme faizleri, takip giderleri ve gecikme faizi de girmektedir (MK m.946/2).

⁵⁷ Hayvan Rehni Tüzüğü'nün 24. maddesinde “Hayvan üzerinde bu Tüzük hükümlerine göre tesis edilmiş olan rehin sona ermeden ikinci bir rehin hakkı tesis edilemez” denilerek art rehin yasaklanmıştır. Bu hükmün eleştirisi için bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.804 dn.124.

Şekli olarak ortaya çıkan bu engele rağmen art rehnin kurulması yine de mümkündür.

Bu hususta diğer bir mesele aynı taşıt üzerinde kurulan rehinlerin öncelik sırasının nasıl belirleneceği ile ilgilidir. Taşının rehinde sabit derece sistemi olmadığından, her rehin kuruluş tarihine göre önceliğe sahip olur⁵⁸. Önceki tarihli bir rehnin sona ermesi halinde sonraki tarihli rehin onun yerini alır. Uygulamada, trafik sicilinde yevmiye defteri tutulmadığı için rehin hakkının hangi gün ve saatte kurulduğunun tespiti güçlük arzedebilir. Özellikle aynı gün kurulan rehinlerde öncelik sırasını belirlemek bakımından saatin belirtilmesi önem taşır. Trafik tescillerinde genellikle yukarıda sözü edilen form üzerine bu tarih ve saat yazılmak suretiyle işlem gerçekleştirilmektedir. Bu usulün suiistimale açık olduğu ortadadır. Bu konuda suiistimali ve karışıklıkları önlemek için ya rehin sözleşmesinin noterde yapılması ve noter tarafından tarih ve saat gösterilerek trafik siciline bildirilmesi zorunluluğu getirilmeli veya trafik sicilinde tapu sicilinde olduğu gibi gelen her başvurunun tarih ve saat yazılarak kaydedildiği bir yevmiye defteri tutulmalıdır.

VII. TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHNİNDE REHİN VERENİN TASARRUF YETKİSİ

Motorlu taşıt rehni kurulduktan sonra malikin tasarruf yetkisi aynen devam eder. Malik, rehnli motorlu taşıtı başkasına satım veya başka bir sebeple devredebileceği gibi, üzerinde rehin veya başka sınırlı aynı haklar da kullanılabilir. Bu devirler veya sınırlı aynı hak tesisleri rehin hakkı sahibini etkilemez.

Bu bakımdan, uygulamada özellikle bankalar tarafından düzenlenen rehin sözleşmeler ve bunlara dayanılarak trafik siciline yazılan yazılarda yer alan "...aşağıda özellikleri bildirilen taşıt, plakası ve bu plakaya bağlı tüm hakları ile kredili müşteri tarafından satılamaz kaydıyla rehnedilmiştir....Taşıttın Trafik Sicil kaydına ve taşıttın ruhsatına ...Bankası adına rehnedildiği ve satılamaz kaydının kredili müşteri ... ve muvafakatinin bulunması sebebiyle dercedilmesini..." tarzındaki ifadelerin bağlayıcılığı

58 Gürsoy/Eren/Cansel, 1096; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.784; Ayan, 188; Köprülü/Kaneti, 473; Ertaş, 542; Davran, Rehin Hukuku, 92. Motorlu taşıttın teslime bağlı olarak rehnedildikten sonra tescille rehnedilmesi veya tescille rehnedildikten sonra teslim edilerek rehnedilmesi halinde önceliğin nasıl belirleneceği hususunda bkz., Ergüne, 171 dn.235.

olmadığı gibi, bunlara gerek de bulunmamaktadır. Rehin tescil edildikten sonra satılsa da yeni malik de bir aynı hak olan rehinle yüklü olarak taşıtı kazanmış olur ve borç ödenmediğinde paraya çevrilmesine katlanmak zorundadır.

Diğer taraftan, noterlerin de trafik tescil belgesinde veya internet sorgulamasında araç üzerinde takyidat (rehin, haciz vb.) görünmesi halinde bunlar kaldırılmadıkça satış ve devir işlemleri yapmadıkları bilinmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu tür takyidatlar taşıtın satımına ve devrine engel değildir. Alıcı bu takyidatlarla yüklü olarak taşıtın mülkiyetini kazanır ve borç ödenmezse paraya çevirmeye katlanmak zorunda kalır. Bu konuda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 20 nci maddesi (d) bendinde; “Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, aracın motorlu taşıtlar vergisi borcu bulunmadığına dair belgenin ibrazı halinde araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi esas alınarak noterlerce yapılır” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, araç üzerinde vergi borcundan dolayı bir takyidat bulunması halinde satış ve devir yapılamaz. Ancak, açıkça rehin olduğu anlaşılan takyidatlar satış ve devre engel teşkil etmez..

VIII. TESLİME BAĞLI OLMAYAN SİCİLLİ MOTORLU TAŞIT REHNİNİN SONA ERMESİ

Alacak sona erince motorlu taşıt rehni de sona erer ve trafik sicilindeki kaydın terkinini gerekir⁵⁹. Özellikle banka kredilerinde veya diğer borç ilişkilerinde borcun ifası halinde ona bağlı rehin de sona erecektir. Alacağın rehinle teminat altına alınması zamanaşımına uğramasına engel olmasa da, zamanaşımı rehni sona erdirmez; alacağı zamanaşımına uğrayan alacaklı rehnedilen motorlu taşıtı paraya çevirerek alacağını elde edebilir (BK m.138).

Rehlinli alacaklının vazgeçmesi ve yazılı muvafakati üzerine trafik sicilindeki rehin kaydının silinmesiyle de rehin sona erer. Rehnin trafik sicilinden terkinini talebini lehine rehin kurulan kişinin yapması gerekir. Alacaklı terkin talebinden kaçınırsa, motorlu taşıt maliki dava yoluyla terkinine zorlayabilir⁶⁰. Rehin alan bizzat başvuruda bulunmayacaksa, kötüye kullanımları önlemek üzere, noterlerce düzenlenmiş veya onaylanmış muvafakatname

⁵⁹ Köprülü/Kaneti, 497; Ertaş, 555.

⁶⁰ Ertaş, 555.

vermiş olması aranmalıdır. Nitekim Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 03.11.2004 tarihli yazısında "...noterlerce düzenlenen ibraname veya banka düzenlenen ve noterce tasdiklenen beyannamelere göre de rehin şerhinin kaldırılmasında bir sakınca..." bulunmadığını belirtmiştir.

Trafik sicilindeki tescilin, rehin hakkı sona ermediği halde, rehin alan veya temsilcisinin izni veya bir mahkeme kararı olmaksızın terkin rehni sona erdirmez.

Rehin konusu motorlu taşıtın tamamen yok olması da rehni sona erdirir⁶¹. Bu durumda sicildeki kayda rağmen rehin son bulmuştur ve bu kaydın terkin gerekir. Bunun için taşıt sahibi tarafından taşıtın yok olduğunun bildirilerek tüm trafik kaydının silinmesi istenmelidir. Ancak, terkinden önce rehin hakkı sahibine durum bildirilerek itirazı varsa beyan etmesi istenmelidir. İtiraz etmezlerse veya itirazın haklı olmadığı mahkemece tespit edilirse terkin gerçekleştirilmelidir. Bunun için çıkarılacak tüzükte özel bir hüküm konulması ve itiraz süresi tayin edilmesi yerinde olacaktır.

Rehnin paraya çevrilmesi halinde de, teminat amacını yerine getirmiş ve sonuç elde edilmiş olduğundan rehin sona erer⁶². Bu durumda icra dairesinden alınan yazıya dayanılarak rehin kaydı silinebilir.

Rehni sona erdiren bir diğer hal, mülkiyet hakkı ile rehin hakkının aynı kişi üzerinde birleşmesidir. Malik haline gelen rehin hakkı sahibi rehni terkin ettirebilir. Taşınır rehninde, taşınmaz rehninin aksine, kural olarak malik lehine rehin kabul edilmemiştir⁶³. Bununla birlikte, mülkiyet hakkı ile rehin hakkının aynı kişi üzerinde birleşmesi sebebiyle rehni sona ermesi malik olan kişinin zararına yol açacaksa, taşınır rehninin sona ermeyeceğini kabul etmek gerekir⁶⁴. Örneğin, malik iki ayrı alacaklı lehine motorlu taşıtı üzerinde rehin kurmuşsa, bunlardan önce gelen borcunu ödeyerek alacaklıya halef olduğunda mülkiyet ve rehin hakları aynı kişide birleştiği için rehin hakkının sona erdiği kabul edilirse, bu, diğer rehin hakkı sahibinin haksız olarak tek başına rehin hakkından yararlanmasına, malikin de zarara uğra-

61 Bkz., Köprülü/Kaneti, 498; Ayan, 191; Gürsoy/Eren/Cansel, 1111.

62 Köprülü/Kaneti, 498; Ayan, 191.

63 Köprülü/Kaneti, 499; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.800; Ertaş, 556; Gürsoy/Eren/Cansel, 1112.

64 Bu yönde, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.800.

masına yol açar⁶⁵. Bunun önlenmesi için istisnaen malik lehine rehni kabul etmek gerekir

SONUÇ

Motorlu taşıtların rehni konusunda sicile tescil yoluyla teslimine bağlı olmadan rehni imkânının getirilmesi son derece yerinde olmuştur. Bununla birlikte, kanun koyucunun, motorlu taşıtlar bakımından sicilli rehni yanı sıra teslimine bağlı rehni devamını öngörmesi, sicilli rehni bakımından ayrıntılı bir düzenleme yapmayarak tüzüğe yollama yapması, ancak bu tüzüğün çıkmaması uygulamada sakıncalar doğurmaktadır.

Öncelikle tüzüğün çıkarılması, tüzükte rehni sözleşmesinin şekli, tescili, tescili kimlerin talep edebileceği, sicilde tutulacak defterler, trafik tescil belgesine yapılacak rehni şerhi, art ve alt rehni kurulabilmesinin şartları ve usulü, rehni malikin tasarruf yetkisine etkisi, sicilin işlevleri, rehni sona ermesi ve terkini gibi konularda düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir. Ancak sözleşmenin şekli, sicilin işlevi gibi hususların tüzük yerine kanunla düzenlenmesi gerektiği, kanunun öngörmediği hususların kanuna rağmen tüzükle getirilemeyeceği göz ardı edilmemelidir⁶⁶

Ayrıca, motorlu taşıtlar bakımından hem teslimine bağlı hem de teslimine bağlı olmayan rehni yan yana uygulanmasından vazgeçilmelidir. Buna ilaveten motorlu taşıtların satış ve devirlerinin noterlerde gerçekleştirilmesi zorunluluğuna rağmen, rehni bakımından böyle bir zorunluluğunun olmaması, öte taraftan rehni ancak sicile tescil ile kurulabilmesi de karışıklıklara yol açmaktadır. Bu konuda da yeknesak bir düzenleme getirilmelidir.

Önemli sorunlardan biri motorlu taşıtlarla ilgili işlemlerin noterler eliyle mi yapılacağı, yoksa trafik tescil şube ve büroları tarafından mı yürütüleceğidir. 01.01.2010 yılında yürürlüğe girecek son kanuni düzenleme bu yetkiyi trafik tescil şube ve bürolarına vermiştir. Bu hususta önemli olan satış, devir, rehni işlemleri ile tescil işlemlerinin tek elden yürütülmesidir. Bu anlamda satış, devir, rehni işlemlerini yapma ve sicili tutma yetkisinin noterlere verilmesi daha yerinde olabilirdi.

⁶⁵ Örnek için bkz., Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.800.

⁶⁶ Rehni sözleşmesinin şekli bakımından aynı yönde, Ergüne 170 dn.233.

Ayrıca trafik sicilini aleni hale getirilmesi ve olumlu etki (sicile güveninin korunması, iyiniyetle hak kazanabilme etkisi) tanınmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Ayan, M.**, Eşya Hukuku, Üçüncü Cilt Sınırlı Ayni Haklar, Konya, 1994, 109.
- Barlas, N.**, Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s.569-588.
- Cansel, E.**, Türk Menkul Rehni Hukuku, Cilt I Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara, 1967.
- Davran, B.**, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, 1972 (Rehin Hukuku).
- Davran, B.**, Teslim Şartlı Menkul Rehni-Sicilli Menkul Rehni, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (27 Nisan-3 Mayıs 1959), Ankara, 1960, s.161-182 (Menkul Rehni).
- Er, R.**, Bankalar Açısından Araç Rehninin Menkul Rehni İçindeki Hukuki Durumu, Yargıtay Dergisi, C.24, S.3, 1998, 285-292.
- Ergüne, M. S.**, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul, 2002.
- Ertaş, Ş.**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2006.
- Gürsoy, K.T./Eren, F./Cansel, E.**, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1984.
- Kılıçoğlu, A.**, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara, 2004.
- Köprülü, B./Kaneti, S.**, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, İstanbul, 1982-1983.
- Kuntalp, E.**, Yargıtay'ın Nesnel Teminatla İlgili Olarak Taşınır Rehninin Kuruluşuna ve Rehin Hakkı İle Alacak Arasındaki İlişkiye İlişkin İki Kararının Hukuki Değerlendirmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 4-5 Nisan 1997, s.3-28.
- Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.**, Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2006.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2005.

Ozanoğlu, H. S., Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Taşıt Rehni) Üzerine, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt V, S.1-2, s.20-35.

Öğüz, T., Motorlu Araçların Rehnine İlişkin Uygulamanın Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.693-725.

Reisoğlu, S., Menkul İpoteği "Teslimsiz Menkul Rehni", Ankara, 1965 (Menkul İpoteği).

Reisoğlu, S., Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/Seza.doc>, 9 (Bankalar).

Serozan, R., Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2007.

“CESSIO BONORUM” YA DA BİLİNER İSMİYLE “MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATO”

*Yrd.Doç.Dr. Ahmet BAŞÖZEN**

*Yrd.Doç.Dr. Mehmet ÜÇER***

I. MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATO, POZİTİF DÜZENLEME SERÜVENİ VE GEREĞİ

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Resmi Gazetede yayımlandığı tarih olan 19.06.1932'den beri, esaslı bir biçimde 17 kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin bir kısmı, Kanun'un aksayan yönlerini tamir etmeyi amaçlarken; diğer bir kısmı ise, yeni hukukî kurumları getirme ve yerleştirme amacını taşımıştır. Bu ikinci çabayı, özellikle, 30.07.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun'da ağırlıkla görmekteyiz. Gerçekten de, 4949 sayılı Kanun ile, İcra ve İflâs Kanunu'na 309/a ilâ 309/l maddeleri eklenmiş; bu maddelerle, yeni bir konkordato türü olarak “malvarlığının terki suretiyle konkordato” hukukumuzda yerini almıştır. Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun bizim bu çalışmamız bakımından değeri, 4949 sayılı Kanun'un kabulüne kadar, ayrı bir konkordato türü olarak hukukumuzda düzenlenmemiş ve diğer konkordato türlerinden farklı özellikler taşıyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Kanunumuzun me hazı olan İsviçre'de de 1949 yılına kadar kanunla düzenlenmemiş olmasına rağmen malvarlığının terki suretiyle konkordatoya uygulamada sıkça yer verilmekteydi. İsviçre doktrinin, iflâsa ilişkin hükümleri, bu konkordato türüne kıyasen uygulamaya çalışması ve yargı tarafından bu konkordato türünün benimsenmiş olması, yasal düzenlemesi olmayan bu

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

konkordato türünün uygulamada fiilen yer alması sonucunu doğurmuştu¹. Uygulamada zaten yer etmiş bulunan bu müessesenin, özellikle yargı ve doktrin tarafından benimsenmesi üzerine, İsviçre kanun koyucusu bu fiilî durumu hukukî hale getirmek amacıyla², 28.09.1949 tarihli bir Kanunla İsviçre İcra İflâs Kanunu'na 316/a ilâ 316/t maddelerini eklemiştir. Bu hükümler 01.01.1997 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla kısmen tadil edilerek geliştirilmiştir. Bu tarihi süreci (pozitif düzenleme yapılmasından önce fiilen uygulanması) nedeniyle, İsviçre'de, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya “uygulamanın çocuğu (*ein Kind der Praxis*)” adı da verilmiştir³.

Türk hukuku bakımından, 4949 sayılı Kanun'un kabulüne kadar, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik herhangi bir yasal düzenleme yapılmadığı gibi, İsviçre'de olduğu gibi, fiilî bir uygulama da söz konusu olmamıştır. Fakat doktrinde, bu hususta özellikle ileride düzenleme yapılması ihtimaline karşı bilgilendirme amaçlı bazı açıklamaların yapılmış olduğunu görmekteyiz⁴. 06.03.1965 tarih ve 538 sayılı Kanunla, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik değişiklik yapılması öngörülmüş olmasına rağmen, bu değişiklikten vazgeçilmiştir. Esasen, tasarıda yer alan 309/a ilâ 309/u hükümleri, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin bir tercümesiydi⁵. Fakat tasarıda yer alan bu hükümler, Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından şu gerekçeyle tasarıdan çıkarılmıştır⁶:

1 Bkz. **Ercan, İbrahim**: İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2007, s.54 vd.; **Tanriver, Süha**: Konkordato Komiseri, Ankara, 1993, s.19; **Tanriver, Süha/Deyneki, Adnan**: Konkordatonun Tasdiki, Ankara, 1996, s. 44-45; **Kuru, Baki**: İflâs ve Konkordato Hukuku, İstanbul, 1988, s. 524-540 (Kuru-İflâs).

2 **Tanriver**, s. 19; **Tanriver/Deyneki**, s. 45.

3 Bkz. 4949 sayılı Kanun'un malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik Hükümet Gerekçesi. İsviçre hukukuna yönelik geniş açıklamalar için bkz. **Ercan**, s.54 vd.; **Jaeger, Carl/ Walder, Hans Ulrich/ Kull, Thomas M./ Kottmann, Martin**: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band III, Zürich 1997/2001, s. 169; **Ludwig, Peter**: Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtertung (Liquidationsvergleich), Diss., Bern 1970, s. 3 vd.

4 Bkz. **Kuru-İflâs**, s. 524-540; **Tanriver**, s. 18-22.

5 **Kuru-İflâs**, s. 535.

6 **Kuru-İflâs**, s.535-536; **Kuru, Baki**: “Konkordato”, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963), s. 152-153 (Kuru-Seminer); **Ercan**, s.67-68, dn.73.

“... Ancak, iyi niyetli borçluları ve onların alacaklılarını himaye etmek için konulmak istenen bu müessesenin, kötü niyetli borçlular tarafından alacaklılarına zarar vermek maksadiyle kötüye kullanılması ihtimali de vardır. Bilhassa, kötü niyetli bir borçlunun mallarının büyük bir kısmını kaçırdıktan sonra, çok az bir mal ile mevcudun terki suretiyle konkordato yoluna gitmesi ve yaptığı hileli kombinezonları gizleyerek konkordatonun tasdikini sağlaması mümkün olabilir. Bu hileli kombinezonlarla mücadele için alacaklıların konkordatoya muvafakat etmemesi, konkordatonun tasdikine mahkemede itiraz edilmesi, iptal davaları ve nihayet konkordatonun feshini istemek gibi imkânlar mevcuttur. Fakat, konkordato tatbikatımız göstermiştir ki, bu imkanlara rağmen, bilhassa ispat güçlükleri sebebiyle, mevcudu yüzde otuzun çok üstünde olan borçlular, yüzde otuzun üstündeki mevcutlarını saklayarak, asgari şart olan yüzde otuz ile konkordato teklif etmişler ve konkordatoyu tasdik ettirip böylece alacaklılarına zarar vermeye muvaffak olabilmişlerdir. Aynı hileli kombinezonların mevcudun terki suretiyle konkordato yapılacağı ve böylece tasarı ile yüzde otuzdan yüzde elliye çıkarılan asgari şartın dahi hükümsüz bırakılacağından endişe edilmektedir.

Bu endişeyi bertaraf etmek ve mevcudun terki suretiyle konkordato hükümlerinin kötüye kullanılmasına mâni olmak için, mevcudun terki suretiyle konkordatonun alelâde konkordatoda olduğu gibi, asgari bir miktarla (meselâ yüzde yirmibeş ile) takyidedilmesi teklif edilmiş ise de bu teklifin kabulüne imkan görülmemiştir. Zira asgari bir miktar şartı mevcudun terki suretiyle konkordatonun mahiyeti ile kabili telif değildir. Çünkü, burada borçlu konkordato ile mallarını (hattâ tasarıya göre haczi caiz olmıyanları da) alacaklılarına terk etmeyi teklif etmektedir. Konkordato tasdik edilirse, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisi kalkmakta, bu yetki alacaklılara geçmektedir. Artık bu mallar, alacaklılar ve onların seçecekleri tasfiye memurları tarafından tasfiye edilecektir. Borçlunun bu tasfiye sırasında hiçbir söz ve itiraz hakkı yoktur. Alacaklılar, borçlunun mallarını düşük fiyatla satarlarsa, bunun neticesine kendileri katlanacaklardır. Zira, borçlunun mevcudunun neden ibaret olduğu, borçlunun konkordato projesine ekli olarak sunduğu mufassal bilançoda yazılıdır. Alacaklılar konkordatoya muvafakat ederken, hangi malların tasfiyeye dâhil olacağını ve bunların takriben ne kadar para getireceğini bildirmektedirler. Bu malların kendilerine temin edeceği nispet alacaklıları tatmin etmiyorsa, o zaman konkordatoya muvafakat etmiyebilirler ve borçlu iflâstan kurtulamaz. Fakat alacaklılar tasfiyeye dâhil olacak malları bildikleri halde, konkordatoya muvafakat etmişler ve tasfiye

neticesinde umdukları nisbette alacaklarına kavuşamamışlarsa, bunun neticesine artık alacaklılar katlanmalıdır. Zira, borçlunun tasfiyenin iyi yapılmasında hiçbir rol ve kusuru yoktur. Kaldı ki, borçlunun bütün malları tasfiye edildikten sonra, borçlunun iflâs ettirilmesinde hiçbir menfaat yoktur. Zira, borçlunun iflâs masasına girecek bir malı kalmamıştır. Alacaklılar, borçlunun iflâsı halinde daha fazla bir şey alacak değildirler. Bundan başka, bütün malları tasfiye edilmiş bir borçlu, taahhüt ettiği asgari miktardan noksan kalan kısmı ne ile ödeyecektir? Bundan sonraki çalışması ile mi? Evet denirse, bu konkordatonun gayesine aykırı olur. Zira, borçlunun konkordato teklif etmekten maksadı, iyi gitmeyen işlerini ve borçlarını tasfiye edip, yeni bir işe veya teşebbüse başlamaktır. Borçlu, yeni başladığı işten elde edeceği kazancı ile mevcudun terki suretiyle konkordatoda karşılanamayan miktarı ödeyecektir denirse, borçlunun konkordatodan sonra yeni bir işe başlamakta bir menfaati olmayacak, binnetice borçlu iflâs etmiş gibi bir durum hasıl olacaktır. Bu ise, konkordatonun gayesine aykırıdır. Bu sebeplerle, mevcudun terki suretiyle konkordatonun asgari bir miktarla takyidedilmesine imkân görülmemiştir.

Mevcudun terki suretiyle konkordato hükümlerinin kötüye kullanılmasından ve bu sebeple faydadan çok zarar doğacağından endişe eden komisyonumuz, tatbikatta alelâde konkordatoların borçlunun mevcudu ile mütenezip bir şekilde yapılmasının sağlandığı ve konkordato hükümlerinin kötüye kullanılmasının önüne geçilebildiği zamana kadar, şimdilik mevcudun terki suretiyle konkordato hakkındaki hükümlerin kanunlaşmasından vazgeçmeyi daha uygun bulmuştur. Bu sebeple, tasarının mevcudun terki suretiyle konkordato hakkındaki hükümleri tasarıdan tamamen çıkarılmıştır⁷.

Adalet Komisyonunun açıklamasına, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun kabul edilmemesine gerekçe olarak öne çıkan hususun, bu kurumun kötüye kullanılmaya müsait oluşu temel olmaktadır. Çünkü konkordato için belirleyici bir nitelik haline gelmiş olan “borçlunun dürüst olması” koşulu bu konkordato türünde aranmıyordu. İsviçre’de de durum bu yöndeydi. Oysa, doktrinde de, bu husus dile getirilmiş ve bu sakıncanın bertaraf edilmesi için, çare olarak, konkordatoyu tasdik edecek olan mahkemenin dikkatli olmasının ve bu konkordato türünün her borçlu için iflâsı önleyici bir araç haline getirilmesinin önlenmesi gereğine işaret edilmiştir⁷. Ancak,

⁷ **Kuru-Seminer**, s. 133; **Altay, Sümer**: Teorik ve Pratik Konkordato Hukuku, İstanbul, 1993, s. 503. Nitekim malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin Hükümet gerek-

4949 sayılı Kanun, “dürüst olma” koşulunu adı konkordato için de kaldırmıştır. Bunun sebebi olarak da, “borçlular tarafından kötüye kullanılan konkordato kurumunun, zamanla kötüye kullanılmaya karşı getirilen düzenlemeler karşısında, artık kötüye kullanılmayacağına anlaşılması sebebiyle, artık başvurulmayan bir müessese haline gelmiş bulunması” ile izah edilmektedir⁸.

4949 sayılı Kanun ile pozitif bir düzenleme yapılmasından önce de, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun Türk hukuku bakımından da uygulanabileceği ileri sürülmüştür⁹. Hatta 538 sayılı Kanun’un hazırlıkları sırasında, Adalet Komisyonunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoyu tasarından çıkarmasına rağmen, doktrinde yine de, İsviçre’deki gibi kanunî bir düzenlemeye gerek olmaksızın, bu tür bir konkordatonun uygulanabileceği fikri devam ettirilmiştir¹⁰. Buna karşılık, hukukumuzda pozitif bir düzenleme olmaksızın, hele kanun koyucunun bu yönde olumsuz iradesi tecelli ettikten sonra malvarlığının terki suretiyle konkordato yoluna başvurulmasına olanak bulunmadığı da, haklı olarak dile getirilmiştir¹¹.

“Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda borçlu, kural olarak, konkordato talebi ile alacaklılarına belirli bir yüzde ödemeyi teklif etmez. Buna karşılık, malvarlığını alacaklılara terk ederek veya bir üçüncü şahsa devrederrek borçlarından kurtarılmasını teklif eder. Konkordato teklifi alacaklılarca kabul edilip konkordato mahkemece tasdik edilince, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer. Bundan sonra, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi alacaklılara geçer. Alacaklılar, bu yetkiyi seçecek-

çesinde de, borçlunun himayeye layık olup olmadığının ve bu kurumun her borçlu için iflâsı önleyici bir araç haline gelmemesi için gerek tetkik merciinin (şimdi, icra mahkemesinin) gerekse ticaret mahkemesinin dikkat etmesi gerektiği ifade edilmiştir.

⁸ **Atalay, Oğuz:** Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, (Türkiye Bankalar Birliği Tarafından Düzenlenen Abant Konferansı, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/abant> adresinden) (Erişim Tarihi, 24.2.2009).

⁹ **Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara, 1960, s. 338; **Arar, Kemal:** İcra ve İflâs Hükümleri, Cilt. 2/İflas, Ankara, 1945, s. 339-340.

¹⁰ **Postacıoğlu, İlhan:** Konkordato, İstanbul, 1965, s. 158-164.

¹¹ Bu yöndeki görüş ve gerekçeleri için bkz. **Kuru-İflâs**, s. 533 vd.; **Kuru-Seminer**, s. 150; **Tanrıver**, s. 22-24; **Tanrıver/Deynekli**, s. 49 vd.; **Pekcantez, Hakan:** İcra-İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s. 57; **Zabunoğlu, Yahya:** Konkordato İle İlgili Görüşmeler, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963), s. 150.

leri konkordato tasfiye memurları aracılığıyla kullanırlar. Konkordato tasfiye memurları, borçlunun mallarını iflâs tasfiyesine benzer bir şekilde tasfiye ederler ve elde edilen parayı alacaklılara dağıtırlar¹².

Genel gerekçeden de anlaşılacağı üzere, bu konkordato türünde, esas olarak, borçlu malvarlığını alacaklılara terk etmekte ve malvarlığının alacaklılar tarafından tasfiye edilmesini istemektedir. Adi konkordato, borçlunun ekonomik varlığının devam etmesini hedef tuttuğu halde; malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçlunun mallarını ödeme yerine geçmek üzere, alacaklılara terkini hedef tutar¹³. Bu yönleriyle, malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçlu ile alacaklıları arasında yapılmış ve kanun tarafından da tasvip edilen bir “tasfiye uzlaşması”dır¹⁴.

“... Malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin hükümler, esas itibarıyla, tasfiye ile ilgili hükümler olup; iflâstaki hükümlerle paralellik arz etmektedir. Konkordato talebinden konkordatonun tasdikine kadarki safhada, kural olarak ve malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin hükümlerle ve bu kurumun temelindeki düşünce ile çelişmediği ölçüde, adi konkordato hakkındaki hükümler uygulanacaktır. Böyle olmakla birlikte, malvarlığının terki suretiyle konkordato ile adi konkordatonun bir araya gelmesi de mümkündür. Özellikle borçlunun belli bir asgarî ödeme yapmayı teklif edip aynı zamanda malvarlığının bir kısmını alacaklılarına terk etmesinde durum böyledir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato bazı bakımlardan iflâsa benzemekle birlikte, iki temel noktada ondan ayrılmaktadır: Bir kere, malvarlığının terki suretiyle konkordato prosedürü, içerdiği özel ve akdi unsur nedeniyle, iflâs prosedürüne göre daha esnekler. Sonra, mevcudunu

¹² 4949 sayılı Kanunun Genel Gereğesinin malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin kısmı.

¹³ **Gürdoğan, Burhan:** İflâs Hukuku Dersleri, Ankara, 1966, s. 158; **Tanrıver,** s. 19–20; **Tanrıver/Deynekli,** s. 45. Nitekim, aynı esas 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin Hükümet gerekçesinde de şu şekilde yer almıştır: “...Fakat, belirtmek gerekir ki, malvarlığının terki suretiyle konkordato, ismine rağmen, adi konkordatodan ziyade iflâsa yaklaşmaktadır. Çünkü kurumun temelindeki düşünce, borçlunun malî durumunu düzeltmek değil, onun mevcudunu en avantajlı şekilde paraya çevirerek alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını sağlamaktır”.

¹⁴ **Berkin Necmeddin M.:** İflâs Hukuku, İstanbul 1972, s. 525 (Berkin-İflâs); **Berkin, Necmeddin M.:** İflâs Hukukunda Konkordato, İstanbul, 1949, s. 28 (Berkin-Konkordato).

alacaklılarına terk eden borçlu, mevcudu iflâs prosedürü çerçevesinde tasfiye edilen borçlunun aksine, kural olarak borçlarından kurtulmaktadır¹⁵.

Malvarlığının terki suretiyle konkordato, sadece, borçlunun malvarlığının alacaklılara devri ile sınırlı bir kurum değildir. Bunun bir diğer şekli de, borçluya ait malvarlığının tamamının veya bir kısmının, alacaklılara ödeme yapılmasını temin amacıyla bir üçüncü kişiye devridir. Bunun için özellikle İsviçre’de başvurulan önemli bir yol, borçlunun malvarlığının kurulacak bir şirkete devri ve bu şirketin kazançlarının veya hisselerinin alacaklılara dağıtılmasıdır¹⁶.

İflâs tasfiyesinin zaman alışı ve masraflı oluşuna nazaran, bu tasfiye türü daha ekonomiktir ve bu sebeple alacaklıların yararınadır. Borçluyu iflâs etmekten kurtardığı ve iflâsın kamu hukuku bakımından neticelerini önlediği için borçlunun da yararınadır¹⁷.

“...Malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçlunun, özellikle, tasfiyesi uzun zaman isteyen ve paraya çevrilmesi zor olan mallara sahip olması durumunda, tercih edilecek bir tasfiye şeklidir. Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda tasfiye tamamen alacaklılara ve onların seçeceği ehil konkordato tasfiye memurlarına bırakılmış olacağından, alacaklılar borçlunun mevcudunu en uygun şartlarla paraya çevirip alacaklarını mümkün olduğu kadar yüksek bir oranda tahsil edebilmek için gayret göstereceklerdir. Oysa, bilin-

15 4949 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet gerekçesi. Gerekçede de belirtildiği üzere, bu konkordato türünde, konkordatonun tasdikine kadar olan süreç, iflâs dışı konkordato hükümlerine benzemektedir; buna karşılık, tasdikten sonraki süreç büyük ölçüde iflâsa benzemektedir. Bu sebeple, bu konkordato türünün konkordato ile iflâsa ilişkin hükümlerin “kombine bir şekli olduğu” ifade edilmiştir (**Altay**, s. 502, 505–506).

16 **Atalay**, Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, (Türkiye Bankalar Birliği Tarafından Düzenlenen Abant Konferansı, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/abant> adresinden) (Erişim Tarihi, 24.2.2009); **Altay**, s. 506; 4949 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet gerekçesi. Malvarlığının terki suretiyle konkordato, çeşitli bakımlardan tasnife tabi tutulmuştur. Örneğin, a) Sözleşmedeki taahhütlerin miktarına göre, basit - mürekkep terk, b) Terkin yapılacağı kimseler bakımından, doğrudan terk – üçüncü şahıs eline terk, c) Borçlunun alacaklılarına vermeyi borçlandığı hakların niteliği bakımından, mülkiyetin terki – tasfiyenin terki, d) Terkin icra şekli bakımından, şekle bağlı terk – şekle bağlı olmayan terk e) Terkin kapsamı bakımından kısmi terk- tam terk... Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun türlerine yönelik ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Ercan**, s.108 vd.; **Arar**, s. 342-346.

17 **Kuru-Seminer**, s. 132; **Altay**, 503; **Tanrıver**, s. 20; **Tanrıver/Deynekli**, s. 46; 4949 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet gerekçesi.

diği üzere, iflâsın tasfiyesinde iflâs alacaklıları tasfiyeye yabancılaşmakta, onun için müflisin malları çok kere düşük fiyatla satılmakta ve bundan hem alacaklılar hem de müflis zarar görmektedir. İşte bu nedenlerle ve İsviçre'de genellikle olumlu sonuçlar verdiği düşünülen uygulaması da göz önüne alınarak, mevcudun terki suretiyle konkordatonun İcra ve İflâs Kanununa alınması kabul edilmiştir¹⁸.

II. ÇALIŞMANIN AMACI

Malvarlığının terki suretiyle konkordato, özellikle İsviçre ile birlikte, birçok Güney Amerika ülkesinde, Yunanistan'da, Belçika'da, İngiltere'de, Avusturya'da, İtalya'da bağımsız bir hukukî kurum olarak benimsenmekte ve uygulama alanı bulmaktadır. Yine, belirtildiği üzere, özellikle, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi de dâhil olmak üzere birçok hukuk sistemi tarafından kabul edilen ve uygulama alanı bulan malvarlığının terki suretiyle konkordatonun, Fransız kökenli olduğu; başlangıcının da 17. yüzyılın sonlarına rastladığı belirtilmektedir¹⁹.

Kısaca, pozitif düzenleme serüveni ve gereği konusunda 4949 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan tüm açıklamalar, şu andaki mevcut pozitif durumu ifade etmekte ve belki de bu duruma gelmede temel taşları olarak kabul edilebilecek son yüz yılı kapsamaktadır. Belirtmek gerekir ki, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun 17. yüzyıl Fransız uygulamasına dayandığı; Fransız hukuku temel alınarak diğer hukuk sistemlerine aktarıldığı da yanıl-

¹⁸ Bkz. 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin Hükümet gerekçesi.

¹⁹ Bu konuda bilgi için bkz. **Papa, Gildo**: Die Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabwertung, Diss. Bern 1941, s. 23, dn.1; ayrıca bkz. **Ercan**, s.53 vd.; **Ulukapı, Ömer**: Konkordatonun Feshi, Konya 1998, s. 21, dn.128; **Deli-duman, Seyithan**: Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, (İstanbul Barosu Dergisi, 2004/3), s. 1032, dn.2.; **Berkin**-Konkordato, s. 119-120; Necmeddin M. **Berkin**, "Konkordatonun Hükümleri", İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 1949, s. 655-656 (Berkin-Konkordatonun Hükümleri).

01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren Alman Aciz Kanunu (Insolvenzordnung), Alman Konkordato Kanunu (Vergleichsordnung)'nu yürürlükten kaldırmıştır. Bu nedenle, malvarlığının terki suretiyle konkordato, Alman hukukunda, uygulanabilir başlı başına bir hukukî kurum olarak kabul edilmemektedir (**Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm**: Insolvenzrecht, München 2002, s. 40; ayrıca bkz. **Ercan**, s.74 vd.).

tıcıdır²⁰. Bu konuda, belki, modern pozitif düzenleme anlamında malvarlığının terki suretiyle konkordatoya Fransız hukukunun kaynak teşkil ettiği söylenebilir. Ancak, bu çalışmanın konusu olduğu ve ileride de açıklanacağı üzere, malvarlığının terki suretiyle konkordato uygulaması, pozitif düzenleme alanı bulması çok daha eskilere (Roma hukukuna) dayanmaktadır. Borç karşılığında, alacaklı ile borçlunun anlaşarak malvarlığını (ya da malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini) devretme gibi basit bir temele dayanan malvarlığının terki suretiyle konkordatonun ilk uygulamalarının daha eski toplumlarda aranması akla daha da yakın gelmektedir. Eğer bu konuda yeterli (inandırıcı, gerekçeli) açıklama yapılabilirse, kendi kendimize, belki de, şu gerçeği kabul etmeliyiz: En eski hukuk düzenlerinde dahi uygulama alanı bulan bir hukukî kurumu, Roma hukukunda genel kabul gören ismiyle “*cessio bonorum*”u; asırlar sonrasında, “*malvarlığının terki suretiyle konkordato*” ismiyle pozitif düzenlemeye kavuşturduk. Bu çalışma, genel olarak, İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenlenen malvarlığının terki suretiyle konkordatonun madde madde açıklanmasından ziyade, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun tarihi kökeni olarak ele alabileceğimiz “*cessio bonorum*”a, tarihi gelişim sürecinde bu hukukî kurumun günümüz pozitif hukuk düzenimize yansıma biçimine yöneliktir. Amacımız, “*cessio bonorum*”a yönelik açıklamaların, 4949 sayılı Kanunla düzenleme alanı bulan malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik düzenlemelerle ne ölçüde bağdaştığını göstermek; farklılıkları ortaya koymak; belki de pozitif düzenleme yaptığımız hukukî kurumun hiç de yeni olmadığını gözler önüne sergilemektir.

Kıta Avrupası hukuklarının büyük bir çoğunluğunu derinden etkileyen Roma hukukunda, cebri icra sistemi başlangıçta borçlunun öldürülüp parçalara ayrılması gibi zalimane yöntemlere müsaade etmişken, büyük aşama ve gelişmeler kaydederek, günümüz modern hukuklarında uygulanan malvarlığı üzerinde icra usulünü ortaya çıkarmıştır. Aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere, bu süreç içinde, iflâs tasfiyesine benzer biçimde, “*venditio bonorum*” denilen prosedür ile, borçlunun tüm malvarlığına el konulmakta; bunların satışı ile alacaklıların tatmini yoluna gidilmekteydi. Ancak, bu yol borçlunun aleyhine işlemekteydi. Zira tıpkı hukukumuzda olduğu gibi, iflâsın kamu

²⁰ Bu konuda özellikle, **Pape**, s. 23, dn.1. Haklı olarak belirtildiği üzere, malvarlığının terki suretiyle konkordatonun tarihsel geçmişi aslında Roma hukukuna kadar dayanmaktadır (**Ercan**, s.53).

hukuku bakımından sonuçlarına benzer tarzda yaptırımlara ve hatta ondan daha ağırına maruz kalınmaktaydı. “*Venditio bonorum*” yoluna başvurulduğunda, borçlu, “*infamis*”, yani, “şerefsiz” durumuna düşer; memuriyetten ve yüksek dereceli görevlerden mahrum olurdu. Şahsa karşı icranın ve *venditio bonorum*’un ağır sonuçlar doğurması, “*cessio bonorum*” denilen (ve malvarlığının terki suretiyle konkordatoya benzeyen) bir müessesenin doğumuna zemin hazırlamıştır. Buna göre, borçlu, tüm malvarlığını alacaklılara terk etmek suretiyle borçlarından, şahsına karşı yürütülen icradan ve “*venditio bonorum*”’un ağır neticelerinden kurtulmaktaydı. Konunun daha iyi anlaşılması bakımından, öncelikle, Roma icra hukukunun geçirdiği aşamaların bilinmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

III. ROMA HUKUKUNDA İCRA USULLERİ

A) Genel Olarak

İlkel dönemlerde, yani devletin bireyler arasındaki ihtilaflarla ilgilenmediği dönemlerde; bireyler, haklarını kendileri elde etme yolunu seçmekteydiler. Örneğin, Roma Devleti, ilk dönemlerinde bireyler arasındaki uyuşmazlıklarla ilgilenmemiş, sadece kendisi için önemli gördüğü olaylarda kamusal gücü (devlet yetkisini) kullanmıştı. Bu bağlamda Roma devleti, vatana ihanet, bir aile babasına (*pater familias*) veya devlet başkanına suikast gibi sınırlı sayıdaki fiilleri koğuşturmuş; buna karşılık, bireyler arasındaki ihtilaflara müdahale etmemişti. Bu gibi durumlarda, bireylerin kendi haklarını kendilerinin elde etmesi esasını benimsemişti. Oysa bilindiği üzere, çağdaş hukuk sistemleri ve bu arada hukukumuz, haklı olarak, bu gibi fiilleri suç saymıştır. Borçlu ile alacaklı arasında var olan mücadelenin tarihsel sürecine bakarak, ilk zamanlarda maddî hukuk anlayışının hâkim olduğunu; bu nedenle, alacaklıların alacaklarına kavuşmalarında daha aktif rol oynadığını; bu rolün alacaklılara tanınan maddî hukuk temeline dayalı aynî haktan kaynaklandığının kabulü²¹ kronolojik bakımdan doğrudur. Ancak böyle bir tarihsel gelişimin nedenleri kendi içinde aranmalıdır. Tarihsel süreç içerisinde hukuk sistemlerinde malvarlığının tasfiyesinde maddî hukuk yaklaşımını ya da kamusal yaklaşımı (devletin etkin rolünü, kamusal prensipleri) üstün tutan düşüncenin uygulamaya yansımaları toplumsal yaşam koşullarından kaynak-

²¹ İflâs nedeniyle el koymanın hukukî niteliğine yönelik teorilerden “mülkiyetin devri teorisi”, “el koyma hakkı teorisi” ve “rehin hakkı teorisi” için bkz. **Başözen, Ahmet:** Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005, s. 26–58.

lanmaktadır. Zira hukukun biçimlenmesinde, toplumsal şartlar, etkin rol oynamışlardır. Ticaretle uğraşmanın küçültücü bir meslek dalı olarak görüldüğü ve daha çok azatlılar ve köleler tarafından icra edildiği Roma şehir devletlerinde, devletin, “adı” bir meslek olarak görülen ticaretin içine girerek alacakların tahsili süreci ile uğraşması da düşünülemezdi. Bu nedenle, tasfiye sürecine tümüyle alacaklılar hâkim olmakta, devlet kurumları geri planda kalmaktaydı. Zaman içerisinde ticaretin toplum yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olmasıyla birlikte, devletin alacakların tahsili, borçlunun malvarlığının tasfiyesi sürecindeki rolü artmış; devlet, kurumlarıyla birlikte bu süreçte yer almaya başlamıştır²². Devlet denilen organizasyonun temel görevlerinden birisini ifa etmemesi anlamına gelen, bireyler arasındaki ihtilaflara kayıtsız kalmak; devlet olma mantığıyla bağdaşmaz. Zira güçlü olan zaten hakkını alabilecek durumdadır. Esas olan, haklı olup da, güçlü olmayanın hakkını güçlüye karşı korumak; buna karşılık, güçlünün de hakkını alırken, meşru olmayan vasıtalar kullanmasına imkân tanımadan ve toplumu anarşiye sürüklemekten elde etmesini bizzat sağlamaktır. Nitekim “adalet mülkün (devletin) temelidir” özdeyişiyle anlatılmak istenen de budur. Daha açık bir ifadeyle, devleti devlet yapan, adaletin tesisidir. Bunun yolu ise, bireyler arasındaki ihtilaflara kayıtsız kalmamak ve adaleti tesis etmekten geçer. Devletin yapması gereken, önce haklıyı tespit etmek ve sonra haklının hakkını elde etmesini temin edecek kurallar vasıtasıyla hakkına kavuşmasını sağlamaktır.

Bu bilince tarihsel süreç içerisinde ulaşma çabası gösteren Roma Devleti de, tutumunu değiştirmiş ve kısmen de olsa bireyler arasındaki uyumsuzlukları, koyduğu kurallarla düzenlemiştir.

B) Roma Hukuku ve İcra Hukukunun Gelişim Safhaları

Cebri icra, alacaklının alacağını elde edebilmek için, başvurusu üzerine, borçludan olan alacağının, devlet vasıtasıyla tamamen ya da kısmen tatmini-ne denir. Esas olan, borçlunun borcunu kendiliğinden ifa etmesidir. Borçlu kendiliğinden borcunu ifa ederse, herhangi bir sorun söz konusu olmaz. Borçlu, borcunu kendiliğinden ödemediği takdirde, cebri icra yoluna başvurulur. Burada bizi ilgilendiren husus; bu cebrin ne şekilde tezahür edeceğidir.

²² **Schoch, Hans:** Die juristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Uni-Zürich Diss., Zürich 1940, s. 43-44; **Umar, Bilge:** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, 1973, s. 237; **Başözen,** s. 56-57.

Acaba, devlet, cebri icrayı borçlunun şahsına yönelik olarak mı tatbik edecek? Yoksa borçlunun mallarına yönelik olarak veya her ikisine birlikte mi? İşte bu noktada, önemli olan ayrım söz konusu olmaktadır: “Şahıs üzerinde icra” ve “malvarlığı üzerinde icra”.

Bu ayrım, tarihsel süreç içerisinde değerlendirildiğinde, bir hukuk sisteminin çağdaş olup olmadığı yönünde bir kriter olma özelliğine sahiptir. İkel dönemlerde “şahıs üzerinde icra” genel geçer bir uygulama iken; ilerleyen dönemlerde, cebri icranın hedefi borçlunun şahsı yerine, malvarlığı olmuştur. Zaten, asıl amaç, borcun ifasını temin olunca, icranın da zorunlu olarak, borçlunun malvarlığına yönelmesi gerekir²³. Oysa şahıs üzerinde icranın bu tür bir fonksiyonundan söz etmeye olanak yoktur. Şahıs üzerinde icra, alacağın elde edilmesi değil, olsa olsa alacaklının şahsi kininin ve intikam hissini tatmini sonucunu doğurur. Bu tür ilkel içgüdülerin tatmininde, devletin aracı olmasının kabul edilebilir ve savunulabilir bir yönü olmadığı açıktır.

Roma hukukunun tarihi gelişimi içinde icra usulleri şu safhalardan oluşur:

1- Manus Iniectionem (XII Levha Kanunu Dönemi: MÖ 451-MÖ 326)

XII Levha Kanunu, M.Ö. 451 yılında kurulan özel bir hükümet tarafından hazırlanmış ve on levha üzerine yazılmış kanunlardan oluşmaktaydı. Daha sonra, M.Ö. 449 yılında buna iki levha daha eklenmişti. XII Levha

²³ Cebri icranın borçlunun malvarlığına yönelmiş olması hususunda üç istisnadan söz edilmektedir. Bunlar:

1. Aynen ifa prensibi gereğince, konusu borçlunun bir şeyi yapmasına ya da yapmamasına ilişkin istemler,
2. Sınırsız sorumluluk hallerinde İİK'nun 82. maddesi gereğince, haczedilemeyen ve iflâs masasına girmeyen malları,
3. Hapisle tazyik öngörülen haller (örneğin, İİK. m. 76, 340), (bkz. **Umar**, s. 6-8).

Ancak, üçüncü durum olarak gösterilen istisnaya katılmaya olanak yoktur; zira kanun koyucunun buradaki amacı, borcunu ödemeyen veya ödeyemeyen borçluyu cezalandırmak veya şahsını bundan sorumlu tutmak değildir. İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen bu suçların temel amacı, borçluyu belli davranışlarda bulunmayı sağlamaktan öteye bir anlam taşımaz. Bir başka anlatımla, burada cezalandırılan husus, borçlu olmak veya borcunu ifa etmemek değil, örneğin borçlunun malları üzerinde kolaylıkla haciz yapılabilmesi için belirlenen sürede mal beyanında bulunmasını sağlamaktır. Nitekim anılan cezalar, hiç malı olmadığı halde, bunu beyan edenlere uygulanmamaktadır. Dolayısıyla, bu hükümler inzibatidir.

Kanununa kadar olan dönemde, sınırsız intikam düzeni hâkimdi; yani, bu dönemde, alacaklı borçlusuna yönelik öldürme, işkence yapma vs. gibi her türlü hakka sahipti²⁴.

XII Levha Kanununda yer alan düzenlemelere ilişkin bilgi, iki kaynaktan elde edilmektedir. Bunlardan ilki birinci yüzyılda yaşamış olan **Gellius**'un “*Atina Geceleri*” isimli eseri, ikincisi ise, **Gaius**'un *Institutiones* adlı eseridir²⁵.

XII Levha Kanunu'nun üçüncü levhası, borçların icrasını düzenlemektedir²⁶. Burada yer alan düzenlemeleri şöyle sıralamak mümkündür: Her şeyden önce, borçlunun bu icra prosedürüne tabi tutulabilmesi için; borçlu olduğunun sabit olması gerekiyordu. Bu ise iki şekilde görülürdü; ya borçlu, yapılan yargılama neticesinde mahkûm edilmiş olmalıydı veya *praetor* önünde borcunu ikrar etmiş (*confessio in iure*) olmalıydı. Bu iki koşuldan birinin varlığına rağmen, borcunu ödemeyen borçluya karşı, alacaklı, hükmü cebir yoluyla icra ettirirdi. Bu durumdaki borçluya, borcunu ödemesi için otuz günlük bir süre tanınırdı. Tanınan bu süre zarfında borçlu borcunu ödemezse, alacaklı onun şahsı üzerine el koymaya (*manus iniectio*) hak kazanırdı. *Legis actio per manus iniectioem* olarak adlandırılan bu dava şekli, Roma hukukunda bilinen bütün kanunî dava şekillerinin en eskisiydi²⁷.

Manus iniectio (borçlunun şahsı üzerine el koyma) şu şekilde cereyan ederdi: Otuz günlük sürenin geçmesinden sonra alacaklı, borçluyu nerede bulursa yakalar ve *magistra* önüne getirerek ona el koyduğunu beyan ederdi. Borçlunun, bu durumda, kendini “borçlu olmadığı” şeklinde savunması mümkün değildi; zira onun borçlu olduğu, mahkûmiyet kararı veya ikrar ile sabittir. Borçlu, yalnızca böyle bir mahkûmiyet kararının bulunmadığını veya borcu ödediğini iddia edebilirdi. Bu iddiaları dahi kendisi yapamaz,

²⁴ **Schwarz, Andreas B.:** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1945, s. 95; **Türkoğlu-Özdemir, Gökçe:** Roma İcra Hukuku, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, 2004, s. 134-135.

²⁵ **Rado, Türkân:** Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı, İÜHFİM, 1944/1-2, s. 232 (Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra).

²⁶ III. Levha'ya ilişkin metinler için bkz. **Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra**, s.232-233.

²⁷ **Umur, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, s.237 (Umur-Ders Notları); **Umur, Ziya:** Roma Hukuku -Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1984, s.537 (Umur-Tarihi Giriş); **Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin:** Roma Usul Hukuku, İstanbul 1985, s.16.

ancak bir kefil (*vindex*) vasıtasıyla dile getirebilirdi. Bu iddiaların haksız çıkması durumunda kefil, mahkûmiyet miktarının iki mislini ödemek zorunda kalırdı²⁸.

Bu aşamalarda bir sorun çıkmazsa, yani *magistra* işlemde bir eksiklik görmezse, “*addico*” kelimesini söylerdi. Bu, alacaklının borçluyu hakimiyeti altına almasına muvafakat beyanı niteliğindedir. Bu durumda da, borçlu hükmü yerine getirmezse veya bir kefil de bulamazsa, alacaklı onu evine götürür ve zincire vurarak hapsederdi²⁹. Ünlü Roma tarihçisi **Titius Livius**, soyluların (*patricii*) evlerinin birçoğunun, borçlularla dolu birer hapishaneye dönüştüğünü nakletmektedir³⁰.

Bu şekilde zincire³¹ vurulan borçlu, altmış gün süreyle hapsedilebilirdi. Bu altmış günlük süre içinde alacaklı, borçluyu birbirini takip eden üç pazar (çarşı) günü çarşıda *magistra* önünde durumu ilan etmek ve borçluyu kurtaracak bir kefil aramak zorundaydı. Eğer bir kefil bulamazsa, borçluyu Tiber nehrinin ötesinde bir köle gibi satabilir veya öldürebilirdi³².

XII Levha Kanunu’na göre; alacaklılar birden fazla kişi ise, bunlar borçluyu öldürüp, alacağı oranında parçalara ayırarak hisselerine düşen kısmı alabilirdi. Hatta bir alacaklı hissesinden fazla kısmını kesmişse, bundan ötürü sorumlu tutulmazdı³³.

28 **Umur-Ders Notları**, s.238; **Umur-Tarihi Giriş**, s.537; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s.16; **Türkoğlu-Özdemir**, s. 137.

29 **Schwarz**, s.94; **Umur-Ders Notları**, s. 238; **Umur-Tarihi Giriş**, s.538.

30 **Umar**, s.60.

31 Bu zincirin azami 15 libre (yaklaşık 7,5 kg) olması gerekirdi ve alacaklı, borçluya günde asgari yarım kg. un vermekle mükellefti. Bkz. **Schwarz**, s.94; **Umur-Ders Notları**, s.238; **Umur-Tarihi Giriş**, s.538; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s.16; **Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra**, s.235.

32 **Schwarz**, s. 94; **Umur-Ders Notları**, s. 238; **Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra**, s. 236; **Türkoğlu-Özdemir**, s. 138-139. Roma hukukuna göre, yurttaş köle olamaz ve köle muamelesi göremezdi. Bu sebeple, Tiber nehrinin öte tarafı Roma dışı sayıldığından, bu işleme olanak tanınmıştı. İlginçtir ki, borç için adam öldürülmesinde mahzur görmeyen Romalılar, Roma vatandaşının köle olmasını milli hassasiyetlerine aykırı saymışlardı; bkz. **Umar**, s. 61 dn. 11.

33 **Schwarz**, s. 94; **Umur-Ders Notları**, s. 238; **Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, İstanbul 1992, s. 29 (Rado-Roma Hukuku).

XII Levha Kanunu’nda yer alan bu hükümlerin, daha ilkel dönemlere oranla, bir ilerleme olduğu ifade edilmiştir. Yapılan bu saptamada, *manus iniectio* prosedürünün ilk aşamalarına dayanılmıştır. Örneğin, borçluya otuz günlük süre tanınması, çarşıya çıkarılıp kefil aranması, ilan yapılması vs. gibi hususların bir ilerleme olduğudur³⁴. Yoksa borçluyu öldürüp parçalama yetkisi içeren düzenlemelerin gerçekte bir ilerleme olduğu düşünülemez.

XII Levha Kanununun bu hükümlerine ilişkin olarak, bunların aslında kölenin satış bedelinin taksimine ilişkin olduğu³⁵ veya borcunu ödemeyen kişilerin cehennem ilahlarının gazabına maruz kalmasını temenniden ibaret olduğu³⁶ ifade edilmekte ise de, bu görüşlere katılmaya olanak yoktur. Zira metinde *partes secanto* (parçalara bölünsün) denmekte ve “*hissesinden fazla parça kesenin sorumlu tutulamayacağı*” ifade edilmektedir ki, bunları, bu görüşle telif etmek imkânsızdır. Aksi halde, hukuk düzeninin müşterek alacaklılardan birinin diğerinin hissesine tecavüz etmesine cevaz verdiği gibi kabul edilemeyecek bir anlam ortaya çıkar³⁷.

Borçlunun *pleb* sınıfına dâhil olması durumunda, bu tazyik imkânının mümkün olduğu, buna karşılık, borçlunun *patricii* (soylu) sınıfından olması durumunda uygulanamayacağı ifade edilmektedir³⁸. *Manus iniectio* altındaki borçlu, bazı yönlerden köle gibi ise de, hür kişi niteliğini kaybetmiyordu. Nitekim hak ehliyetini kısıtlayan “*capitis deminutio*”ya uğramıyor, malvarlığı ve ailesi üzerinde sahip olduğu haklar alacaklıya intikal etmiyor ve niha-

34 Schwarz, s. 95; Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra, s. 237.

35 Bu görüşte olan Avrupalı Roma Hukukçuları için bkz. Umar, s. 61 dn. 12; Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra, s. 236–237.

36 Bu görüş için bkz. Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra, s. 237; Türkoğlu-Özdemir, s. 139 dn. 38.

37 Alacaklıların birden fazla olması durumunda, tutuklu borçluyu öldürdükten sonra alacaklıları oranında paylaşmaları XII Levha Kanunlarından cebri icrayı düzenleyen III. Levhaya dayandırılmaktadır. Bu durumun gerçekliği konusunda şüpheler bulunsa bile, bir alacaklının kendi payına düşen kısmı borçlunun yakınlarına vermemek yoluyla, borçlunun yakınlarının borcu ödemeye zorlanması, parçalara ayrılan ceset karşılığında alacaklılara borcun ödenmesi noktasında bir zorlama aracı olarak düşünülmüş olabileceği ileri sürülmektedir. Çünkü Roma inanışlarına göre, ölen bir kişinin gömülmemesi, dini sakıncalar ortaya çıkarmaktaydı (Kaser, Max: Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, München 1992, s. 360; Kaser, Max: Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966, s. 101).

38 Umar, s. 62, dn. 13.

yet borcunu ödemesi durumunda azatlı sayılmayıp, hür kişi kabul ediliyordu³⁹.

İlginçtir ki, bu dönemde borçlunun sadece şahsına yönelik zorlama imkânları kabul edilmiş, buna karşılık, borçlunun malvarlığı üzerinde alacaklıya herhangi bir hak tanınmamıştı⁴⁰. Yani borçlu, borcuna yetecek malvarlığına sahip olmasına rağmen, *manus iniectio*'nun tüm tehlikeli sonuçlarını kabullenip borcunu ödemeye yanaşmazsa, ona karşı yukarıda sayılan tazyik imkânı uygulanabilecek; buna karşılık yine de malvarlığına dokunulamayacaktı. Bu durumda borçlunun malvarlığına ne olacağı konusunda kaynaklarda açık herhangi bir bilgiye rastlanmamaktadır⁴¹.

Manus iniectio usulü, bir takip usulü olarak borcun ödenmesini sağlamadığı gibi, toplumda sayıları gittikçe artan bir köle sınıfının oluşmasına yol açmış; ilkel ve ahlak dışı bir takip usulü olarak kalmıştır⁴².

2- *Actio Iudicati* (Lex Poetelia Kanunu: MÖ 326- MÖ 118)

Legis actio (kanunî dava şekilleri) usulünde geçerli olan *legis actio per manus iniectioem*'in yerini, *formula* usulünde, özellikle *Lex Poetelia* adlı bir Kanunla (MÖ 326) getirilen düzenlemelerle, *actio iudicati* denilen “icra davası” almıştır. Çünkü *manus iniectio* şahıs üzerinde uygulanan ve çok sert bir icra usulü idi. *Actio iudicati* ise, buna oranla daha yumuşak olmakla birlikte, yine de şahıs üzerinde cebri icra olma özelliğini devam ettiriyordu⁴³. *Actio iudicati*, şu şekilde uygulanmaktaydı:

Bu usulde, alacaklının borçluyu öldürmesi, zincire vurması veya köle olarak satması gibi zalimane imkânlar elinden alınmıştı⁴⁴. Bu icra davası da, diğer davalarda olduğu gibi, *praetor*⁴⁵ beyannamesinde (*edictum*) belirtil-

³⁹ Umar, s. 62-63.

⁴⁰ Berkin-Konkordato, s. 21; Umar, s. 62; Berkin, Necmeddin M.: Konkordato ve İflâs, İstanbul Barosu Dergisi, 1939/3, s. 142-143 (Berkin-Konkordato ve İflâs).

⁴¹ Kaser-Das römische Zivilprozeßrecht, s. 105, dn. 14.

⁴² Berkin-Konkordato, s. 22; Berkin-Konkordato ve İflâs, s. 142.

⁴³ Di Marzo, Salvatore: Roma Hukuku, (Çev. Ziya Umur), İstanbul 1959, s. 133.

⁴⁴ Schwarz, s. 95; Rado-Roma Hukuku, s. 30.

⁴⁵ *Praetor*, aslında önden giden, kumandan anlamlarına sahipti. Ancak zamanla MÖ 367'de kurulan üçüncü *consul*'lüğü üstlenen *magistra*'ya verilen bu ad sadece onun tarafından

mişti⁴⁶. *Formula* usulünün genel karakteristiği olduğu üzere, burada da mahkûm olan borçlu aleyhine karar, bir para borcuna mahkûmiyeti içeriyordu. Şayet borçlu, otuz gün içinde borcunu ödemezse, davayı kazanmış olan alacaklı, bu kez *actio iudicati* denilen icra davasını açar ve davalıyı *magistra* huzuruna davet ederdi. Alacaklı, burada, *magistra*'dan kendilerine bir hâkim tayin edilmesini isterdi⁴⁷. Ancak, buradaki hâkim, resmi bir devlet memuru değil, özel bir şahıstı. Bu aşama, çoğunlukla, davalının mahkûmiyetini ikrar (*confessio*) etmesiyle son bulurdu; zira önceden verilmiş mahkûmiyet kararına karşı, borçlunun borçlu olmadığını ileri sürmesi gibi bir imkân söz konusu olamazdı⁴⁸. Bu durumda borçlu, sadece mahkûmiyet kararının bulunmadığını, mahkûmiyet kararının herhangi bir sebeple bâtil olduğunu veya ilk mahkûmiyet kararından sonra borcunu ödemiş olduğunu ileri sürebilirdi. Bu iddialarında haksız çıkması durumunda ise, mahkûmiyet konusunun iki misline mahkûm edilirdi⁴⁹.

Actio iudicati ile *magistra* önüne getirilen ve borcunu ikrar eden veya itiraz edip de, itirazı hükümden düşürülen davalı (borçlu), mahkûm edildiği borcu derhal ödemezse, alacaklı *magistra*'dan borçlu üzerine egemenlik kurma hakkının kendisine tanınmasını talep ederdi. Bu hakkın tanınmasıyla, alacaklı, borçlunun şahsı üzerinde icraya geçerdi⁵⁰. Bu egemenliğin kapsamına borçluyu öldürmek, zincire vurmak veya köle olarak satmak gibi hususlar girmezdi. Alacaklıya tanınan yetki, borçluyu kendi özel hapisanesine götürüp, borcuna karşılık gelecek kadar (köle olarak) çalıştırmaktan ibaretti. Doğal olarak, borç sona erince, borçlu yine eski statüsüne kavuşmaktaydı⁵¹.

kullanılır olmuş ve Roma vatandaşlarının hukuk alanındaki işleri ile ilgilenen bu kişilere *praetor urbanus* adı verilmiştir. Bu konuda bkz. **Lateinisch-Deutsch, Ausführliches Handwörterbuch**, Berlin 2002, s. 1898.

46 **Umur-Ders Notları**, s. 268; **Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku**, Ankara 2005, s. 309.

47 **Di Marzo**, s. 133; **Umur-Ders Notları**, s. 268; **Karadeniz-Çelebican**, s. 310.

48 **Umur-Ders Notları**, s. 268; **Karadeniz-Çelebican**, s. 310.

49 **Di Marzo**, s. 133; **Umur-Ders Notları**, s. 269; **Karadeniz-Çelebican**, s. 310–311; **Tahiroğlu/ Erdoğmuş**, s. 35.

50 **Umur-Ders Notları**, s. 269; **Karadeniz-Çelebican**, s. 311.

51 **Von Woess, Friedrich**: Personalexecution und cessio bonorum im römischen Reichrecht, (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 1922/43, s.485–530) s. 502, dn.1; **Di Marzo**, s. 133; **Schwarz**, s. 95; **Rado-Roma Hukuku**, s. 30.

Actio iudicati ile cebri icranın, alacaklının alacağını elde etmesine yönelik bir boyut kazandığını görmekteyiz. Gerçekten de, *manus iniectio* ve *actio iudicati*'nin ortak özelliği, şahıs üzerinde icra olmasına rağmen, *manus iniectio*'nun alacaklının intikam hissini tatmine yönelik olduğu, buna karşılık *actio iudicati*'nin alacağın elde edilmesine yönelmiş olduğu görülmektedir. Bu ikinci sistem, esasında, cebri icranın “olması gereken” amacına doğru bir yönelme sayılabilir. Belirtilmelidir ki, bu sisteme geçişte, insanî duyguların ağır basmasından ziyade, toplumda sayıları gittikçe artan köle sayısı sebebiyle, artık bunlara alıcı çıkmamasının etkili olduğudur⁵².

3- *Bonorum Venditio* (MÖ 118-?)

Yukarıda açıklanan ilk iki aşama borçlunun şahsını hedef tutmaktaydı. MÖ 118 yılından itibaren, bu çizgide bir sapma; daha doğru bir ifadeyle, bir iyileşme ve gelişme görmekteyiz. Bu yenilik, Roma hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi, yine *praetor*'ların faaliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan tarihte, *praetor Rutilius Rufus*'un⁵³, belli konularla sınırlı olmak üzere, malvarlığı üzerinde icra usulüne imkân tanıdığını görmekteyiz. Bu usule, özellikle borçlunun saklanması, bulunamaması (gaipliği) ya da mirasçı bırakmaksızın ölmesi durumlarında başvurulabiliyordu⁵⁴.

Bu usulde, borçlunun mallarına alacaklılar tarafından el konulmakta ve alacaklarını elde edebilmek için bu malları satıp, bedelini paylaşmaktaydılar⁵⁵. Başlangıçta, sadece borçlunun gaipliği, saklanması veya mirasçı bırakmadan ölmesi durumunda istisnaen başvuru olan bu usul, zamanla borçlunun borcunu ikrar etmesine veya mahkûm olmasına rağmen ödememesine de uygulanır olmuştur⁵⁶.

Bonorum venditio usulünün uygulanabilmesi için, şu koşullardan birinin varlığı gereklidir:

⁵² Berkin-Konkordato, s. 22.

⁵³ Karadeniz-Çelebican, s. 311; Umar, s. 63; Umur-Tarihi Giriş, s. 600.

⁵⁴ Karadeniz-Çelebican, s. 311.

⁵⁵ Woess, s. 520; Karadeniz-Çelebican, s. 311.

⁵⁶ Çelebican, s. 311.

a) Borçlu, duruşmaya geldiği halde, kendisini savunmazsa, mahkûm olmuş borçlu olarak kabul edilir ve kendisine karşı *bonorum venditio* uygulanır⁵⁷.

b) Yargılamanın yapılacağı günde, borçlu duruşmaya gelmezse ve temsilci de göndermezse gaip sayılırdı. Temsilci gelmesine rağmen, kanunen aranan teminatı yatırmazsa, yine gaip sayılır ve borçluya karşı *bonorum venditio* uygulanırdı⁵⁸.

c) Borçlu, mirasçı bırakmadan ölürse⁵⁹ veya mirası bütün mirasçılar tarafından reddedilirse yahut mirası kabul edilip de kabul eden mirasçının ödeme gücü şüpheli olursa ve bu mirasçı teminat gösteremezse⁶⁰, kendisine karşı *bonorum venditio* uygulanırdı.

d) Borçlunun ikrarı veya borçtan ötürü mahkûm olması halinde, ikrar veya mahkûmiyet tarihinden itibaren otuz gün geçmesine rağmen borcu ödememesi durumunda *bonorum venditio* uygulanırdı⁶¹.

e) Roma hukukunda hak ehliyetinin koşulu olan üç “*status*”dan birinin ortadan kalkması durumuna *capitis deminutio* denir. Bu durumda, sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı olan bütün borçlar sona ererdi. Bu durumda, alacaklıların hakkı sona ermekteydi. Bu adaletsiz sonucu engellemek için; *praetor*’lar bir *fictio* (faraziye) yoluyla, sanki ilgili kişi o hukukî duruma düşmemiş gibi ona karşı *bonorum venditio* uygulanırdı. Bu şartlardan birinin varlığı durumunda, alacaklılardan birinin *praetor*’a başvurması gerekiyordu. Ancak, sonuçtan tüm alacaklılar yararlanıyordu. Başvuruyu yapan alacaklının diğerlerine oranla bir rüçhan hakkı söz konusu değildi. Fakat bu imkân sunulduğu esnada alacaklı olanlar, sonradan bu sıfatı kazananlara karşı rüçhan hakkı elde ederdi⁶².

Praetor’a yapılan ilk başvurunun amacı; bir tür ihtiyati tedbir elde etmektir. Talebin içeriği de, malların zilyetliğini elde etmekten ibaretti. Zilyet-

57 **Umur-Tarihi Giriş**, s. 600; **Umar**, s. 64.

58 **Umar**, s. 64.

59 **Karadeniz-Çelebican**, s. 311.

60 **Umar**, s. 65; **Umur-Tarihi Giriş**, s. 600.

61 **Umur-Tarihi Giriş**, s. 600.

62 **Umar**, s. 65.

liği elde etmekteki amaç, bu malların kaçırılmasını veya gizlenmesini engellemektir⁶³. Roma hukukunda alacaklıların *praetor* vasıtasıyla borçlunun malvarlığına el koymaları şeklinde işleyen bu sistem ile alacaklılar lehine el konulan malvarlığı üzerinde bir tür rehin hakkının varlığı kabul edilmekteydi⁶⁴. Ancak bunun olabilmesi için, *praetor*'un el koyma kararı tek başına yeterli olmamakta; ayrıca, alacaklıların borçlunun malvarlığına fiilen el koymaları da gerekmektedir. Bu şekilde alacaklılar, borçlunun tüm mal ve hakları üzerinde değil; sadece, fiilî olarak el koydukları belirlenmiş mal ve hakları üzerinde rehin hakkına sahip olmaktadır. Bu nedenle, Roma hukuk sisteminde alacaklıların borçlunun mal ve hakları üzerinde elde ettiği bu hakka, “*hypotheca* (taşınmaz rehni-ipotek) yerine, akıllıca bir ifadeyle, “*pignus praetorium* (teslim şartlı *praetor* rehni)” denilmekteydi⁶⁵. Daha sonraları, *praetor* rehniinde söz konusu olan *praetor*'un vermiş olduğu el koyma kararına ilave olarak, borçlunun mal ve hakları üzerinde alacaklıların zilyetliğe sahip olmaları şartının aranmadığı, bu konuda *praetor* tarafından borçlunun malvarlığına yönelik olarak el koyma kararının verilmesinin yeterli olacağı, bu şekilde borçlunun malvarlığı üzerinde kendiliğinden zilyet-

⁶³ Umur-Ders Notları, s. 269; Türkoğlu-Özdemir, s. 148.

⁶⁴ Alman iflâs hukukunda (InsO ve KO), açık bir biçimde, iflâsın açılmasıyla borçlunun el konulan malvarlığı üzerinde alacaklılar lehine bir rehin hakkının kurulduğu şeklinde bir düşünceye sevk edecek düzenleme bulunmamakla birlikte, haczin alacaklı lehine aynı bir hakkın doğumuna yol açtığından yola çıkılarak (ZPO § 804); iflâs halinde de, aynı sonuca varılması gerektiği savunulmuştur. Özellikle, ZPO § 804 göz önünde tutularak, alacaklıların hacizli mal üzerinde rehin hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Haczin uygulanmasıyla alacaklı lehine, hacizli mal üzerinde bir imtiyaz hakkı doğmaktadır ki; buna, “haciz rehin hakkı (Pfaendungspfandrecht)” denilmektedir. ZPO § 804'e göre, haciz rehin hakkı; haczi ilk uygulatan alacaklıya, (aynı mal üzerinde daha sonra haciz koydurmuş olan) diğer alacaklılar karşısında, sözleşmeye dayanan bir rehin hakkı varmış gibi, alacağına aynı bir imtiyaz hakkı kazandırmaktadır. Eğer hacizli mal, o mala haciz koydurmuş tüm alacaklıların alacağını karşılamaya yetmez ise, haczi ilk uygulatan kişi ZPO § 804'ün sağladığı öncelik ilkesinden faydalanır; alacağına diğer alacaklılardan öncelikli olarak kavuşur (Haciz rehin hakkı için bkz. **Arens, Peter/Lüke, Wolfgang:** Zivilprozessrecht-Erkenntnisverfahren - Zwangsvollstreckung, München 1992, s. 404-405; **Musielak, Hans-Joachim:** Grundkurs ZPO, München 1995, s. 341-342; **Thomas, Heinz/Putzo, Hans:** Zivilprozessordnung-Kommentar, München 2002, § 804, Anm.1-12, s. 1237-1238; **Zimmermann, Walter:** Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen- Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Heidelberg 1995, § 804, Anm.1-4, s. 960-961; **Gerhardt, Walter:** Grundbegriffe des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Stuttgart 1985, s. 65-66.

⁶⁵ Bu konuda bkz. **Başözen**, s. 42-44; **Schoch**, s. 27-28; **Umar**, s. 231.

liğin kazanılacağı kabul edilmiştir⁶⁶. Yapılan talep üzerine *praetor*, alacaklıyı (alacaklılar birden fazla ise, bunlardan birini) malları geçici olarak yönetmekle görevlendirirdi (*curator bonorum*, malların kayyımı). Geçici haciz niteliği taşıyan bu işlem, ilanlar yoluyla herkese duyurulurdu. Bu ilanların iki fonksiyonu vardı: İlk olarak, varsa diğer alacaklıların katılımını temin etmek; ikinci olarak, borçlunun dostlarının bu borcu ödeyip ödemeyeceklerini araştırmaktı⁶⁷. Bu süreçte alacaklılar veya *curator bonorum*, borçlunun mallarının maliki değildir. Yani, *praetor*'un kararıyla mülkiyet karşı tarafa geçmemiştir⁶⁸. Bu kişiler, sadece “elde bulunduran (*detentor*)” durumundadırlar. Bu şekilde zilyetlik başladıktan sonra, otuz gün içinde borçlu, yakınları veya dostları tarafından borç ödenmezse, malların toptan satışı (*bonorum venditio*) yoluna gidilirdi. Otuz günlük sürenin sonunda, *praetor*, *curator bonorum*'u malları satmaya davet ederdi. Alacaklıların birden fazla olması durumunda, içlerinden birini *magister bonorum* olarak tayin ederdi⁶⁹ ve tayin edilen kişinin *praetor* tarafından onaylanması gerekiyordu⁷⁰. *Praetor*'un onayından sonra, *magister bonorum* tarafından satışın yapılacağı ilan edilir ve alacaklılar otuz gün geçtikten (borçlu ölmüşse 20 gün) sonra, *praetor*'a başvurarak “satış şartnamesi defteri”nin düzenlenmesi için izin alırlardı⁷¹. Bu defterde, borçlunun malları, alacaklıların kimler olduğu ve her birinin alacak miktarı gösterilirdi⁷².

⁶⁶ **Kohler**, J.: Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891, s. 101,107; **Kohler**, J.: Leitfaden des deutschen Konkursrechts für Studierende, Stuttgart 1893, s. 20; **Schoch**, s. 39; **Umar**, s. 235; **Başözen**, s. 52-53; Roma hukukunda alacaklıların borçlunun mal ya da hakları üzerinde zilyetliği kazanmasına “işgal (Occupatio)” vasfı verilirken; modern hukuk düzenlemelerine göre ise, iflâsın açılması kararıyla müflisin masa konusu malvarlığı üzerinde fiilî hakimiyet sağlanmasına (İİK m.208; 210), bu yolla masa konusu üzerinde alacaklıların idare ve tasarruf yetkilerini kullanmalarına “el koyma (Beschlagnahme)” adı verilmektedir (**Schoch**, s. 39); İflâs nedeniyle el koymada maddî hukuk yaklaşımlarının eleştirisi için bkz. **Başözen**, s. 28 vd.

⁶⁷ **Rado-Roma Hukuku**, s. 30; **Umur-Ders Notları**, s. 270; **Karadeniz-Çelebican**, s. 311.

⁶⁸ Roma ve günümüz (iflâs) hukuklarında, iflâsın açılmasıyla kendiliğinden oluşan iflâs masasına dâhil olan malvarlığı üzerinde alacaklıların mülkiyete yönelik maddî hukuk temeline dayalı hak kazandıkları; yani, iflâs nedeniyle el koymanın, mülkiyetin devri sonucuna yol açtığı şeklindeki görüş ve eleştiriler için bkz. **Başözen**, s. 26-34.

⁶⁹ **Umur-Ders Notları**, s. 270; **Rado-Roma Hukuku**, s. 30; **Umar**, s. 66.

⁷⁰ **Umar**, s. 66.

⁷¹ **Di Marzo**, s. 134; **Umar**, s. 66-67.

⁷² **Umur-Ders Notları**, s. 270; **Umar**, s. 67.

Bu işlemten on gün sonra, borçlunun mallarının açık arttırma yoluyla satışı yapılırdı. Açık arttırmada borçlunun tüm malvarlığı satışa sunulur ve arttırmada en çok pey ileri süren kişiye malvarlığı devredilirdi. Ancak, burada satışa konu olan borçlunun mallarının değeri değildi. Alacakların toplamının en yüksek oranının ödenmesi açık arttırmaya sunulmaktaydı. Malların bu şekilde satıldığı kişiye *bonorum emptor* denirdi ve bu kişi külli halef sayılırdı⁷³. Örneğin, borçlunun 400 *sesterz* borcu ve üç alacaklısı olduğunu ve ilk alacaklının 200 *sesterz*, diğer ikisinin 100'er *sesterz* alacağını düşünelim. Burada açık arttırmaya çıkarılan borçlunun malvarlığına karşılık, 400 *sesterz* tutarındaki alacak miktarının ne kadarının ödeneceğidir. Bu durumda örneğin, % 50, %60 ve %70 olmak üzere üç pey ileri sürülmüşse, arttırma 70 pey ileri sürene yapılır. %70 pey süren kişi *bonorum emptor* olur ve ilk alacaklının alacağını %70'i yani 140 *sesterz*'ini, diğerlerinin ise 70 *sesterz*'ini ödemek suretiyle borçlunun malvarlığına sahip olur.

4- *Cessio Bonorum*

Cessio bonorum, çalışmamızın asıl konusunu oluşturduğundan, şimdilik kısa bir açıklama ile yetinilerek, ayrıntılı açıklama, malvarlığının terki suretiyle konkordato ile kıyaslama yapılırken ortaya konacaktır.

Daha önce de ifade edildiği gibi, *Augustus* zamanında kabul edilen "*Lex Iulia de Cessio Bonorum*" adlı Kanunla, yeni düzenlemeler getirilmişti. Bu düzenlemenin esası *venditio bonorum*'un ağır neticelerini önlemeyi hedef tutuyordu; zira *venditio bonorum*, borçluyu şerefsizliğe düşürüyordu; bunun ise çok ağır sonuçları vardı: Her şeyden önce, borçlu, toplum içinde tüm saygınlığını yitirdikten başka, yaşamının ileri dönemleri için de büyük kayıplara uğruyor; örneğin, kamu hizmetlerinden mahrum kalıyordu.

Bu Kanunla, borçlu, kendi rızasıyla, ödeme güçlüğüne düştüğünü açıklayarak bütün malvarlığını alacaklılarına terk etmek (*cessio bonorum*) suretiyle, şerefsizliğin ağır neticelerinden kurtuluyordu⁷⁴. Bunun yanı sıra, önemli bir başka avantajı da *beneficium competentiae* imtiyazından kayıtsız şartsız

⁷³ Umur-Ders Notları, s. 270; Rado-Roma Hukuku, s. 30; Umar, s. 67; Çelebican-Karadeniz, s. 351.

⁷⁴ Hörll, Ulrich: Das strafrechtlich geschützte Vermögen im Konkurs des Gemeinschuldners, Bonn 1998, s. 10; Umur-Ders Notları, s. 269; Rado-Roma Hukuku, s. 31.

yararlanmasıydı⁷⁵. Bu imtiyaz, borçlunun sadece kendi imkânları ölçüsünde mahkûm edilmesini ve şahsı üzerinde icrayı önleyen bir imtiyazdı. Bu imtiyazdan, *cessio bonorum* imkânına başvurmuş olanların dışında, örneğin, birbirine karşı eşler, azatlıya karşı efendi ve askerler yararlanabiliyordu⁷⁶. *Cessio*, borçlu ile alacaklılar arasındaki anlaşmayı, *bonorum* ise, borçlunun mallarının satışını ifade etmekteydi⁷⁷.

5- İmparatorluk Devrinde İcra

İmparatorluk devrinde, mallar üzerinde icra usulü yerleşti. Bugünkü sistemimize yakın bir şekilde, borçlunun borcuna yetecek kadar malı haczediliyor; bu mallar belirli süreler sonunda açık arttırma yoluyla satılıyor ve fazla kalan kısım borçluya iade ediliyordu. Bu dönemde icra, olması gereken kimliğine kavuşmuş; alacaklıların intikam hislerini tatmine değil, alacaklarına kavuşmalarına yönelmişti⁷⁸.

IV. ROMA HUKUKUNDA CESSIO BONORUM YA DA BİLİLEN ADIYLA “MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATO”

A) Genel Olarak

Roma hukukunda cebri icra usullerine yönelik kısa açıklamalar, ilk devirlerde kural olarak borçlunun şahsına yönelik ilkel cebri icra uygulamalarının, tedricî olarak borçlunun malvarlığına yönelmesine yönelik seyir izlediğini göstermektedir. Bu seyre rağmen aşağıda açıklanacağı üzere şahıs üzerinde icra, belirtilen sürece ve metinlere rağmen her dönemde alacaklılarca başvuru edilen etkili bir alacağa kavuşma yöntemi olarak varlığını da sürdürmüştür; hatta toplum tarafından genel bir uygulama olarak kabul görmüştür.

Borçlu ile alacaklı arasında var olan mücadelenin tarihsel sürecine yönelik bu kısa açıklamalarda da anlaşıldığı üzere, ilk devir maddî hukuk anlayışı, zayıf durumda olan borçluyu tamamen alacaklıların eline ve insafına bırakmaktadır. Bu anlayışa göre alacaklılar, alacaklarına kavuşmalarında ta-

⁷⁵ Rado-Roma Hukuku, s. 31.

⁷⁶ Umur, Lügat, s. 28.

⁷⁷ Türkoğlu-Özdemir, s. 155.

⁷⁸ Rado-Roma Hukuku, s. 31

mamıyla aktif rol oynamakta; bu rolün, borçlunun malvarlığı üzerinde alacaklılara tanınan maddî hukuk temeline dayalı aynı hak ya da benzeri bir haktan kaynaklandığı genel kabul görmektedir⁷⁹. Zaman içerisinde ticaretin toplum yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olmasıyla birlikte, devletin alacakların tahsili, borçlunun malvarlığının tasfiyesi sürecindeki rolü artmış; devlet, kurumlarıyla birlikte bu süreçte yer almaya başlamıştır⁸⁰. Devlet denilen organizasyonun temel görevlerinden birisini ifa etmemesi anlamına gelen bireyler arasındaki ihtilaflara kayıtsız kalmak; devlet olma mantığıyla bağdaşmadığı gibi, kişinin hakkını bizzat alması sonucunu da doğurmaktadır; zira güçlü olan, zaten hakkını alabilecek durumdadır. Esas olan, haklı olup da, güçlü olmayanın hakkını güçlüye karşı korumak; buna karşılık, güçlünün de hakkını alırken, meşru olmayan vasıtalar kullanmasına imkân tanımadan ve toplumu anarşiye sürüklemekten elde etmesini bizzat sağlamaktır. Nitekim “adalet mülkün (devletin) temelidir” özdeyişiyle anlatılmak istenen de budur. Daha açık bir ifadeyle; devleti devlet yapan şey, adaletin tesisidir. Bunun yolu ise, bireyler arasındaki ihtilaflara kayıtsız kalmamak ve adaleti tesis etmekten geçer. Devletin yapması gereken, önce haklıyı tespit etmek ve sonra haklının hakkını elde etmesini temin edecek kurallar vasıtasıyla hakkına kavuşmasını sağlamaktır. Bu bilinci, tarihsel süreç içerisinde yakalamaya çalışan Roma Devleti de, tutumunu değiştirmiş ve bireyler arasındaki ihtilafları, koyduğu kurallarla düzenleme gayreti içerisinde olmuştur. Bu nedenle, ilkel dönemlerden sonraki devirlerde, devlet, alacakların tahsilinde doğrudan yarar sahibi olmasa da, alacaklıların ve borçluların birbirlerine karşı üstün hak ve yetkilerini kural koyma ve hukukî kurum yaratma suretiyle, devletin gücü ile dengeleme çabasına sahip olma eğilimini genellikle muhafaza etmiştir. Çünkü alacaklılık ile borçluluk sıfatları, yerine göre taraf çıkarlarının birleşebildiği bir alan olmasına karşın, yoğun çıkar çatışmalarının yaşandığı bir alan olma özelliğini de içerisinde barındırmaktadır⁸¹.

Devlet erkinin bu çabası, günümüz hukuk sistemlerine yansıyan bir takım yeni kurumların doğmasına da neden olmuştur. Diğer taraftan, alacaklılık ile borçluluk günümüze ait kavramlar değildir. Yine günümüz anlamında

⁷⁹ İflâs nedeniyle el koymanın hukukî niteliğine yönelik teorilerden “mülkiyetin devri teorisi”, “el koyma hakkı teorisi” ve “rehin hakkı teorisi” için bkz. **Başözen**, s. 26–58.

⁸⁰ **Schoch**, s. 43–44; **Umar**, s. 237; **Başözen**, s. 56–57.

⁸¹ **Köhn, Kai**: Veräußerungsgeschäfte des Insolvenzschuldners (§§ 80 I, 81 InsO), Hannover Uni-Diss. 2000, s. 64; **Başözen**, s. 95–97, 10–22.

genel kabul gören hukukî kurumların birçoğunun temelini ya da kökenine birtakım farklılıklarla da olsa ilkel toplumlarda da rastlamak mümkündür. Ancak Roma icra sisteminin özellikle özel hukuk prensiplerine kamusal prensiplerin de eklenmesiyle yaşanan hızlı gelişimi, hukuk biliminin ne kadar çok geliştiğine de tanıklık etmektedir. Hukukun yaşayan bu özelliği gereği, günümüz hukukî kurumlarına yönelik açıklamalar yapılırken, her durumda Roma hukuku prensiplerine ya da benzer sistemlere göndermelerde bulunulduğu da bilinen bir gerçektir. Bu yola başvurulmasında, kimi zaman hukukî kurumun eksik yönlerinin kapatılma çabasının yattığı yadsınamaz bir gerçekliktir⁸².

İşte bu sınırlılıklar çerçevesinde, 4949 sayılı Kanunla hukuk sistemimizde pozitif düzenleme alanı bulan malvarlığının terki suretiyle konkordato kurumunun temellerine (başka bir ifadeyle; bilinen en eski ilkel uygulama tarzına), İmparator *Augustus* tarafından çıkarılan MÖ 17 tarihli ‘*lex Iulia iudiciorum privatorum*’un bir hukukî kurum olarak düzenlenlediği “*cessio bonorum*”da rastlamaktayız⁸³.

B) Cessio Bonorum ya da Borç Karşılığında Malların Devri

1- Terminoloji ve Yöntem Sorunu

Roma yargılama ve icra hukukuna yönelik açıklamalar bir takım güçlükleri de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Uzunca bir zaman öncesine yönelik elimize ulaşanların yanında, fazla sayıda detaylardan da ulaşmamış olma ihtimali göz ardı edilemez. Bu nedenle, eski hukuk sistemlerine yönelik yapılan çalışmalarda, öncelikle, güvenilir ve açık metinlere ulaşma noktasında ümitsizlik, ister istemez kendini göstermektedir. Çalışmanın belirli bir noktasında yarı yolda hiç bir şey elde edemeden kalma ihtimali de bulunmaktadır. Roma kaynaklarına yönelik bilgiler, genellikle, daha sonra elde edilen Yunan kaynaklarına ve (güvenilirliği noktasında tam emin olunulamayan) papirüslere dayanmaktadır. Bu durum, ele geçen az sayıda bilgi kaynakları-

⁸² **Schoch**, s. 61; **Başözen**, s. 80. Bu tür çabaların, hukuk bilimini ileriye götürmeye hizmet edemeyeceği tartışma götürmez bir gerçektir. Ancak geçmişte, bazı hukuk düzenlerinde yer alan hukukî kurumlar, günümüz anlayış tarzına ne ölçüde uyarsa uysun, kendi tarihi içerisinde kendine özgü kurumlara ve genel amaçlara sahip olmuştur. O halde, bu kurumlara yönelik açıklamalar yapılırken, kendi sosyal gerçeklikleri içerisinde ortaya çıktıkları ve uygulandıkları gerçeği gözardı edilmemelidir.

⁸³ **Hörl**, s. 10; **Kaser**-Das römische Zivilprozeßrecht, s. 316 vd.

nın dikkatli bir incelemeye tabi tutularak kullanılmasını gerekli kılmaktadır⁸⁴.

Cessio bonorum'a yönelik bilinen en eski düzenleme, MÖ 17'li yıllara kadar geriye gitmektedir. *Cessio bonorum*, İmparator Augustus tarafından çıkarılan ve mahkemelerde yargılamaya yönelik kurallar içeren "*lex Iulia*" yoluyla, ilk defa hukukî kurum olarak düzenlenmiştir. *Cessio bonorum*, önceleri, sadece *şehir praetor*'ları tarafından bulunan bir mahkeme uygulaması (içtihadı)⁸⁵ niteliğindedir. Daha sonraları yapılan düzenlemelerle bu uygulamalar, diğer şehirlere de yayıldı. Bu uygulamaların temelinde, Romalıların, Romalılar üzerinde uyguladığı "*şahıs üzerinde icrayı*" bertaraf etmeye yönelikti. *Cessio bonorum*, uygulandığı zaman bakımından en önemli etkisini, malvarlığını borç yükümlülüklerine karşılık olmak üzere devreden borçluyu, şahıs üzerinde uygulanan icradan kurtarmasında göstermiştir⁸⁶.

2- *Cessio Bonorum* ve Şahıs Üzerinde İcra

Cessio bonorum teorik olarak şahıs üzerinde icranın engellenmesi fonksiyonunu ifa edecek bir hukuki kurum olarak ortaya çıksa da, Roma hukuk uygulamasında, ekseriyetle pratikte uygulana gelen şahıs üzerinde icranın *cessio bonorum* tarafından ne şekilde engellenebildiği de açıklanmaya ve araştırılmaya değer bir olgudur. Ayrıca pozitif düzenlemelerle yasaklanmasına ve (*venditio bonorum* gibi) alternatif hukukî kurumlar oluşturulmasına rağmen, Roma icra hukukunun gelişim safhalarının tamamında, azalarak olsa da şahıs üzerinde icra, en bilinen, etkili yöntemlerden biri olarak kabul görmüş ve uygulama alanı bulabilmiştir. Bu yasal düzenlemelerin varlığına

84 Woess, s. 485-486.

85 Roma hukukunda *praetor*'ların hukuk yaratması (*Iurisprudencia*), zamanla, Roma hukukunun milli bir karaktere dönüşmesine yol açmıştır. *Praetor*'lar, pozitif hukuku uygulamanın yanında, günümüz hâkimlerinden farklı olarak, geniş serbesti içinde hukuk yaratma yetkisine de sahip bulunmaktaydı. *Praetor*, bu şekilde hukuku, her yıl yayımlanan ve uygulanacak hem eski hem de yeni kuralların yer aldığı, "alenen bildirilen şey anlamında "*edictum*"lar yoluyla yaratırdı; Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret: Modern Hukusa Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, s. 13-14, 24.

86 Aurelios Sarapion tarafından MS 462 yıllarında Mısır'da da şahıs üzerinde yapılan icranın engellenmesi amacıyla genel uygulama olarak *cessio bonorum*'un uygulandığına yönelik bilgiler verilse de, bu konuda kesin verilere ulaşılamamıştır (Bkz. Woess, s. 486, özellikle, dn. 2).

rağmen şahıs üzerinde icranın engellenememesi, gelişim serüveninin nede-
nine yönelik olgular bugün hala tam olarak açıklanabilmiş değildir⁸⁷.

Cessio bonorum’a yönelik MÖ 17’li yıllarda çıkarılan Kanun, Roma icra hukukunun gelişim sisteminde, şahıs üzerinde icra ile birlikte uygulanmıştır. Bu anlamda, şahıs üzerinde icra, Roma hukuk uygulamasında her tür borçlu-ya karşı uygulanabilen yaşayan bir kurum olarak kabul edilmiştir⁸⁸. *Praetor*’ların *edictum*’ları da, bu tarz uygulamada etkili olmuşlardır⁸⁹.

Roma hukukunda, bir ceza normuna aykırı davranmanın sonucu olarak verilen ve şahıs üzerinde icra şeklinde uygulanan ceza yaptırımı ile, bir borcun ödenmemesi sonucu uygulanan şahıs üzerinde icra arasında, özellikle, sonuçları bakımından farklılıklar bulunmaktaydı. Cebri icra, genel olarak borçlunun şahsına yöneldiğinde, *magistra* tarafından verilen şahıs üzerinde icra emri, borçluyu, suçlu konumuna getirmemekteydi. Bu nedenle, *magistra*’nın borçlunun şahsına yönelik cebri icra uygulaması, yeni bir kişi kategorisi ortaya çıkarmaktaydı. Bu duruma düşen kişinin de, mahkûmiyete benzer şekilde özgürlükleri elinden alınmaktaydı. Alacaklıya borçlunun, önce köle gibi hizmet etmesi kararlaştırılmakta; sonra da ifası için buna mecbur tutulmaktaydı. Alacaklılar tarafından yürütülen bu mahkûmiyet prosedürü üzerine, borçluya, alacaklı tarafından iâşe (*victus*) ve barınak (*stratum*) sağlanması zorunlu tutulmuştu. Bu uygulama, klasik hukuk zama-

87 **Woess**, s. 487. Bu nedenle, geçmişte, bazı hukuk düzenlerinde yer alan hukukî kurumlar, günümüz anlayış tarzına ne ölçüde uysun, kendi tarihi içerisinde kendine özgü kurumlara ve genel amaçlara sahip olmuş; kendi çağı içerisindeki sosyal gerçeklikle paralellik göstermişlerdir. O halde, bu kurumlara yönelik açıklamalar yapılırken, kendi sosyal gerçeklikleri içerisinde ortaya çıktıkları ve uygulandıkları göz ardı edilmemelidir (Bkz. **Başözen**, s. 80).

88 **Umar**, s. 6, 60 vd.; **Di Marzo**, s. 133; **Woess**, s. 488.

89 Buna karşılık tam bir açıklık bulunmamakla birlikte, “*cessio bonorum*”un genellikle Romalı soylulara uygulandığı; şahıs üzerinde icranın ise, genellikle soylulara hizmet eden kişilere, kölelere uygulandığına yönelik verilerin de bulunduğuna yönelik açıklamalar için bkz. **Woess**, s. 488, dn.1. Ancak, Roma hukukunun özellikle ilk dönemlerinde malik, kendisine vermeyen şeyi, gerek kendisinin gerekse çevresinin yardımıyla zorla geri alabilmekteydi. Şahsi ölçüde yürütülen bu süreçte, her iki taraftan ölenler ve yaralananlar da olabilirdi (**Koschaker/Ayiter**, s. 14; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 59. Sözkonusu açıklamalar çerçevesinde güçlü olana karşı şahıs üzerinde icranın uygulanmaması (ya da uygulanamaması), kanun metninden ziyade sosyal gerçeklikten kaynaklanan ve ancak kendi dönemi içerisinde kabul edilebilir bir durum olarak değerlendirilmelidir.

nında da hala kabul görmekteydi. Ancak borçlu tarafından yapılan bir ödeme ile borçlunun şahsına yönelik icra prosedürü de engellenebilmekteydi⁹⁰.

⁹⁰ İaşe (*victus*) ve barınağın (*stratum*) içeriğine yönelik **Gaius** ve **Paulus**'un yapıtlarında bilgiler bulunmaktadır. “*Victus*” için bkz. **Paulus**, D. 50, 16, 45; **Gaius**, D. 50, 16, 44; “*stratum*” için **Paulus**, D. 50, 16,45; bkz. **Woess**, s. 489. Borçluya yapılan iaşe ve barınak yardımı belirli şekillerde güntümüz hukuk sistemlerinde de kendisini göstermektedir. Mala karşı icra sistemini benimseyen modern hukuk düzenleri, bir taraftan müflisin masa konusu malvarlığını alacaklıların alacaklarına kavuşmaları amacına özgülerken diğer taraftan çıkarları denkleştirme adına müflis lehine birtakım sınırlamalar öngörmüştür. İcra ve İflâs Kanunu'na göre, alacaklıların alacaklarının ödenmesine özgülenen müflisin malvarlığı, sadece, “haczi kabil” olan mallardır (İİK m.184,I; 82). Hacedilemeyen mallar üzerinde müflisin tasarruf işlemleri yapma yetkisinde bir değişiklik söz konusu değildir bkz. **Kuru, Baki**: İcra ve İflâs Hukuku, Cilt III, İstanbul 1993, s. 2833 (Kuru-İcra III); **Üstündağ, Saim**: İflâs Hukukunun Esasları (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2002, s. 63; **Postacioğlu, İlhan E.**: İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I. İflâs, İstanbul 1978, s. 99-100; **Ansay**, s. 217; **Kuru-İflâs**, s. 159-160; **Kuru, Baki**: İflâs ve Konkordato Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 1008; (Kuru-El Kitabı); iflâs masasına girmeyen malvarlığı (İİK m.184,I;82), müflisin toplumda bir birey olarak (**Bandorf, Robert**: Der Einfluss der Konkursöffnung auf die Geschaefst-Prozessfaehigkeit- und Sachlegitimation des Gemeinschuldners mit einem Anhang, Würzburg 1909, s. 28; **Blumenstein, Ernst**: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, s. 693,696; **Fritzche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich**: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich, Band I/1984, Band II/1993, § 40, Anm.4, s. 118; **Kuru-İcra III**, s. 2869; **Üstündağ-İflâs**, s. 61; **Ansay**, s. 226; **Postacioğlu**, s. 89; **Kuru-El Kitabı**, s. 1022; **Smid, Stefan**: Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV), Kohlhammer Kommentare, Stuttgart 2001, § 81, Anm.2, s. 492) yaşamını sürdürebilmesine olanak sağlayacak nitelikte mallardır (**Berkin-İflâs**, s. 200 vd.; **Kuru-İcra III**, s. 2834; **Berkin Necmeddin M.**: Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, (İBD, 1957/5, s.113-124), s.113-124 (Berkin-Hacedilmezlik); **Kuru, Baki**: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, (AÜHFD, 1962/1-4, s.277-326), s.277-326 (Kuru-Hacedilmezlik); **Uyar, Talih**: Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.551-586), s. 551-586 (Uyar-Hacedilmezlik); **Üstündağ, Saim**: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s.211 vd. (Üstündağ-İcra); **Üstündağ-İflâs**, s. 63; **Postacioğlu-İflâs**, s. 89; **Postacioğlu-İcra**, s. 331 vd.; Devlet mallarının hacedilememesinin nedenleri için bkz. **Yılmaz, Ejder**: Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Hacedilememesi (Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.600-611), s.600-602 (Yılmaz-Devlet Malları); bu konuda, kanun koyucu, müflisin yararını, alacaklıların alacaklarına ulaşma konusundaki yararına üstün tutmakta; müflisin toplum içinde bir birey olarak yaşama hakkının garanti altına alınması için denkleştirme yoluna gitmektedir (**Frege/Keller/Riedel**, s. 19; **Smid, Stefan**: Grundzüge des Insolvenzrechts, München 2002, s. 32; **Köhn**, s. 70; **Jauernig, Otmar**: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1999, s. 174; **Uhlenbruck, Wilhelm**: Konkursordnung-Kommentar, München 1994, § 35, Anm.1, s. 680); aynı amaçla, müflise, iflâs tasfiyesinin devamı sırasında gerektiğinde yardım da yapılmaktadır (İİK m.216,c.2). Bu yardım, özellikle, müflisin iflâs idaresinin emri altında kalması nedeniyle başka bir işte çalışmaması ve bu nedenle yardıma muhtaç olması hallerinde yapılır. Müflise yapılacak yardımın, masa mevcuduyla orantılı olması, müflis ve ailesi için zorunlu olan miktarı geçmemesi gerekmektedir (**Kuru-İflâs**, s. 260); Sadece borçlu

Klasik dönemde, borçlunun durumunun düzeltilmesi ya da dengelenmesi sonucuna yol açan uygulamaların geliştirilmesine yönelik güçlü bir çabaya rastlanmamaktadır. Bu dönemlerde, şahsa karşı cebri icranın kötüye kullanımları sıklıkla görülmekteydi. Dördüncü yüzyılın sonundan itibaren Krallık kanun koyucusu, şahsa karşı cebri icra uygulamalarının ayıplayıcı bir davranış sayılması gerekliliğini açıkça kabul etmesine rağmen, klasik hukuk döneminde yapılan uygulamanın benzeri bir biçimde, bir borcun yerine getirilememesi durumunda şahıs üzerinde uygulanan cebri icra ağır hapis cezasına dönüşerek uygulama devam etti. Ancak bu evrede, borçluya karşı ağır hapis cezası uygulamasında alacaklıların yanında Devlet de, rol oynamaya başlamıştı⁹¹. Devletin kısmen de olsa cebri icra uygulamasında rol oynaması, bilinen hukuk uygulamasına yabancıydı. Klasik dönemdeki şahsa karşı icraya yönelik parçalar, Justinianus zamanında yapılan Kanun derlemesi ile pek de iyi olmayan bir biçimde bir araya toparlanmış; bir borç nedeniyle ağır hapis cezası, devlet organlarının da rol oynamaya başlamasıyla en eski zamanlardan beri şahıs üzerinde uygulanan en etkili cebri icra olarak kabul görmüştü. Ancak MS 472’de yayımlanan bir emirnameyle, şahsa karşı icradan muafiyet ruhban sınıfının bir imtiyazı olarak kabul edildi. Bu durum, klasik öncesi ile klasik dönemlerdeki Dionya’lı sanatçıların ve klasik sonrası çocuk kralların sahip oldukları imtiyazlarına benzemektedir. Bu sınıflara dâhil olmayan kişilerde ise, şahıs üzerinde icra uygulaması hala mümkündü. Devletin de cebri icra sisteminde rol oynamaya başlamasıyla, borçlunun borcunu ödememe yönünde direncini kırmak, icra görevlisi (*Exekutor*) için hem bir hak hem de bir ödevdi. İcra görevlisi, kendisine verilen bu görevi genellikle dayak atma bazen de işkence yapma suretiyle yerine getirir ve bu uygulama sağ kaldığı müddetçe borçlu borcunu ödeyene kadar sürerdi⁹².

Justiniana sunulan dilekçelere karşılık olarak verilen yazılardan anlaşıldığı kadarıyla, borcun ödenmemesi nedeni olarak fevkalade bir duruma düş-

(müflis) değil, aynı zamanda onunla birlikte yaşayan aile fertleri de bu korumadan yararlanmaktadır. Hacedilemeyen (m.82) ya da kısmen haczi mümkün olan (m.83) mal ve haklara bakıldığında bu durum açıkça görülebilmektedir (**Postacıoğlu**-İcra, s. 331 vd.; **Üstündağ**-İcra, s. 211 vd.; **Berkin**-Hacedilmelik, s. 113-124; **Kuru**-Hacedilmezlik, s. 277-326; **Uyar**-Hacedilmezlik, s. 551-586); bu konuda geniş bilgi için bkz. **Başözen**, s. 19-20.

⁹¹ **Woess**, s. 490. Devletin icra sisteminde etkin rol oynamasına yönelik açıklamalar ve gerekliliği için bkz. **Schoch**, s. 43-44; **Umar**, s. 237; **Başözen**, s. 56-57.

⁹² **Woess**, s. 491.

tüğünü ileri süren dilekçe sahibine, *cessio bonorum* (mallarının borç karşılığında devrini) teklif ederek şahıs üzerinde uygulanan cebri icradan sınırlı şartlarda kurtulma imkânı tanındığı görülmektedir⁹³. Bu yol işletildiğinde borçlu, sırf bir borçtan dolayı şahıs üzerinde cebri icradan (hapis cezası ve bu esnada uygulanan dayak ve çeşitli işkencelerden) ve haysiyetsizlik durumundan kurtulabilmekteydi. Aynı şekilde kiliseye sığınan sığınmacılar da bu haktan yararlanabilmekteydi. Çünkü (çoğunlukla kötü niyetli borçlulardan oluşan) bu kişiler, kiliseye sığınmakla, devletin bakım ve gözetimi altında sayıldıklarından, şahıs üzerinde cebri icradan kurtulmak gibi bazı haklara da sahip olmaktadır⁹⁴.

Kısa açıklamalar çerçevesinde önemle belirtilmelidir ki, genellikle bilinen durumun aksine, gelişim seyri içerisinde şahıs üzerinde söz konusu olan icra yöntemleri, değişik biçimlerde hem malvarlığına yönelik normal icra yönteminin (örnek olarak *venditio bonorum*) hem de *cessio bonorum*'un varlığına rağmen onların yanında, son devirlere kadar varlığını sürdürmüştür. Şahıs üzerinde uygulanan cebri icra yöntemleri, özellikle, borçlunun malvarlığı üzerinde icranın sonuçsuz kaldığı ya da sonuçsuz kalacağı açık olduğu durumlarda, Roma hukuk pratiğinin her döneminde uygulama alanı bulabilmiştir. Bu çerçevede, şahıs üzerinde icranın, tamamen malvarlığına yönelik icranın öncesindeki zaman dilimi içerisinde icra edilen bir yöntem olduğu; malvarlığına karşı cebri icra yöntemlerinin pozitif düzenlemelerle kabulünden sonra, şahıs üzerinde uygulanan icranın tamamen ortadan kalktığına yönelik açıklamalar teorik olarak doğru olsa da, uygulanış tarzıyla gerçeği tam olarak ifade edememektedir⁹⁵.

⁹³ Benzer şekilde günümüz modern icra hukuku sistemlerinde de, fevkalade hallerde ve özellikle buhran dönemlerinde kusuru olmaksızın borçlarına uygun davranış modellerini yerine getiremeyen borçlu için icra mahkemesinde mühlet isteyebilme ve cebri icradan mühlet alarak belirli süreler için kurtulabilme imkânı tanınmıştır (İİK m.317-318). Buna yönelik bir prosedür başlatıldığında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 326. maddesinde belirlenen miktarın altında kalan alacaklar ve 206. maddenin birinci sırasındaki alacaklılar hariç olmak üzere, tedbir yoluyla icra mahkemesince derdest takipler durdurulabilmektedir (İİK m.318, III).

⁹⁴ Woess, s. 491-492.

⁹⁵ Her ne kadar, imparator *Augustus* tarafından MÖ 17 tarihinde çıkarılan ve halk diliyle "*lex Iulia*" olarak bilinen emirnamesinde, şahıs üzerinde uygulanan cebri icra yöntemlerinin kaldırıldığı belirtilse de, Mısır'ın idarecisi Tiberius Alexander'ın MS 68. yıllarda şahsa karşı cebri icra uyguladığına yönelik veriler de bulunmaktadır. Bu anlamda, şahsa karşı icra, özellikle malvarlığına karşı icranın sonuçsuz kaldığı durumlarda, Roma huku-

MÖ 49 ve 42 yılları arasında çıkartılan *Rubria de Gallia Kanunu* ile başlayarak (*lex Rubria de Galliaz*) çıkarılan değişik zamanlı kanun ve emirnameler de şahıs üzerinde cebri icra uygulamasını sona erdiremedi. Pozitif düzenlemelerin varlığına rağmen borç yükümlülüklerine aykırı davranılmasının yaptırımını olarak borçlunun baskı altında tutulması ve şahsına karşı cebri icra uygulaması kısmen değişen yöntemlerle geliştirildi. 5. yüzyıla gelindiğinde malvarlığına karşı icra ve *cessio bonorum* icra hukukunun demirbaş eşyası durumuna gelse de, şahsa karşı icraya yönelik uygulamaların bulunduğu da bilinmektedir⁹⁶. Malvarlığı üzerinde cebri icra uygulamasına ve *cessio bonorum*'a yönelik pozitif düzenlemelerin varlığına rağmen şahıs üzerinde cebri icra uygulaması, alacaklıların borçlu üzerinde hakimiyet kurmalarını sağlamasının yanında korkutma amacına da yönelik olması nedeniyle, tümüyle kaldırılamamıştı⁹⁷.

kanun her döneminde uygulama alanı bulabilmiştir (Bu çerçevede yapılan açıklamalar için bkz. **Woess**, s. 492).

⁹⁶ MS 451 yıllarında 4. Chalzedon *Konsüllüğü* de yapan *Bischof Dioskoros*'un belirttiğine göre, kardeşinin çocuğu olan *Athanasius*, ağabeyi *Paulus*'a yardım amacıyla İstanbul'a sefere çıkmıştı. İstanbul'da her ikisi de borç nedeniyle taşınabilir eşyalarını teslim edinceye kadar hapse atılmışlardı. Aynı zamanda, tefecilerden para alması konusunda zorlanmışlar; para bulmak zorunda bırakılmışlardı. Yapılan işkencenin etkisiyle *Paulus* ölmüş; *Athanasius* ise kurtulmuştu. Onun ifadesine göre, alacaklılar hiçbir zaman borcunu ödeme anlamında serbestçe hareket etmelerine izin vermemişler; ayrıca, alacaklarına kavuşma yönünde de her imkâna sahip olmalarına rağmen, alacaklılar, haklarında karar verilmesini bile beklemeden hapse atmışlar; kardeşini ölesiye dövmüşler; baskı ve işkence uygulamışlar; istediklerini kabul ettirdikten sonra da kendisini salıvermişler. *Athanasius*'un tefeci alacaklılarının elinden kaçarak sığınmacı olarak başvurduğu ve bu yolla kurtulduğu bilinmektedir. Bu durum, MS 5. yüzyıllarda bile şahıs üzerinde cebri icra uygulamasına ve alacaklıların borçlu üzerinde devlet erkinden kısmen bağımsız olarak hâkimiyetine örnek teşkil etmektedir. Kiliseye sığınmacı olarak kurtulan adam için, sahip olduğu malların elinden alacaklılarca İstanbul'da zorla gaspedilerek alınması nedeniyle, *cessio bonorumun* uygulanabilmesi de mümkün olamamıştır. Kiliseye sığınma nedeniyle şahıs üzerinde icradan kurtulan borçlunun, ailesi ile birlikte kullandığı evi; iki veya üç köle, yaşamsal değere haiz sahip olduğu maddeler de dâhil olmak üzere ona ait ne varsa, şahıs üzerinde icradan kurtulmasına karşılık gelmek üzere *Dioskoros* tarafından Kiliseye devredilmişti. Bu ise, hem *cessio bonorum* değildi hem de bu şekilde uygulama örnekleri tek değildi (**Woess**, s. 493–496).

⁹⁷ Bu sonuç iki farklı nedenden kaynaklanabilir: Bunlardan birincisine göre, *cessio bonorum*'un, gerçekte, etkisiz bir hukukî kurum olması onun uygulanabilirliğini de etkilemiştir. Bu etkisizliğe ek olarak, bir borcun ödenmemesi nedeniyle uğranılan (özel) hapsin önlenmesi konusunda, Krallık hükümeti başarısız kalmıştır. Diğerine göre ise, *cessio bonorum*'un belki de bugün için hala bilinmeyen kendine özgü niteliği de bu sonuçta rol oynamış olabilir. *Cessio bonorum*'a yönelik şartlar, borçlu bakımından her somut olayda gerçekleşmemiş olabilir. Bunun sonucu olarak da, alacaklıların borçlunun malvarlığının-

3- Ertelenen *Cessio Bonorum*'un Tali Niteliği

Şahıs üzerinde icranın pratik bir alacağa kavuşma aracı olması onun uygulanabilirliğini artırmış; borçlunun öngörömemesi nedeniyle şahıs üzerinde icranın süjesi olduğu durumlarda içine düştüğü durumdan kurtulmaya yönelik başka birtakım çareler düşünmeye başlamış; ancak, çoğunlukla bunda geç kalınması nedeniyle sonuç alınamamıştır. Hatta alacaklıların icra safhasında alacaklarını garanti altına almalarına yönelik bir takım tedbirlerin (*missio* ve *ductio* gibi) alınması durumunda, çoğunlukla, *cessio bonorum*un uygulanmasına da gerek kalmamıştır. Uygulanabildiği durumlarda ise, buna yönelik şartlar *praetor*lar tarafından belirlenmiş; emirnamelelerden anlaşılabilirdiği kadarıyla, *praetor*dan, “ya malını vereceksin ya da teslim olacaksın”⁹⁸ emri alan hangi borçlu *cessio bonorum*u kullanmışsa, şahıs üzerinde icra ve sonuçlarından kurtulmuştur⁹⁹

Praetor'un, borçlunun ya malına ya da şahsına yönelik emri vermesiyle birlikte, alacaklıların ya da borçluların, verilen emirle birlikte, bunlardan biri üzerinde seçim hakkının olup olmadığı bilinmemektedir. Ancak salt *praetor*'un emirnamesinin lafzından hareket edildiğinde, özellikle, borçlunun itaat altına alınmasına, yakalanmasına yönelik bir emir verilmediği (*ductio*) ve de malvarlığının hemen devredilmediği durumlarda, borçluya “ya malını vereceksin ya da teslim olacaksın” şeklindeki emir, kendiliğinden borçlunun şahsı üzerinde uygulanabilecek cebri icra yöntemlerini kaldırıcı etki yapacağı düşünülemez. Bu nedenle, salt *cessio* teklifinin, alacaklıların ödeme yerine geçmek üzere borç karşılığında borçluya el koymalarına (*addictus*) engel olması da düşünülemez¹⁰⁰. Borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmesi ise, “ya borç yükümlülüklerine uygun tarzda

dan alacaklarına kavuşma yolunda sarfettikleri çabaların boşa çıkacağı endişesi, şahıs üzerinde cebri icra uygulamasının sıklıkla uygulanmasına neden olmuş olabilir (Woess, s. 496–497).

98 “qui neque sequantur neque ducantur”.

99 Buna karşılık, azınlıkta kalan görüşe göre ise, *cessio bonorum* ile borçlunun hem malları alacaklıya devredilmekte hem de şahsı devredilmekteydi. Bu şekilde *cessio*, hem borçlu hem de borçlunun malvarlığı üzerinde uygulanabilen bir cebri icra yöntemi olarak kabul edilmekte; paraya çevirme işlemleri de, her iki durumu kapsamaktaydı (Bkz. Woess, s. 497–498).

100 *Addictus*'un uygulanmasına yönelik yeterli bilgi olmamakla birlikte, ilk kez 12 Levha Kanunlarında geçtiği, *addictus*'un uygulanmasıyla birlikte, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi devam etmekle birlikte fiilen bunu kullanmadığı; ancak, sonraki hukukta bu uygulamanın devam etmediği bilinmektedir (Woess, s. 499–500).

hareket etmesi ya da teslim olması (veya zarar veren kölesi, aile evladını teslim etmesi)” şeklinde verilen emir ile değil; buna karşılık, *cessio bonorum*’un uygulanmasıyla söz konusu olmaktadır¹⁰¹.

Henüz şahıs üzerinde uygulanan icraya başlanılmadığı ve *cessio bonorum*’un da uygulanmasından önceki dönem için, inandırıcı birtakım güvenceler gösterilerek de borçlunun şahsına yönelik cebri icra uygulanması engellenebilmekteydi. Bu duruma yönelik olarak MÖ 49 ila 42 yılları için uygulama alanı bulabilen *Lex Rubria de Gallia*, sınırlı ölçüde de olsa bilgi içermektedir¹⁰². Kanunun sınırlı ölçüde günümüze ulaşan parçaları, *magistra* önünde yürütülen yargılamada borçlunun yapılacak olan icraya karşı davanın esasına yönelik savunma vasıtalarına (itiraz ve defilerine) ve borçlunun kabulü ile oluşan mahkûmiyet kararına yöneliktir. İşte bu aşamada da, borçlu *cessio* teklifi yapabilmekteydi. Yönetim erkini elinde bulunduran organların borçlunun şahsına yönelik tedbirleri doğrudan uygulama yetkileri bulunmasına rağmen, bu yola başvurmayarak sınırlı ölçülerde de olsa yargılama yöntemine başvurmaları önemli bir adım olarak ele alınabilir. Bu süreçte, *magistra* da, borçlunun bazı mallarının alacaklıya devrine karar verebilmekteydi. Ancak Kanun, *magistra*’nın yargılamasına *praetor* aracılığıyla sınırlar çizmiş; 15 000 Sesterzin üzerindeki borçluya ait eşyanın alacaklılara devredilebilirliğinin *praetor* tarafından kararlaştırılacağını belirlemiştir. Bundan başka *praetor*, borcun ödenmemesi ya da borç karşılığında belirlenen miktarda kararlaştırılan malın alacaklılara devredilmemesi durumunda, şahıs üzerinde icranın emredilebileceği ve borçlunun itaat altına alınmasına yönelik emir verilebileceğini açıklayabilirdi. Bununla, borçlunun borcunu ödemesi veya borcuna yetecek malvarlığını alacaklılarına terk etmesi amaçlanmaktaydı. Ancak bu (*ductio*) yapıldığında, borçlunun malvarlı-

¹⁰¹ Woess, s. 500; Ulp. D. 4,8,17 pr.

¹⁰² Buna rağmen, *cessio bonorum*, Roma hukuk uygulamasında genellikle, şahıs üzerinde uygulanıca kurtulma amacına yönelik işlev görmüştür. Şahıs üzerinde icradan önce uygulaması ise sınırlı kalmıştır. Günümüz icra ve iflâs hukuku çerçevesinde, malvarlığının terki suretiyle konkordatoya başvuran borçlu, haciz ve iflâs takiplerinden ve iflâsın ağır sonuçlarından kurtulabilmektedir (İİK m.289). Bu anlamda, *cessio bonorum*’un borçluyu şahıs üzerinde cebri icradan kurtaran etkisi, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda kendisini, günümüz anlayışına uygun olarak haciz ve iflâs taleplerinden kurtarma olarak göstermektedir. Bu anlamda, her iki kurum arasında, borçluyu daha olumsuz durumlara düşmesine engel olmak ya da içinde bulunduğu olumsuz durumdan kurtarmak amacının yattığı söylenebilir.

ğı üzerinde tesis edilen “*missio in bona*” ve bu yönde emredilen diğer tedbirler uygulama alanı bulmayabilirdi¹⁰³.

Alacaklıların borç karşılığında borçluya el koymalarına (*addictus*) yönelik Kanunî prosedürde, *praetor*ların bu süreçte sahip olduğu yetkilerin hangi sınırlar içerisinde geçerli olacağı belirlenmiştir. Öncelikle talep üzerine *magistra* önünde bir yargılamanın yapılması gerekmektedir¹⁰⁴. Ayrıca borç-

¹⁰³ **Woess**, s. 500-501. “*Missio in bona* (zilyetliğin sağlanması)” Roma icra hukuku kurumlarından birisi olarak kabul edilmektedir. Roma hukukunda “*missio in bona*” ile alacaklılara, teslim şartlı rehin (TMK m.939 vd.) benzeri bir hak tanınmaktaydı. Sözleşmeden doğan rehin hakkı şeklinde ortaya çıkan “*missio in bona*”, zamanla geliştirilerek “*pignus praetorium*”a yol açmıştır. Bu ise, *Praetor*’un kararıyla borçlunun mallarına el konularak, alacaklıların el konulan malvarlığı üzerinde rehin hakkı ya da ona benzer bir güvence elde etmesi şeklinde uygulanmaktaydı. “*Missio in bona* (zilyetliğin sağlanması)” ile ortaya çıkan ve “*pignus praetorium* (teslim şartlı *praetor* rehni)”la devam ederek zamanla geliştirilen bu hukukî kurumların, sonradan yapılan kanunlaştırma hareketlerine temel teşkil ettiği ileri sürülmüştür {(**Seuffert, Lothar**: Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts, Leipzig 1888, s. 83-84 (Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik); **Seuffert, Lothar**: Deutsches Konkursprozessrecht, Leipzig 1899, s. 152 (Seuffert-Konkursprozessrecht); **Schoch**, s.24; **Umar**, s.228; **Deren-Yıldırım, Nevhis**: İflâsın Hukukî Mahiyeti, (İÜHFM, 1994/1-4, s. 331-346), s. 335; **Fiori, Silvio**: Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, Zürich 1904, s. 12)}. Roma hukukunu takiben Ortaçağ Avrupası’nda (özellikle Alman ve İtalyan iflâs hukukunda) iflâsın açılmasından sonra müflisin iflâs masasına giren mal ve haklarına “ihtiyatî haciz prosedürü (Arrestprozess)” ile el konulmasıyla; yine, alacaklılar lehine, ihtiyatî haciz konulan malvarlığı üzerinde rehin hakkının varlığı kabul edilmekteydi (**Seuffert-Konkursprozessrecht**, s. 152; **Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik**, s. 83-84; **Schoch**, s. 24). **Seuffert**’e göre, alacaklıların, tarihi gelişim sürecine uygun olarak müflisin tüm malvarlığı üzerinde iflâsın açılmasıyla rehin hakkı el ettiklerine yönelik rehin hakkı teorisi, 18. yüzyılda Prusya kanun koyucusu tarafından da açıkça kabul edilmekteydi {*Corpus iuris Fridericianum* von 1783, Teil IV, Titel 12, § 26; Allgemeine preussische Gerichtsordnung (AGO)/1793, Teil I, Titel 50, § 31}; fakat, 1855 tarihli Prusya İflâs Kanunu (*preussische Konkursordnung*) ve 1877 tarihli Alman İflâs Kanunu (*Konkursordnung*) rehin hakkına temel teşkil edebilecek bir düzenlemeyi açıkça kabul etmedi. Buna rağmen, **Seuffert**’e göre, bu iki Kanun’un açıkça böyle bir düzenlemeye gitmemeleri, iflâstan sonra alacaklıların müflisin malvarlığı üzerinde bir rehin hakkına sahip olduklarının savunulmasına engel değildir. Çünkü iflâsın açılmasından sonra, alacaklıların haklarını ve iflâs masasını korumaya yönelik her bir düzenleme, iflâsta, rehin hakkının varlığını göstermektedir (**Seuffert-Konkursprozessrecht**, s. 152-153; **Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik**, s. 82; **Schoch**, s. 24).

¹⁰⁴ Burada dikkat edilmesi gereken nokta *magistra*’nın yargıç olmadığıdır. *Magistra*, tarafların yardımı ile ihtilafın şartlarını tespit eder ve davayı hazırlar. Taraflara bir hâkim teklif eder. Fakat teklif edilen şahıs, *magistra*’nın tayini ile değil; tarafların anlaşmaları ile hâkim kudretini ve yargılamayı çözüme gücünü kazanır. *Magistra* yardımı ile tayin edilen uyumsuzluğu çözecek kişi, esas itibarıyla bir hakem rolü üstlenmektedir (**Koschaker/Ayiter**, s. 15); hakem, haklı olduğunu ileri süren taraflardan, hangisinin

lunun borç karşılığında şahsı üzerinde uygulanan el koyma durumu da, borçlunun malvarlığına doğrudan etki yapmamakta; tasarruf yetkisinde değişiklik olmamaktaydı. Ancak yapılan yargılamada borçlunun hem malvarlığına hem de şahsına etki yapabilecek türde tedbirler de emredilebilmekteydi. Malvarlığına yönelik tedbir uygulamalarına yetkili makam ise, *praetor*’lardı. Bu tedbirler de, Roma sınırları içerisinde geçerliydi. Borçlunun, ne borcunu ödemeye ne de malvarlığını alacaklılara devre yanaşması durumlarında, sadece borçluya yöneltmiş ya malını ya da şahsını teslim etmesine yönelik salt emir (*ductio*), olumlu sonuçlar vermemekteydi. *Praetor* tarafından borçluyu itaat altına alma yolunda verilen emrin borçlunun malvarlığı üzerinde sahip olduğu yetkilerini elinden almaması; takibin ilerleyen aşamalarında, bunu sağlama yönünde “*missio in bona*” ya da borçlunun tasarruf yetkisine etkili “*cessio bonorum*” gibi diğer bir takım koruyucu önlemlere de gerek duyulması sonucunu doğurmuştur¹⁰⁵.

En eski dönemlerde icra hukukunun safhalarına bakıldığında cebri icra yöntemleri özellikle, tamamen alacaklıların iradesine göre şekil aldığı söylenebilir. Bu dönemlerde, şahıs üzerinde uygulanan icra yöntemi borçlunun emir altına alınabilmesinde ve alacaklıların alacaklarına kavuşabilmelerinde en etkili yöntem olarak genel kabul görmekteydi. Asıl amaç borçlunun malvarlığı üzerinde direnme iradesini kırmaktan ziyade, alacaklıların her halde tatmininin sağlanmasıydı. Zira malvarlığından ziyade borçlunun şahsına yönelen bu icra türünde, malvarlığı üzerinde yapılan icraya oranla daha hızlı ve basit sonuç alınabilmekteydi. Bu halde alacaklı bakımından, öncelikle malvarlığı üzerinde icra yöntemlerinin denenmesini gerektirecek bir gereklilik de bulunmamaktaydı. Alacaklı, borçluyu yakalayarak muhafaza altına alabilme; direnci kırılıncaya ve amacına ulaşıncaya kadar baskı ve işkence yapabilme yetkisini elinde bulundurmaktaydı. *Rubria* Kanunlarıyla Romalılar arasında iyice yerleşen genel inanış, şahıs üzerinde icra olmaksızın bir yargılama yapmanın anlamının bulunmadığı yönündeydi. Bu inanış nedeniyle, şahıs üzerinde icranın hafifletilerek uygulanması yolu çoğunlukla tercih edildi. Bu anlamda, borçlunun ya zararı karşılaması, borcunu yerine getirmesi ya da teslim olması (veya zarar veren kölesi, aile evladını teslim etmesi) şeklinde verilen emir (*ductio*), borçlunun şerefsizliği (alçaklık) sonucuna yol

kuvvet kullanma yetkisine sahip olduğuna ve ne ölçüde kuvvet kullanacağına karar verirdi (Tahiroğlu/Erdoğan, s. 8).

¹⁰⁵ Woess, s. 501–502.

açmamakta; buna bağlı olarak da borçlunun vatandaşlık haklarına zarar vermemekteydi. *Praetorun* emrine karşılık borçlunun da “*missio bona*” teklif etme hakları bulunmaktaydı¹⁰⁶.

Ductionun borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini elinden alması, bundan sonra *cessionun* yapılması ya da borçlunun *cessioya* zorlanması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu aşamada *ductio*, *cessionun* yapılması için borçlunun direncini kırmaya, mukavemetini azaltmaya yöneliktir. *Ductio* sonrasında ise, borçlunun şahsı üzerinde icrayı engelleyebilmesi ya borcunu ödemesine ya da *cessio bonorum*a yönelik bir anlaşmanın yapılmasına bağlanmıştır. Bu yapıldığında *cessio*, borçlunun şahsı üzerinde icrayı engelleyici işleve sahip olmaktadır¹⁰⁷. *Addictio* ile başlayan ve çoğunlukla borçlunun şahsı üzerinde icra ile sonuçlanan bir uygulama sonrasında ağır baskılar ve işkenceler altında ezilen borçlunun *cessioya* yönelmekten başka belki de çaresi kalmamaktaydı¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Ductio*, sadece bir zorlama aracından ibaretti. Borçlunun itaatsizliğini kırmak amacıyla bir disiplin emri kararlaştırılıyor. Ancak *ductio*, borçlunun vatandaşlık haklarına dokunmuyordu (Woess, s. 502–503 ve dn. 2). Günümüz icra ve iflâs prosedüründe de, alacaklının borçlunun iflâsını istemesi durumunda, iflâsın hem maddî hukuk (İİK m.184 vd.) hem de kamu hukuku (İİK m.312–316) bakımından doğurduğu olumsuz sonuçların önlenmesi amacıyla, borçluya, gerek iflâsın ertelenmesini (İİK m.179,179/a,179/b) gerekirse de konkordato (İİK m.285,309/a) teklif edebilme hakkı tanınmaktadır. Ancak günümüzde tüm bu süreçler etkisini borçlunun şahsından ziyade malvarlığı üzerinde çıkarmaktadır.

¹⁰⁷ Woess, s. 502–503.

¹⁰⁸ *Aurelios Sarapion*'un naklettiğine göre borçlu, savunması alınmaksızın teminat amacıyla hürriyeti bağlayıcı ceza altında tutuluyor; hapis cezasının devamı sırasında ödevlerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla işkenceye de tabi tutulabiliyordu. Borçlunun amacı serbest kalmak olduğunda, bu amaca ulaşmak için ya tüm borç yükümlülüklerini yerine getirmek ya da malvarlığını borçlarına karşılık olarak terk etmek; yani “*cessio bonorum*” yoluna başvurmak yollarından birini seçmek zorunda kalmaktaydı. Bu seçim hakkının kullanılmaması, borçluların vücutları üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilmesi ve özgürlüklerini yitirmeleri sonucunu doğururdu. Alacaklılar, borçluya ait para, eşya, altın gibi, maddî değeri olan ne tür eşyası varsa tamamına sahip olabiliyorlardı. Bu anlamda, borçlunun şahsı üzerinde mülkiyete sahip olmak onun malvarlığına da etki etmekteydi. Ancak borçlunun zorunlu ihtiyaçları için malvarlığının altında biri borçluya bırakılırdı. Bundan başka, borcunu ödemeye yönelik davranışlarda bulunmasını mecbur kılma anlamında, borçluya zincir vurulur ve belirli tarzda işkence yöntemlerine maruz tutulabiliyordu. Burada yapılan bu baskı (eziyet, işkence) yasal bulunmakta ve bir hak olarak değerlendirilmekteydi. Aynı zamanda, borçluya, şahsı üzerinde mülkiyet hakkı kurulduğunu gösterir bir belge imzalatılabilir; bu belgeye sadık kalacağına dair borçlu yemin ettirilebilirdi. *Addictio* ile başlayan bu yönde bir uygulama sonrasında ağır baskılar ve işkenceler altın-

Klasik sonrası dönemde, şahsa yönelik kötü uygulamalar pozitif düzenlemelerle yasaklansa da, uygulamada bir borç nedeniyle borçlunun şahsı üzerinde cebri icra uygulaması genel anlayışa uygun olarak sıklıkla görülmekteydi. Hatta genel anlayış tarzına uygun olarak, borçlunun şahsı üzerinde uygulanan baskı (eziyet, işkence) bir hak olarak değerlendirilmekteydi. Yine bu dönemlerde de bu baskı altından kurtulabilmenin yolu, borçlunun *cessioya* başvurmasından geçmekteydi. Bu yolla borçlu sadece, şahıs üzerinde icradan kurtulmakla kalmıyor, ayrıca, şerefsiz sayılmanın sonuçlarından da kurtulmakta; özgürlüğüne kavuşmakta ve vatandaşlık bağı devam etmekteydi. Bu halde *cessio bonorum*, borçlunun durumunu güçlendirici etki yapmaktaydı¹⁰⁹.

Borçlunun şahsına karşı yürütülen icra prosedüründe, borçlunun malvarlığı üzerinde etkisini gösteren “*missio in bona*”nın uygulanması da söz konusu olabilmekteydi. *Missio in bonanın* borçlunun malvarlığı üzerinde uygulanmasıyla, borçlunun fiilen söz konusu malvarlığı üzerinde tasarruf edebilme yetkisi elinden alınmaktaydı. Roma hukukunda, “*missio in bona*- zilyetliğin devri” ile alacaklılara, teslim şartlı rehin (TMK m.939 vd.) benzeri bir hak tanınmaktaydı. Sözleşmeden doğan rehin hakkı şeklinde ortaya çıkan “*missio in bona*”, zamanla geliştirilerek “*pignus praetorium*”a yol açmıştır. Bu ise, *Praetor*’un kararıyla borçlunun mallarına el konularak, alacaklıların el konulan malvarlığı üzerinde rehin hakkı ya da ona benzer bir güvence elde etmesi şeklinde uygulanmaktaydı¹¹⁰. Alacaklıların bu şekilde bir hak elde etmesinden sonra *cessio bonorumun* uygulanması da, alacaklıların bu duruma yanaşmamaları sonucunu doğurmuştur. Ancak, *missio in bonanın* uygulanmasından sonra, alacaklılara teklif edilmeyen (zilyetliği devredilmeyen), *missio in bona* harici kalan malvarlığının devri sınırlı da olsa söz konusu olabilirdi¹¹¹. O halde borçlunun, şahsı üzerinde icraya başlanmasından önce

da ezilen borçlunun *cessio* 'ya yönelmekten başka belki de çaresi kalmamaktaydı (Woess, s. 504–505).

¹⁰⁹ Woess, s. 504–505.

¹¹⁰ Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik, s. 83–84; Seuffert-Konkursprozessrecht, s. 152; Schoch, s. 24; Umar, s. 228; Deren-Yıldırım, s. 335; Fiori, s. 12.

¹¹¹ İcra ve İflâs Kanunu’nun 309/b maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, borçlunun tasfiyeye tabi malları, kural olarak, konkordato projesinde gösterilen mallardır. Ayrıca borçlu, haczi caiz olmayan mallarından bazılarını konkordatodan hariç bırakabilir; konkordato teklifinde konkordatoya dahil edilmeyen haczi caiz olmayan malların açıkça gösterilmesi gerekir (Ercan, s.173 vd.; Deliduman, s. 1052). Ayrıca, Konkordato kararının kesinleşmesi tarihine kadar borçlunun malvarlığına giren mallar da tasfiyeye tabidir (Delidu-

*cessio*ya yönelmesi gerekmektedir. Aksi halde, borçluya karşı şahıs üzerinde icra yöntemlerinin en ağırı söz konusu olabilirdi. *Cessio bonorum*un uygulanması ile de, şahıs üzerinde icraya yönelik yöntemlere gerek kalmamaktaydı¹¹².

man, s. 1052; **Kuru-İcra IV**, s. 3882); malvarlığının terki suretiyle konkordatonun kapsamına rehinli taşınmaz ve taşınırlar da dâhil olmakla birlikte, bunların paraya çevirme usulünde farklılıklar yaratılmıştır. Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda rehinli taşınmazların paraya çevrilme usulü, 309/f maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre, “malların üçüncü kişiye devredildiği hâller dışında, rehinli taşınmazların konkordato tasfiye memurları tarafından pazarlık suretiyle satışı ancak, rehinli taşınmazın satış bedelinden alacağını tahsil edemeyen rehinli alacaklıların muvafakatiyle mümkündür. Aksi takdirde, söz konusu taşınmazlar ancak açık artırma yoluyla paraya çevrilebilir. Taşınmaz üzerindeki irtifaklar, taşınmaz yükleri, ipotekler ve şerh edilmiş kişisel hakların varlığı ve sırası, sıra cetveline göre belirlenir”. Görüleceği üzere, maddede, rehinli taşınmazların hangi hâllerde pazarlık suretiyle, hangi hâllerde açık artırma yoluyla paraya çevrilebileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede, rehinli taşınmazın pazarlık suretiyle satışının ancak satış bedelinden alacaklarını tahsil edemeyecek olan rehinli alacaklıların muvafakatiyle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş ve böylece, sıra itibarıyla sonra gelen rehinli alacaklıların zararına olabilecek satışlara engel olunması amaçlanmıştır (Bkz. 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoda 309/f maddesine yönelik Hükümet Gerekeçesi).

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, taşınır rehinlerinin paraya çevrilme usulü de, Kanunun 309/g maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre, “alacağı taşınır rehniyle temin edilmiş olan alacaklılar rehinli taşınırları konkordato tasfiye memurlarına tevdi etmek zorunda değildirler. Konkordatoda başka bir süre öngörülmedikçe, rehinli alacaklılar rehinli taşınırı uygun gördükleri zamanda, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla veya rehin sözleşmesinde yetki verilmişse pazarlık yoluyla ya da borsada satmak suretiyle paraya çevirebilirler. Ancak, rehinin paraya çevrilmesi konkordato masasının yararına ise, konkordato tasfiye memurları rehinli alacaklıya rehinli malı altı ay içinde paraya çevirmesi için yetki verebilir. Konkordato tasfiye memurları rehinli alacaklıya, aynı zamanda 336/a maddesinde öngörülen cezayı da hatırlatarak, bu süre içinde paraya çevirme işlemini gerçekleştirmediği takdirde rehinli malı kendilerine teslim etmesini, haklı bir sebep olmaksızın teslim etmezse rüçhan hakkından mahrum kalacağını ihtar eder.” Görüleceği üzere, 309/g maddesiyle, rehinli taşınırların bizzat rehinli alacaklılar tarafından, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla veya rehin sözleşmesinde hüküm bulunduğu takdirde pazarlık suretiyle paraya çevrilebilmesine imkân verilmiştir. Bununla birlikte, masanın menfaatine ise konkordato tasfiye memurları rehinli alacaklıya paraya çevirmeyi gerçekleştirmesi için altı aylık bir süre verebilecektir. Rehlinli alacaklı bu süre içinde paraya çevirme işlemini gerçekleştirmez ve rehinli malı konkordato tasfiye memurlarına teslim etmezse, belli şartların yerine gelmesi hâlinde 336/a maddesinde öngörülen cezaî yaptırıma maruz kalacağı gibi rüçhan hakkından da mahrum olacaktır; ayrıca, konkordato tasfiye memurları rehinli taşınırı teslim etmeyen rehinli alacaklıya karşı genel mahkemelerde teslim davası açabilirler (Bkz. 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoda 309/g maddesine yönelik Hükümet Gerekeçesi).

¹¹² Woess, s. 505.

4- Şanssızlığın İspatıyla *Cessio Bonorum*un Sınırlandırılması

Borçlunun ehliyetsizliği, liyakatsizliği (düşüncesizliği) ile ödemede güçlüğü düşmesiyle, malvarlığının yanması, yağmaya tabi tutulması, çalınması gibi beklenmeyen durumlar nedeniyle, yani, şanssızlık sonucu ödemede güçsüzlüğe düşmesi arasında bir ayırım yapıldığı bilinmektedir. Tam olarak belirlenememekle birlikte, bu ayırımın borcu sona erdirici etkiye sahip olup olmama bakımından bazı sonuçları olsa da, *cessio* bakımından önem arzetmemektedir¹¹³. Çünkü *cessio bonorum*un varoluş amacı, sadece, borçlunun elinde olmayan nedenlerle ödeme güçsüzlüğüne düşmesini engellemek ya da içinde bulunduğu bu durumdan kurtulmasını sağlamak amacıyla dayanmamaktaydı. Alacaklılar bakımından da borçlunun içinde bulunduğu durumun özelliği özel bir anlam ifade etmemektedir. Şahsa karşı icrayı bertaraf etmek amacıyla *cessio bonorum*un fiilen uygulanmasında, borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesine neden olan etken arasındaki farklılıklara dikkat edilmese de; *Augustus* zamanına rastlayan metinlerde ödeme güçsüzlüğüne şanssızlık sonucu düşmede borçlu lehine fark yaratıldığı da gözükmemektedir¹¹⁴. *Seneca* zamanına rastlayan metinlerde ise bu farkın gözükmediği, her iki durumda da borçlunun durumunun kolaylaştırıldığı görülmektedir¹¹⁵. Ancak, bundan, *cessionun* uygulanması bakımından bu iki durum için bağımsız bir yol öngörüldüğü anlamı da çıkarılmamalıdır. Özellikle dürüst olmayan borçlunun taahhütlerinden kurtulmak için bu yola başvurmaya ya da bu yönde çabalar göstermesine yol açmaması, bu yönde borçluları teşvik anlamına gelmemesi düşünceleriyle metinlerle uygulama arasında var olan farklılık ortadan kaldırılmıştır. Bu şekilde borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesinde, kendi dışındaki nedenler ya da onun tecrübesizliği arasında borçluya uygulanacak kuralların uygulanması bakımından borçlu lehine ayrıcalık kalmamıştır¹¹⁶.

113 **Woess**, s. 505–506.

114 Belirtilen düzenleme farklılığına rağmen, uygulamada bunun hiç görülmediği de belirtilmiştir (**Woess**, s. 508–510).

115 Ödeme güçsüzlüğüne düşmede ifade edilen farklılıkta, alacaklılar aleyhine olası zararların doğmasıyla, yeni tedbirlerin alındığı ve bu nedenle farklılığın ortadan kaldırıldığı da ileri sürülmektedir (**Woess**, s. 508–509).

116 **Woess**, s. 507, dn.2.

5- Cessio bonorumun Uygulanmasında Yetkili Makama Yönelik Sorunlar

Roma hukukunun özellikle ilk dönemlerinde, malik, kendisine verilmeyen şeyi, gerek kendisinin gerekse çevresinin yardımıyla zorla geri alabilmekteydi. Şahsi oç alma şeklinde yürütülen bu süreçte, her iki taraftan ölenler ve yaralananlar da olabiliyordu¹¹⁷. Şahıs üzerinde yürütülen icrada zamanla, *magistra* 'lar da bir hakem görevi ifa etmeye başlamış; ancak, alacaklıların etkinliği de tamamen azalmamıştı. Alacaklılar bakımından, şahıs üzerinde icra normal bir icra prosedürü olarak görülmekteydi. Malvarlığına karşı icra yöntemi olan *missio in bonanin* uygulanmasında ise, asıl olarak *praetorlar* görevli iken, *cessiodan* hiç bahsetmeyen *Rubria* Kanunları ile, bu görev, *magistralara* da verilmişti. Ancak, malvarlığına karşı icra söz konusu olduğunda, *praetorların* yetkileri *magistralardan* çok fazlaydı. Aynı durum *cessio bonorumun* uygulanması bakımından da kabul edilmekteydi¹¹⁸.

Ancak *magistranın* hakemliğinde *cessionun* yürütülmesi ile malvarlığına yönelik bir icra çeşidi olarak *praetorlar* tarafından *cessionun* yürütülmesi çakıştığına, hangisinin geçerli kılındığı belirsizdir. *Cessio bonoruma* yönelik *Julia* metinleri de, bu konuda açık düzenleme içermemektedir. Bir borç nedeniyle yürütülen şahıs üzerinde icra sırasında *cessionun* kabul edilmesiyle, borçlu, şahıs üzerinde icradan kurtulacak; bir anlamda özgürlüğünü kazanacaktı. Roma hukukunda bir kişi özgürlüğünü iddia etmekteyse, zaman geçirilmeksizin bu durum hakkında bir karar verilmesi gerekmekteydi. Justinianus hukukuna göre, bir kişinin özgürlüğünü iddia etmesi durumunda buna yönelik şartları incelemek ve buna yönelik emirleri vermekle yetkili kurum *magistralık* idi. *Magistra* önünde yürütülen bir yargılama sırasında da *cessio* söz konusu olabilmekteydi. Ancak bu halde bile *cessioya* yönelik uygulama *magistralar* tarafından yapılmamaktaydı. Genel uygulamanın yanında, Roma vatandaşının yerel bir organ tarafından yargılanabildiği ve bu sırada kendisini savunması durumunda da *cessio bonorumu* teklif edebildiği de bilinmektedir¹¹⁹. Hangi şekilde olursa olsun, *cessio bonorumun* uygulanmasında, yetkili makam *praetorlardı*. Burada *cessio bonoruma* yönelik düşüncenin ifade edildiği makam ile uygulamasını gerçekleştiren makam

¹¹⁷ Koschaker/Ayiter, s. 14; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 5.

¹¹⁸ Woess, s. 510-511.

¹¹⁹ Woess, s. 510-511.

farklılaşmaktadır. Ayrıca şehrin yöneticisi de, *cessionun* uygulanması yönünde *praetora* emir verebilmekteydi¹²⁰. Eğer *cessio bonorum* teklifi bir makam önünde gerçekleşen bir yargılama sırasında vuku bulmamışsa, bu halde, yetkili makam yine *praetordu*¹²¹. Bu durum *cessionun* uygulanmasının çoğu durumlarda, yüksek bir makamın önünde cereyan etmediğini; yerel makamlarca yürütüldüğünü göstermektedir. Çünkü *cessio*, genellikle, şahsa karşı cebri icra uygulanmasına engel olmak üzere, yargılama sırasında karşı bir savunma aracı olarak işlev gören yerel bir uygulama olmaktaydı. *Gaius*'un, “ya zararın karşılanması ya da zarar verenin teslim edilmesi”¹²²ne yönelik emir vermesiyle, ifanın konusuna ve yetkili makama yönelik tereddütler de giderilmiş oldu. Buna yönelik uygulama ise, *praetora* bırakıldı¹²³.

¹²⁰ *Justinianus*'un emirlerinde de (C.7, 71, 8, pr) bu yönde veriler bulunmaktadır. Buna göre, *Kaiser*, şahsa karşı icranın uygulanması sırasında da *cessio* için bir emir verilebilir. Bu durum, *cessionun* uygulanması sırasında da, şahıs üzerinde uygulanan icranın yürütüldüğünü de ayrıca göstermesi bakımından dikkate değerdir (**Woess**, s. 511–512). Günümüz bağlamında, iflâstan önce konkordato talebi gerek borçlu tarafından gerekse alacaklılar tarafından yapılabilir. Konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen borçlu, icra mahkemesine konkordatoya giden süreci özetleyen gerekçeli bir dilekçe ve konkordato projesi sunar. Bu projeye, ayrıntılı bir bilanço, gelir tablosu ve mecburen tutması gerekli defterleri varsa buna yönelik bir cetvel ekler (İİK m.285,I). Bu şekilde, borçlu, ilk aşamada, öngördüğü konkordato türünü ve bunu gerçekleştirmeye yönelik içinde bulunduğu durumu ve imkânları açıklamaya mecbur tutulmaktadır (Gerekçeden). İflâstan önce, iflâs talebinde bulunabilecek alacaklılar da, gerekçeli olarak düzenleyecekleri bir dilekçeyle, icra mahkemesinden borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilirler (İİK m.285,II). Aynı şekilde, malvarlığının terki suretiyle konkordato da, diğer alelade konkordato türlerinde olduğu gibi, borçlunun bir konkordato talebi ile başlar (**Tanrıver**, s. 20; **Ulukapı**, s. 24; **Deliduman**, s. 1045). Ancak, borçlunun konkordato teklifinde, malvarlığının terki suretiyle konkordato teklif ettiğini açıkça bildirmesi gerekir (Bkz. 309/a maddesine yönelik Hükümet Gerekçesi).

¹²¹ **Woess**, s. 511.

¹²² “qui neque sequantur neque ducantur”.

¹²³ **Woess**, s. 512; İcra ve İflâs Kanunumuza göre, konkordatoya karar vermede, kural olarak, yargılama mercii olan icra mahkemelerini esas alırken, konkordato işlemlerini yürütmekle görevlendirilen kişi olarak da, komiseri ön plana çıkarmıştır (Konkordato Komiserinin yeri ve önemi konusunda bkz. **Tanrıver**, s. 25 vd.). Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda da, konkordato komiserinin tayini ve görevleri adi konkordatodaki gibidir (**Deliduman**, s. 1047; **Ercan**, s. 225). Ancak, konkordatonun mahkemece tasdiki üzerine, borçlunun konkordato kapsamındaki malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini, özel bir konkordato organı olan alacaklılar kurulu tarafından seçilen konkordato tasfiye memurları kullanırlar. Tasfiye memurları, iflâs dairesinin ve alacaklılar kurulunun denetimi altında tasfiye kapsamındaki mal ve hakları paraya çevirirler ve elde edilen paraları alacaklılara dağıtırlar (İİK m.309/c; 309/ç). Geniş bilgiler için bkz. **Ercan**, s.257 vd.

6- Geçici Koruma Önlemi Olarak Borçlunun Şahsına Karşı İcra Uygulanmasında *Cessio bonorum*

Roma hukuk uygulamasında *cessio*ya yönelik uygulamaların görülmesine rağmen, şahıs üzerinde cebri icra uygulamasının da ortadan tamamen kalkmadığı bilinmektedir. Bu nedenle, hem *cessio* hem de şahsa karşı icra birlikte yürütülmüştür. En eski zamanlardan beri şahsa karşı icranın uygulandığı da zaten bilinmektedir. Hatta en eski devirlerde, borcun mevcudiyetine yönelik bir yargılama yapılmadan, doğrudan şahıs üzerinde cebri icra uygulaması da söz konusu olduğu yukarıda ifade edilmişti¹²⁴.

Sistem dışı yargılama usulünün uygulandığı (*Cognitionsprozess*) klasik sonrası dönemde, borçlunun şahsı üzerinde uygulanan icra geçici bir özellik arzietmekteydi. Başka bir ifade ile bu dönemde, borçlunun şahsı üzerinde uygulanan ve geçici özellik taşıyan koruma önlemlerinin dışında, salt şahsa karşı icrayı hedef alan davranış tarzında azalmalar görülmekteydi. Bu durum, *sistem dışı* usule temel teşkil eden kurallardan kaynaklanmaktadır. Bundan önce yürürlükte olan sistemde (*Legis Actio* ve *Formula Usulü*)¹²⁵ bir kişiyi davaya davet o kişinin hayatına da mal olabilirken; *sistem dışı* usulde, davalı, davacı tarafından *magistra* önünden alınamıyordu. Yargılama sürecine katılması karşısında davalı borçluya, alacaklıya teslim edilmemesi için bir güvencenin de verilmesi gerekmekteydi. Aksi halde davalı borçlu yargılama sürecine katılmayabilirdi. Aynı şekilde, davalı da davacıya yargılama sürecine katılacağına ve kaçmayacağına yönelik bir güvence vermek durumundaydı¹²⁶. Arazi maliki, haysiyetli kadın ve imtiyaz sahibi şahıslar davalı olduklarında bu güvenceyi göstermekten muaf tutulmuşlardı. Roma vatandaşı sıfatını taşımayan ya da Roma vatandaşı sayılıp da, yargılama sürecine katılma noktasında güvence gösteremeyen, alacaklı tarafından yakalanan borçlu, yargılama süreci tamamlanıncaya ve hüküm verilinceye kadar bir geçici koruma önlemi şeklinde şahıs ile sorumlu olarak hapis altında bulundurulmakta; mahkemeden buna yönelik karar alınmaktaydı¹²⁷.

¹²⁴ Bkz. yuk. başlık B, 2.

¹²⁵ Bkz. Tahiroğlu/Erdoğan, s. 12-37.

¹²⁶ "cautio iudicio sisti".

¹²⁷ Woess, s. 513-514.

Yargılama sırasında borçlunun şahsına karşı yürütülen ve geçicilik özelliği taşıyan bu tür bir güvencelerin sadece, yargılamanın yürütülmesine yönelik bir güvence işlevi gördüğü; buna karşılık, yargılama sonrasında mahkemenin vereceği kararın icrasına yönelik bir güvence amacı taşımadığı ileri sürülmüştür. Ancak bir an için, bu aşamada borçlunun şahsına karşı yürütülen icranın, sadece, borçlunun yargılama sırasında mahkeme önünde hazır bulundurmaya yönelik geçicilik niteliği taşıdığı; mahkemece, davalı lehine bir karar verilince de bu zorunluluğun kendiliğinden ortadan kalkacağı ve borçlunun serbest kalacağı ileri sürülse de, gerçekleşen uygulama bunun böyle olmadığını göstermektedir. *Sistem dışı* yargılama usulünde, bir borçtan dolayı geçici koruma önlemi olarak görülebilecek hapis ile sorumluluk durumu, pratikte, borçlunun şahsına karşı da yürütülen bir icra uygulamasına da dönüşebilmekteydi. Geçici olarak güvence amacı gören ve yargılamanın yapılabilmesini, sonuçlandırılabilmesini sağlamayı amaç edinmiş olsa da, borçlunun yakalanması, kötü niyetle borçlunun şahsına yönelik bazı baskı araçlarının uygulanabilmesine zemin hazırlamaktaydı. Hatta yargılama sırasında vuku bulan bu tür kötü niyetli baskı araçları yüzünden çoğu zaman, borçlunun borç yükümlülüklerine uygun tarzda davranması sağlanabiliyor; uzun zaman alan yargılama sürecine gerek de kalmıyordu. Bu yönde bir eğilim, uygulama ile kurallar arasında farklılıklar ortaya çıkarmakta; kuralların borçlunun da çıkarlarını koruyacak şekilde tam olarak uygulanabilmesi her zaman mümkün olamamaktaydı. Kendisine teslim edilen kişiyi yargılama sırasında hazır bulundurmak ve onun kaçmasını engellemek için, icra memurunun (*Executor*) hangi araçları kullanacağına yönelik sınırlamalar da yoktu. Bu nedenle, borçlunun borç yükümlülüklerine uygun tarzda davranışlarda bulunmasını, borç konusu edimi yerine getirmesini ya da bir *cessio bonorum*a giden sürecin başlatılmasını sağlamak amacıyla alacaklı büyük uğraşlar vermekte; hatta bunu sağlamaya yönelik olarak icra memurunu da etkilemeye yönelik tüm araçları devreye sokmaktaydı. Çoğu zaman, kendisine yapılacak işkencelerin farkına varan borçlu, başka bir seçim hakkı tanınmadığı için, borç konusu edimi yerine getirmek; bunun mümkün olmadığı durumlarda da, bir *cessio* sürecini başlatmak zorunda bırakılabilmekteydi¹²⁸.

Roma hukuku bakımından görülen bu süreç, *cessio bonorum*un, borçlunun şahsına karşı yürütülen, geçici bir koruma önlemi niteliğinde cebri icra uygulamasının engellenebilmesi ve kötüye kullanılabilmesinin önüne geçile-

128 Woess, s. 515–517.

bilmesini sağlamak amacıyla kullanıldığını da göstermesi bakımından dikkate değerdir. Yargılamanın her safhasında, borçlunun şahsına yönelik olarak geçici koruma önlemlerinin alınabilmesinin alacaklının korunması çerçevesinde yeterli görülmemesi nedeniyle borçlunun *cessioya*, işkence araçlarıyla yönlendirilmesi durumunu ortaya çıkarmıştır. Çünkü borçlunun malvarlığının dışında tek başına, şahsa yönelik geçici koruma önlemi, alacaklıların alacaklarına kavuşmaları bakımından yeterli bir güvence anlamına gelmemekteydi¹²⁹. O halde *sistem dışı* yargılama sürecinde (*Cognitio Extra Ordinem*) bile, *cessio bonorum*a yönelik bir sürecin başlatılmasının çok geçmeden sağlanmasına yönelik olarak, geçici koruma önlemi adı altında şahsa karşı icranın yürütüldüğü de görülmektedir¹³⁰.

7- *Cessio Bonorum* Uygulamasında Zilyetlik ve Mülkiyete Yönelik Sorunlar

Kanun önünde eşitlik ilkesi Roma hukukuna yabancı bir kavramdı. Antik şehir devletleri sadece, yöneten zümrenin çıkarlarını dikkate alan sınıf devleti temeline dayanmakta; yönetilenler ile yönetenler arasında uçurumlar bulunmaktaydı. Merkezi güçler, yerel idareleri denetlemek yoluyla, yerel kişiler üzerinde de etkilerini sağlamakta, hâkimiyetlerini devam ettirmekteydiler. Bu sınıfsal yapı içerisinde, bir malvarlığı üzerinde zilyetliğin kaybını ortaya çıkaran durumlar söz konusu olduğunda, bu durum etkisini, kural olarak, sınıflar arasında farklı, ancak her sınıf içerisinde herkes için eşit derecede gösterirdi¹³¹.

¹²⁹ Henüz mahkemece bir karar verilmeden, yargılama süreci tamamlanmadan gerçekleşen bu tür *cessio bonorum* söz konusu olduğunda, mahkemenin ne tür karar vereceğine yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Yani alacaklının baskısıyla ortaya çıkan *cessio* nedeniyle, mahkeme, *cessionun* onaylanmasına mı karar vereceği; yoksa yargılamayı sonuna kadar devam ettirerek gerçek borç yükümlülüklerine uygun tarzda bir hüküm mü vereceği tam olarak bilinmemektedir (Woess, s. 517-518, dn.2).

¹³⁰ Woess, s. 518; Roma hukuk uygulamasında ve diğer bazı hukuk sistemlerinde rastlanılan borçlunun borcunu ödeyinceye kadar hapis müessesesi, modern hukuk sistemlerine yabancıdır. Fakat borçlunun mallarını ve mallarının nerede olduğunu da tespit edebilmek için bazı istisnai hallerde, ikinci derecede olmak üzere hapis yoluna işlerlik kazandırılabilirdiği de kabul edilmiştir. Borçlunun mal beyanında bulunmasını sağlamak için hapis ile tazyik edilmesi (İİK m.76) ve mal beyanında bulunmayan borçlunun disiplin hapsi ile cezalandırılması (İİK m.337) bu duruma belirgin örnektir.

¹³¹ Woess, s. 518.

*Iustinianus*un 531 yılına rastlayan emirnamelerine göre, aile babasının egemenliği altında yaşayan (*filius familias*), borç ödeme yükümlülüğü bulunmayan (*etsi nihil in suo censu haberant*), hatta mamelek hakkına da sahip bulunmayan aile evladı da, sınırlı şartlar altında borç karşılığında *cessio bonorum* teklif hakkına sahip bulunmaktaydı. Ancak aile evladının bu tarz bir talebi veya *magistranın*, *cessio bonorum*a yönelik bir karar vermesiyle, aile evladının mülkiyet hakkına ve tasarruf yetkisine sahip olmaması nedeniyle *praetorun*, aile evladını alacaklıya (köle gibi) teslim edip edemeyeceği belirsizdir¹³². Aile evladının mamelek hakkına sahip olmaması, onun, *pater familias*a ait mamelekin devir hakkına sahip olmaması demektir. *Cessio bonorum*da ise, kim malın mülkiyetine sahipse devir de ancak o kişi tarafından yapılabilir¹³³. Malvarlığının devriyle birlikte, borçlunun şahsı ile sorumluluğu da devam etmektedir¹³⁴. Çünkü salt mülkiyetin devri işlemin yapıl-

¹³² Oysa ki aile evladının, Roma vatandaşı olarak *ius civile*ye göre hak ve fiil ehliyeti, haksız fiil ehliyeti tam olmakla birlikte; Roma ailesinde yalnız bir kimse iktisaba yetkili olduğundan (*pater familias*) aile evladı tarafından yapılan işlemler etkisini kendiliğinden *pater familias* üzerinde gösterir. Bu halde hak ve borçların sahibi de aile evladının yerine *pater familias* olurdu. Sonraları aile evladının taahhüt işlemlerinden *pater familias*ın, tıpkı kölenin efendisi gibi sorumlu olacağı *praetor* tarafından kabul edildi. Aile evladına karşı, taahhüt işlemleri nedeniyle dava açılabilir, alacağın ödenmesine mahkûm edilebilir; ancak, *pater familias* altında bulunduğu sürece hüküm infaz edilemezdi. Çünkü aile evladının mameleki bulunmamaktadır. Alacaklı, aile evladının şahsı üzerinde icra da gerçekleştiremezdi. Bunu yapması, aile evladını *pater familias*'ın elinden alması anlamına gelmekteydi. Ancak, *praetor* uygulamalarıyla, aile evladına fiilen tasarruf edebileceği bir mamelek tahsisi durumlarında, bu miktarla sınırlı olarak sorumluluk verildi (**Koschaker/Ayiter**, 87–89); işte bu gibi durumlarda, aile evladının da *cessio bonorum* teklif edebilmesi imkânı tanınmaktaydı (**Woess**, s. 519).

¹³³ Günümüz malvarlığının terki suretiyle konkordatoda tasfiyeye tabi mallar, öncelikle, konkordato projesinde gösterilen mallardır (**Deliduman**, s. 1052). Bundan başka, borçlu, konkordato teklifinde haczi caiz olmayan mallarını da ayrıca göstermekle yükümlü kılınmışlardır (İİK m.309/b). Konkordato kararının kesinleşmesine kadar borçlunun malvarlığına giren mallar da tasfiyeye tabi tutulmaktadır (**Deliduman**, s. 1052; **Kuru**, s. 3883). Konkordato tasdikinin kesinleşmesiyle birlikte, tasfiyeye tabi mallar özel bir mamelek (*Sondervermögen*) oluşturur (**Deliduman**, s. 1052). Geniş açıklamalar için bkz. **Ercan**, s.202 vd.,205 vd.

¹³⁴ **Woess**, s. 519. İcra ve İflâs Kanunu'nun 309/b maddesinin bir nolu bendine göre, alacaklıların, malların tasfiyesi ya da üçüncü kişiye devri suretiyle karşılanamayan alacaklılarından feragat edip etmedikleri, feragat etmemişlerse borçlunun sorumluluğunun ne olduğu da konkordatonun zorunlu içeriği olarak açıkça belirlenmelidir. Alacaklıların, tasfiye sonrasında karşılanamayan alacaklarını istemekten feragat etmiş olmaları da mümkündür. Ancak, böyle bir anlaşmanın, konkordato sözleşmesinin içeriğinde belirtilmesi gerekir (**Deliduman**, s. 1052; **Kuru**, s. 3881; **Ercan**, s.205 vd.). Burada önemli olan hususun, belirli çerçeveler içinde kalmak koşuluyla (İİK m. 309/b; BK m.19-20), borçlu ile

ması, alacaklarının alacaklarına borçlunun malvarlığından tamamen kavuşacakları anlamına tam olarak gelmemektedir. Bu nedenle *cessio bonorum* uygulanabilmesi için, borçlunun devre konu malvarlığının, alacaklıların alacaklarını tamamen karşılayabilecek nitelikte olması yeter bir ön şart olarak kabul edilmemekte; fiilî olarak karşılaması da aranmaktaydı. Bu ise malların paraya çevrilmesi ile belirlenebilecek bir durumdu. *Cessio bonorum* başlangıcında, borçlunun halihazırda mülkiyetinde bulunan ve devre konu kılınan mallarının alacaklılar tarafından paraya çevrilmesiyle kararlaştırılan miktarı tutup tutmayacağı ise belirsizliğini korumaktadır. Bu nedenle de, malvarlığının mülkiyetinin devrinden sonra da borçlunun şahsı ile sorumluluğu kısmen devam etmekte; *cessio bonorum* talebi ve malvarlığının devri şahıs üzerinde cebri icra uygulamasını tamamen sona erdirmeye sadece ilk aşama olmaktadır¹³⁵.

Klasik hukuk döneminde *cessio bonorum*, *venditio bonorum* uygulanmasını temin amacını da taşımaktaydı. Bu devrede spekülâtörler tarafından borçlunun borcuna karşılık olmak üzere borcu karşılayacak miktarda belirli bir malvarlığı belirlenmekte; belirlenen bu kısım malvarlığı, toptan paraya çevrilmekte ve alacaklıların alacaklarına kavuşmaları sağlanmaktaydı. Alacaklıların baştan belirlenen malların alacaklarını karşılamaya yeteceği noktada endişeleri olmamakla birlikte, çoğu durumlarda, malların paraya çevrilmesi sırasında gerçekleştirilen spekülâtif davranışlar sonrasında beklenen fayda elde edilememekteydi. Bu nedenle çoğu durumlarda, *venditio bonorum* öncesinde, *cessio bonorum* uygulanmasının da bir amacı, yararı, kötü uygulama nedeniyle kalmamıştı¹³⁶. *Cessio bonorum*, bu özelliği gereği

alacaklının diledikleri şekilde anlaşabilecekleridir (Bkz. 309/b maddesine yönelik Hükümet Gerekçesi).

¹³⁵ **Woess**, s. 519–520. Günümüzde, öncelikle, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, alacaklıların tasfiye sonucunda karşılanamayan alacaklarını talep haklarından feragat edip etmedikleri konkordato sözleşmesinde yer alacağından (309/b/1), feragat yönelik bu yönde bir anlaşmanın yapılmadığı durumlarda, kalan kesimin kapsamı ve niteliğinin de ayrıca gösterilmiş olması gerekmektedir (309/b maddesine yönelik Hükümet Gerekçesi). Bu nedenle, konkordato anlaşmasıyla, borçlunun malvarlığıyla karşılanamayan alacaklıların durumu daha baştan belirlenmekte; buna yönelik belirsizlik de ortadan kalmaktadır.

¹³⁶ **Woess**, s. 520. Günümüzde, tasfiyeyi, alacaklılar kurulunun alacağı kararlar doğrultusunda tasfiye memurları yapar (İİK m.309/c; 309/ç). Tasfiye memurları, paraya çevirmenin usulü, zamanı hakkında alacaklılar kuruluna teklifte bulunur (İİK m.309/e). Paraya çevirme bakımından büyük bir esneklik kabul edilmiştir. Organlar, kendilerine uygun görünen paraya çevirme usulünü kabul etme serbestisine sahiptir (Bkz. İİK 309/e madde-

genel kabul gören bir uygulama yakalayamamış olsa da, az sayıda kişi, borçlunun malvarlığına karşı söz konusu olabilecek bir icra sonrasında alacağına kavuşamayacağı endişesiyle *cessio*ya yönelmekteydi. Bu halde, *cessio*, farklı bir uygulama tarzıyla ortaya çıkmaktadır. Alacaklının alacağını karşılamaya yetmeyecek tarzdaki malvarlığı işletilmekte; oradan elde edilen gelirle alacaklı alacağına kavuşmaktaydı. Örnek olarak, *cessio bonorum* konu olan bir fırın, alacaklılarca paraya çevrilmemekte; kendileri işletmek istemiyorlarsa içlerinden birine ya da bir başka kişiye hasılat kirasına verilmekte; buradan elde edilen gelirle alacaklıların alacaklarına kavuşmaları sağlanmaktaydı¹³⁷.

Krallık hukukunda da, borçlunun belirli bir miktarı ödeme veya *cessio*ya yönelik talebinin alacaklılar tarafından kabul edilmesi durumunda bile, borçlunun şahsa karşı icra tehdidi altında tutulması acımasızlığı söz konusu olabilmekteydi¹³⁸. Bu şekilde süregelen bir uygulama, kendisini eski hukukun etkisinden tamamen kurtaramamıştı. *Poetelia* Kanunlarına göre, kendisini bir borç yükümü ile bağtılayan borçlu, borç konusu edimi yerine getireceğine dair iyi niyetle edeceği yemin ile (*juramentum bonae copiae*) şahsa karşı yürütülen icradan kaçınabilirdi. Bu yemin iki hususu içermektedir. Öncelik-

sine yönelik Hükümet Gerekçesi). İflâs dairesinin ve alacaklılar kurulunun denetimi altında kendisine verilen serbesti sınırları çerçevesinde tasfiye memurları, borçlunun devrettiği malvarlığına yönelik olarak tasfiyeye yönelik (malvarlığını paraya çevirme ve elde edilen paraları alacaklılara dağıtma gibi) işlemleri yaparlar (İİK m.309/h; 309/e). Geniş açıklamalar için bkz. **Ercan**, s.301 vd.

¹³⁷ **Woess**, s. 520–521. Benzer duruma modern düzenlemelerde de rastlanılmaktadır. İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, alacaklılara, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmek veya bu malların tamamını veya bir kısmını üçüncü kişiye devretmek yetkisi verilir. Bu halde, borçlu, malvarlığını alacaklılara terk ederek bu malvarlığının alacaklılar tarafından iflâs tasfiyesine benzer bir şekilde tasfiye edilmesini ister. Ancak malvarlığının terki suretiyle konkordatonun başka bir şekli de bulunmaktadır. Bu ise, borçlunun malvarlığının tamamını veya bir kısmını, alacaklılara genellikle belirli bir vadeye yayılan taksitler halinde ödeme yapılması karşılığında bir üçüncü kişiye devretmesidir. Fakat malvarlığının alacaklılara terki ile üçüncü kişiye devri arasında, durumun özelliklerine göre yürürlüğe konulabilecek çeşitli seçenekler bulunmaktadır. Örnek olarak, borçlunun malvarlığının kurulacak bir şirkete devredilerek alacaklılara bu şirket hisseleri de verilebilir (Bkz. 4949 sayılı Kanunun malvarlığının terki suretiyle konkordatoya yönelik Hükümet Gerekçesi; Tasfiye anlaşması, yeni şirket kurulması, malvarlığının üçüncü kişilere devri, Kombine (Birleşik) şekillerindeki malvarlığının terki suretiyle konkordato görünümleri için bkz. **Ercan**, s.108 vd.).

¹³⁸ 12 Levha Kanunlarında da belirtildiği üzere, bu halde alacaklılar, borçlunun talebi halinde, yeterli derecede işe sağlamak mecburiyetindeydiler. Bunun ölçüsü ise, yarım kilo tahıldı (**Schwarz**, s. 94; **Umur-Ders** Notları, s. 238; **Umur-Tarihi** Giriş, s. 538; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 16; **Rado-Roma** Hukukunda Cebri İcra, s. 235; **Woess**, s. 521).

le, borçlunun içinde bulunduğu acze yöneliktir. Bundan başka, borçlu, hâlihazırdaki malvarlığının alacaklının alacağını karşılayacak miktarda olduğuna ve borç yükümlülüklerinden kurtulmak için kaçmayacağına yönelik olarak yemin etmekle yükümlüydü. Borçlu, yeminden sonra, malvarlığı üzerinde (özellikle de, paraları üzerinde) tasarruf edemezdi. Bunun karşılığında ise, şahsa karşı icradan kurtulmaktaydı. Borçlunun yanında, diğer Roma vatandaşları da, hem borçlunun içinde bulunduğu acze, borç yükümlülüklerini yerine getirmeden kaçmayacağına hem de kalan malvarlığına yönelik olmak üzere yemin edebilirlerdi. Borçlunun alacaklılara karşı borç yükümlülüklerine uygun tarzda davranacağına, tüm malvarlığını borcu karşılığında alacaklılarına terkedeceğine yönelik söz vermesi ile (yemin beyannamesi) ile, *cessio bonorum* prosedürünün başlaması sözkonusu olmakta; ancak yemin beyannamesi ile borçlu, şahıs üzerinde icra ve sonuçlarından kurtulabilmekteydi¹³⁹. Diğer taraftan kabul edilmelidir ki, bir borçlunun acze düşmesi, onu borç ödeme yükümünden kural olarak kurtarmaz. *Cessio bonorum*la, gerçekte ulaşılmaması arzu edilen sonuç, salt borçlunun aczinin ispatına yönelik yemin etmesi olamaz. Amaç, yemin çerçevesinde borçlunun aktif malvarlığının borçlarına karşılık olmak üzere devridir. Devredilen aktifleri toplamı, pasifleri karşılayamadığı durumlarda zaten, borçlunun acz içerisinde olduğu ortaya çıkacaktır¹⁴⁰. Görüleceği üzere, *cessio bonorum*, sıklıkla, şahıs üzerinde uygulanan cebri icra uygulamasından kurtulma noktasında alınacak tedbirlerde geç kalındığı durumlarda düşünüldü. Ancak, *cessio* için, borçlunun acz içerisinde bulunması ya da ödeme güçsüzlüğüne düşmede şanssızlığın rol oynaması bir ön şart olarak kabul edilmemektedir. Kim malın maliki ise, *cessio* yoluyla malın zilyetliğinin devrini de o gerçekleştirebiliyordu. Malvarlığının terki sonrasında, borçlunun terke tabi malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi de kalmamaktaydı¹⁴¹. *Cessionun* uygulanmasında mülkiyetin rol

¹³⁹ Woess, s. 521-522.

¹⁴⁰ Woess, s. 522.

¹⁴¹ Roma hukukunda, özellikle, *missio in bona* için tek başına *praetor*'un karar vermesi yetmemekte, ayrıca, alacaklıların borçlunun malvarlığına fiilî olarak el koyması da gerekmektedir (Bkz. Başözen, s. 43; Schoch, s. 27-28); aynı şekilde, borçlunun *cessio* teklifi üzerine *praetorun* kararıyla *cessio* sürecinin başlatılması durumunda, *cessionun* kendisinden beklenen etkiyi gösterebilmesi için borçlunun devrettiği malvarlığı üzerinde alacaklıların fiilen zilyetliğe sahip olmaları da gerekecektir. Bu şekilde, alacaklılar, borçlunun tüm malvarlığı üzerinde değil, sadece, borçlunun fiilen alacaklılarının hâkimiyet altına bıraktığı malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini kullanabileceklerdir.

oynaması, onun az sayıda uygulanması ve az sayıda aciz masalarının kurulması sonucunu doğurdu. Ancak, borçlu, mallarının devri ile şahıs üzerinde cebri icradan tamamen kurtulmaktan ziyade, alacaklının katı tutumu ve emri altında kalmasından kurtulmaktaydı. Şahıs üzerinde cebri icradan kurtulmanın şartı ise, devredilen malvarlığının, alacaklının alacaklarının tamamını karşılmasına bağlıydı¹⁴².

SONUÇ YERİNE

Eski zamanlardan beri, şahsa karşı yürütülen icra, uygulanmasına rağmen arzu edilen bir durum olmamıştır. Her dönemde bunu değiştirmeye yönelik çabalar görülebilmektedir. Ancak, her dönemde uygulanabilirlik bakımından engellenmesi çabaları da görülebilmektedir. Borçlunun alacaklıların çıkarlarına aykırı tarzda hareketleri, Romalıların hukuka karşı düşüncelerinde güç ve şiddet kullanmalarının uygun gerekçesi olmuştur. Borçlunun borç yükümlülüklerine uygun tarzda hareket edip etmeyeceği; borca aykırılık durumlarında devlet erkinin borçluyu zorlayıp zorlayamayacağına yönelik endişeler, güçlü konumdaki alacaklıları borçlunun şahsına karşı şiddet ve güç kullanılması sonucunu doğurmuştur. Anlatılan şekildeki bir belirsizlik ortamında, şahsa karşı icra araçları amaca ulaşmada elverişli ve etkili bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Roma hukuk gelişiminin her döneminde, alacaklılar, açıklanan nedenlerle, açıkça hukuk kurallarıyla sahip olmadıkları belirli dönemler bakımından ellerinden alınan şahsa karşı icra yöntemlerini uygulama yolunda açık kapılar aradılar; yeniden getirmeye ve uygulamaya yönelik çaba sarf ettiler. İşte bu hukukî süreçte *cessio bonorum*, bir taraftan verilen ancak diğer taraftan da alınan yarım bir reform olarak kabul edilmiştir. *Julia* Kanunlarına göre, borçlu, borç yükümlülüklerinden şahsı ile sorumludur; ancak, malvarlığını alacaklılara devrettiğinde orcu karşıladığı

Günümüz ölçeğinde tasfiye anlaşması şeklindeki malvarlığının terki suretiyle konkordatoda borçlu, sadece malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini alacaklılara terk etmekte; alacaklılar da bu tasarruf yetkisini tasfiye memurları aracılığıyla kullanmaktadırlar. Dolayısıyla borçlu her ne kadar malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetse de, tasfiyenin sonuçlanmasına kadar malların maliki olarak kalmaktadır. Buna karşılık, malvarlığının üçüncü kişiye devri suretiyle konkordatoda, sadece borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisi değil, bu malların mülkiyetinin ve bütün hakların üçüncü kişiye devredilmesi sözkonusudur. Bu nedenle konkordatonun tasdikinden sonra, borçlu malları üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmekte; bu hak malları devralan üçüncü kişiye geçmektedir (Bu konuda geniş açıklamalar ve yabancı hukuka atıflar için bkz. **Ercan**, s. 122–123; ayrıca bkz. **Başözen**, s. 109 vd.).

¹⁴² **Woess**, s. 522–523.

oranda şahsa karşı icra korkusundan kurtulmaktadır. O halde, roma hukukunda *cessio bonorum* hakkında belirleyici özellik, kendisini “şahsa karşı icrayı engelleme” noktasında göstermektedir¹⁴³.

Roma hukukunda, kişisel çalışması karşılığında elde ettikleri ile geçimlerini sağlayan kişiler bakımından, *cessio bonorum*’un uygulanması da söz konusu olamamaktaydı. Çünkü genel olarak görüldüğü üzere, bu halde, borçlunun devredilebilecek nitelikte malvarlıkları da bulunmamaktaydı. Bu durumda olanlara, borçlarını ödemediklerinde *cessio bonorum* uygulanmakta; hapis yolu işlerlik kazanmaktaydı. Bu süreç, Roma icra hukukunun gelişim süreçlerine tam olarak uymasa da, *cessio bonorum*un bilinmesinin yanında, hâkim olan uygulama şahsa karşı icra usulüydü. Zira borç yükümlülüklerine aykırı davranıldığında şahsa karşı icra, halk arasındaki genel inanişe göre, kaçınılmaz olarak uygulanması gereken yöntemlerdi. Bu nedenle, şahsa karşı icranın önlenmesi de, getirilen kurallara rağmen, hemen ortadan kaldırılamamış, uzunca bir süre almıştır. *Cessio bonorum*, Roma hukuk uygulamasında şahsa karşı cebri icrayı önlemeye yarayan yarım bir reform olarak görülse de, önemli bir değere de sahiptir. *Cessio bonorum*ya yönelik özellikle *Julia* metinleriyle belirlenmiş düşünceler zamanla propaganda etkisi yapmış; düşüncelerde bu yönde değişiklikler ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu anlamda söz konusu reform, bir gelişim eşiği olarak kabul edilebilir. *Cessio bonorum*ya yönelik gelişim sürecine bakıldığında, Romalıların baskıları ya da spontane uygulamalarından ziyade; uzunca bir zaman genel kabul görmemekle birlikte *Julia* Kanunları tarafından öngörülmeleleriyle hukuk hayatında var oldukları anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, muhtemelen, şahsa karşı icraya yönelik uygulamanın tamamen yasaklanmasının elverişli sonuçlar doğurmayacağını; böyle bir yasaklamanın, devlet organları aracılığıyla cebri icranın tam olarak işlerlik kazanamaması nedeniyle alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını tehlikeye uğratacağını düşünerek şahsa karşı icrayı tamamen yasaklamakta; *cessio bonorum*u, dengeleme aracı olarak görmektedir¹⁴⁴.

*Cessio bonorum*ya yönelik yapılan reform, iki bakımdan özel önem taşımaktadır:

¹⁴³ Woess, s. 524–525.

¹⁴⁴ Woess, s. 525–526.

1. Roma hukukunda şahıs ile sorumluluğu sona erdirici etki *cessio bonorum* ile ortaya çıkabilmekteydi. Borçlu, serbest bırakılma karşılığında, çoğunlukla, malvarlığını, borcuna karşılık olarak, alacaklılarına devredebilmekteydi. Aksi durumda, alacaklıların yoğun baskısı altında yürütülen cebri icra, malvarlığının devri sonucunu doğurmayan *venditio bonorum* dönüşebilirdi. Alacaklılar, *venditio bonorum* ile borçlunun malvarlığı üzerinde imtiyaz hakkı elde etmişlerdi. Ancak, borçlunun malvarlığı alacaklıların alacaklarını tam olarak karşılayamadığı durumlarda, elde edilen imtiyaz hakkı da, alacaklıların zararını engelleyememekteydi. *Venditio bonorum*la birlikte, borçlunun şahıs ile sorumluluğu da, açıkça sınırlandırılmaktaydı. Genellikle, *venditio bonorum* şeklinde işleyen borçlunun malvarlığı üzerinde icra, pratik olarak, sadece belirli durumlar için geçerli olabilirdi. Hatta eğer alacaklılar borçluyu yaralamışlarsa, şahsa karşı icra, en azından iyileşme süresi içerisinde vuku bulmamaktaydı¹⁴⁵.

Bu durumlarda bile *cessio bonorum* lüzumsuz değildi. Hatta *cessio bonorum*, bilinen faydasını, *venditio bonorum* uygulanırken bile sunmuştur. *Cessio bonorum*, alacaklıların borçlunun şahsı üzerinde icra ile malvarlığı üzerinde icra arasındaki seçim hakkını ortadan kaldırmıştır. Malvarlığı üzerinde icranın söz konusu olabildiği durumlarda da, *venditio bonorum* uygulanmasından sonraki evrelerde *cessio bonorum* uygulanabilirdi. Bu yolla, hem *venditio bonorum*un olumsuz etkilerinden kurtulunmakta hem de borçlunun malvarlığının borcunu karşılayamadığı durumlarda şahıs ile sorumluluk prosedürünün başlamasına engel olunabilmekteydi¹⁴⁶.

2. *Cessio* bağımsız bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Ancak, yetkiyi kullanan taraf da, bu durumdan tamamen hoşnut olamamakta; sadece, içinde bulunduğu duruma göre en elverişli yol kararlaştırılmaktaydı. Ancak, Roma hukukunda kabul edilen *cessionun*, benzer durumlarda borçluyu şahıs üzerinde icradan kurtarmaya yarar tarzda kullanılabileceğinin bilinebildiği konusunda şüpheler bulunmaktadır. Borçlunun mallarına *venditio bonorum*un uygulanmasıyla yapılan haciz sonrasında da, borçlu, malvarlığı üzerinde birtakım kötü niyetle işlemlerde bulunmadığı durumlarda, benzer sonuçlara ulaşmak mümkün olabilmekteydi. Ayrıca, *cessionun* şartına bağlanmasının

¹⁴⁵ Woess, s. 526.

¹⁴⁶ Woess, s. 526–527.

veya sınırlandırılmasının nasıl yapılacağı noktasındaki belirsizlik de bulunmaktadır¹⁴⁷.

Venditio bonorum, borçluyu şerefsizliğe düşürüyordu; bunun ise çok ağır sonuçları vardı: Her şeyden önce, borçlu, toplum içinde tüm saygınlığını yitirdikten başka, yaşamının ileri dönemleri için de büyük kayıplara uğruyor; örneğin, kamu hizmetlerinden mahrum kalıyordu¹⁴⁸. *Cessio* ise, teorik olarak, *venditio bonorum*un ağır neticelerini önlemeyi hedef tutuyordu. Ancak, borçlunun *venditio bonorum*un ağır sonuçlarıyla henüz karşılaşmadan, kendi iradesiyle malvarlığını alacaklılara terkederek, şerefsizlik durumunu önleyip önleyemeyeceği noktasında da uygulamadan kesin veriler bulunmamaktadır¹⁴⁹.

Cessionun uygulanmasına yönelik birtakım zorluklar, *praetorlar* ve/veya şehir yöneticilerinin katkılarıyla kolaylaştırılmıştır. Hatta *magistralar* önünde kişilerin kendilerini savunmaları sırasında, *cessioya* yönelik uygulamaların yaygınlaşması da bu anlamda değerlendirilebilir. Borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesinde kendi kusurunun bulunmadığının ispatı birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Borçlunun, şanssızlık sonucu acze düştüğünün ispatına birtakım sonuçlar bağlanması, pratikte, tehlikeli parasal kayıpların doğmasına yol açabileceği endişesiyle, *Iustinianus* düzenlemelerinde buna yönelik bir kurum yer almamaktadır. Bu konuda susmanın anlamı, *cessio bonorum*un uygulanmasında, hangi şekilde borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesinin önemi olmamasından kaynaklanmaktadır¹⁵⁰.

Cessio bonorum, bir aile evladı için söz konusu olduğunda, *cessio bonorum* ile malvarlığına yönelik icra arasındaki bağıntı sona ermekte ve

¹⁴⁷ Woess, s. 527.

¹⁴⁸ Di Marzo, s. 134; Rado, s. 30-31; *Infamis* durumuna düşmek, geçekten ağır neticeleri olan ve Romalıların en çok çekindikleri durumlardan biriydi. *Venditio bonorum* benzer şekilde, mirasçı bırakmadan ölmek de kişiyi *infamis* durumuna düşürürdü. Bundan kurtulmak isteyen Romalılar, mirası reddetme hakkı olmayan kölelerini mirasçı olarak atarlardı; bkz. Türkoğlu-Özdemir, s. 153-154.

¹⁴⁹ Burada dikkat edilmesi gereken bir başka durum da, şerefsizliğe yol açan fiillere yönelik saymanın *Iulia* kanunlarında yer almamasıdır. Bu fiillerin hangi durumlarda ve ne suretle uygulanabilir olduğu *praeto*'lar tarafından belirlenmekteydi. *Praetor* tarafından, *venditio bonorum*dan önce *cessionun* uygulanmasıyla borçlunun şerefsizlik durumuna düşmediğine yönelik bir emrin verilip verilmeyeceği de bilinmemektedir (Woess, s. 527).

¹⁵⁰ Woess, s. 528.

malvarlığının devri ile de (*cessio*), aile evladı, şahsa karşı icra yöntemlerinden kurtulabilmekteydi¹⁵¹.

*Cessio bonorum*un uygulanması için kural olarak bir şekil şartı gerekmemekteydi. Ayrıca, yetkili bir makamın katılımına ya da kontrolüne; yetkili makam önünde açıklama yapılmasına gerek de bulunmamaktaydı¹⁵².

Cessio bonorum için, borçlu tarafından bir kaçmayacağına ve mallarını devredeceğine yönelik yemin beyannameşi verilmesi de, kanunlarda açıkça düzenlenmemişti. MS 600’lü yıllarda *Theodoros*’un yazılarından anlaşıldığı kadarıyla, borçlunun vücudu üzerinde ceza yaptırımını uygulanarak onun *cessio bonoruma* zorlanması yasaklanmıştı. Borçlu, sadece, alacaklıların alacaklarına yetecek ölçüde malvarlığına sahip olup olmadığına yönelik yemin etmekle yükümlüydü. Yemin beyanından sonra, borçlunun şahsına yönelik icra tehdidi için korkmasına da gerek yoktu; çünkü *cessio bonorum* ile hem borçluyu *cessio bonoruma* zorlamayı hedef alan baskı araçları gereksiz kalmakta hem de şahsa karşı icraya son verilmekteydi. Buna rağmen, Roma hukukunda şahsa karşı icranın tercih edilen bir uygulama tarzı olduğu bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır¹⁵³. Bu nedenle, *cessio bonorum*un, bu perspektifle ele alınması; yani, şahsa karşı icra ile birlikte uygulanan ve bu icradan kurtulma amacıyla kendine özgü kurumları ve uygulaması olan bir kurum olarak, kendi tarihi gerçeklikleriyle değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵⁴.

151 **Woess**, s. 528.

152 **Woess**, s. 528.

153 **Woess**, s. 529.

154 **Schoch**, s. 43–44; **Woess**, s. 529; **Umar**, s. 237; **Başözen**, s. 80.

KAYNAKÇA

- Altay, Sümer:** Teorik ve Pratik Konkordato Hukuku, İstanbul, 1993.
- Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960.
- Arar, Kemal:** İcra ve İflâs Hükümleri, Cilt. 2/İflas, Ankara, 1945.
- Arens, Peter/Lüke, Wolfgang:** Zivilprozessrecht–Erkenntnisverfahren - Zwangsvollstreckung, München 1992.
- Atalay, Oğuz:** Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, (Türkiye Bankalar Birliği Tarafından Düzenlenen Abant Konferansı, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/abant> adresinden)
- Bandorf, Robert:** Der Einfluss der Konkursöffnung auf die Geschaefit-Prozessfaehigkeit- und Sachlegitimation des Gemeinschuldners mit einem Anhang, Würzburg 1909.
- Başözen, Ahmet:** Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.
- Berkin Necmeddin M.:** Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, (İBD, 1957/5, s.113-124). (Berkin-Haczedilmezlik)
- Berkin Necmeddin M.:** İflâs Hukuku, İstanbul 1972. (Berkin-İflas)
- Berkin, Necmeddin M.:** İflas Hukukunda Konkordato, İstanbul, 1949.
- Berkin, Necmeddin M.:** Konkordato ve İflâs, İstanbul Barosu Dergisi, 1939/3. (Berkin-Konkordato ve İflas)
- Blumenstein, Ernst:** Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.
- Deliduman, Seyithan:** Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, (İstanbul Barosu Dergisi, 2004/3).
- Deren-Yıldırım, Nevhis:** İflâsın Hukuki Mahiyeti, (İÜHFM, 1994/1-4, s. 331-346).
- Di Marzo, Salvatore:** Roma Hukuku, (Çev. Ziya Umur), İstanbul 1959.
- Ercan, İbrahim:** İcra ve İflas Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2007.

Fiori, Silvio: Die Glaebigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, Zürich 1904.

Fritzsche, Hans/Walder-Bohner, Hans Ulrich: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich, Band I/1984, Band II/1993.

Gerhardt, Walter: Grundbegriffe des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Stuttgart 1985.

Gürdoğan, Burhan: İflâs Hukuku Dersleri, Ankara, 1966.

Hörl, Ulrich: Das strafrechtlich geschützte Vermögen im Konkurs des Gemeinschuldners, Bonn 1998.

Jaeger, Carl/ Walder, Hans Ulrich/ Kull, Thomas M./ Kottmann, Martin: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band III, Zürich 1997/2001.

Jauernig, Otmar: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1999.

Karadeniz-Çelebican, Özcan: Roma Hukuku, Ankara 2005.

Kaser, Max: Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966.

Kaser, Max: Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, München 1992.

Kohler, J.: Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.

Kohler, J.: Leitfaden des deutschen Konkursrechts für Studierende, Stuttgart 1893.

Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.

Köhn, Kai: Veräußerungsgeschäfte des Insolvenzschuldners (§§ 80 I, 81 InsO), Hannover Uni-Diss. 2000

Kuru, Baki: “Konkordato”, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963). (Kuru-Seminer)

Kuru, Baki: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, (AÜHFD, 1962/1-4, s.277-326). (Kuru-Haczedilmezlik)

Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, Cilt III, İstanbul 1993. (Kuru-İcra III)

Kuru, Baki: İflâs ve Konkordato Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004. (Kuru-El Kitabı)

Kuru, Baki: İflâs ve Konkordato Hukuku, İstanbul, 1988. (Kuru-İflâs).

Lateinisch-Deutsch, Ausführliches Handwörterbuch, Berlin 2002.

Ludwig, Peter: Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtertung (Liquidationsvergleich), Diss., Bern 1970.

Musielak, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, München 1995.

Necmeddin M. Berkin, “Konkordatonun Hükümleri”, İstanbul Barosu Dergisi, 1949/11. (Berkin-Konkordatonun Hükümleri).

Papa, Gildo: Die Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtertung, Diss. Bern 1941.

Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm: Insolvenzrecht, München 2002.

Pekcanitez, Hakan: İcra-İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.

Postacıoğlu, İlhan E.: İflâs Hukuku İlkeleri, Cilt I. İflâs, İstanbul 1978.

Postacıoğlu, İlhan: Konkordato, İstanbul, 1965.

Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1992. (Rado-Roma Hukuku)

Rado, Türkân: Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı, İÜHF, 1944/1-2. (Rado-Roma Hukukunda Cebri İcra).

Schoch, Hans: Die juristische Natur der Pfaendung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Uni-Zürich Diss., Zürich 1940.

Schwarz, Andreas B.: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1945.

Seuffert, Lothar: Deutsches Konkursprozessrecht, Leipzig 1899. (Seuffert-Konkursprozessrecht)

Seuffert, Lothar: Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts, Leipzig 1888. (Seuffert-Geschichtliche und Dogmatik)

Smid, Stefan: Grundzüge des Insolvenzrechts, München 2002.

Smid, Stefan: Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenztlicher Vergütungsverordnung (InsVV), Kohlhammer Kommentare, Stuttgart 2001.

- Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin:** Roma Usul Hukuku, İstanbul 1985.
- Tanrıver, Süha/Deyneki, Adnan:** Konkordatonun Tasdiki, Ankara, 1996.
- Tanrıver, Süha:** Konkordato Komiseri, Ankara, 1993.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans:** Zivilprozessordnung-Kommentar, München 2002.
- Türkoğlu-Özdemir, Gökçe:** Roma İcra Hukuku, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1-2.
- Uhlenbruck, Wilhelm:** Konkursordnung-Kommentar, München 1994.
- Ulukapı, Ömer:** Konkordatonun Feshi, Konya 1998.
- Umar, Bilge:** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, 1973.
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987. (Umur-Ders Notları)
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku -Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1984. (Umur-Tarihi Giriş)
- Uyar, Talih:** Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, (Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s.551-586).
- Üstündağ, Saim:** İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000. (Üstündağ-İcra)
- Üstündağ, Saim:** İflâs Hukukunun Esasları (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul 2002. (Üstündağ-İflas)
- Von Woess, Friedrich:** Personalexecution und cessio bonorum im römischen Reichrecht, (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 1922/43, s.485-530).
- Yılmaz, Ejder:** Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi (Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.600-611). (Yılmaz-Devlet Malları)
- Zabunoğlu, Yahya:** Konkordato İle İlgili Görüşmeler, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün Düzenlediği İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963).

266 *Ahmet BAŞÖZEN/Mehmet ÜÇER EÜHFD, C. XII, S. 3–4 (2008)*

Zimmermann, Walter: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen- Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Heidelberg 1995.

ÖZEN YÜKÜMLÜLÜKLERİ İLE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İSPAT YÜKÜ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

*Yrd.Doç.Dr. Betül TİRYAKİ**

GİRİŞ

I. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA ÖZEN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İSPAT YÜKÜ

A) Genel Olarak Haksız Fiil Sorumluluğu Şartları

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Türk Borçlar Kanunu (BK)'nun 41. maddesine göre sorumluluğun doğabilmesi için, hukuka aykırı bir fiil, zarar, zararlar fiil arasında bir illiyet bağı bulunması ve failin davranışının kusurlu bulunması gerekir.¹

Her şeyden önce, bir haksız fiilden söz edebilmek için öncelikle OR/BK.m. 41'e göre, belli bir davranışla, fiil ile bir kimsenin hukuken korunan varlıklarına bir zarar verilmiş olması gerekir.² Fiil, bir insanın yapma (tun) veya yapmama (unterlassen) tarzındaki iradi davranışdır.³

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

¹ EREN, Fikret: Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Koloğlu'ya Armağan, Ankara 1973, Armağan, s. 461 vd.; TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 491 vd.; HATEMİ, Hüseyin: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. II, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku 2. Bası, İstanbul 1998, § 5; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2000, s. 129 vd.; KOCA YUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 74; KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008, s. 196 vd.; TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1969, s. 268 vd.

² ATAMER, Yeşim M.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 10; FRANZ, Birgit: Qualitätssicherungsvereinbarungen und Produkthaftung, Band 179, 1.

Haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için, fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık kavramını açıklamak için doktrinde “subjektif hukuka aykırılık teorisi” ve “objektif hukuka aykırılık teorisi” olmak üzere iki teori ileri sürülmüştür. Bunlardan “subjektif hukuka aykırılık teorisi”ne göre, bir kimsenin özel bir hakka dayanmaksızın, yetkili olmaksızın gerçekleştirdiği her türlü zarar verici davranışı hukuka aykırıdır. Buna göre, başkasına zarar verme veya zarar veren her fiil, karineten hukuka aykırı sayılır. Dolayısıyla, hukuka aykırı olan davranış değil, bizzat zarardır. Çoğunlukla kabul edilen “objektif hukuka aykırılık teorisi”ne veya diğer adıyla “normatif teori”ye göre ise, hukuka aykırılık, hukuk düzeninin öngördüğü kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruyan, emredici bir kurala uymayan bir davranışta bulunulmasıdır.⁴ Teorinin taraftarlarına göre, ihlal edilen hakkın korunmasına hizmet eden hukuk düzeninin yazılı olan veya olmayan, toplum içinde kişilerin yapmaları gereken davranışlar (emir) ile yapmamaları gereken davranışlara (yasaklara) aykırı davranılması halinde hukuka aykırılıktan bahsedilebilir.⁵ Emir ve yasaklardan oluşan genel davranış normlarından biri ihlal edildiğinde ayrıca hukuka aykırılığı gerekçelendirmeye gerek yoktur, fail nasıl davranmış olursa olsun hukuka aykırılık vardır.⁶ Normların özel hukuk veya kamu hukuku alanında olması önem arzetmez. Yine davranış normlarının yazılı olup olmaması da önemli değildir.⁷ Özellikle, uygulamada yargı organları tarafından ortaya çıkarılan özen kuralları (Sorgfaltsregeln) yazılı olmayan genel davranış kurallarına örnek verilebilir.⁸ Bu davranış kuralları, birlikte yaşama düzeninin kişilere tehlike kaynağı

Auflage, Baden-Baden 1995, s. 66; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, s. 548.

³ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 492; EREN, s. 468; HATEMİ, s. 25; KILIÇOĞLU, s. 196.

⁴ OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1: Allgemeiner teil, 4. Auflage, Zürich 1975, s. 128; TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961, s. 18; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 494; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476; ÖZTAN, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 86-87; EREN, s. 545.

⁵ OFTINGER, s. 130.

⁶ TANDOĞAN, s. 21; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 495.

⁷ ÖZTAN, s. 88.

⁸ OFTINGER, s. 129; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 480; TANDOĞAN, s. 25.

olabilecek durumlardan bir zararın doğmasına engel olmak konusunda yüklediği tedbir niteliğindeki kurallardır. Özen kuralları herhangi bir hak yaratmamasına rağmen, ihlal edilmeleri halinde hukuka aykırılıktan bahsedilir. Buna karşılık doktrinde savunulan bir görüş uyarınca,⁹ mutlak hak ihlali hukuka aykırılığın göstergesi olarak yeterli olup, özen yükümlülüklerinin ihlali failin kusuruna ilişkin tespitler sırasında dikkate alınmalıdır. Zira, bu kurala göre hukuka aykırılık oluşturan fiiller, aslında mutlak hakların ihlalini yasaklayan genel davranış kurallarına göre de hukuka aykırıdır.

Yine, hukuka aykırı bir fiilin BK/OR 41'inci maddesi anlamında bir haksız fiil sayılabilmesi için, bir zararın meydana gelmiş olması gerekir. En geniş anlamı ile zarar, bir kişinin hukuki değerlerinde (malvarlığında veya şahısvarlığında) isteği dışında meydana gelen azalmadır.¹⁰ Buna göre, zarar öncelikle maddi ve manevi zarar olmak üzere ikili bir ayrıma tabidir. Bunun dışında, zarar kavramı bakımından “doğrudan zarar” ve “dolaylı zarar” olmak üzere ikili bir ayırım daha yapılmaktadır.¹¹ Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinin bu fiil nedeniyle araya ek bir sebep girmeden uğradığı zarardır. Buna karşılık, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ek bir sebeple mağdurun uğradığı zarar dolaylı zarardır.¹²

Haksız fiilden dolayı sorumluluğun sözkonusu olabilmesi için, zarar ile sorumluluk yaratan fiil arasında neden-sonuç ilişkisi, yani illiyet bağının da bulunması gerekir. Türk-İsviçre hukukunda hakim olan uygun illiyet bağı teorisine göre, sonucu yaratan tüm şartlar değil, sadece hukuk politikası açısından hukuki sorumluluğun doğması için en uygun olan bir veya birkaç şart, sebep olarak belirlenmektedir. Buna göre, hayat tecrübeleri, olayların normal akışı sebebin böyle bir sonucu yaratmayacağı yolunda ise, uygun illiyet bağı yoktur.¹³

⁹ EREN, s. 552; OĞUZMAN/ÖZ, s. 499.

¹⁰ TANDOĞAN, s. 63; EREN, s. 473.

¹¹ Zarar kavramının diğer ayrımları için bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, s. 515 vd.; KILIÇOĞLU, s. 212.

¹² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 517; KILIÇOĞLU, s. 212.

¹³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 519; KILIÇOĞLU, s. 216; TUNÇOMAĞ, s. 287.

Son olarak, haksız fiilden bahsedebilmek için aranan şart, kişinin kusurudur.

Türk-İsviçre hukukunda kusur, “hukuka aykırı sonucu istemek veya sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır”. Bir kişinin hukuka aykırı sonucu istemesi halinde kasıt (Vorsatz), hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmaması halinde ihmal (Fahrlässigkeit) sözkonusu olur.¹⁴

B) Özen Yükümlülükleri

Kusurdan bahsedilen hallerde çoğunlukla ihmal sözkonusu olmaktadır. İhmal, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmamak, hâl ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemektir.¹⁵ İhmalin varlığını tespit edebilmek için ise, “özen” kavramından hareket edilir. Bunun için öncelikle gösterilmesi gereken dikkat ve özenin ölçüsünün belirlenmesi gerekir. Bu konuda “subjektif” ve “objektif” olmak üzere iki ölçüden hareket edilmektedir. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, özenin kapsamı, failin subjektif nitelikleri dikkate alınmaksızın objektif olarak belirlenmeli; failin davranışının aynı şartlar altında bulunan normal ve makul insan tipinden beklenen ortalama davranış biçiminden farklı olması halinde ihmalin varlığı kabul edilmelidir.¹⁶ Bununla beraber, kusur kavramının objektifleştirilmesi, kusurun tüm insanlar için aynı, değiştirilemeyen bir kavram olduğu anlamına gelmez. Hâkim, her somut durumda, olayın tehlikeliliği, önemi ve güçlüğü gibi unsurları dikkate alarak, özenin ölçüsünü tespit etmeli, kendi hayat tecrübelerinden, bilgisinden ve insan tabiatından yararlanarak, gerekli özenin somut olayda gösterilip gösterilmediğine karar vermelidir.¹⁷

¹⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 526; TANDOĞAN, s. 45; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 492 vd.; EREN, s. 535-537.

¹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 529; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 494; EREN, s. 537.

¹⁶ OFTINGER, s. 143; TANDOĞAN, s. 50; ÖZTAN, s. 101; OĞUZMAN/ÖZ, s. 530; EREN, s. 537-538.

¹⁷ ÖZTAN, s. 102.

Kusurun objektifleştirilmesi, verilen zararların önceden görülebilir olmasının, yani zararın doğması ihtimalinin varlığının kusurun varlığını kabul için yeterli olduğu sonucuna götürmektedir. Kusurun objektif anlamı ile ele alınmasına bağlı olarak kişiler için birtakım yükümlülükler öngörülmektedir. Özen yükümlülükleri olarak bilinen yükümlülükler, haksız fiil hukukunun yazılı olmayan kurallarından biri olarak görülmektedir.¹⁸

Genel olarak ifade edilirse, özen yükümlülüğü, öngörülebilir bir hak ihlalden kaçınabilmek için ilgili kişinin faaliyetleri sırasında kendisinden objektif olarak talep edilebilir tüm tedbirleri almasını ve gerekli dikkati göstermesini öngörmektedir.¹⁹ Alman hukukunda özen yükümlülüklerinin kapsamı, BGB § 272/I, II hükmündeki objektif özen ölçütüne göre sınırlandırılmıştır. Buna göre, özen yükümlülüğü altındaki kişi, durumun gereklerine göre tehlikeyi ortadan kaldırmak için objektif olarak gerekli ve kendisinden beklenebilecek tüm önlemleri almak zorundadır.²⁰

C) İspat Yükü

İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine göre, zarar gören kişinin haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli tüm şartları, hukuka aykırı bir fiilin varlığını, zararı, zarar ve fiil arasındaki illiyet bağı ve failin kusurlu olduğunu, MK. m. 6 uyarınca ispat etmesi gerekir.

II. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İSPAT YÜKÜ

A) Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülükleri

Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde temel amaç olarak edim yükümleri ve bunların ifası öngörülmüş ve bu şekilde "ifa menfaati" (Erfüllungsinteresse) esas alınmıştır. Borçlu, sözleşmeden doğan "edim yükümleri"²¹ ne uygun hareket etmek, bu yüküm-

¹⁸ ÖZTAN, s. 107-108.

¹⁹ GILCHER, Bernd: Produkthaftung für Dienstleistungen, Strassburg 1994, s. 33.

²⁰ FRANZ, s. 67; Ayrıca bkz. REICH, Norbert/ MICKLITZ, W. Hans: Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2003, s. 1054.

²¹ Edim yükümleri, kendi içinde "asli edim yükümleri" ve "yan edim yükümleri" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 31-36; KILIÇOĞLU, s. 20-21.

leri ihlal etmemek zorundadır. Örneğin, satılan bir buzdolabının yeterince soğutamaması nedeniyle alıcı tarafından kullanılamaması, doktorun koyduğu yanlış teşhis nedeniyle hastanın iyileşememesi, eve gelen tamircinin su tesisatını yanlış monte etmesi gibi hallerde, sözleşme ile amaçlanan ifa menfaati elde edilememektedir. Bununla beraber, modern Borçlar Hukuku doktrini sözleşme ilişkilerinde ifa menfaati yanında onun kadar önemli ikinci bir menfaati de koruma gereği duymuştur.²² Alacaklının “bütünlük menfaati” (Integritätsinteresse) olarak da bilinen bu menfaat, sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelen, sosyal temasa geçen kişilerin, bu andan itibaren birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermesini gerekli kılar. Taraflar, sözleşme ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer kişi ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme, bunları koruma yükümlülüğü altındadırlar. Örneğin, soğutma işlevini tam anlamıyla yerine getirebilen buzdolabının elektrik kaçağı yapmak suretiyle kullanan kişinin yaralanmasına sebep olması, doktorun hijyen gereklerine dikkat etmeyerek hastasına başka bir hastalık bulaştırması, su tesisatını tamir etmeye gelen tamircinin, evin eşyalarına zarar vermesi gibi hallerde, ihlal edilen ifa menfaati değil, bütünlük menfaatidir. Tüm bu yükümler, “koruma yükümleri” adını almaktadır.

Kişilerin kişi ve malvarlığı değerlerinden oluşan bütünlük menfaatini koruma amacı güden koruma yükümleri, edim yükümlerinden tamamen bağımsız olup, MK. m. 2/T’de düzenlenmiş bulunan “dürüstlük kuralları”na dayanmaktadır.²³ Alman hukuk doktrininde bu yükümlere “özen gösterme yükümü” (Sorgfaltspflicht) de denilmektedir.²⁴ Kurulmak istenen bir sözleşme dolayısıyla tarafların arasında sosyal temasın gerçekleşmesi ve birbirlerinin kişi ve mal varlığı menfaatlerinin bu nedenle zarara uğrama tehlikesi bulunması sebebiyle, koruma yükümlülüklerinin de sözleşme ilişkisi içinde

²² FRANZ, s. 62; GILCHER, s. 17-18.

²³ EREN, s. 36, 40; SEROZAN, Edim, s. 117; KILIÇOĞLU, s. 21; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 246; BAYGIN, Cem: Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD) 2000, C. IV, Sa. 1-2, s. 356.

²⁴ FRANZ, s. 62; LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, s. 10 vd.

kabul edilmesi gerekir.²⁵ Bu nedenle, koruma yükümlerini ihlali halinde de borçlu gereği gibi ifa etmemiş, dolayısıyla borç ilişkisini ihlal etmiş olur.

Hukukumuzda, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali çeşitli türlere ayrılır. Bunlar, “kusurlu ifa imkânsızlığı”, “temerrüt” ve “gereği gibi ifa etmeme”dir.

“Gereği gibi ifa etmeme” adı verilen bu üçüncü ihlal türü, Alman hukukunda “sözleşmenin müspet ihlali” (positive Vertragsverletzung/Pvv) olarak ifade edilmektedir.²⁶ Alman Medeni Kanununda sözleşmenin ihlali hallerinin sadece imkânsızlık ve temerrüt şeklinde düzenlenmiş olması nedeniyle, Alman doktrini “sözleşmenin müspet ihlali” kavramını yaratmıştır. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda “gereği gibi ifa etmeme” kurumu özellikle hükme bağlanmış bulunduğundan bu kavrama gerek duyulmamaktadır.²⁷ Bu ihlal türünün özelliği, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığı ve temerrüden farklı olarak pasif davranmayıp, yapmaması gereken birşeyi yapmasıdır. Oysa kusurlu imkânsızlık ve temerrüt hallerinde borçlu, edimin ifası için yapması gereken birşeyi yapmamaktadır.²⁸ Koruma yükümlerinin ihlali de, “gereği gibi ifa etmeme” veya Alman hukukundaki tabiriyle “sözleşmenin müspet ihlali” sayılmaktadır. Bu ihlal türünde, edim yükümleri ile yan yükümler ve özellikle koruma yükümleri ihlal edilmektedir. Koruma yükümleri, edim yükümlerinden farklı olarak sözleşmeden doğan edimin, sözleşmeye uygun olarak tam ve doğru yerine getirilmesini konu almaz.²⁹

Edim yükümlerinin ihlali “kötü ifa” olarak ifade edilir. Koruma yükümlülüklerinin ihlali de, gereği gibi ifa etmeme kategorisine girer ancak, kötü

²⁵ FRANZ, s. 62–63; GILCHER, s. 160.

²⁶ FRANZ, s. 62; HEUER, Uwe-Jens: Rechtsichere Verträge zur Gewährleistung der Produktsicherheit und zum Ausschluss von Produkthaftung, Hannover 1998, s. 4.

²⁷ TANDOĞAN, s. 398 vd; EREN, s. 1001; von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. EDEGE, Cevat), C. I-II, Ankara 1983, s. 572; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 972–973; ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 771–819; OĞUZMAN/ÖZ, s. 319; SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2006, Özel, s. 157.

²⁸ EREN, s. 1000; OĞUZMAN/ÖZ, s. 319; TUNÇOMAĞ, s. 475.

²⁹ EREN, s. 1006; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 243–245.

ifa başlığı altında değerlendirilemez.³⁰ Burada, bir edimin ifasından ziyade alacaklının aynı hak, kişilik hakkı gibi edim menfaati dışında diğer menfaatlerinin (bütünlük menfaatleri) korunması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, bir koruma yükümü üstlenmiş olan kişinin yapması gereken, sosyal temas halinde bulunduğu kişinin bütünlük menfaatini ihlal etmemektir.

Koruma yükümlerinin ihlali ile haksız fiil sorumluluğu arasında bu noktada bir paralellik gözlenebilir. Öncelikle, haksız fiillerden doğan sorumluluk kapsamındaki özen yükümlülükleri ile³¹ sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamındaki koruma yükümlerini arasında temelde bir fark bulunmamaktadır. Zaten, “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” (culpa in Contrahendo³²) kurumu da, haksız fiil hukukundaki özen yükümlülüklerinin sözleşme hukukuna nakledilebilmesi için oluşturulmuştur.

Doktrinde kısaca, “sözleşme öncesi sorumluluk” olarak adlandırılan bu sorumluluğun esası, kişilerin icap ve kabul beyanlarını açıklarken, hatta bu beyanlarda bulunmadan önce sözleşme müzakereleri sırasında muhatabına gereksiz güven vermekten kaçınması, onun canını ve malını zarardan koruması, iş hayatındaki dürüstlük kuralları gereğidir. Borçlar Kanunumuz bu konuda genel bir kurala yer vermemiş bulunmakla beraber, kanunda culpa in contrahendo’nun BK m. 192/II gibi özel tipleri düzenlenmiştir. Bu sorumluluk, doktrinin çoğunluğu tarafından sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir. Zira, daha sözleşme müzakereleri yapılırken taraflar arasında bir

30 Buna karşılık SEROZAN, “kötü ifa” ile “sözleşmenin müspet ihlali” arasında bir ayırım yapmamıştır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 243-244.

31 Bu özen yükümlülükleri ile kastedilen, kusurun objektif anlamı ile ele alınmasına bağlı olarak kişiler için öngörülen tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülükleridir. Alman hukukunda “Verkehrssicherungspflicht”, olarak bilinen bu yükümlülükler, haksız fiil hukukunun yazılı olmayan kurallarından biri olarak görülmektedir: GILCHER, s. 33-34; ÖZTAN, s. 120 vd.

32 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 978; von TUHR, s. 197-198; OĞUZMAN/ÖZ, s. 321 vd.; REİSOĞLU, s. 276-277; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ SEROZAN/ARPAÇI, s. 248 vd.; BAYGIN, s. 345 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 145-148.

hukuki ilişki meydana gelmiştir. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu bu ilişkiden doğan yükümlerinin ihlaline dayanır.³³

Ancak, özen yükümlülüklerinin sözleşme hukuku alanına koruma yükümleri olarak nakledilmesiyle yükümlerinin özünde bir değişiklik yapılmış değildir. Koruma yükümlerini kapsayan sözleşmenin müspet ihlaline ilişkin davalarda da, iki yükümlülük türü arasındaki tek fark, yükümlülüklerin dayandığı kanun maddeleri olarak gösterilmektedir. Sözleşme yapmak amacıyla biraraya gelen, sosyal temasa geçen kişilerin, bu andan itibaren birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermesini gerekli kılan koruma yükümleri ile haksız fiil hukukundaki özen yükümlülükleri birbirine paralel kavramlardır. Sözleşme hukuku alanındaki koruma yükümlerinin ortaya çıkması, edim yükümlerinin tersine sözleşmenin yapılmasıyla başlamamakta, haksız fiil hukukundaki özen yükümleri gibi bir tehlike kaynağı için sözleşmeden bağımsız bir sorumluluktan kaynaklanmaktadır.³⁴

Sonuç olarak, sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk, haksız fiil hukukunda kusurun tespiti için başvurulacak özen yükümlülüklerinin ihlalini şart koşmaktadır. Buna göre, zarar veren, nedeni kendisi tarafından egemen olunan tehlike alanından kaynaklanan zararlar için sorumluluk taşınmalıdır. Böylece, haksız fiil hukukuna giren bir ihlal türü, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamına alınmış bulunmaktadır.³⁵

B) İspat Yükü

Sözleşmeden veya sözleşme benzeri ilişkilerden doğan edim yükümlülükleri (Leistungspflichten) ve koruma yükümlülüklerinin (Schutzpflichten) ihlali halinde, zarar gören değil, zarar veren, ispatla yükümlü bulunmakta,

³³ SEROZAN, bu ilişkiden doğan yükümleri “edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi” olarak adlandırmaktadır. SEROZAN’a göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, tarafların aralarındaki edim ilişkisinden bağımsız olarak birbirlerine karşı uymakla yükümlü oldukları özel davranış yükümlerinin ihlalden doğar. Bkz. SEROZAN, Rona: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Sa. 3, Edim, s. 108 vd.; BAYGIN, s. 354.

³⁴ GILCHER, s. 161–163.

³⁵ FRANZ, s. 63; HEUER, s. 4–5.

zarara yol açan fiili kusurlu şekilde yerine getirmediğini ortaya koymak durumunda kalmaktadır.³⁶

Koruma yükümlerinin ihlali halinde açılacak tazminat davasında da, alacaklıdan bir kusur ispatı beklenmez. BK m. 96'ya göre, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğun ortaya çıkması için, borca aykırı fiil, bu aykırılık nedeniyle bir zararın ortaya çıkması, borca aykırılık ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması ve son olarak borca aykırı hareket eden kişinin kusurlu olması gerekmektedir. Borçlu alacaklıya verdiği zararın tazmininden ancak kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle kurtulabilir.³⁷

İspat yükünün ters çevrilmesi kuralının kabul edilmesi sonucu, zarar veren, zararın doğmasını engellemek için gereken özeni gösterdiğini ispatla yükümlüdür. İspat yüküne ilişkin bu kuralın uygulanmasında, sözleşmenin türü önem taşımamaktadır. Gerek satım ve istisna gerekse hizmet sözleşmelerinin ihlali halinde uygulanacak ispata ilişkin hükümler arasında fark bulunmamakta, sözleşme türleri bakımından bir ayırım yapılmamaktadır.

Sonuçta, haksız fiil sorumluluğunda kusurun tespiti için başvuru olan özen yükümlülüklerinin ihlalinin ispatı ile sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlalinin ispatının, yükümlülükler arasındaki büyük benzerliğe rağmen ayrı kurallara tabi tutulması, zarar görenlerin menfaati açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, koruma yükümlerinin kusurlu ihlali için ispat yükümlülüğü, ister sözleşmeden isterse haksız fiilden doğan sorumluluk kapsamında ele alınsın, sorumluluk hukuku içindeki çelişkilerden kaçınmak için eşit olarak biçimlendirilmelidir.

SONUÇ

Haksız fiillerden doğan sorumluluk kapsamındaki özen yükümlülükleri ile sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamındaki koruma yükümlerinin arasında temelde bir fark bulunmamaktadır. Hatta, "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk" (culpa in Contrahendo) kurumu da, haksız fiil hukukundaki özen yükümlülüklerinin sözleşme hukukuna nakledilebilmesi için oluşturulmuştur.

³⁶ LARENZ, s. 375; STOLL, Hans: Die Beweislastverteilung bei Positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, s. 522; GILCHER, s. 158; FRANZ, s. 64.

³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 317.

Özen yükümlülüklerinin sözleşme hukuku alanına koruma yükümlülükleri olarak nakledilmesiyle yükümlerinin özünde bir değişiklik yapılmış değildir. Koruma yükümlerini kapsayan sözleşmenin müspet ihlaline ilişkin davalarda da, iki yükümlülük türü arasındaki tek fark, yükümlülüklerin dayandığı kanun maddeleri olarak gösterilmektedir. Sözleşme yapmak amacıyla biraraya gelen, sosyal temasa geçen kişilerin, bu andan itibaren birbirlerine zarar verememek için her türlü özeni göstermesini gerekli kılan koruma yükümleri ile haksız fiil hukukundaki özen yükümlülükleri birbirine paralel kavramlardır. Bununla birlikte, sözleşmeden veya sözleşme benzeri ilişkilerden doğan edim yükümleri ve koruma yükümlerinin ihlali halinde, zarar görenin değil, zarar verenin, ispatla yükümlü bulunmasına karşılık; haksız fiiller bakımından özen yükümlülüklerinin ihlali halinde, zarar gören kişiden haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli tüm şartları, özellikle failin kusurlu olduğunu, MK m. 6 uyarınca ispat etmesi beklenmektedir.

Sonuçta, haksız fiil sorumluluğunda kusurun tespiti için başvuru alan özen yükümlülüklerinin ihlalinin ispatı ile sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlalinin ispatının, yükümlülükler arasındaki büyük benzerliğe rağmen ayrı kurallara tabi tutulması, zarar görenlerin menfaati açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, koruma yükümlerinin kusurlu ihlali için ispat yükümlülüğü, ister sözleşmeden isterse haksız fiilden doğan sorumluluk kapsamında ele alınsın, sorumluluk hukuku içindeki çelişkilerden kaçınmak için eşit olarak biçimlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

ATAMER, Yeşim M.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.

BAYGIN, Cem: Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD) 2000, C. IV, Sa. 1-2, s. 345-377.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.

EREN, Fikret: Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Koloğlu'ya Armağan, Ankara 1973, s. 461-491 (EREN, Armağan)

FRANZ, Birgit: Qualitätssicherungsvereinbarungen und Produkthaftung, Band 179, 1. Auflage, Baden-Baden 1995.

GILCHER, Bernd: Produkthaftung für Dienstleistungen, Strassburg 1994.

HATEMİ, Hüseyin: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. II, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.

HEUER, Uwe-Jens: Rechtsichere Verträge zur Gewährleistung der Produktsicherheit und zum Ausschluss von Produkthaftung, Hannover 1998.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006.

LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005.

OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1: Allgemeiner teil, 4. Auflage, Zürich 1975.

ÖZTAN, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982.

ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2000.

REICH, Norbert/ MICKLITZ, W. Hans: Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2003.

SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2006. (SEROZAN, Özel)

SEROZAN, Rona: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Sa. 3.(SEROZAN, Edim)

STOLL, Hans: Die Beweislastverteilung bei Positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961.

TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1969.

von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. EDEGE, Cevat), C. I-II, Ankara 1983.

ZİLYETLİĞİN İDARİ YOLDAN KORUNMASINDA YETKİLİ MAKAM, BAŞVURU VE İDARİ SORUŞTURMA USULÜ

*Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR**

GİRİŞ

Zilyetlik, tüm çağdaş hukuk düzenlerince gerek şahsın tasarruf hakkına gerekse kamu düzeninin vazgeçilmez unsurları olan sosyal huzur ve hukuksal güvenin korunmasına yönelik olarak düzenlenip, korunan hukuksal bir kurumdur. Bu kurum, tarihsel süreç içerisinde, Roma - Cermen, İslam ve Osmanlı Hukuku'nda ve nihayet Cumhuriyet döneminde Türk Hukuk sisteminde ayrıntılı olarak düzenlenip, farklı yollarla korunmuştur. Türk Hukuk sisteminde, Medeni Kanunda öngörülen koruma yollarına ilaveten bu kurum ve bu kurum marifetiyle kamu düzeni devletin yetkili idari makamları (valilik ve kaymakamlık) marifetiyle etkin bir şekilde korunmaya çalışılmıştır. Ancak bu koruma yolu sadece taşınmaz mal zilyetliğinin ihlalinde söz konusu olan, kazaî niteliği bulunmayan, geçici bir idari önlem niteliindeki alternatif bir koruma yoludur.

Ülkemizde taşınmaz mal zilyetliğine yönelik tecavüz ve müdahalelere oldukça sık rastlanılmaktadır. Hukuk düzenimizce kabul edilmeyen bu tür fiiller neticesinde açılan davalar ülkemizde zaten iş yükü fazla olan mahkemelerimizin iş yükünü daha da arttırmakta adaletin tecellisini geciktirmektedirler. Bu hususu dikkate alan kanunkoyucu zilyede bir takım hak ve yetkiler tanıyarak bu tür hukuka aykırı saldırılara karşı zilyedi ve nihayetinde kamu düzenini korumaya çalışılmışsa da, Medeni Kanunda zilyede tanınan haklar hukuki güvenceyi tam olarak sağlayamamıştır. Bu gerçekten hareket eden kanunkoyucu, Medeni Kanunda zilyede tanıdığı diğer koruma yollarına (kuvvet kullanma ve dava yoluna) ilave olarak, Roma Hukukunda 'interdictum uti possidetis' ile yani praetor hükmü ile zilyedin korunmasında olduğu gibi taşınmaz mal zilyedini vali ve kaymakamlar marifetiyle de idari yoldan koruma altına almıştır. Bu amaçla, ilk olarak 1929 tarihinde Vilayet

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

İdaresi Kanununu, 1933 yılında 2311, 1952 yılında 5917 ve nihayet 1984 yılında 3091 Sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunu neşrederek gerek taşınmaz mal zilyedini gerekse kamu düzeni bu yolla etkin bir şekilde korumaya çalışmıştır. Korumaya yetkili makamlar Kanunun 2. maddesi gereğince kazaî, yargısal bir niteliği bulunmayan kolluk faaliyeti icra eden idari nitelikteki valilik ve kaymakamlıklardır. Yargısal niteliği bulunmayan bu makamların, yargısal niteliğe haiz bir ihtilafı (taşınmaza yönelik tecavüz, müdahale ya da gasp fiilini) karara bağlarken mümkün olduğu ölçüde bir yargı mensubu gibi hareket etmeleri, usulüne uygun bir şekilde soruşturma yaparak ya da yaptırarak adalet anlayışına uygun bir tarzda karar vermeleri, saldırı dolayısıyla bozulan kamu düzeni, emniyet ve asayişi yeniden en hızlı şekilde tesis etmeleri gerekir. Bu sonucun elde edilebilmesi de doğaldır ki, başvuru aşamasından, soruşturma ve karar aşamasının nihayetine kadar görevin icrasında yer alacak olan görevlilerin, görevlerini usulü dairesinde ifa etmelerine bağlı olacaktır.

I. KANUNU TATBİK EDECEK YETKİLİ MAKAMLAR VE BU MAKAMLARA TANINAN YETKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A) Kanunu Tatbik Edecek İdari Makamlar

Taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüz veya müdahalelerin önlenmesinde yetkili idari makam 3091 sayılı Kanunun ikinci maddesinde ‘görev’ başlığı altında belirlenmiştir¹. Söz konusu düzenlemede: “Taşınmaz mallara tecavüz veya müdahale edilmesi halinde²; taşınmaz mal merkez ilçe sınırları

¹ Görev, karar verecek makamın konu itibarıyla yetkili olduğu konuları; yetki ise karar verecek makamın yer itibarıyla yetkili olduğu alanı gösterir. 3091 sayılı Kanun’un uygulanmasında konu itibarıyla yetkiyi belirlemeye gerek yoktur. Zira konu bellidir. Taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüz ve müdahalenin önlenmesidir. Asıl sorun karar verecek makamın yer itibarıyla yetki alanının belirlenmesinde ortaya çıkar. Merkez ilçede bu yetki asıl olarak valide görevlendirmesi durumunda vali yardımcısında, merkez ilçe dışında kalan yerlerde ise kaymakamdadır. Bkz., Çuhadar, M.Turan, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin İdari Yoldan Önlenmesi, Adana 2006, s. 38 vd.

² “Olağan olanı tecavüz ve müdahale fiillerinin gerçek kişiler tarafından işlenmesidir. Bu konuda mevzuatta açık bir hüküm bulunmama ile birlikte, bu tür fiillerin tüzel kişilerin organları dolayısıyla tüzel kişiler tarafından da işlenebileceğinden şüphe etmemek gerekir. Nitekim bunun yargı kararı olmuş pek çok örneği bulunmaktadır. Bu örneklerin bir kısmını da kaymakamlıkların, belediyelerin işledikleri tecavüz ve müdahale fiillerini önleyen kararlar oluşturmaktadır. Şu halde tecavüz ve müdahale fiilleri gerçek kişiler tarafından işlenebileceği gibi tüzel kişiler tarafından da işlenebilir”. Ünal Mehmet / Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Giriş - Zilyetlik - Tapu Sicili, Ankara 2008, s. 207.

içinde ise il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı, diğer ilçelerde ise kaymakamlar tarafından bu tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar verilir ve taşınmaz mal yerinde zilyedine teslim edilir” ifadesi yer almaktadır. Kanunun bu açık ifadesi gereğince, taşınmaz malın merkez ilçe sınırları içerisinde olması halinde valilik, diğer ilçelerde olması durumunda ise kaymakamlık, kanunu tatbik etmekle görevli idari makamlardır.

3091 sayılı Kanun bu düzenlemesi ile 5917 sayılı Kanunda yer alan ‘mahallin kaymakam veya valisi tarafından’ ibaresinin uygulamada yarattığı tereddüde son verilmiş ve bu hususta vali yardımcısına yetki devri mümkün kılınmıştır. “5917 sayılı Kanun yürürlükte iken vali ve kaymakamlar dışındaki idari makamdaki diğer görevliler tarafından verilen kararların yasaya aykırı olduğu gerek Yargıtay gerekse Danıştay tarafından kararlaştırılmıştı. Yeni yasa, illerde, merkez ilçe sınırları içerisinde valinin, görevlendirmesi halinde ise vali yardımcısının da karar verebileceğini öngörmüştür ki, ildeki diğer ve yoğun işleri arasında valinin³, vali yardımcısını bu hususta görevlendirebilmesi isabetli bir düzenleme olmuştur”⁴. Zira kanun ile elde edilmek istenen, ihtilafın süratli bir şekilde, kesintiye uğratılmadan sonuçlandırılması ve dolayısıyla bozulan kamu düzeninin süratle yeniden tesisi amacı⁵, 5917 sayılı Kanundan farklı olarak 3091 sayılı Kanunun bu düzenlemesi ile temin edilmiş bulunmaktadır⁶. Söz konusu kanun, bu görevi valiye verdiği için valinin açıkça ve usulüne uygun bir biçimde yardımcısını görevlendirmemesi durumunda, herhangi bir yardımcısının karar vermeye yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda ancak bir vali yardımcısı görevlendirilebilecek olup bunun dışındaki bir kamu görevlisinin bu işle görevlendirilebilmesi

3 Vali ve kaymakamların hukuki durumları, görev ve yetkileri hk. bkz., 70. Dönem Kaymakamlık Kursu Notları No: 72 ; Oğuz A., İl İdaresi Kanununa Göre Vali ve Kaymakamların Görev ve Yetkileri, s. 3.

4 Aktan, H.Y., Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkındaki Kanunun Cezai Hükümleri; AD.1986/2, s. 51.

5 Söz konusu kanun ile izlenen amaç taşınmaz zilyetliğine karşı tecavüzün idari makamlar tarafından kısa bir zamanda önlenerek tasarrufa ilişkin güvenliğin ve hukuk düzeninin sağlanmasıdır. Esener Turhan / Güven Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 84 - 85. Bu hususta benzer gerekçe ve açıklamalar için bkz., Ünal / Başpınar, s. 200 vd . ; Oğuzman Kemal / Seliçi Özer / Oktay - Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 83 – 84; Ayan Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2004, s. 89 vd.

6 5917 sayılı Kanunda her ne kadar tahkikatın bizzat vali veya kaymakam tarafından yapılacağını hükme bağlamakta ise de uygulamada bu makamlar istediği memuru görevlendirmesi şeklinde tahkikatın yapılması yoluna gidilmiştir.

mümkün değildir. Böyle bir görev verilip yetki devrinde (delegation)⁷ bulunması durumunda, görev verilen kişinin de açıkça belirtmesi zorunludur. Bununla birlikte, vali yardımcısına böyle bir yetkinin verilmiş olması, gerek gördüğünde valinin bizzat kendisinin karar vermesine bir engel teşkil etmemektedir. Bu hükmün ceza davası bakımından önemi şudur: Eğer vali ya da bu konuda görevlendirdiği yardımcısı karar vermişse, yasaca geçerli başka bir ifadeyle hukuken geçerli bir karar söz konusu olacak ve bu nitelikteki iki kararın varlığı halinde mütecevizin cezalandırılabilmesi mümkün olacaktır. Aksi takdirde ilk ya da ikinci kararın, görevlendirilmemiş bir vali yardımcısı tarafından verilmiş olması durumunda, ortada hukuken geçerli bir karar olmayacağından, bu nitelikteki kararlara uyulmaması da herhangi bir suç teşkil etmeyecektir⁸.

Kanun bu düzenleme ile ihtilafların bir an önce çözümünü amaçladığından, valinin bizzat görevde bulunmadığı bir zamanda, açıkça ve usulüne uygun bir biçimde görevlendirilmiş olması kaydıyla vali yardımcısı da men kararı vermeye yetkilidir. Aksi durumda, yetkisiz bir vali yardımcısı tarafından men kararı verilemez⁹. 3091 sayılı Kanun ile vali yardımcılarının yetki devrinin mümkün kılınmış olmasıyla, ihtilafların bir an önce çözümünü kolaylaştırılmış, vali yardımcılarının görev ve sorumlulukları arttırılmak suretiyle gerek kararın alınması gerekse sonuçları bakımından idari tasarrufta bulunabilme kabiliyetlerinin gelişimi sağlanmıştır. Keza bu düzenleme ile

⁷ “Genel anlamda yetki devri, kendi yedine karar almak, bir eylemde bulunmak veya bir emir vermek hakkını başkasına devretmek ve elde edeceği sonuçlardan onu sorumlu kılmaktır. Yetki devrinde en uygun şekil; görev ve sorumluluğun otorite ve karar verme yetkisiyle birlikte, mümkün olan en alt kademeye indirilerek devredilmesidir”. Öskiper Hüsnü Alaattin, Modern Kamu Yönetiminde Yetki Devri ve Uygulamalar, 70. Dönem Vali Muavinleri Seminer Notları, s. 5-6. Yetki devri hakkında ayrıntılı bilgi için age. bkz., s. 2 vd.

⁸ Malkoç İsmail, Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara 1990, s. 651 ve ayrıca bkz., 3091 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliği m. 16.

⁹ “Valinin görevi başında bulunduğu sırada vali yardımcısı men kararı vermeye yetkili sayılmaz (5917 sayılı Kanuna göre)”. Y.8.CD. 1.2.1985 T., E.5329, K.30 ; Özel, C. İstanbul 1988. s. 608. Çuhadar’ a göre, bu karar eski kanun döneminde verildiğinden yeni 3091 sayılı Kanun karşısında geçersiz kalmaktadır. Zira 3091 sayılı Kanunun görev başlığı altında düzenlenen 2. maddesinde “...veya görevlendireceği vali yardımcısı” demek suretiyle yetki devri yapılabileceği belirtilmiştir. Bkz., Çuhadar, s. 39. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, vali bu konuda vali yardımcısına yetki devrinde bulunmamış ise valinin görevi başında olmadığı bir sırada vali yardımcısının bu konuda bir karar vermeye yetkisi bulunmamaktadır.

valinin iş yükü azaltılmış, başvuru hakkında gerek soruşturma öncesi gerekse soruşturma sonrası görevlendireceği kişi tarafından icra edilecek işler ve kararların sonucu üzerinde valiye etkin bir denetim imkânı da sağlanmış olmaktadır. Buna karşılık, merkez ilçe dışında kalan taşınmaz mallara saldırının önlenmesinde yetkili makam olan ilçe kaymakamının vali de olduğu gibi bu yetkisini bir başka şahsa devretme yetkisi bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, merkez ilçe dışında kalan yerlerde, 3091 sayılı kanuna göre karar verme yetkisi makama bağlı bir yetki olup bu yetkinin bir başka şahsa devri mümkün değildir¹⁰.

B) Makamlara Tanınan Yetkinin Hukuki Niteliği

3091 sayılı Kanun ile merkez ilçede valiye, görevlendirmesi halinde yardımcısına, merkez ilçe dışında kalan yerlerde, ilçelerde ise kaymakama tanınan bu yetki, taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüz ve müdahaleler nedeniyle bozulan emniyetin ve asayişin süratle yeniden temin ve tesisine yöneliktir. İdari makamca hukuken kendisine tanınan yetkinin kullanılması ile ihkak-ı hak nedeniyle oluşabilecek muhtemel olumsuz durumlar önlenmekte, geçici de olsa fiili zilyetlik korunarak asayiş bir an önce sağlanmaktadır. İdari makamın vereceği kararda üstün hak durumu mevzubahis yapılmamakta fiili durum korunarak, sorunun nihai olarak çözümü yargıya bırakılmaktadır¹¹. İdarenin vermiş olduğu kararlar (talebin reddi veya tecavüzün men'ine ilişkin kararlar) kesin nitelikte kararlar olup¹², yargısal nitelikte olmayan bir idari işlem mahiyetini taşımaktadırlar¹³, Buna göre, valilere (görevlendiril-

¹⁰ Çuhadar, s. 39.

¹¹ 3091 sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince verilen kararlar yargı yolu açık olmak üzere kesindir. İşaret edelim ki, Danıştay, 5917 sayılı Kanunun uygulanmasında alınan kararın konu açısından incelenmesinin adli mahkemelere, yetki, şekil ve maksat bakımından incelenmenin Danıştay'a ait olacağını kabul etmektedir. Bkz., Danıştay 12. Daire, E. 965/3456, K. 965/429 (Oğuzman / Seliçi / Oktay - Özdemir, s. 85 dn. 161)

¹² Buradaki kesinlikten kasıt, idarenin artık bu kararını değiştiremeyeceği, kaldıramayacağı veya kararın üst denetim yoluyla kaldırılıp, değiştirilemeyeceği anlamındadır. Ancak esasa etkisiz adi yazı ve hesap hataları idarece düzeltilebilir. Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 100. Bkz, 3091 sayılı Kanun m. 7, Yönetmelik m. 37.

¹³ "Başvuru sırasında daha önce adli yargıda ihtiyati tedbir kararı alınmış veya anlaşmazlık dava konusu yapılmış ise 3091 sayılı kanun uygulanmaz (m.14). İdari yoldan korunmaya başvurulduktan sonra açılan zilyetlik davalarında mahkeme idari kararla bağlı değildir. 5917 sayılı kanun (3091 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılan Gayrimenkule Tecavüzün Def'i Hakkında Kanun) göre verilen idari kararların tedbir niteliğinde olduğuna dair bkz., Y.HGK.22.9.1965 T., ve E.201, S.326 sayılı kararı için (İKİD.1965, s. 3984).

meleri halinde vali yardımcılara) ve kaymakamlara tanınan bu yetki; amme nizamını muhafaza için alınan, muvakkat bir ‘İdari zabıta’ tedbiridir. Hülasa; vali veya kaymakam tarafından alınan bu idari zabıta tedbiri, gayrimenkulün hukuki veçhesine herhangi bir tesir icra etmemekte, gayrimenkul üzerindeki haklarda da bir değişikliğe yol açmamaktadır¹⁴.

İdari makamların gayrimenkul zilyetliğine yönelik tecavüzleri men hususunda ki bu yetkileri onlara, hak sebebiyle değil münhasıran asayişe taalluk eden zilyetlik sebebiyle tanınan bir yetkidir. İdari kolluk örgütü içerisinde kolluk yetkilerini kullanan, vali ve kaymakamların bu men yetkileri onların; kamu düzeninin korunmasına yönelik ‘idari kolluk’¹⁵ faaliyeti içerisinde yer alan idari görevlerinden sadece birisini oluşturmaktadır.

II. BAŞVURU USULÜ

A) Başvurunun Şekli

3091 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nin 17. maddesi, başvurunun şeklini ve usulünü belirtmektedir. Bu madde hükmüne göre, başvuru ehliyetine sahip taşınmaz mal zilyedi, soruşturmanın sıhhatli bir şekilde başlayıp bitirilebilmesi için gerekli bilgi ve belgeleri kapsayan bir dilekçe ile¹⁶ yetkili idari makama başvurmalıdır. Yönetmeliğin bu maddesi ile başvuruların yazılı bir dilekçe ile yapılması öngörülmektedir. Dolayısıyla sözlü olarak bir koruma talebinde bulunulması 3091 sayılı Kanun bakımından

Esener / Güven, s. 85. Anayasa Mahkemesinin 5917 sayılı Kanunla ilgili olarak verdiği 8.1.1970 T., 49/3 sayılı kararda belirtildiği üzere , ‘Vali ve kaymakamların kararları , kamu güvenliği ve düzeni koruma bakımından verilmiş geçici tedbir niteliği taşıdığı ve ilgililerin mahkemeye başvurma yolu açık tutularak bu kararlar dolaylı da olsa gene de yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmamış olduğu’ anlaşılır. (AMKD. S. 8, s. 182); keza bkz., Anayasa Mahkemesi K. 22.10.1968 T., 8 / 48 - AMKD. S.6, s.295).

¹⁴ Bkz., Artukmaç Sadık, Bizde Gayrimenkule Tecavüzün Def’i ve Zilyetlik, s. 81 - 82.

¹⁵ “ İdari kolluk, kural olarak, cezalandırıcı, suçluları izleyici delilleri toplayıcı değil düzenleyici, önleyici ve durdurucudur ”. Yayla, Yıldızhan, s. 53 ve İdari Kolluk hk. ayrıntılı bilgi için bkz., age. s. 53 vd. ; Gözler Kemal, İdare Hukuku Esasları, Bursa 2005, s. 468 vd. ; Giritli İsmet / Bilgen Pertev / Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 741 vd. ; Gözübüyük Şeref / Tan Turgut, İdare Hukuku C. II, Ankara 2008, s. 746 vd.

¹⁶ Bu dilekçe yetkili makamlarda valilik ve kaymakamlıklarda basılı bir form şeklinde bulunmakta, bu formun en başta yetkili makam müteakiben, Müşteki - adresi, Mütcevaz - adresi, Tecavüz tarihi, Öğrenme tarihi, Müracaat tarihi, Olayın meydana geldiği köy/mahalle, Taşınmazın mevki - ada - parsel no ve yüzölçümü bilgileri ve talepten oluşmaktadır. Örnek form için bkz, Çuhadar, s. 179.

mümkün değildir¹⁷. Her ne kadar yönetmeliğin 17. maddesinin IV. fıkrasında başvurunun yazılı olması şartı aranmakta ise de kanaatimiz sözlü bir başvurunun da yapılabilmesi gerektiği yönündedir. Zira toplumsal huzur ve sükûnu bozan tecavüz ve müdahale gibi hukuka aykırı bütün fiillerin bir an önce, hızlı ve en pratik şekilde çözümlenmesi amacı kanunun temel amacını teşkil etmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan, kamu malları hakkında idari makamların re'sen hareket etme yetkileri mevcut olup, idari makamların tecavüz ve müdahale fiillerini öğrenmeleri¹⁸ ve soruşturma başlatmaları hususundaki bilgi kaynaklarını, yazılı ve sözlü başvurular (ihbarlar) teşkil etmektedir. Aynı zamanda; 5917 sayılı Kanunun hükümleri de tahriri veya şifahi başvuru üzerine uygulanmıştır¹⁹.

Kanunkoyucu şikâyet etme yetkisini sırf zilyede tanıyarak, zilyedin kan hısımları ile sıhrî hısımlarının dilekçe ile başvurularını kabul etmemiştir. Fakat yetkili vekillerinin başvurularının kabul edileceği doğaldır. Kanunkoyucu ayrıca posta ile yapılan başvurular üzerine, başvurunun kanuni süresinde bizzat veya kanuni temsilcisi tarafından yapılması gerektiğini ifade ederek yönetmeliğin 17. maddesinde, bu durumun gereğinin başvuru sahibine yazılı olarak bildirileceğini hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla, posta ile yapılan başvurular kanunun aradığı süreleri durdurmayacaktır. Bu sonuç, posta ile yapılacak başvurular hakkında gerek ihtilafların doğmasını engelle-

¹⁷ Bkz., Ayan, s. 92. Uygulama Yönetmeliği m. 17 / IV.

¹⁸ Görevli bulunan vali veya kaymakam, (istisnalar dışında) taşınmaz mala tecavüz veya müdahalede bulunulduğunun kendisine iletilmesi halinde olaya el koyabilir. İstisnai durumlar dışında bu makamların görevlerinden ötürü (re'sen) olaya el koyma yetkileri yoktur. Nitekim bu husus Danıştay'ın bir kararında şu şekilde dile getirilmiştir: " Taşınmaz tecavüz edildiği yolunda bir şikâyet olmaksızın kaymakamlıkça re'sen şikâyette bulunulup, yine aynı kaymakamlıkça (tarihte yürürlükte olan) 5917 sayılı Kanun'a göre soruşturma yapılarak karar verilemez..." (Danıştay 12. D. Daire, E. 1977/290, K. 1997/2064. Karar için bkz., Ekşioğlu Kani, İdari Yoldan Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi ve Tecavüz Eylemleri ile İlgili Ceza Kovuşturması, s. 102). Çuhadar, s. 39.

¹⁹ "5917 sayılı kanunda 'müracaat' ; herhangi bir şekle tabi değildir, yazılı veya sözle yapılabilir. Yazı ile yapılan müracaatlarda, dilekçeye sadece damga pulunun yapıştırılması kâfidir. Sözle müracaatta; şifahi beyanın, alakalı merci tarafından bir zabıt varakası ile tespit ve tevsiki icap eder. Tatbikatta, müracaatın; ekseriya yazı ile yapıldığı görülmektedir ". Artukmaç, s. 102. ve aynı görüş için bkz., Kısagün Adli, Gayrimenkul Mülkiyetinin Himayesinden Doğan Davalar, Ankara 1962, s. 112.

yip, hak kayıplarını önlemesi gerekse kanunun süratle uygulanmasına hizmet etmesi bakımından yerinde bir uygulama teşkil etmektedir.

Netice olarak zilyedin, gerekli bilgi ve evrakı kapsayan dilekçesini bizzat ya da yetkili vekili aracılığıyla merkez ilçelerde valiliklere, ilçelerde ise kaymakamlıklara tevdi etmesi zorunluluğu diğer şartlarla birlikte 3091 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanabilirliğinin bir ön şartını oluşturmaktadır.

B) Başvuruya Yetkili Kişiler

3091 sayılı Kanunun 3. ve Uygulama Yönetmeliğinin 17. maddesinde, kanunun bir uygulanabilirlik şartı olarak yetkili idari makama başvuruya yetkili olan kişiler, gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılarak belirlenmektedir. Bu belirlemeye göre başvuruya yetkili olan kişiler aşağıdaki şekilde incelenebilir:

1- Gerçek Kişiler Bakımından

Kanuna göre, taşınmaz mala yönelik tecavüz ve müdahalelere karşı idari makamlardan korunmayı talep edebilmek için taşınmazın maliki olmak şart değildir. Yönetmeliğin 17. maddesi gereğince taşınmaz mal üzerinde gerçek kişilerin zilyetlikleri münferit (tek başına) olabileceği gibi iştirak veya müşterek zilyetlik şeklinde de olabilir. Her iki durumda da idari makama başvuruya yetkili olanlar birbirinden farklıdır.

a) Zilyedin Tek Kişi Olması Durumunda

Taşınmaz mal üzerindeki zilyetliğin tek kişi tarafından kullanılması durumunda idari makama başvuru hakkına yalnızca o malın zilyedi yetkilidir²⁰. “Hatta zilyetliği malikin rızasına dayanan taşınmaz zilyedi, malikin zilyetliğine yönelen tecavüzlerine karşı da koruma talebinde bulunması mümkündür”²¹. Toplumsal yaşamda zilyetlik, asli veya fer’i, doğrudan doğruya veya dolayısıyla zilyetlik şeklinde görülebilir. Her ne kadar münferit zilyetlikle sadece zilyedin başvuru hak ve yetkisi olması kuralken kanuna uygun olarak ‘vekil - mümessil - temsilci’ sıfatlarını taşıyan ve bunu belgeleyenlerin de asiller adına başvuru yetkileri vardır. Buna karşılık, çok yakın

²⁰ Bkz., 3091 sayılı Kanun m.3 ve Uygulama Yönetmeliği m.17.

²¹ Ertaş, 97.

kan ve sıhrî hısımlar olsalar bile bu kişilerin zilyet adına başvuru yetkileri bulunmamaktadır²².

Müracaatçının ehliyetinin olmaması bir iptal sebebi sayılır. Gerçek kişi mümeyyiz zilyetler²³, MK.m.16 gereğince, haksız fillerden dolayı sorumlu tutulabildiği halde bu kişilerin taşınmaz mala yönelik tecavüz ve müdahaleden dolayı başvuru hakları bulunmamaktadır. İçişleri Bakanlığının 6.1.1987 gün ve 430.318.1/47 sayılı genelgesinde, '3091 sayılı Kanun kapsamına giren müracaatlar mümeyyiz küçüklerin şahsa merbut hakları içerisinde sayılamayacağından bu konudaki başvuruların velisi veya vasisi tarafından yapılması ve üçüncü kişilerin başvurusunda davalı olarak veli veya vasinin velayeten veya vesayeten gösterilmesi ve kararda da mümeyyiz küçüğün adının zikredilmesi gerektiği' ifade edilmiştir. Bununla birlikte karar, mümeyyiz küçüğe muzaf olarak verilmiş olacak ve onun hakkında sonuç doğuracaktır.

b) Zilyedin Birden Fazla Kişi Olması Durumunda

Bir taşınmaz mal üzerinde münferit zilyetlik tesis edilebileceği gibi birden fazla kişinin oluşturacağı müşterek ya da iştirak halinde zilyetlik de tesis edilebilir. Bilindiği gibi, müteaddid zilyetlerden herhangi biri, bir mala müstakilen tasarruf edebildiği durumlarda 'müşterek', bunun aksine mal üzerindeki fiili tasarrufun birlikte kullanılabilirdiği durumlarda ise 'iştirak' halinde zilyetlik söz konusu olmaktadır. Her iki tür zilyetlikte de taşınmaz mal üzerinde birden fazla kişinin toplu zilyetliği söz konusu olmaktadır. Burada zilyetlerden her biri, zilyedi buldukları taşınmaz mala yönelik tecavüz veya müdahale fiilinin önlenmesi hususunda tek başlarına idari makama başvuruya yetkilidirler. Bu açıdan müşterek ve iştirak halinde zilyetlik arasında herhangi bir fark yoktur. Yapılacak olan başvuru, yönetmeliğin 13.

²² Malkoç, s. 650; Bkz., Yönetmelik m. 17 fıkra 5.

²³ Zilyetlik iradesinin geçerli olabilmesi, irade sahibinin temyiz kudretini haiz olmasına bağlıdır. Çünkü temyiz kudretinden yoksun olanlar zilyet olamazlar. 3091 sayılı Kanunun uygulanması açısından fer'i zilyetlik gayri mümeyyizde de bulunabilir. Ancak asli zilyetliğin varlığı için temyiz kudretinin varlığı şarttır. Zira temyiz kudreti olmayan bir kimsenin bir eşya üzerinde fiili hâkimiyet tesis etmesi düşünülemez. Gerçekten de, 3091 sayılı yasa açısından bakıldığında, gayri mümeyyiz olan bir kimsenin bir eşyadan yarar sağlamak amacıyla ona tasarrufta bulunması mümkün değildir. Çuhadar, s. 26. Velidededeoğlu'na göre: 'mümeyyiz olmayan kimselerde zilyet olabilir. Ancak zilyetlik hakkını kanuni temsilcisi kullanır'. Bkz., Velidededeoğlu H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963, s. 637.

maddesi gereğince zilyede, gerek üçüncü şahısların gerekse diğer paydaş ve ortakların hukuka aykırı fiillerine karşı da koruma sağlamaktadır²⁴. Burada önemli olan, belli bir taşınmaza vaki tecavüz (saldırı) ve müdahalenin (engel olmanın)²⁵ idari makamlarca önlenmesi ve böylece huzur ve güvenliğin korunmasıdır. Bu tür idari bir tasarruftan, zilyetlerin hepsinin de ortak çıkarları vardır ve bu çıkar: yapılan başvuru neticesinde elde edilmiş olmaktadır²⁶. Keza miras şirketinde taşınmazın eylemli (fiili) zilyedi de²⁷, bu tür fiillere karşı mirasçılara ve üçüncü şahıslara karşı aynı madde hükmüncü korunmaktadır. Dolayısıyla, yönetmeliğin 13. maddesi ile eylemli zilyedin etkin olarak korunmasının temel gerekçesi, kanunun amacına uygun olarak asayişin teminine yöneliktir.

2- Tüzel Kişiler Bakımından

Taşınmaz malın, kamu idarelerine, kamu kurum ve kuruluşlarına veya diğer tüzel kişilere ait olduğu durumlarda, yetkili makama başvuruya bu idarelerin yetkili temsilcileri sahiptir²⁸. Tüzel kişiyi üçüncü kişilere karşı temsil görevi genelde yönetim kurulunun görevleri arasında yer almaktadır. Kamu idareleri, kurum ve kuruluşlarına ait başvuruları yetkili temsilcinin yapması asıldır. Bununla birlikte, yönetmeliğin 19. maddesi hükmü gereğince, vali ve kaymakamlar görev alanları içerisinde bulunan kamu idarelerine, kamu kurum ve kuruluşlarına ait veya bunlar tarafından idare olunan veya

²⁴ Bkz., Ayan, s. 91.

²⁵ Yönetmeliğin 11. maddesinde yer alan düzenlemede kullanılan 'tecavüz' terimi ile teknik anlamdaki gasp ve işgal; 'müdahale' terimi ile de tecavüz kastedilmiştir. Böylece hukukun en önemli vasıtaları olan yerleşmiş terim ve kavramlar adeta tersyüz edilmiştir. Bunun da isabetli olmadığı ve hukuk düzeni anlayışıyla bağdaşmadığı izaha ihtiyaç göstermeyecek kadar açıktır. Ünal / Başpınar, s. 201; Ertaş, s. 96 ; Çuhadar, s. 115. Ayrıca tecavüz ve müdahale fiilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Çuhadar, s. 35 vd.

²⁶ Tezel Ergün, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Yolları ve Mülki İdare Amirlerinin Tahliye Yetkileri, Ankara 1989, s. 40.

²⁷ Böylece eylemli zilyet diğerlerine karşı da korunmaktadır. Buradaki eylemli zilyetten maksat vasıtasız zilyetlik. Ünal / Başpınar, s. 209. "...birlikte mülkiyette, taşınmazın eylemli zilyedi, diğer maliklere karşı da korunmaktadır. Eylemli zilyetten kasıt nedir? Zilyetliği diğer maliklerin rızasına dayanmayan, bir birlikte malikin eylemli, zilyetliği diğer maliklere karşı korunacak mıdır? Kanımca bu soruya olumsuz cevap vermeli, ancak, diğer birlikte maliklerin muvafakatini alarak taşınmaz üzerinde eylemli zilyetlik tesis etmiş olan birlikte malik diğerlerine karşı korunmalıdır". Ertaş, s. 97.

²⁸ Bkz., 3091 sayılı Kanun m. 3, Yönetmelik m. 17. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., Çuhadar, s. 42.

devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere ya da menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara tecavüz veya müdahalede bulunulduğunu öğrenmeleri durumunda, tüzel kişinin yetkili temsilcisinin başvurusuna gerek olmaksızın re'sen soruşturma yaparak ya da yaptırarak doğrudan doğruya sonucu karara bağlama yetkileri de bulunmaktadır²⁹. Kamu gücünün kullanıldığı böyle hallerde idari korunma isteminde bulunabilmek için yönetici, vali, kaymakam, muhtar veya köy halkından olmak gibi statüde bulunmak yeterlidir³⁰.

Kamu idarelerine, kurum ve kuruluşlarına ait veya bunlar tarafından idare olunan ve özel hukuk hükümlerine tabi bulunan taşınmaz mallara tecavüz veya müdahalede bulunulması durumunda, bu idarelerin yetkililerinin başvuru yapması asıldır. Yine Kanunun 3 ve Yönetmeliğin 18. maddesinde köy tüzel kişiliğine ait tapulu veya tapusuz taşınmaz mallara yönelen hukuka aykırı fiillerden dolayı başvuruya yetkili kişiyi muhtar olarak esas almakla birlikte köy muhtarının bazen tarafsız hareket edemeyeceği endişesiyle köy halkından herhangi birisinin de başvuruya yetkili olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle köy halkının ortak faydalandığı (köy tüzel kişiliğine ait evler, araziler, çeşmeler, mera, yaylak, kışlak gibi) yerlerin korunmasında köy halkına da bu tür malları koruma yönünde etkin bir denetim imkânı sağlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, muhtarın başvuru olanağı bulamaması ya da çıkarı söz konusu olduğu durumlarda herhangi bir sebeple başvurudan kaçınması halinde saldırı cezasız kalacaktır. Muhtarın köy işleri ile görevli ve buna göre sorumlu olduğu kabul edilir³¹. Zira kamu adına kovuşturmayı gerektiren, köy tüzel kişiliğine ait mallara yönelik bu tür fiilleri bildirme yükümlülüğü onun kanunen kendisine yükletilmiş adli görevlerinden birisidir. Bu sorumluluğa aykırı davranış ise hakkında iddianameyle dava açılmasını gerektirir³².

²⁹ Ayrıca bkz., İçişleri Bakanlığının 28.3.1986 gün, İller İdaresi Gn. Md. 430.318.1/1853 sayılı yazısı.

³⁰ Ünal / Başpınar, s. 208.

³¹ Malkoç, s. 650.

³² Yargıtay konu ile ilgili bir kararında şu şekilde karar vermiştir ; "Görevini ihmal etmekten sanık Aslan'ın duruşması sonunda, TCK.' nun 235/1, 59; 647 sayılı Kanunun 4. maddeleri gereğince, 30.000 lira ağır para cezası ile mahkûmiyetine ve 3 ay 10 gün memuriyetten mahrumiyetine dair verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından istenmiş ve Yargıtay'ca sanık köy muhtarının kamu adına kovuşturmayı gerektiren 3091 sayılı Kanuna aykırılık suçunu yetkili mercilere bildirmek görevi adli görevleri cümle-

Köy tüzel kişiliğine ait mallar aynı zamanda halkın istifadesine sunulmuş kamu mallarıdır³³. Kırsal alanlarda daha çok bu tür mallar tecavüz veya müdahaleye uğramakta ve bu tür fiiller neticesinde kamu düzenini bozulmaktadır. Bu durumu göz önünde tutan kanunkoyucu haklı olarak vali ve kaymakamlara görev sınırları içerisinde olmak kaydıyla bu tür mallara yönelik tecavüz ve müdahale fiillerinde re'sen soruşturma açarak doğrudan doğruya karar verme yetkisi tanımıştır³⁴. Dolayısıyla bu yetki, köy tüzel kişiliğine ait taşınmaz mallar bakımından geçerli olup gerçek kişilere ait taşınmaz mallara yönelik saldırlarda, zilyedin fiile rıza göstermesi ya da başvuru hakkını kullanmaması hallerinde geçerli değildir.

III. İDARİ SORUŞTURMA AŞAMASI

A) Soruşturma Öncesi İşlemler ve Ortaya Çıkması Muhtemel Durumlar

1- Başvuru Hakkında Karar Verilmesi

Başvuru dilekçesinin verildiği yetkili idari makam, 3091 sayılı Kanun gereğince dilekçenin kanunun kapsamı dışında olduğunu açık ve kesin olarak tespit etmesi halinde soruşturmaya gerek duymaksızın başvuru dilekçesini derhal reddedecek aksi durumda soruşturma yaparak zilyedin talebi hakkında bir karar verecektir. İdari makamca mahallinde soruşturmaya gerek duyulmaksızın başvurunun derhal reddini gerektirecek sebepler istisnai haller de söz konusu olup, Kanunun 5. ve Uygulama Yönetmeliğinin 21. mad-

sinden bulunduğu cihetle hakkında iddianame ile dava açılması gerektiği gözetilmeden yargılamanın gerekliliği üzerine duruşma yapılarak hüküm kurulması' bozmayı gerektirmiş sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan onma isteyen düşüncenin reddiyle sair yönler incelenmeksizin hükmün bu sebepten bozulmasına oy birliği ile karar verilmiştir". (Y.4.CD. 23.2.1990 T., E. 8205, K. 974; YKD. Mart 1991, S.3., S. 439. Yargıtay'ın aynı doğrultuda benzer kararı için bkz., Y.4.CD. 20.3.1990 T., E.1457, K.1573; YKD. Ekim - 1991, S.10, s. 1580. Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu, 5237 sayılı yeni TCK. m. 279'da düzenlenmiştir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 891 vd.

³³ Bkz., Kurt Şahin, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi, İstanbul 1989, s.10. Köy tüzel kişiliğine ait mallar ve türleri hk. ayrıntılı bilgi için bkz., Çuhadar, s. 85 vd.; Kamu malları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Gözler, s. 546 vd.; Gözübüyük Şeref / Tan Turgut, İdare Hukuku C. I, Ankara 2008, s. 1071 vd. ; Giritli / Bilgen / Akgüner, s. 633 vd.

³⁴ Bkz., Kurt, s.10 ; Kısagün, s. 112 ; Malkoç, s. 50 ; Tezel, s. 46.

desinde tahdidî olarak sayılmıştır³⁵. Kanunen öngörülen bu sebepler idari makamca soruşturma yapılmasını engellemektedir. Kanun bu istisnai durumlar dışındaki haller de ise idari makama usulüne uygun bir soruşturma yapma ve ihtilaf hakkında en geç 15 gün içinde karar verme yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu süre içerisinde karar verilmemesi halinde, durum nedenleri ile birlikte bir üst makama (Valilik veya İçişleri Bakanlığına) bildirilir.

2- Soruşturma Öncesi Gözetilmesi Gereken Hususlar

Taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüz veya müdahale fiilinin önlenmesi amacıyla başvuru idari makamca soruşturmanın en kısa zamanda tamamlanabilmesi ve 3091 sayılı Kanunun amacına en kısa zaman da ulaşılabilmesi için soruşturma öncesinde bir takım hususların yerine getirilmesi gerekir.

1- 3091 sayılı Kanunun 5. ve Uygulama Yönetmeliğinin 22. maddesi gereğince soruşturmayı yetkili vali veya kaymakam yapabileceği gibi bu hususta soruşturmayı yapmak üzere önceden devlet memurlarından bir veya birkaçını soruşturma yapmakla görevlendirebilirler. Şayet soruşturmayı vali veya kaymakam yapacaksa dilekçe ve ilgili belgeleri derhal bir yazı ile soruşturma memuruna zimmetle vermelidir. Artık bundan sonra yapılacak işlerin düzenlenmesi soruşturma memurunun sorumluluğunda olacaktır.

2- Yetkili makam tarafından soruşturmanın yapılacağı kararın yerine getirileceği yer, tarih ve saat müracaatı müteakip derhal tespit ve tebliğ edilmiştir.

3- Tebligatı müteakip, tebellüğ ilmühaberi tebliğ konusunda herhangi bir itiraza meydan verilmemesi bakımından dosyaya eklenmelidir.

4- Başvuru sahibinin, soruşturma yapmakla görevlendirilen soruşturma memurlarının yollukları ile, ayrıca taşıtı kendisi sağlayacaksa taşıt ücretini maliye veznesine yatırması sağlanmalı ve buna ait makbuzun görevli memurca dosyaya eklenmesi gerekir.

5- Soruşturma memurunca öncelikle soruşturma öncesinde, taşınmaz malla ilgili ihtilafın Medeni Kanuna göre mülkiyet hakkına dayalı bir müdahalenin menî veya zilyetliğin ihlâlî nedeniyle açılmış bir tecavüzün ref'i

³⁵ Kanunun kapsamı dışında olup, idari soruşturmayı gerektirmeyecek başvurular hakkında bkz., Çuhadar, s. 54 vd.

davasına konu olup olmadığının, taşınmaz mal hakkında ihtiyati tedbir kararının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir³⁶. Zira idari makamdan tecavüzün önlenmesi talep edilmeden önce adli mercilerde ihtiyati tedbir kararı alınması veya anlaşmazlığın 'dava konusu yapılması, 3091 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır, Soruşturma memurunca araştırma sonucu elde edilen bilgileri içeren belgeler de dosyaya eklenecektir.

3- Soruşturma Memuru ve Yardımcılarının Görevlendirilmesi

Soruşturmayı bizzat yapmaya yetkili idari makamlar (valilik ve kaymakamlıklar) soruşturmayı bizzat yapabilecekleri gibi onlar uygulamada çoğunlukla görüldüğü üzere, 3091 sayılı Kanunun 5. ve uygulama yönetmeliğinin 22. maddesinin kendilerine tanıdığı yetkiyi kullanmakta, işin mahiyetine göre devlet memurlarından bir veya bir kaçını görevlendirmek suretiyle soruşturmayı görevlendirilen memurlar vasıtasıyla yapmaktadırlar³⁷.

Kanunun 22. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince, “soruşturma esnasında taşınmaz malın sınırlarının tespit edilmesi, krokisinin çizilmesi ve tapu uygulamasının yapılması, soruşturma zaptının tutulması, ölçü aletlerinin kullanılması ve taşıtılması” gibi ancak yardımcı teknik ve fenni elemanlarca yerine getirilebilecek hizmetlerin ifası için soruşturma memurlarına yardımcı eleman verilmektedir. Branşında uzmanlaşmış teknik elemanlardan soruşturma safhasında bilirkişi olarak faydalanılması, soruşturmanın sıhhatli bir şekilde icrası ve kanunun amacının temin edilmesi yönünden son derecede faydalı bir uygulamadır. Her ne kadar bu kanun taşınmaz mülkiyeti üze-

³⁶ Bkz., Yönetmelik m. 34.

³⁷ İllerde vali ya da yardımcısı tarafından soruşturmanın yapılmasına yardımcı olmak üzere; İl İdare Kurulu bürosundaki şef ve memurlar, İl Yazı İşleri bürosundaki şef ve memurlar, İl Tapulama ve Tapu Sicil Müdürlüklerinde görevli fen ve teknik elemanlar. Belediye ve Fen işlerinde görevli fen elemanları vb., İlçelerde ise; İlçe Yazı İşleri Müdürü ve memurlar, İlçe Mal Müdürü, Milli Emlak şef ve memurları, İlçe Tapu Sicil Muhafizliğinde görevli fen elemanları. Belediye fen elemanları vb. kişiler bu amaçla görevlendirilebilirler, “...soruşturma ve uygulamanın vali, vali muavini veya kaymakam tarafından bizzat yapılması mümkün değildir. Onlar tarafından yetkilendirilen görevlilerin yetenekleri ise, soruşturma ve uygulamanın sonuçları açısından çok önemlidir. Zira bir iddiayı inceleyip, bir soruşturma ve yanlış bir uygulama ile yeni bir anlaşmazlığa neden olmakta o derecede amaç dışıdır. ... soruşturma görevlilerinin, teknik ve hukuki bilgilerinin birleşmesinden alınacak sonuçların isabeti gözden uzak tutulmaması lazımdır ”. Esmer Galip, Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, İstanbul 1990, s. 571.

rindeki hak uyuşmazlığını çözmeyi amaçlamamakta ise de verilecek olan kararların yetersiz kişilerin soruşturması neticesinde verilmesi halinde, asayiş ve düzeni koruma amacının gerçekleşmesi beklenemeyecektir. Bu sebeple, soruşturma yapan memurun ölçme ve kroki konusunda uzman fen elemanı, inşaat veya ziraat mühendisleri veya benzeri teknik elemanlarla soruşturmayı yapmasıyla kapsamı ve amacının daha etkin biçimde yerine getirilmesi mümkün olabilecektir³⁸.

Söz konusu teknik ve yardımcı elemanın, soruşturmayı yapacak memurun talebi üzerine ya da yetkili makam tarafından herhangi bir talebe hacet olmaksızın görevlendirilebilmesi mümkündür. Ancak 3091 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 22. maddesinin 4. fıkrasında, kendilerine soruşturma görevi verilemeyecek olan kişiler açıkça ifade edilmektedir. Bu hükme göre ‘adli ve askeri personel ile güvenlik kuvvetlerinin amir ve memurları soruşturma ile görevlendirilemeyeceklerdir’. “...sayılan bu görevlilere soruşturma görevi verilmemesine dikkat edilmesi gerekir. Aksi halde adli, askeri ve güvenlik amirleri ile hiç yoktan kırgınlığa, ihtilafa düşülmesinden başka, kamu huzur ve güvenliğinin teessüsü de, dolayısıyla geciktirilmiş olacaktır ki, bu da kanunun asıl maksadına aykırı düşer”³⁹.

Aynı şekilde kanunkoyucunun diğer bir amacı da adli yargının iş yükünü azaltmak olduğundan bu tür küçük ihtilaflarla zaten iş yükü oldukça fazla olan adli ve askeri personel ile güvenlik kuvvetleri soruşturma aşamasında meşgul edilmeyeceklerdir. Belirtilen kamu görevlilerine soruşturma yapma görevi verilemeyeceği hususundaki bu açık düzenlemeye aykırı bir şekilde bu kişilere görev verilmesi halinde ise verilen görev emri bir kanunsuz emir olacaktır. Bu emri verenler hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu nedeniyle Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun hükümlerine göre soruşturma yapılarak ceza tayin edilebilecektir⁴⁰.

38 Kurt, s. 15.

39 Tezel, s. 68.

40 Görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve ilgili Yargıtay kararları için bkz., Meran Necati, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. 1147 vd.; Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Ahmet Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006, s. 748 vd. ; Özmen Remzi, Notlu - Gerekeçli - karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. 637 vd.

4- Soruşturma Memurunca Tebligat Yapılması

Soruşturmayla görevlendirilen memur (muhakkik) öncelikle taraflara tebligatta bulunmak amacıyla 'soruşturma bildirim kâğıdı' düzenlemeli ve müteakiben kanunun 8. ve Uygulama Yönetmeliğinin 24. maddesi hükümlerine göre taraflara tebligatta bulunmalıdır. Zira taraflara tebligat yapılması veya şartları varsa 3091 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 25. maddesine göre ilan yapılması, mahallinde soruşturma yapılabilmesinin bir ön şartını teşkil etmektedir.

5917 sayılı Kanunda soruşturma yapılması veya kararın yerine getirilmesi sırasında taraflara tebligat yapılacağı hakkında bir hüküm bulunmadığından uygulamada farklılıklar doğmuştur⁴¹. Uygulamada tebligat, soruşturmayı yapan tarafından önceden soruşturmanın yapılacağı gün ve saatin tespit edilmesi ve mahalli zabıta vasıtasıyla tarafların tanık ve delilleriyle beraber taşınmaz malın bulunduğu mahalde bulunmalarının tebliğ edilmesi şeklinde yapılmaktadır⁴². Kanunla ilgili bütün tebligatın gereği olmasa da, güvenlik kuvvetlerine yaptırılması bu örgütlerin iş yükünü gereksiz olarak arttırmış ve ayrıca adresi belli olmayanlara, 5917 sayılı Kanunla ilgili infaz ve tebligatın usulüne uygun bir biçimde yapılmamış olması 5917 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılarak yerine 3091 sayılı Kanunun yürürlüğe konulmasının sebeplerinden birini oluşturmuştur⁴³.

3091 sayılı Kanunun 8. maddesi gerekçesinde de belirtildiği üzere, 5917 sayılı Kanun bakımından yapılan eleştiriler göz önüne alınarak, uygulamada ki güçlüklerin giderilmesi için taraflara tebligat yapılması esası konularak, şikâyetçinin kanuni vekilinin veya dilekçesinde belirttiği temsilcisinin taşınmaz malın başında bulunmaları zorunluluğu getirilerek, mütecevizin gelmemesi halinde ise soruşturma ve kararın yerine getirilmesinin yokluğunda yapılacağı hükme bağlanmıştır.

41 Tebligatın, tebligatı yapmakla görevli bulunan memurlar tarafından farklı şekilde uygulanması 3091 sayılı Kanunun 8. maddesi gerekçesi ifadesinde ve doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştiriler hakkında bkz., Öskiper, s. 18 ; Gür İsmail, Taşınmaz Mal Zilyetliğinin İdari Yoldan Korunması (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1988, s. 103.

42 Tebligatın yapılış tarzı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Tezman / Bilgin, s. 100 ; Çuhadar, s. 65 vd.

43 Bkz., 3091 sayılı Kanunun gerekçesi; TBMM. S. Sayısı; 184, Dönem 17, Yasama yılı 2 ; Ayrıca bu hususta bkz., Çoker / Öz, s. 114 vd.

Kanunun 8. ve Uygulama Yönetmeliğinin 24. maddeleri birlikte değerlendirildiklerinde soruşturma memurunca mahallinde soruşturmaya başlanılabilmesi için tebligatın şu şekilde yapılması gerekir: Kanun soruşturmanın 15 gün içerisinde yaptırılarak karara bağlanmasını öngördüğünden; soruşturma emrini alan memur, soruşturmanın yapılacağı yeri, gün ve saati tespit ederek; tarafların tanık ve diğer delilleri ile birlikte soruşturmanın yapılacağı yerde hazır bulunmalarını, aksi halde sonradan tanık dinletemeyecekleri hususunu, her türlü imkândan yararlanarak, tebliğ edecek ya da köy veya mahalle muhtarları vasıtasıyla tebliğ ettirip tutanağı dosyasına koyacaktır.

Köye ait taşınmaz mallara tecavüz veya müdahale dolayısıyla köy halkından birisinin başvuruda bulunması halinde soruşturma sırasında muhtar veya ihtiyar kurulu üyelerinden birisinin de soruşturma mahallinde hazır bulunmaları zorunlu olduğundan bunlara da tebligat yapılabilir. Mütecavizin gösterilen adreste bulunamaması ya da adresinin tespit edilememesi sebebiyle mütecavize tebligat yapılamaması durumunda, soruşturmanın yapılacağı veya kararın yerine getirileceği yer, tarih ve saat soruşturma memuru tarafından soruşturma için tayin edilen günün 3 gün öncesinden alışımlı usullerle taşınmaz malın bulunduğu köy veya belde de ilân ettirilecektir. Bu hal üzerine tutulan ilân tutanağı dosyaya eklenerek soruşturma tarihinde mütecaviz hazır bulunmazsa kanunun 8 ve yönetmeliğin 25. maddesi gereğince soruşturmaya ve kararın yerine getirilmesine yokluğunda başlanacaktır⁴⁴. Kanun da öngörülen bu 3 günlük süre soruşturma tarihi ile ilân tarihi arasında olması gereken süre olup kanun da açıklık olmamakla beraber, bu sürenin kısaltılmasının mümkün olmadığı ancak uzatılmasının herhangi bir sakıncası bulunmamaktadır⁴⁵. Fakat kanaatimizce bu uzatma, kanunen soruşturma ve karar verilmesi hakkında tanınan 15 günlük süre dâhilinde olmalı ve ancak

44 Tecavüzde bulunduğu iddia edilen mütecavizinde soruşturma tarihinde soruşturmaya konu teşkil eden taşınmaz malın başında bulunması hem kanunun amacı hem de kanunun süratle uygulanması bakımından çok önemlidir. Her ne kadar kanun, mütecavizin taşınmaz mal başında bulunmasını, yokluğunda soruşturmanın yapılıp karar verileceği müeyyidesine bağlamışsa da, yönetmelikte mütecavizi taşınmaz malın başında bulunmaya zorlayıcı diğer müeyyidelere örnek olarak, mütecavizi bu tutumundan vazgeçirebilecek bir oranda para cezası müeyyidesine de yer verilmiş olsaydı kanunun amacına daha uygun olabileceği kanaatindeyiz. Zira böyle bir düzenleme ile mütecaviz veya yetkili temsilcisinin de taşınmaz malın başında bulunduğu bir soruşturma daha sıhhatli ve hızlı bir şekilde yapılabilme imkânını elde edebilecektir.

45 Kurt, s. 16

zaruri hallerde istisnai hallerde uygulanmalıdır. Keyfi bir uzatma kararının, uygulamada farklılık ve düzensizlik doğuracağı, suistimale yol açacağı hususu göz önünde tutulmalıdır. Zira kanunda bu sürenin çeşitli sebeplerle uzatılacağına dair açık bir düzenleme de mevcut değildir.

Tebliğ her türlü imkândan yararlanılarak yapılabileceğinden, uygulamada genellikle posta yerine muhtarlar aracılığıyla yapılmaktadır. Ancak, yönetmeliğin 24. maddesi hükmüne göre ‘zorunlu ve acele hallerde bu konu ile ilgili bildirimler, Tebligat Kanunu ve Tüzüğü esaslarına göre valilik veya kaymakamlık emri ile yollukları ödenmek suretiyle güvenlik kuvvetlerine yaptırılacaktır’⁴⁶.

5- Soruşturmanın Yapılamaması ve Başvuru Sahibinin Soruşturmada Vazgeçmesi

Soruşturmanın yapılamaması, hem başvuru sahibinin kusur ve ihmalden hem de soruşturmanın yapılmasını engelleyen dış etkenlerden kaynaklanabilir, 3091 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 26. maddesinde soruşturmanın yapılmasını engelleyen sebepler açıkça ifade edilmiştir. Belirtilen bu madde hükmüne göre, ‘başvuru sahibinin soruşturma için tespit ve tebliğ edilen günde taşınmaz malın başında bulunmaması’ soruşturmanın yapılmasını engelleyen bir sebep teşkil etmektedir. Bu sonuç, başvuru sahibinin kusuru neticesi olarak doğabileceği gibi, kusuru olmaksızın da ‘başvuru sahibinin bertaraf edemeyeceği sebepler’ neticesinde de doğabilir. Soruşturmanın yapılamaması sonucunu doğuran diğer bir sebep ise ‘hava muhalefeti gibi zorunlu nedenlerle soruşturma mahalline gidilememesidir’. Madde metnindeki ‘gibi’ ifadesinden benzeri zorunlu nedenlerin de soruşturmanın yapılamaması sonucunu doğuracağı açıktır. İşte bu gibi durumlarda, soruşturmanın yapılamaması sebepleri yazılı olarak soruşturma memurunca valilik veya kaymakamlığa bildirilecektir. Bu durumda valilik ve kaymakamlığa ne gibi bir işlem yapılacağı hususunda ne kanunda ne de yönetmelikte açık bir hüküm mevcut, değildir. Başvurulan yetkili idari makam kural olarak, başvuru tarihinden itibaren 15 gün içinde soruşturma yaparak başvuru hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermek zorundadır⁴⁷.

⁴⁶ Bkz., 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 2. ve 3091 sayılı Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik m. 24 fıkra 3. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., Çuhadar, 65 vd.

⁴⁷ Bkz., 3091 sayılı Kanun m. 6 ve uygulama yönetmeliği m. 36.

Başvuru sahibinin her ne kadar kanunen soruşturma esnasında taşınmaz malın başında bulunması zorunlu ise de, haklı sebeplerle veya zorunlu sebepler dolayısıyla taşınmaz başında bulunamaması da mümkündür. Bu durumda vezneye yatırılmış olan para sarf edilmiş ise başvuran kişinin soruşturma giderlerini yeniden yatırması ve ayrıca yetkili idari makama vereceği dilekçede taşınmaz başında bulunamama sebebinin haklı veya zaruri bir nedene dayandığını ispat etmesi gerekmektedir. Yetkili makamca bu durum takdir edilecek, gerektiğinde yeni bir soruşturma günü verilerek, taraflara tebligat yapılacak, başvuru soruşturulup karara bağlanacaktır. Hava muhalefeti gibi zorunlu nedenlerle soruşturmanın yapılamaması halinde, başvuru sahibinin hiçbir kusuru bulunmadığı göz önünde tutulduğunda yetkili makamca, ikinci bir soruşturma gününün tespit edilerek taraflara tebliğ edilmesi kanunun amacına uygun düşecektir. Yalnız burada da soruşturma için yatırılan para sarf edilmiş ise, örnek olarak, taşıtla beraber taşınmaz malın çok yakınına gidildiği halde herhangi bir sebepten dolayı soruşturmanın yapılacağı yere ulaşılamamış ve bu yüzden para sarf edilmiş, soruşturma yapılamamış ise başvuru sahibinin bu tür giderler için yeniden para yatırması sağlanmalıdır.

Yönetmeliğin 36. maddesi hükmü gereğince her ne kadar soruşturma 15 gün içerisinde bitirilip karara bağlanması gerekiyorsa, bazen soruşturmanın zaruri sebeplerle (kış şartları, sel, toprak kayması vs.) sonradan yapılması da mümkündür. Böyle bir durumda, soruşturmanın geç yapılmasına dair her türlü belge ve bilgi, bu durum ilçede meydana gelmiş ise valilik makamına, vilayet merkez ilçesinde meydana gelmiş ise İçişleri Bakanlığına (İller İdaresi Genel Müdürlüğüne) bir yazı ile bildirilecektir. Başvuru sahibinin ücretleri yatırmaması ve eğer taşıt veya sair araçları kendisi sağlayacaksa bu yükümlülüğü yerine getirmemesi, dilekçenin işlemde kaldırılması sonucunu doğuracak ve bu sonuç posta aracılığı ile kendisine tebliğ edilecektir.

Soruşturmanın yapılmasını engelleyen diğer husus ise, Kanunun 14. ve Uygulama Yönetmeliğinin 34. maddelerinde öngörülen başvuru sırasında anlaşmazlık hakkında mahkemece ihtiyati tedbir kararı verilmesi ya da anlaşmanın dava konusu yapılmış olması sebebi oluşturmaktadır. Zira belirtilen madde hükümlerine göre, bu tür bir davanın açılmış veya bir ihtiyati tedbir kararının verilmiş olduğunun soruşturmanın hangi aşamasında olursa olsun tespit edilmesi halinde, soruşturma o anki bulunduğu aşamada durdurularak bu kanuna göre karar verilemeyeceği gerekçesiyle durum şikâyetçiye yazılı olarak duyurulacaktır.

Başvuru dosyasının işlemde kaldırılmasını gerektiren diğer bir sebep ise 3091 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 27. maddesinde belirtilmiştir. Bu madde hükmüne göre; başvuru sahibinin (ya da vekâlet veya temsil belgesinde açıkça vazgeçme yetkisi verilen vekil veya temsilcinin), başvuru tarihinden karar verilmeye kadar geçen süre içerisinde başvurusundan herhangi bir sebeple vazgeçmesi mümkündür. Bu durumda vazgeçme talebi yazılı veya sözlü olarak yapılabilecek yalnız sözlü vazgeçme talebinde başvurudan vazgeçen tarafın sözlü ifadesi yazılı hale getirilerek yetkili makamın onayı ile dosyası işlemde kaldırılabilir. Bu durumda kararın hemen yazılıp elden tebliği ya da sonucun hemen bildirilmesi mümkündür. Ayrıca soruşturma için yatırdığı paralar da, yapılan masraflar düşülmek suretiyle başvuru sahibine talep sonucunda geri verilecektir.

B) Soruşturma Esnasında Yapılacak İşlemler ve Gözetilmesi Gereken Hususlar

1- Soruşturma Esnasında Gözetilmesi Gereken Hususlar

Soruşturma memuru, zilyetliğin himayesi için; hangi hususların üzerinde durulacağını ve hangi hususların dikkatle inceleneceğini ve soruşturmanın ne suretle inkişaf ettirileceğini iyi bilmelidir. Ancak bu takdirde, ihtilaf hakkında sıhhatli bir neticeye varılmış olur. Soruşturma memuru'nun, soruşturmanın her aşamasında gözetmesi, araştırması gereken en önemli husus: yönetmeliğin 34. maddesi gereğince taraflar arasındaki anlaşmazlığın daha önceden Medeni Kanun'a göre mülkiyet hakkına dayalı bir müdahalenin men'i veya zilyetliğin ihlali nedeni ile açılmış bir tecavüzün ref'i davasına konu olup olmadığı, mahkemelerce ihtilaf hakkında herhangi bir ihtiyati tedbir kararı verilmiş olup olmadığının tespit edilmesidir. Zira soruşturma esnasında bu hususun tespit edilmesi durumunda başvuru hakkında 3091 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, bu hususun önceden dikkatle araştırılması boş yere zaman kaybını önleyecektir⁴⁸. Ayrıca bir anlamda

48 “ Taşınmaz hakkında, adli yargı yerinde daha önce taraflar arasında açılmış tapu iptali ve müdahalenin men'i davaları vardır'. İdari soruşturma sırasında bu husus soruşturma memurlarına bildirilmesine göre; artık yasaya dayanılarak idari önlem niteliğinde karar verilemez. Aksi takdirde, aynı taşınmaz için alınacak farklı karar ve önlemler idareyi ve adli yargı yerini güç durumda bırakabilir. Bu durum kamu güvenini ve kamu düzenini sarsar. Bu sebeplerle, zilyetliğin idari merci tarafından korunmasına ilişkin kanuna dayanılarak verilen karar idari yargıca iptal edilmiştir ”. D. 12. Dairesi, 16. 5. 1977 T. E. 1976/1360,11 1977/1289; Öskiper, s. 16.

adli yargıdaki savcının görevini üstlenen soruşturma memuru, tecavüz veya müdahale ile ilgili her türlü delili araştırmalı ve bu husustaki belgeleri başvuru dosyasına kaydetmeli, taşınmaz malın başında yapabileceği ve yapması gereken işleri de bizzat kendisi yapmalıdır.

2- Soruşturma Memurunca Taşınmaz Başında Yapılacak İşlemler

3091 sayılı Kanunun 5. maddesi hükmü gereğince taşınmaz malın bulunduğu yerde⁴⁹ soruşturma yapmak zorunda olan soruşturma memurunun, soruşturma sonucu düzenleyip yetkili makama teslim edeceği ‘soruşturma fezlekesi’ nin sıhhatli bir hükme esas teşkil edebilmesi bazı zaruri bilgilerin tespit edilmesine ve hususta işlem yapılmasına bağlıdır. 3091 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 28. maddesi gereğince: “soruşturma memuru, taşınmaz malın bulunduğu yerde sırasıyla şikâyetçinin sonra mütecaviz olduğu iddia edilen kişi veya kişilerin daha sonra tarafların tanıklarının ve gerek gördüğünde doğrudan seçeceği bilirkişiler ile ilgisine göre Hazine, Özel idare ve Belediye temsilcilerinin, Köy ve Mahalle muhtarı ve İhtiyar kurulu üyelerinin ifadesini alarak” soruşturma fezlekesinde yer verilmek üzere aşağıda belirtilen hususların tespitine çalışacaktır:

1- Öncelikle ihtilaf konusu olan taşınmaz malın niteliği tespit edilmeli, sınırları belirlenmelidir. Zira bu hususun tespit edilmesi, taşınmaza yönelik bir tecavüz fiilinin vuku bulup bulmadığının tespiti ve sonuçta hukuka uygun bir kararın verilebilmesi bakımından önem arz etmektedir.

2- İhtilafı çözecek en önemli noktalardan birisi de, taşınmaz malı fiilen tasarruf eden zilyedin kim ve kimler olduğunun, ne zamandan beri ve ne suretle zilyet bulduklarının tespit edilmesidir. Bu tespitte özellikle taşınmaz mal üzerindeki zilyedin tasarruf şekli (ekmek, biçmek, oturmak şeklinde olabilir) araştırılmalı, gerçek zilyet her türlü delil vasıtasıyla meydana çıkarılmalıdır.

3- Tecavüz veya müdahalede bulunduğu iddia edilen mütecavizin kim olduğu, hüviyeti tespit edilmelidir. Tecavüzde bulunan hükmi şahıs ise bunun unvanı ile tecavüz fiilini gerçekleştiren organın da tespit edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, gerçek veya hükmi şahıs mütecavizi tayine yara-

⁴⁹ “ Taşınmazın bulunduğu yer haricinde örnek olarak, dairede soruşturma yapılması usulsüz olur ve böyle bir soruşturmaya dayanan karar iptal ettirilebilir ”. Ayan, s. 93.

yan tüm hususların araştırılıp incelenmesi soruşturmanın sonucu bakımından zaruridir.

4- Soruşturma esnasında yapılan tecavüz veya müdahalenin taşınmaz malın hangi kısmına yapıldığının tespiti de gereklidir. Yönetmeliğin 29. maddesine göre; 'soruşturma sırasında, soruşturma memuru veya görevlendirilmiş ise teknik eleman tarafından taşınmaz malın mevki, yönleri, sınırları ve tecavüz veya müdahale edilen kısmı, çizilecek basit bir kroki üzerinde gösterilir. Krokinin altında düzenlendiği tarih ile düzenleyenin kimliği ve imzası da bulunacaktır'. Taşınmaz mala yapılan tecavüz ve müdahalenin hangi kısma yapıldığı açık olarak tespit edilmelidir. Örnek olarak; tecavüz, tarlanın doğu sınırına paralel olacak şekilde 40 mt. eninde ve tahminen 100 mt. uzunluğunda ki tarlanın sınırı boyunca toplam: 4000 metrekaarelik bir alana tecavüz vaki olmuştur denilmelidir.

5- Taşınmaz mala mütecaviz veya mütecavizler tarafından ne şekilde ve ne zaman tecavüz veya müdahale edildiği tespit edilmeli, bu amaçla taşınmaz mal başında bulunanların ifadeleri alınmalıdır.

6- Başvuru sahibinin tecavüz ve müdahaleyi hangi tarihte öğrendiği yetkili makama başvuru müddeti bakımından önemli olduğundan alman ifadeler sonucunda kesin olarak tespit edilmelidir.

Yukarıda belirtilen sıhhatli bir soruşturma için tespiti gereken hususlar, soruşturma memurunun huzurunda orada bulunanlar tarafından ayrı ayrı verilen ifadeler yardımcı memur tarafından varsa daktilo ile ya da el yazısı ile yazılıp, bu ifade tutanağı kendilerine okunarak ifadenin kendilerine ait olduğu hususunda imzaları alınmalıdır. Soruşturma sırasında belirtilen hususların tespiti ve tarafların iddialarını ispat için gösterdikleri tapu senedi icar mukavelesi gibi taşınmazla ilgili her türlü belge soruşturma memurunca incelenmeli hukuka aykırı fiilin vuku bulup bulmadığı hususunda kanaat edinmeye çalışılmalıdır. Bu arada tecavüz veya müdahalede bulunulan taşınmaz bir konut (ev) ise, tapu ya da diğer kayıtları ile birlikte adresi de açık açık belirtilir. Ayrıca bu yerin ihtilafli yer olup olmadığı da soruşturulabilir. Bundan maksat yanlış bir soruşturma yapılmaması ve tecavüz ya da müdahalede bulunulan yerin açık açık belirlenmesidir⁵⁰.

50 Tezel, s. 86.

3- Bilirkişi ve Tanık İfadelerinin Alınması

3091 sayılı Kanun gereğince daha önceden taraflara yapılan tebligat gereğince, başvuru sahibi ve müteceviz ile bunların göstermiş oldukları tanıklar ayrıca soruşturmayı yapmakla görevli soruşturma memurunun, soruşturma için tayin edilen günde anlaşmazlık konusu taşınmaz malın başında hazır olarak bulunmaları zorunludur.

Taşınmaz malın bulunduğu yere gelen soruşturma memuru öncelikle burada bulunmaları kanunen zorunlu olan bu kişilerin mevcut olup olmadığını tespit ettikten sonra, 3091 sayılı Kanunun 6 ve yönetmeliğin 28 ve 30. maddeleri hükümlerine göre soruşturmaya başlayarak tarafların ifadesini alacaktır. Yönetmeliğin 28. maddesi ifadesi alınacak kişiler hakkında bir sıralama öngörmüştür. Bu madde hükmüne göre; soruşturma memuru sırasıyla, ilk önce şikayetçinin (başvuru sahibinin) müteakiben müteceviz olduğu iddia edilen kişi veya kişilerin daha sonra da tarafların göstermiş oldukları tanıkların⁵¹ ve müteakiben gerek gördüğü takdirde yine soruşturma memurunca seçilen bilirkişinin ifadesini alarak ilgisine göre Hazine, Özel İdare ve Belediye temsilcilerini, köy veya mahalle muhtarı ve ihtiyar kurulu üyelerini de bu sıra dahilinde kanaatini kuvvetlendirmek için dinleyebilecektir. Belirtilen hüküm gereğince soruşturma memurunun ifade alırken öngörülen sıraya uyması soruşturmanın sıhhati bakımından faydalıdır. Kanunkoyucu bu saikle, yönetmeliğin 28. maddesi hükmünde ifade alınmasındaki sırayı tespit etmiştir. Yönetmeliğin 30. maddesinde ise kanunun 6. maddesine nazaran daha ayrıntılı olarak ifade alınmasındaki usul ve esaslar düzenlemiş bulunmaktadır. Bu düzenleme uyarınca: tanık ifadeleri ve bilirkişinin görüşleri, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (yeni 5271 sayılı CMK.) nun hükümleri dairesinde yeminli olarak, başvuru sahibi ve mütecevizin ifadeleri ise yemin-siz olarak alınacaktır⁵². Dolayısıyla, soruşturma memuru kanunun 6. madde-

51 “Taraflar şahit ikame etmişlerse, evvela; müştekinin bilahare müteceviz sanılan şahsın şahitleri dinlenmelidir”. Artukmaç, s. 125.

52 3091 sayılı Kanun tasarısının TBMM. de görüşülmesi sırasında bir grup milletvekilince kanunun 6.maddesinin değiştirilmesi önergesi verilmiş ve bu önerge mecliste kabul edilerek 6. madde son şeklini almıştır. Verilen önergenin gerekçesinde; “Soruşturma memurunun yaptığı inceleme sonunda düzenlenen evrak, zilyetliğin el değiştirmesi gibi önemli bir sonuç doğuracağından böyle bir karara dayanak olacak ifadelerin daha sağlıklı alınmasını temin bakımından yemin verdirilmesi esası getirilmiştir. Ancak yemin, CMUK. (yeni CMK) da ki hükümler dikkate alınarak verilecektir. Diğer bir ifade ile yakın akrabalık nedeniyle yemin vermekten çekinme hakkı olanlara, yaş küçüklüğü ve diğer sebeplerle yemin-siz dinlenecekler ve yeminin şekline ilişkin hükümlere uyulacaktır ” denilmek-

sinde belirtilen kişileri (tanık ve bilirkişileri) kanaatini kuvvetlendirmek için yemin verdirerek dinleyebilecektir⁵³. Bilirkişiye gerek olup olmadığına soruşturmacının kendisi karar verir. Taraf ve tanık ifadesiyle tatmin olmayan soruşturmacı bilirkişiye başvurabilir. Ancak, soruşturmacı kendisinin bilemeyeceği, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurabilir. Soruşturmacı, kendi yorum ve görüşüyle çözebileceği hususlarda bilirkişiye başvuramaz. Bilirkişilik, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için herkesin bilirkişi olması beklenemeyeceği gibi, herkes de bilirkişiliğe zorlanamaz. Tanıklıkta olduğu gibi, bilirkişilerin de yalan ve hakikati inkâr beyanları, gerçeği gizlemesi cezai sorumluluğunu gerektirir⁵⁴.

Soruşturma memuru; tanıkların ifadelerini alırken, bu kişilerin birbirlerinin ifadelerinden etkilenmelerini önlemek için 5271 sayılı yeni CMK.'nın 52. maddesine göre ayrı ayrı dinlemelidir. Tanığın birisi dinlenirken, diğer tanıklar ve bilirkişi, ifadesi alınan tanığı duymayacak şekilde taşınmaz malın başından uzaklaştırılmalıdır. Yine aynı kanunun 54. maddesi gereğince tanıklar, tanıklıktan önce ayrı ayrı yemin ederler. 55. madde hükmü gereğince de tanığa verilecek yemin tanıklıktan önce ise, '*bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim*' şeklinde, tanık dinlendikten sonra yemin verdirilecekse, '*bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim*' şeklinde yemin ettirilmelidir.

Kural olarak tanıklıktan çekinmek ve yemin verdirilememesi⁵⁵ mümkündür. Ancak, 3091 sayılı Kanunun 6. maddesi gereğince tanık ifadeleri yeminle teyit ettirilecektir⁵⁶. Yönetmelikte ifade edilmemesine rağmen, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ki düzenleme paralelinde, soruşturma memuru-

tedir. TBMM. TD. C.8, Ankara 1985, s. 672. ; Kunter Nurullah / Yenisey Ferudun / Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006, s. 595 vd.,

53 Tanıklık, bilirkişilik ve yemin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Çuhadar, s. 58 vd.; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 872 vd.; Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s. 594 vd., 612 vd.

54 Çuhadar, s. 59.

55 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., Çuhadar, s. 59 vd. ; CMK.m. 45, 50 ; Yılmaz, Zekeriya, Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2005, s. 230 - 236, 241 vd.

56 Tanıklıktan ve yemin etmekten haklı bir sebebe dayanılmaksızın kaçınılması halinde, bu kişiler hakkında CMK. 60. maddesi hükmü uygulanmak üzere, bu durum tutanakla tespit edilerek yetkili Cumhuriyet savcılığına gönderilecektir.

nun tanık ya da bilirkişiye yemin ettirmeden önce görevinin ehemmiyetini⁵⁷ ve yalan yere tanıklık⁵⁸ etmenin cezaî müeyyidesini⁵⁹ ifadesi alınan kişilere hatırlatma da bulunması, yemin müessesesi ile ulaşılmak istenen amacın elde edilmesine önemli bir fayda sağlayacağı kanaatindeyim.

Soruşturma memuru taşınmaz başına geldiğinde tanıkların da soruşturma yerinde hazır bulunup bulunmadıklarını özellikle araştırıp tespit etmesi zarıdır. Zira yönetmeliğin 31. maddesine göre, soruşturma öncesinde taraflara tanık ve diğer delilleriyle birlikte soruşturmanın yapılacağı yerde hazır bulunmaları hususu tebliğ edilmiş olduğundan, bu bildirimle rağmen ilgililer soruşturma tarihinde tanıkların taşınmaz malın başında bulundurmadıkları takdirde, bunların sonradan dinletilmeleri hususundaki istek ve iddiaları kabul edilmeyecektir. Bu nedenle soruşturma memurunca hazır olan tanıklar tespit edilecek ve müteakiben ifade almaya başlamadan önce CMK. m. 57 - 58 uyarınca, tanığa tanıklığından evvel adı, soyadı, yaşı, ikametgahı vs. sorularak kimliğinin tespitinden sonra tarafları (sanık ve mağduru) tanıyıp tanımadıkları, herhangi bir yakınlıklarının bulunup bulunmadığı ve anlaşmazlık hakkında bilgileri olup olmadığı sorularak gerekli açıklamalarda bulunulacaktır. 3091 sayılı Kanunun amacının fiili zilyedi korumak olduğundan bahisle, soruşturmanın amacının da zilyedi belirlemek olduğu ve dolayısıyla mülkiyet, anlaşmazlıklarının bu soruşturmanın kapsamı dışında kaldığı hususu soruşturma memurunca açıklanacaktır. Bunun üzerine tarafların anlaşmazlık hakkında vermiş oldukları ifade yazılı olarak tutanağa geçirilerek ifade veren tanık ve soruşturma memurunca müştereken imzalanacaktır.

Tanıkların ifadelerinin alınmasını müteakip soruşturma memuru, anlaşmazlığın çözümü hususunda gerek görmesi halinde re'sen ve mahallinden

⁵⁷ Bkz., CMK. m. 53.

⁵⁸ TCK.' nun 272. maddesinde yer alan yalan tanıklığı suçu, adliye karşı işlenen suçlar içerisinde yer alan bir suçtur. Bu suç, niteliği ve sonucu bakımından, adliye idaresince tanık ve bilirkişi dinlemeye kanunen yetkili memur veya heyetçe delillerin doğru olarak toplanmasını tehlikeye koyan, öte yandan bu makamlar önünde gerçeği söyleme ödevini ihlal eden fiillerdir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 872 vd.

⁵⁹ Yalan tanıklık - yalan yere yemin ve cezai müeyyidelerini düzenleyen 5237 sayılı yeni TCK.' nun 272 - 275. maddeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. III., s. 425 vd. ; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 872 vd.; Özmen, s. 670 vd.; Meran, s. 1225 vd., 1232 vd.

kendi seçtiği tarafsız bilirkişilere CMK.m.64/5 gereğince; “görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim” şeklinde bir yemin verdirek, tecavüz ve müdahalenin oluş şekline ilişkin rapor vermesini isteyebilecektir. Bu husus soruşturma memurunun takdirinde olup, ancak soruşturma memurunun bilgisini aşan fenni ve teknik konularda mümkün olacaktır.

Soruşturma memuru tarafların tanıkların dinleyip ifadelerini almak zorunda olduğu halde, kanaatini kuvvetlendirmek bakımından gerek görmesi halinde ilgisine göre hazine, özel idare ve belediye temsilcilerini, köy muhtarı ve ihtiyar kurulu üyelerini de yemin verdirmek suretiyle dinleyebilecektir⁶⁰.

4- Tarafların Anlaşması Halinde Yapılacak İşlem

Kanunkoyucu, dosyanın işlemde kaldırılması neticesini doğuran yönetmeliğin 26. maddesinde öngörülen sebeplere ilaveten 32. madde hükmünde özel ve istisnai bir durum olarak ‘tarafların anlaşması’ halini düzenlemiştir⁶¹.

Yönetmeliğin 32. maddesi uyarınca, mahallinde soruşturmaya başlanılmasından karar verilmesi aşamasına kadar geçen zaman süreci içerisinde taraflar anlaşmazlığı sona erdirmek amacıyla aralarında anlaşabileceklerdir. Anlaşmanın gerçek kişiler arasında yapılması mümkün olabileceği gibi, gerçek kişi ile özel hukuk tüzel kişileri arasında da yapılması mümkündür. Böyle bir durumda soruşturma memuru tarafından, tarafların anlaşmalarına dair ifadelerinin bulunduğu bir ‘anlaşma tutanağı’ tanzim edilecektir.

⁶⁰ “Soruşturma memurunun tarafların şahitlerini dinlemesi zorunludur. Diğer şahısları gerek gördüğü takdirde dinleyecektir. Bundan çıkan sonuç; tanık ifadelerine göre olay aydınlanmışsa diğer şahısları dinlemeyebilecektir”. Turgut Mustafa, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin önlenmesi hakkındaki 3091 Sayılı Kanun Üzerine Bir İnceleme, AD. 1985 / 5, s. 135.

⁶¹ Bunu usul hukukundaki sulh’e benzetmek mümkündür Usul hukukumuzdaki sulh, tarafların uyuşmazlığı onların anlaşması ile çözmeye yarar. Bu nedenle, sulh, uyuşmazlığı daha çabuk, ucuz ve basit bir şekilde sona erdirmeye hizmet eder. HUMK.m.213’ e göre, hâkim davanın her aşmasında tarafları sulh’ e teşvik edebilir. Bu hüküm kıyas yoluyla uygulandığında, soruşturmacının tarafları her zaman anlaşmaya teşvik etmesi mümkündür. Çünkü 3091 sayılı Kanun açısından tarafların anlaşması ile HUMK. m. 213’ de yer alan sulh’ e teşvikin amacı aynıdır. Çuhadar, s. 55, dn. 36.

Tutanakta anlaşmanın hangi şekilde ve şartlarda yapıldığı belirtilmeyecek⁶², tanzim edilen tutanak, tanzim eden memur ve taraflarca imzalanacak⁶³ ve müteakiben de anlaşma tutanağı başvuru dosyasına bağlanarak idari makamlarca herhangi bir karar verilmeden: ‘dosyanın işlemde kaldırılması uygundur’ şeklinde ki bir onay ile dosya işlemde kaldırılarak diğer işlemlerin yapılması için ‘İdare Kurulu’ kalemine gönderilecektir. Ancak bu arada yapılan inceleme sonucunda, önceden başvuru sahibince maliye veznesine yatırılıp da sarf edilmemiş olan paralar varsa bu paranın başvuru sahibine iade edilmesi için mal müdürlüğü ya da defterdarlık veznedarlığına yazılı bir talimat verilecektir.

Bununla birlikte yönetmeliğin 32. maddesinin son fıkrasında, bu türden bir anlaşmanın hiç bir şekilde; kamu idareleri, kamu kuruluşları ile köye ait taşınmaz mallara şahıslarca yapılan tecavüz veya müdahalelerde söz konusu olamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu tür bir anlaşmazlıkta kamunun üstün menfaati ağır bastığından dolayı anlaşma yapılamayacaktır. Böyle bir anlaşma yapılmış olsa dahi sonuçta bu anlaşma geçerli olmayacak, soruşturma memuru ile karar makamını bağlamayacak ve soruşturma devam edecektir. Bu açıklamaların neticesi olarak, kanaatimizce tecavüz veya müdahalenin kamu idareleri, kurum ve kuruluşları ile köye ait taşınmaz mallara yönelik olmasında taraflar arasında anlaşma yapılmasının yasaklanmış olması, aynı zamanda taraf olabilecek bu tür idarelerin başvurudan vazgeçememeleri sonucunu da doğurmaktadır. Zira bu idarelerin taraf olduğu anlaşmazlıklarda başvurudan vazgeçebilme imkânının tanınması beraberinde başvurunun sui-istimal edilebilmesi tehlikesini de doğurabilecektir.

Tarafların anlaşması hususunda incelenmesi gereken bir hususta şu olabilir: Yetkili makamca kararın verilmesinden önce taraflar karşılıklı itimada dayalı olarak anlaşma yapmış ve sonuçta dosya işlemde kaldırıldıktan sonra yine aynı taraflarca, aynı konuda tekrar ihtilafa düşmeleri durumunda müracaat edilirse bu başvuru üzerine idarece ne gibi bir işlem yapılacaktır? Tekrar

62 Anlaşmanın kayıtsız, koşulsuz olması gerekmektedir. Açıklık ve kesinlik bulunmalıdır; Malkoç, s. 654. Kanaatimizce anlaşma taraflar arasında kayıtsız ve koşulsuz yapılabileceği gibi, bazı kayıt ve koşullara da tabi tutulabilir. Ancak, bu kayıt ve koşullara anlaşma tutanağında yer verilemeyeceği için, bu kayıt ve koşullar taraflar arasında bağlayıcılığı olmayan bir taahhüt niteliğinde kalacaktır.

63 Anlaşma tutanağının altının kanun ve yönetmelikte açıklayıcı bir hüküm olmamasına rağmen, altının taraflar ve soruşturma memurunca imzalanması gerektiği kanaatindeyiz?. Esasen tatbikat da bu yoldadır. Kurt, s. 20.

yeni bir soruşturma yapılması halinde başvuruda bulunma süresi için kıstas ne olacaktır? Bu konuda Sinop Valiliğince tereddüde düşülmüş ve İçişleri Bakanlığında konuyla ilgili görüş istenmiştir. İçişleri Bakanlığı 30.12.1986 tarihinde bu ihtilafı şu şekilde çözümlenmiştir; “Bu şekilde (yönetmeliğin 32. maddesine göre) yapılan anlaşmayla dosyanın işlemde kaldırılması halinde fiiliyatta şikâyetçi olan kişinin yapılan anlaşmaya güvenerek şikâyetini geri alması şeklinde bir sonuç doğmakta olup, bu sonuç kanunla belirlenen ve anlaşmaya esas olan müracaat sırasında, şikâyetçi tarafından yazılı olarak bildirilen ve dosyaya giren 60 günlük ve bir yıllık süreleri başlatan tarihin değişmiş olacağını kabule cevaz vermez. İlk müracaatta, müteceviz olduğu iddia edilen kişinin 60 günlük ve bir yıllık süreleri geçirdikten sonra anlaşmaya uymaması halinde, şikâyetinden vazgeçen kişinin zamanaşımı nedeniyle doğacak sonuca katlanması ve anlaşmanın ihlali ile ilgili olarak normal hukuk yoluna başvurması gerekmektedir”⁶⁴ denilmek suretiyle bu tür bir ihtilaf halinde nasıl bir yol izleneceği hususunda kanun ve yönetmelikte hüküm bulunmamasından kaynaklanan bu boşluk giderilmiştir.

5- Soruşturma Evrakı İle Fezlekenin Yetkili Makama Teslimi

Soruşturma memuru yönetmeliğin 28 ve 29. maddelerinde belirtilen hususları tespit edip soruşturmayı bitirdikten sonra yine yönetmeliğin 33. maddesi hükmüne göre soruşturma evrakındaki bilgiler ile şikâyetçi, müteceviz ve tanık ifadelerinin, ayrıca soruşturma memurunca bilirkişi dinlenmiş ise bilirkişinin görüşlerinin özetlerinin de bulunduğu bir fezleke düzenleyecektir. Fezleke, soruşturma evrakındaki bilgilere şikâyetçi, müteceviz ve tanık ifadelerine ve bilirkişinin görüşlerine özet olarak yer verilerek, soruşturma memurunca, verilen ifadeler ve diğer deliller değerlendirilip, durumun tartışması yapılarak sonunda yetkili makamca verilecek karara esas teşkil etmek üzere kendi görüşünü belirtecektir.

Fezleke bu şekilde, tamamlandıktan sonra soruşturma evrakı ile birlikte bir üst yazıyla en kısa zamanda valilik veya kaymakamlığa soruşturmayı yapan memur tarafından teslim edilecektir. Yönetmelikte fezlekenin soruşturma memurunca yetkili makama teslimi için kesin bir süre öngörülmeyp, ‘en kısa zamanda’ ifadesinin kullanılması kanunun amacı yönünden pek yerinde bir ifade olmadığı kanaatindeyiz. Zira kanunun amacının yetkili

⁶⁴ İçişleri Bakanlığının (İller İdaresi Gn. Müd.), 30. 12. 1986 gün ve 430. 318. 1 / 7615 sayılı genelgesi.

makamlarca anlaşmazlığın en kısa ve en basit şekilde çözümlenmesi olduğu göz önüne alındığında soruşturma evrakının teslimi için de belirli ve azami bir sürenin tespit edilip, yönetmelikte yer verilmesi daha uygun olurdu. Çünkü böyle bir düzenleme sonucunda, soruşturma memurunun evrak ve fezlekenin teslimi hususunda gösterebileceği herhangi bir kastı veya ihmali önlenilecek, yetkili makamca daha seri bir şekilde karar verilmesi imkânı sağlanacaktır.

Yukarı da açıklanan gerekçeler doğrultusunda, evrakın teslimi süresi, 'en kısa zamanda' ifadesi ile soruşturma memurunun takdir ve keyfiyetine bırakılmamalıdır. Bu hususta azami bir süre tespit edilerek, örneğin; evrak ve fezlekenin soruşturmanın bittiği tarihten itibaren, 1 ya da 2 gün gibi belli ve kesin bir zaman süreci içinde yetkili makama teslimi zorunluluğu getirilmeli ve bu yükümlülük de, genel sorumluluk ilkeleri yanında, caydırıcı nitelikteki ek - farklı bir müeyyideye ile desteklenmelidir⁶⁵. Elbette ki bu süre, yönetmeliğin 36. maddesinde öngörülen karar verme müddetinden yani 15 günün hitamından önce uygulanmalıdır.

SONUÇ

3091 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması yazılı dilekçe ile talep edilmesi halinde mümkündür⁶⁶. Ancak kanaatimizce şifahi başvuru üzerine

65 "Soruşturmacı ve infaz memuru, soruşturma yaparken ve kararın infazı esnasında, kanun, yönetmelik ve genelge hükümlerine aykırı hareket ettikleri takdirde, disiplin açısından devlet memurlarının disiplin hukukuna, görevleri sırasında konusu suç teşkil eden bir fiil işledikleri takdirde 4483 sayılı kanun hükümlerine tabidirler. Soruşturma ve infaz sırasında taraflardan herhangi birine maddi ve manevi bir zarar verdikleri takdirde bu, sorumluluk hukuku ilkelerine tabidir. İdarenin kusuru olması halinde de, zarar sorumluluk hukuku ilkelerine göre tazmin edilir (Anayasa m.129/V). Çuhadar, s. 77

66 3091 sayılı Kanunun uygulamasında temel ilke, müştekinin yazılı başvurusudur. Bununla birlikte yönetmeliğinin 19. maddesi uyarınca vali ve kaymakamlar, görev alanları içinde bulunan kamu idarelerine, kamu kurum ve kuruluşlarına ait veya bunlar tarafından idare olunan veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara tecavüz veya müdahalede bulunulduğunu öğrendiklerinde başvuruya gerek olmaksızın, soruşturmayı doğrudan doğruya yapmaya veya yaptırmaya ve sonucunu karara bağlamaya yetkileri bulunmaktadır. Keza 2836 sayılı Devlet İhale Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu ile diğer özel kanunlar, 3091 sayılı Kanuna göre özel durumdadırlar. Söz konusu kanunların kapsamında bulunan taşınmazlara tecavüz ve müdahalede bulunulması durumunda, vali veya kaymakam ilgililerin başvurusu üzerine ya da bizzat durumu öğrenmeleri halinde soruşturma yapıp tecavüz veya müdahaleyi önlemeye yetkili olup

de bu başvuru belgelendirilmek kaydıyla 3091 sayılı Kanun hükümleri uygulanabilmelidir. Suçları kovuşturmakla görevli savcılık makamına bir suç dolayısıyla başvurunun sözlü olarak yapılabildiği ve kâtip tarafından şikâyet tutanağı tanzim edilebildiği haller göz önüne alındığında bu uygulamanın 3091 sayılı Kanun bakımından da uygulanması düşünülebilir⁶⁷. Her ne kadar taşınmaz mal zilyetliğine yapılan ilk tecavüz ve müdahale fiilleri suç teşkil etmese de aynı taşınmaza yapılan ikinci tecavüz ceza hukuku anlamında şekli anlamda olsa da bir suç teşkil etmektedir⁶⁸. Dolayısıyla kanunun amacı göz önüne alındığında, taşınmaz mal zilyetliğinin korunmasına ilişkin yapılacak başvurular da kural olarak yazılı bir dilekçe aranmalı ancak istisnai durumlarda olsa da (örneğin, okuma - yazma bilmeyen bir şikâyetçinin - müştekinin başvurusunda olduğu gibi) şifahi başvurular da reddedilmeyip, gerekirse il veya ilçe idare kurulunda görevli bir memur marifetiyle bir şikâyet tutanağı tanzim edilmeli, şikâyet belgelendirilmeli ve bu kanun hükümleri uygulanabilmelidir⁶⁹.

onlar ayrıca zilyetlik ihlallerini kanunlara göre gereği yapılmak üzere yetkili kurumlara da bildirmek zorundadırlar.

- ⁶⁷ 5271 sayılı CMK.'nın suçların ihbarı başlığını taşıyan 158. maddesine göre; "Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikilmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam olunur". Suçların ihbar şekli hakkında ayrıntılı bilgi ile bu husustaki Yargıtay / Ceza Genel Kurulu kararları için bkz., Yılmaz, s. 552 vd.; Çolak Haluk, Güncel Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 933; Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s. 671 vd.
- ⁶⁸ Buradaki suç idari karara karşı gelmekten doğduğu için, failin üstün (tercihe şayan) bir hakkının bulunması önem taşımaz. Failin mülkiyet hakkının idarenin men kararından önceki bir tarihte mahkeme hükmüyle tespit edildiği hallerde suç oluşmaz. 3091 sayılı Yasaya aykırı olarak ikinci tecavüzün yaptırıma bağlandığı 15. maddesindeki suç, şekli bir suçtur. Bu nedenle, idarece verilen birinci men kararının yerine getirilmesinden sonra ikinci kez tecavüz edilirse, taşınmazla ilgili olarak dava açılmış olsa bile suç oluşmuş olur. Ayan, s. 97 - 98, bkz., dn. 320 - 323.
- ⁶⁹ " Kanun başvurunun yazılı olması zorunluluğunu getirmemiştir. Kanaatimizce sözlü başvuru üzerine valilik veya kaymakamlık başvuruda bulunanın sözlü başvurusu tutanağa geçmek suretiyle işlem yapabilecektir. Bu düşüncemizi... Kanunun 3' ncü maddesinin son fıkrası dahi pekiştirmektedir ". Kocalar Salih, 3091 Sayılı Kanun Üzerinde İnceleme, AD. 1986/2, s. 74 -75. Yüksel'e göre de, her ne kadar 3091 sayılı kanun bakımından başvurunun şifahi yapılması mümkün değilse de, ülkemizin sosyal ve kültürel yapısı ge-

3091 sayılı Kanun gereğince, başvurusu durumunda, vali veya yetkili vali yardımcısı ya da kaymakam soruşturmayı bizzat yapabileceği gibi, uygulamada çoğunlukla görüldüğü üzere bu makamlar, il ve ilçe kurullarında görevli devlet memurlarından bir veya işin mahiyetine göre bir kaçını görevlendirmekte ve soruşturmayı görevlendirilen memurlar vasıtasıyla yapmaktadırlar. Ancak görevlendirilen bu kişilerin hukuk ve teknik konulardaki bilgileri genellikle sınırlı olmaktadır.

Soruşturmacıya, yardımcı teknik ve fenni elemanlarca yerine getirilebilecek hizmetlerin ifası, başvurunun süratle ve sağlıklı bir biçimde neticelenmesi için yardımcı elemanlar da verilmektedir. Gerek soruşturma ile görevlendirilen memurun gerekse soruşturma safhasında faydalanılacak yardımcı elemanların branşlarında uzmanlaşmış kişilerden oluşması, soruşturmanın sıhhatli bir şekilde icra edilmesi ve kanunun amacına ulaşılabilmesi yönünden elzemdir.

3091 sayılı Kanun, taşınmaz mal üzerindeki hak uyuşmazlıklarını çözmeyi amaçlamamakta ise de, verilecek olan kararların yetersiz kişilerin soruşturmasına dayalı olarak verilmesi, bu kanunla ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmesine engel olacaktır. Bu sebeple de, soruşturma yapmak ve soruşturma aşamasını yönetmekle görevlendirilen soruşturma memurunun, söz konusu soruşturmayı, uzman kişilerle birlikte yapması amaca uygun bir soruşturma için gereklidir. Zira soruşturma memurunca, soruşturma neticesinde hazırlanıp yetkili idari makama sunulacak olan dosya ve fezleke, yetkili idari makamın vereceği kararın temelini oluşturacaktır. Doğaldır ki, sağlıklı bir soruşturma da, sağlıklı, adil ve hukuka uygun bir kararın verilmesine vesile olacaktır.

Soruşturmanın konusu; tecavüz veya müdahale fiiliyle taşınmaz mal zilyetliğinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine ilişkindir. Bu hususun tespiti de doğal olarak asgari düzeyde de olsa hukuki ve teknik bir bilgiyi gerektirmektedir⁷⁰. Bu gerekçeyle, biri, asgari seviyede hukuk tahsili görmüş Adalet

reği başvurunun beyan zaptı tutturmak suretiyle de olabileceği kabul edilmelidir. Bkz., Yüksel Müfit, *Gayrimenkule Tecavüzün Def'i Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme*, ABD. Y.31, S.2, s. 239 vd.

⁷⁰ 3091 sayılı Kanunda bilirkişiden açıkça söz edilmemiştir. Buna karşılık, söz konusu Kanunun 6. maddesinde, soruşturma memurunun gerekli gördüğü takdirde tarafsız kişileri ve ilgisine göre Hazine, özel idare ve belediye temsilcilerini, köy muhtar ve ihtiyar kurulu üyelerini de dinleyebileceği hükmüne yer vermiştir. Bu hükümden hareketle, söz konusu kişiler bilirkişi olarak nitelendirilebilirler. Buna karşılık uygulama yönetmeliği-

Meslek Yüksek Okulu mezunu diğeri de, Tapu ve Kadastro alanında eğitim görmüş Tapu ve Kadastro Meslek Yüksek Okulu mezunu olmak üzere en az iki kişinin daimi olarak il ve ilçe idare kurulu bünyesinde soruşturmacı sıfatıyla istihdam edilmesi gerekir. Bu uygulamanın, ihtilafların süratle ve amacına uygun bir tarzda çözümü açısından fayda sağlayacağı kanaatindeyiz.

Uygulama yönetmeliğinin 62. maddesinde öngörülen yıllık hizmet içi eğitim programları, özellikle il ve ilçelerde soruşturma ve infaz yapmakla görevlendirilen personelle ilgili olarak daha verimli bir şekilde yapılmalı bu hususta verilecek olan panel, kurs ve seminerlerin sayısı arttırılmalıdır. 3091 sayılı Kanununun gerekçesinde, soruşturma ve infazın hukuk nosyonu almamış kişilerce yürütülmesinin zorluğuna işaret edilmiş ve bu eksikliğin hizmet içi eğitim ile kapatılabileceği ifade edilmiştir. Hizmet içi eğitimler ve bu hususta verilecek seminerler soruşturma ve infazla görevlendirilen memurlar kadar karar merciindeki kişileri de kapsamalıdır.

nin 30. maddesinde kanundan farklı olarak bilirkişiden açıkça söz edilmiştir. Bilirkişiyeye gerek olup olmadığına soruşturmacı karar verir. Taraf ve tanık ifadesiyle tatmin olmayan soruşturmacı bilirkişiyeye başvurabilir. Ancak, soruşturmacı kendisinin bilemeyeceği, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda bilirkişiyeye başvurabilir. Bkz., Çuhadar, s.59.

ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU ÇERÇEVESİNDE ÜRETİCİNİN ÜRÜN GÖZLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Dr.Özcan GÜNERGÖK**

GİRİŞ

Bu çalışmamızda ihlali halinde üreticinin sorumluluğunu doğuran ürün gözleme yükümlülüğü incelenecektir.

Teknolojik gelişmeler, ürün çeşitliliğinin olağanüstü artması vs. hususlar nazara alındığında yaşamımızı kolaylaştıran bu ürünlerin aslında her geçen gün daha çok tehlikelerle karşı karşıya kalmamıza yol açtığı kendiliğinden anlaşılacaktır. Piyasaya sürülen ürünlerin kullanıcıların can ve mal güvenliğine zarar vermemesi için ya da zarar vukuunda bu zararların tekrarının önlenmesi için bu ürünlerin mercek altına alınması, gözlem altında tutulması gerekmektedir.

Bu çalışmamızın başında ürün gözleme yükümlülüğünden önce, genel olarak üreticinin sorumluluğu ve bu sorumluluğu doğuran hata hallerine değinilecektir. Daha sonra ürün gözleme yükümlülüğünün yasal dayanakları, koşulları ve kapsamı inceleme konusu yapılacaktır. Bu bağlamda ürün gözleme yükümlülüğünün ne olduğu, kimlerin ürün gözlemekle yükümlü oldukları, bu yükümlülüğün başlangıcı ve ne kadar süre ile bu yükümlülüğün devam ettiği, bu yükümlülüğün ürün maddesi bakımından konusu ve kapsamı ele alınacaktır. Ardından ürün gözleme yükümlülüğünün ihlalinin sonuçlarına değinilecek ve nihai olarak son kısımda bu çalışmamızda varılan sonuçlara kısaca yer verilecektir.

* İstanbul Barosu Avukatı.

I. Genel Olarak Üreticinin Sorumluluğu Kavramı ve Üreticinin Sorumluluğunu Doğuran Hata Türleri

1- Üreticinin Sorumluluğu

Bir ürün üretip piyasaya sunan üreticinin bu üründeki bir hata sebebiyle vukua gelen, kişilerin vücut bütünlüğüne ve bu ürünün dışındaki mallara ilişkin zararlardan sorumlu tutulmaları uzun yıllar alan bir süreç sonrası genel kabul görmüş bir hukuksal olgudur.

Modern yaşamda gelişen teknoloji ile ürün çeşitliliği olağanüstü artmıştır. Her geçen gün piyasaya sürülen yeni ürünlerle bir yandan yaşamımız biraz daha kolaylaşırken, diğer yandan yeni risklerle karşı karşıya kalmaktayız. Örneğin GSM sektöründeki gelişmeler sayesinde iletişim daha kolay hale gelmiştir. Ancak daha sonra bu teknolojinin beraberinde getirdiği olumsuzluklar da kendini göstermeye başlamıştır. Baz istasyonlarının insan sağlığına olumsuz etkileri tartışması bir yana, cep telefonu patlaması hadiseleri ile de karşı karşıya kalınmıştır. İnsanların bir yerden bir başka yere naklini kolaylaştıran araçların daha sonra insanların can güvenliğini tehdit eden riskleri olduğu ortaya çıkabilmektedir. Yolcu otobüsünün yapısal bir hatadan dolayı yanarak yolcularının ölümüne neden olması buna örnek teşkil eder¹.

Üreticinin sorumluluğu kavramı ile kastedilen şey, ayıplı bir ürün nedeniyle tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatın tüketiciciye tanıdığı seçimlik haklardan farklı bir olgudur. Ayıplı mal² nedeniyle tüketiciciye tanınan seçim-

1 Bu konuda örnekler için bkz. ÖZTAN, Bilge, İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 7 vd.; HAVUTÇU, Ayşe, "Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu", Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2005, s. 17; ATABEK, Reşat, İmalatçının Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, BATİDER, Haziran 1979; Cilt X, Sayı: 1, s. 160-161.

2 "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar ayıplı mal olarak kabul edilir" (TKHK.m.4/f. 1). Borçlar Kanunu anlamında ayıp sözleşmeye konu şeyin değerini ya da sözleşme gereğince ondan beklenen faydaları azaltan yahut ortadan kaldıran eksikliklerin bulunmasıdır (BK.m.194). Borçlar Kanununda düzenlenen satım sözleşmesi adeta tüm sözleşmeler için genel kural değerindedir (YAVUZ, Cevdet, Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 512). TKHK.m.4'te düzenlenen ayıp kavramı BK.m.194 hükmü ile örtüşecek şekilde daha detaylı olarak düzenlenmiştir (YAVUZ, Cevdet, Tüke-

lik haklar³ hatalı ürünün neden olduğu, vücut bütünlüğüne ya da mala gelen zararlara ilişkin olmayıp, bu seçimlik haklar sözleşmeler hukuku çerçevesinde ayıplı teslim nedeniyle edimler arasında bozulan dengenin tekrar tesisi amacına yöneliktir⁴. Üreticinin sorumluluğu kavramı ile kastedilen ise, ürünün yeterince güvenli olmaması nedeniyle, sözleşmenin tarafı olan tüketicinin ya da sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişinin vücut bütünlüğünün ya da -zarara neden olan ürün dışında- bir malının zarara uğramasıdır⁵.

2- Üreticinin Sorumluluğunu Doğuran Hata Türleri

Üreticinin sorumluluğunu doğuran hatalara bakıldığında geleneksel olarak dört hata türünün mevcut olduğu görülmektedir. Fabrikasyon hatalar (Fabrikationsfehler), yapım-bileşim hataları (Konstruktionsfehler), ürünün kullanımına ilişkin uyarı hataları (Instruktionsfehler) ve gelişim hataları (Entwicklungsfehler) üreticinin sorumlu olduğu hata türleri olarak gösterilmektedir⁶. Bunlara ilaveten ürün gözleme hatasından da (Produktbeobachtungsfehler) bahsedilmelidir⁷.

Üretim sürecinin işleyişinde ortaya çıkan bir sapma nedeniyle seri halde üretilen mallardan bazılarının hatalı çıkması durumunda fabrikasyon hatadan

ticinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK.m.4), Prof.Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1296).

3 Bu seçimlik haklar bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarımdan ibarettir (TKHK.m.4/f. 2).

4 HAVUTÇU, s. 33–34.

5 TKHK.m.4/f. 2, c. son'daki "(...) Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir" ibaresi ile bu husus düzenlenmiştir. Aslında birbirinden farklı olan ayıba karşı tekeffül ve üreticinin sorumluluğunun gerek aynı madde içerisinde, gerekse tüketici işlemi dışında da söz konusu olabilmesine rağmen üreticinin sorumluluğunun 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiş olması isabetli olmamıştır.

Kanunun "kullanımda olan diğer mallarda zarara neden olan" ibaresinden sadece kullanımdaki mallara gelen zararlardan dolayı sorumluluk getirildiği anlaşılmaktadır.

6 Üreticinin sorumluluğunu doğuran hata ayırımları için bkz. ÖZTAN, s. 121; ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu, BATİDER, Haziran 1979, C. X, Sayı: 1, s. 108, 109; KAPLAN, İbrahim, Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu, Adalet Dergisi, 1977, Sayı: 1–2, s. 83–85.

7 HAVUTÇU, s. 28.

bahsedilir. Üretim kaçakları bu kapsamda değerlendirilir⁸. Ürünün planlama, tasarlama veya yapımında üretildiği zamandaki bilimsel ve teknik verilere riayet edilmemesi nedeniyle hatalı üretilmesi durumunda yapım-bileşim hatalarından bahsedilir. Böylesi bir hata durumunda yapılan seri üretimde bir seri bütünüyle hatalı çıkmaktadır⁹. Bilim ve tekniğin gereklerine uygun bir üretim yapılmış olmasına rağmen, bu ürünün kullanımına bağlı olarak, potansiyel kullanıcı çevresi tarafından bilinmeyen ya da yeterli uyarıda bulunulmaksızın fark edilmesi mümkün olmayan riskler konusunda üretici tarafından açıklama yapılmamasından kaynaklanan hatalar uyarma hatası olarak görülür¹⁰. Bir ürünün üretimi aşamasında bilim ve tekniğin verilerine uygun davranılmış olmasına ve piyasaya sürülmeden önce gerekli testler yapılmış ve bu testlerde risklere rastlanmamış olmasına rağmen, zamanla bilimsel ve teknolojik gelişmeler sonucu ürünün belirli riskler taşıdığı anlaşıldığı takdirde gelişim hatasından söz edilir¹¹. Geleneksel anlamdaki üretici hatalarına bir de ürünü gözleme hatası eklenmektedir ki bu husus aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

Yukarıdaki geleneksel ayırımın dışında, üreticinin sorumluluğunun tespiti hata ölçütü olarak, ürünün güvenli olup olmadığına da bakılmaktadır. Ürünün olması gereken durumda olmaması, onun güvenli olmaması şeklinde algılanmasına yol açar. Bu ölçüt objektif bir ölçüt olup, burada değerlendirme yapılırken orta vasıflara sahip kullanıcı çevresinin üründen beklemeye haklı olduğu güvenliğin mevcut olup olmadığına bakılır¹².

8 HAVUTÇU, s. 29.

9 HAVUTÇU, s. 29-30. Yapım-bileşim hatasında, yapısal tasarımın daha başta kaçınılmaz zarar verici hataları önleyecek tarzda gerçekleştirilmemiş olması söz konusudur (RUESSMANN, Ausservertragliches Haftungsrecht, s.273 -<http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr2006/download/haftungsrecht.htm>-).

10 HAVUTÇU, s. 30. Sanayi ürünlerinden kaynaklanan zararların bir çoğu, üretici tarafından ürünün özellikleri hakkında yeterince bilgi verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Aslında hatasız olan bir ürün, sadece üreticisinin bildiği kullanıcı tarafından bilinmeyen tehlikeler içerebilir. Üretici bu tehlikeler hakkında kullanıcıları uyarmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihmal halinde doğan zararlardan üretici sorumludur (ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitabevi 2006, s. 218).

11 HAVUTÇU, s. 30.

12 HAVUTÇU, s. 31. Ürünün güvenli olup olmadığı, onun piyasaya sürüldüğü zaman mevcut bulunan bilim ve tekniğin gereklerine göre değerlendirilerek belirlenir. Piyasaya sürüldüğü anda objektif olarak hatalı görülemeyen üründen dolayı üretici sırf bu sebeple sorumlu olmaz. 1950'li yılların Porsche model aracı günümüzün standartlarına göre gü-

II. Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü

1- Genel Olarak

Üreticinin özen yükümlülüğü sadece üretim aşaması ile sınırlı olmayıp, bu özen yükümlülüğü ürünün piyasaya sürülmesi ile sona ermez¹³.

Günümüz anlayışında üreticinin haksız fiile ilişkin olarak müşterilerini zarar görmekten koruması yükümlülüğünün, malı piyasaya sürdüğü anda sona ermeyeceği hususunda uzlaşma hâkimdir¹⁴.

Bir ürünü piyasaya çıkaran üretici, ürünün üretildiği zaman ulaşılmış bulunan bilim ve tekniğin verilerine uygun olarak üretimin gerçekleştirildiğini ve bu suretle kendisine düşen her türlü yükümlülüğü yerine getirdiğini düşünerek ürün üzerinden –deyim yerinde ise- el çekemez. Ürün piyasaya sürüldükten ve müşteriler tarafından kullanılmaya başlandıktan sonra bu ürünün güvenliği ile ilgili olarak çeşitli sorunlar çıkabilir. Bu nedenle piyasaya sürülen ürünün -en azından belirli bir süre için- takip altında tutulması, gözlemlenmesi gerekmektedir. Ürün gözlemlendiği sürece ürünün sebep olduğu güvenlik riskleri iyi bir şekilde analiz edilebilecek ve bu risklerin bertaraf edilmesi için gerekli tedbirler alınabilecektir. Üreticiye bu tarz bir yükümlülük getirilmesi için doğasına da uygundur. Üretici nasıl ki bir ürünü piyasaya sürerek kazanç elde etmektedir, o halde o ürünün ortaya çıkardığı tehlikeleri de bertaraf etmek için gerekli çabayı göstermek ona düşmelidir¹⁵. Üreticinin, ürünün piyasaya sürülmesinden sonra, ürünle ilgisini kesmeyip onu izlemesi

vensiz olarak görülebilir. Ancak hukuksal anlamda hatalı olarak görülemez (LENZE, Stefan, German Product Liability Law, in FAIRGRIEVE, Duncan, Product Liability in Comparative Perspective, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo 2005, s. 117).

¹³ LENZE, s. 117.

¹⁴ TAMME, Andreas, Rückruf Kosten Haftung und Versicherung, Hamburger Reihe, Reihe A Rechtswissenschaft, Verlag Versicherungswirtschaft, Hamburg 1996, s. 38–39; BGH, NJW 81, 1606 (1607 f.).

¹⁵ Üretici yaptığı tüm kontrollere rağmen ürettiği ürünün hatalı olduğunu ancak bu ürün piyasaya sürülüp kullanılmaya başlandıktan sonra anlaşılacağını nazara alıp, ürünü belirli bir zaman aralığında gözlemek zorundadır (WEISSBERG, Michael, Produktaeftpflicht und Versicherungen in der Schweiz, Gnaag's Druck-Egge, Bern 1992, s. 5).

“ürün gözleme yükümlülüğü” (Produktbeobachtungspflicht) olarak nitelendirilmektedir.

Üretici gerek kendi araştırmaları gerekse öğreti ve kongre vs. gibi mesleki organizasyonlar ile ulaşılan teknik ve bilimsel yenilikleri almak ve piyasaya sürdüğü ürünler daima güncel duruma uygun olacak şekilde, bu yenilikleri güncel üretim sürecinde göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. Üreticinin bu yükümlülüğüne “aktif ürün gözleme yükümlülüğü” denmektedir. Rekabet halinde bulunan ürünlerin güvenlik standartlarının gözlemlenmesi söz konusu olduğu ölçüde, “piyasanın gözlemlenmesi”nden bahsedilir¹⁶.

Üreticinin piyasaya hali hazırda sürdüğü ürünleri izlemesi, gerekli hallerde tehlikenin bertaraf edilmesi için lüzumlu tedbirleri alması “pasif ürün gözleme yükümlülüğü” (passive Produktbeobachtungspflicht) olarak değerlendirilmektedir¹⁷. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bağlamında müşterilerden gelen şikâyetler ürünün güvenlik açıklarının tespiti bakımından büyük önemi haizdir. Üretici, uygun birimler oluşturup kendisine gelen müşteri şikâyetlerini incelemelidir¹⁸. Üretici sadece kurmuş olduğu birimler vasıtasıyla müşterilerinden gelen şikâyetleri değerlendirmek suretiyle ürün gözleme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürüp kendisini sorumluluktan kurtaramaz. Bu birimler vasıtasıyla haberdar olunan şikâyetlerin değerlendirilmesi sonucunda ulaşılan sonuçların üretim sürecine yansıtılması gerekmektedir¹⁹.

Ürün gözleme yükümlülüğü ile üretim süreci dışında da ürünün piyasaya sürülmesinden sonra, ürünün gözlenmesi ve güvenli durumda olup olmadığının tespit edilmesi, güvenli olmadığının belirlenmesi durumunda, ürünün güvenilir hale getirilmesi ve piyasada daima güvenli ürünlerin bulunmasının

¹⁶ ROETHLISBERGER, Thomas, Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2003, s. 24; BGH, NJW 1990, 906 f.; BGHZ 116, 60, 70 f = NJW 1992, 560; BGHZ 80, 186, 191 = NJW 1981, 1603; BGHZ 80, 199, 203 = NJW 1981, 1606; BGH NJW 1995, 1286, 1287 f.; MICHALSKI, Lutz, Produktbeobachtung und Rückrufpflicht des Produzenten, in Betriebs-Berater 1998, 961, 963; TAMME, s. 40.

¹⁷ ROETHLISBERGER, s. 24.

¹⁸ HAVUTÇU, s. 143.

¹⁹ Bu durum üreticinin aktif ürün gözleme yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına gelmektedir (HAVUTÇU, s. 143).

güvence altına alınması amaçlanmaktadır²⁰. Ürünün bilimsel ve teknik gerekleri karşılayacak şekilde üretilmiş, üretim aşamasında teknik düzenlemelere riayet edilmiş, piyasaya sürülmeden önce testlerden geçirilmiş olması ürünün mutlak surette tehlike yaratmayacağı anlamına gelmemektedir. Ürün piyasaya sürüldükten ve müşteriler tarafından kullanılmaya başlandıktan sonra yaşanan olaylardan ürünün bazı tehlike riskleri taşıdığı ortaya çıkabilir. Bu riskler üretim kaçağından dolayı ortaya çıkabileceği gibi, tüketicilerdeki farklı algılamalardan da kaynaklanabilir²¹. Gene üretici ürünün kullanım hatalarına ilişkin olarak gerekli uyarıyı yapmış olmasına rağmen, uygulamada daha önce öngörülemez bir duruma rastlanmış olabilir. Örnek vermek gerekirse, plastik alışveriş torbalarının küçük çocukların ya da bebeklerin eline verilmemesi konusunda daha önceden bir öngörülede bulunulmaması nedeniyle bir uyarıda bulunulmamış olabilir. Ancak gelişen bebek boğulması olayları üzerine üretici daha önce öngörülenlerin dışında farklı bir kullanım hatasına vakıf olabilir²².

Bu anlatılanlardan ürün gözleme yükümlülüğü ile, ürünün piyasaya çıkarılmasından sonra anlaşılabilen risklerin giderilmesi suretiyle piyasada güvenli ürünlerin bulunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır²³.

2- Hukukumuzda ve Mukayeseli Hukukta Ürün Gözleme Yükümlülüğünün Yasal Dayanakları ve Hukuki Niteliği

Türk Hukukunda ürün gözleme yükümlülüğü olarak değerlendirilebilecek bazı hükümler mevcuttur. 4703 sayılı “Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun”un m.5/f. 7 hükmüne göre, “*üretici, ürünün öngörülen kullanım süresi içinde, yeterli uyarı olmaksızın fark edilemeyecek nitelikteki riskleri hakkında tüketicilere gerekli bilgiyi sağlamak, özelliklerini belirtecek şekilde ürünü işaretlemek; gerektiğinde piyasaya arz edilmiş ürünlerden numuneler alarak test etmek, şikayetleri soruşturmak ve yapılan denetim sonuçlarından dağıtıcıları haberdar etmek,*

20 HAVUTÇU, s. 143.

21 HAVUTÇU, s. 143–144. Yazar tüketicinin farklı algılamalarına örnek olarak, reklamlarda kullanılan ifadelerin ürünün güvenliği konusunda tüketicide yanlış kanaat uyandırmasını göstermektedir (s. 144).

22 HAVUTÇU, s. 144.

23 HAVUTÇU, s. 144.

riskleri önlemek amacıyla ürünlerin toplatılması ve bertarafı da dahil olmak üzere gerekli önlemleri almakla yükümlüdür". Aynı maddenin 9. fıkrasında ise dağıtıcılara ilişkin olarak, *"dağıtıcı, sahip olduğu bilgiler çerçevesinde, güvenli olmadığını bildiği ürünleri piyasaya arz edemez. Dağıtıcı, faaliyetleri çerçevesinde, ürünlerin taşıdığı riskler ve bu risklerden korunmak için alınması gereken önlemler hakkında ilgililere bilgi verir. Üreticinin tespit edilemediği durumlarda yetkili kuruluşça belirlenecek süre içinde üreticinin veya malı tedarik ettiği kişinin kimliğini bildirmeyen dağıtıcı üretici sayılır"* denilmektedir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında çıkarılan "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik" m.6/f. 4'e göre, *"Bilim ve Teknolojide ulaşılan düzeyin malın piyasaya sürülmesinden sonraki 10 yıl içinde ayıplı olduğunun tespit edilmesine imkan tanınması halinde imalatçı/üretici, bu ayıbın olası zararlı sonuçlarını, ortadan kaldırmak için azami çabayı sarf etmemesi durumunda 7 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde ve son fıkrasında yer alan sorumluluktan kurtulma sebeplerini ileri süremez"*. Bu hükmün yollamada bulunduğu 7 nci madde (e) bendine göre, *"Mal piyasaya sürüldüğünde mevcut bulunan bilimsel ve teknolojik bilgilerin ayıbın varlığının bilinmesine imkan vermemesi"* halinde üretici malın sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulamayacaktır. Gene yollamada bulunulan son fıkraya göre, *"nihai malın tasarımı ya da bu malın imalatçısının/üreticisinin talimatı sebebiyle, bütünü oluşturan parçalardan birinin imalatçısı/üreticisi, o malın ayıbından sorumlu değildir"*.

Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında ürün güvenliğine ilişkin 2001/95 "Genel Ürün Güvenliğine Dair Yönerge" (Richtlinie 2001/95/EG des Europaischen Parlaments und des Rates vom 3 Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit) 15.01.2002 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir²⁴. Bu yönerge üreticiye ürün gözleme yükümlülüğü kapsamında bazı somut yükümlülükler yüklemektedir. Üretici, ürünün olağan ya da öngörülebilir makul kullanım süresinde başlayan ve bir uyarı olmaksızın fark edilemeyecek tehlikelerin tüketici tarafından değerlendirilebilmesi ve bu tehlikelere karşı kendisini koruyabilmesi için gerekli bilgileri tüketiciye vermek zorundadır [Art. 5 (1), f.1]. Gene bu Yönergeye göre, üretici ürün-

²⁴ Bu yönerge ile 92/59 sayılı Yönerge (Richtlinie 92/59/EWG des Rates vom 29 Juni 1992 über die allgemeine Produktsicherheit) tadil edilmiştir.

den kaynaklanan tehlikelerden sakınmak için gerekli, hallerde piyasadan toplatmak, tüketicinin uygun ve etkili biçimde uyarılması ve tüketicinin elindeki ürünlerin geri çağırılması da dâhil olmak üzere amaca uygun tedbirler almakla yükümlüdür [Art. 5 (1), f.3]. Amaca uygun olduğu ölçüde piyasaya, sürdüğü ürünlerden rastgele örnek almak, şikâyetleri incelemek, gerektiği takdirde şikâyet defteri tutmak, ürünle ilgili olarak diğer tedbirler hakkında satıcıları eğitmek üreticinin yükümlülüklerine ilişkin olarak Yönergede örnek kabilinden sayılmıştır [Art. 5 (1), f.4, (b)].

Alman hukukuna bakıldığında 01.08.1997 tarihinde “Ürün Güvenliği Yasası”nın (Produktsicherheitsgesetz –ProdSG-) yürürlüğe girdiği, bilahare yapılan değişikliklerle 2001/95 sayılı Yönergeyle uyumlu hale getirildiği görülmektedir. ProdSG § 4’ göre üretici ürüne ilişkin tedbirler almak ve gerektiğinde tehlikeleri bertaraf etmekle yükümlüdür. Uyarı ve ürünü geri çağırma yükümlülüğü de bu tehlikeyi bertaraf etme yükümlülükleri arasındadır. Üretici bu tehlikeyi bertaraf etme yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde yetkili merci kamuoyunu uyarabilir ve ürünleri geri çağırabilir (ProdSG § 7 vd.).

Anılan bu düzenlemeler özel hukuksal özen yükümlülükleri tarzında düzenlemeler değildir. Salt uyarının yapılmamış²⁵ veya ürünlerin geri çağırılmamış olması zarar gören açısından bir tazminat sebebi değildir²⁶.

Amerikan hukukunda ürün gözleme yükümlülüğünün Avrupa Birliği hukukundan daha açık bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yayımlanan Restatement Third of Torts ile, üründe gelişim hatası bulunduğu ortaya çıkması durumunda kullanıcıları uyarı yükümlülüğü getirilmiştir. Üretici ancak bu uyarı yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde sorumlu tutulmaktadır²⁷.

25 Ne tür bir uyarı yapılacağı ürünü niteliğine ve müşteri ve dağıtıcılarla olan ilişkisine bağlıdır. Örneğin müşteri ve dağıtıcıların nerede olduğu biliniyor ise, kişisel mektup yazılması, e-posta gönderilmesi ya da telefonla ulaşılması suretiyle iletişime geçilebilir. Müşterilerin ya da dağıtıcıların anonim olduğu durumlarda medya ve internet vasıtasıyla uyarı etkili biçimde yapılabilir (LANZE, s. 118).

26 ProdSG bakımından bkz. ROETHLISBERGER, s. 18.

27 Bu düzenlemeye göre, makul bir satıcının uyarıda bulunması gerekirken, ürünün satışı veya dağıtımı sonrası satıcının uyarıyı ihmal etmesi nedeniyle, bu ürünün satışı işi ile veya başka suretle dağıtımını meslek edinmiş olan kimse, kişilere veya mala gelen zarardan dolayı sorumludur Restatement Third of Tort § 10 (a). Ürünün kişilere veya mala za-

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda, genel olarak üreticinin sorumluluğu hakkında söylenebilecek şeyler geçerlidir. Üreticinin sorumluluğunun akdi bir sorumluluk mu yoksa akit dışı sorumluluk mu olduğu, üreticinin haksız fiil sorumluluğunun tehlike sorumluluğuna mı yoksa hakkaniyet sorumluluğu esasına mı dayandığı vs. konuları bakımından söylenebilecek şeyler ürün gözleme sorumluluğu bakımından da geçerli olacaktır²⁸.

3- Ürün Gözleme Yükümlülüğünün Koşulları ve Kapsamı

a) Ürün Hatası

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğüne ilişkin olarak hangi hatalar sebebiyle ürünü gözlemesi gerektiği hususu incelenmelidir.

Öğretide ve yargıda ara sıra, ürün gözleme yükümlülüğünün kabulü için ürünün yapım-bileşim hatası bulunabileceği hususunun kesin olarak ihtimal dışı tutulamaması gibi haklı bir gerekçe bulunması gerektiğinin savunulduğu görülmektedir²⁹. Ürün gözleme yükümlülüğünü sınırlayıcı bu görüş eleştirilmekte ve ikna edici görülmemektedir. Buna göre, yapım-bileşim alanında bir hatanın bütün bir seride gerçekleşmesi ve seri zararlara yol açabilmesinden dolayı, ürün gözleme yükümlülüğünün yapım-bileşim alanının önemli bir karşılığı olduğu söylenebilir de, bütün seriyi ilgilendiren yetersiz uyarı

rar verebilecek potansiyelini satıcı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa; ve kendisine uyarı yapılabilecek kişiler belirlenebiliyor ve makul bir şekilde zarar riskinin farkında olmadıkları varsayılabilir; ve kendisine uyarı yapılabilecek kişilere veya onların yerine tebligatı kabul edebilecek kişilere uyarı etkin olarak uyarı bildirilebiliyor ise; ve zarar riski uyarı yapma yükümlülüğü yüklemeyi haklı kılacak derecede büyük ise, satıcı satış sonrasında uyarı yapmalıdır (Restatement Third of Tort § 10 (b)). Burada her ne kadar satıcı (seller) ve dağıtıcıların (distribütör) sorumluluğu ifadeleri kullanılmış ise de, bu sorumluluk üreticiler için de geçerlidir. Üretici haddi zatında dağıtım ağının en başında yer aldığından dağıtıcı sayılabilir (AKÇURA KARAMAN, Tuba, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 204).

²⁸ Çalışmamızın kapsamının daha ziyade ürün gözleme yükümlülüğünün somutlaştırılmasına hasredilmesinden dolayı bu tartışmaların detayına girmek yerine bu konudaki tartışmalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Bu konuda geniş bilgi için bkz. HAVUTÇU, s.48-62; AKÇURA, s. 51 vd.

²⁹ SCHMIDT-SALZER, Joachim, Produkthaftung, Produkthaftpflichtversicherung, Betriebsorganisation und Risk Management, BB 72 1430-1437, s. 1430; OLG Karlsruhe VersR 78, 550 reSp.

durumunda da aynı tehlike mevcuttur³⁰. Gene bunun yanı sıra teslimden önce fark edilememiş olan fabrikasyon hatalar da büyük zararlara yol açabilir. Özellikle yeni ürünlerin üretim sürecinde tüm kısmi serinin bu tarz hatalara maruz kalması olgusu bu duruma örnek teşkil eder³¹. Bunun dışında ürün gözleme yükümlülüğünün sadece yapım-bileşim hatalarıyla sınırlandırılması, ürün gözleme uygulamasında mantıklı izahı ve anlaşılabilir olmayan ayrımlara da yol açabilecektir. Örneğin ürün gözleme yükümlülüğü yeni geliştirilmiş bir ürünlerdeki muhtemel yapım-bileşim hatası nedeniyle söz konusu olacaksa, bu halde sonradan fark edilen fabrikasyon veya uyarı hataları adeta dikkate alınmamış olacaktır. Bunun da mantıklı bir izahı olamayacağı açıktır³². Tüm bu hususlar dikkate alındığında, ürün gözleme yükümlülüğünün yapım-bileşim hataları ile sınırlandırılmaması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Ürün gözleme yükümlülüğü üreticinin sorumluluğunun bir parçası olmakla, üreticinin sorumluluğuna hâkim olan prensiplerden hareket edilmesi gerekmektedir. Piyasaya bir ürün süren ve bu üründen dolayı bir yarar sağlayan üretici, bu ürünün zararsız olmasını temin için gerekli çabayı sarf etmelidir. Ürünü kullanan müşteri çevresine zarar verebilecek tek olgu, yapım-bileşim hatalarından ibaret olmayacağına göre, ürün gözleme yükümlülüğünü sadece bu hatalara hasretmek de mümkün olmamalıdır. Bu nedenle, üreticinin sorumlu tutulabileceği ürünle ilgili tüm hatalara ilişkin olarak üreticinin ürününü izlemesi, piyasaya sürdüğü ürünün gerek ürünü kullanan müşterilere ve gerekse üçüncü kişilere zarar vermemesi için alınabilecek tüm önlemleri alması gerektiği kanaatindeyiz.

b) Ürün Gözleme Yükümlüsü Kişiler

Üreticinin, ürün gözleme ile yükümlü tutulacağında şüphe yoktur. Zaten aslolan bir ürünü üretilip onu piyasaya sunan üreticinin sorumlu tutulmasıdır.

Üretici üretim sürecini elinde tutmakta olup, ayıpsız olduğunu garanti etmek zorundadır³³. Ürün gözleme yükümlülüğü birincil olarak nihai ürün

30 TAMME, s. 41.

31 KULLMANN, Hans Joseph-PFISTER, Bernhard, *Produzentenhaftung, ergaenzbare Handbuch zur gesamten Produkthaftpflicht für die juristische Praxis*, Berlin 1980, Kza 1520, s. 43; TAMME, s. 42.

32 TAMME, s. 42.

33 ROETHLISBERGER, s. 47.

üreticisine düşmektedir. Ürünü piyasaya süren, müşterilerle temas kuran kişi odur. Ancak nihai ürün üreticisinin bu yükümlülüğü kısmi ürün ya da hammadde üreticisinin kendi ürününe ilişkin ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluğunu ve ürün gözleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır³⁴.

Üretici olmamakla birlikte, bir ürüne ismini, markasını veya başkaca ayırt edici bir işareti koymak suretiyle kendisini üretici olarak tanıtan kişi de üretici gibi değerlendirilir ve ürün gözleme yükümlülüğü bakımından o da yükümlü tutulur³⁵. Bu tarz bir davranış sergileyen kişi dışı karşı sanki üreticiymiş gibi bir objektif görünüş yaratmış olur ve üreticinin yükümlülüklerini üstlenmiş olur³⁶.

4703 sayılı “Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun”un m.5/f. 7 hükmünde üreticinin sorumlulukları ifade edilmiş, 9. fıkra ise, “*Dağıtıcı³⁷, faaliyetleri çerçevesinde, ürünlerin taşıdığı riskler ve bu risklerden korunmak için alınması gereken önlemler hakkında ilgililere bilgi verir. Üreticinin tespit edilemediği durumlarda yetkili kuruluşça belirlenecek süre içinde üreticinin veya malı tedarik ettiği kişinin kimliğini bildirmeyen dağıtıcı üretici sayılır*” denilmiştir. 4703 sayılı Kanun ile dağıtıcıya getirilen bu yükümlülükler onu ürün gözleme yükümlüsü yapmaktadır. Özellikle üreticinin kim olduğunun tespit edilemediği ve dağıtıcının da malı tedarik ettiği kişinin kimliğini bildirmemesi durumunda üretici yerine geçmesi durumu, onu mutlak surette ürün gözleme yükümlüsü de yapacaktır.

Ürünün bizzat üreticisi olmayıp, ürünü ithal eden kişi de ürün gözleme yükümlüsü olarak görülmelidir. Bu 4703 sayılı Kanun anlamında ithalatçının da üretici olarak görülmesinin doğal sonucudur³⁸. Alman Hukukunda, PrHG

³⁴ ROETHLISBERGER, s. 47.

³⁵ ROETHLISBERGER, s. 48.

³⁶ DIETRICH, Martin, Produktbeobachtungspflicht und Schadensverhütungspflicht der Produzenten, Frankfurt am Main, 1994, s. 60.

³⁷ “Ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkilemeyen gerçek veya tüzel kişi” dağıtıcıdır (4703 sayılı Kanun m.3/h).

³⁸ “Bir ürünü üreten, imal eden, ıslah eden veya ürüne adını, ticari markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendisini üretici olarak tanıtan gerçek veya tüzel kişiyi; üretimin Türkiye dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilciyi ve/veya ithalatçıyı; ayrıca ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürün güvenli-

§ 4 (2) hükmüne göre, bir kazanç elde etme amacıyla satış, kiralama, leasing yapmak veya başka bir sürüm yoluyla, Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşmasının yer bakımından kapsamında olan bir ülkeye ithal eden kişi de üretici sayılır.

Ürünü satan satıcıların ürün gözleme yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁹. Ürün gözleme yükümlülüğü asli olarak bir ürünü piyasaya sunan üreticinin yükümlülüğüdür. Bazı durumlarda üretici olmamakla birlikte, ürünle olan ilgisi nedeniyle üretici gibi sorumlu tutulan kişiler mevcuttur. Bunlar yukarıda açıklandığı şekilde ithalatçılar ve/veya üretici gibi görülen kişilerdir. Bu hallerin dışında sadece ürünü satıyor olmaktan ötürü, satıcılara da ürün gözleme yükümlülüğü yüklenemez. Avusturya Yüksek Mahkemesi bir kararında prensip olarak, satıcının ürün gözleme yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, istisnai olarak satıcının üretici tarafından alıcıya danışmanlık ve aydınlatmada bulunmakla görevlendirilmiş olması durumunda, satıcının da bilim ve teknikteki gelişmeleri takip etmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁰.

Frankfurt Eyalet Yüksek Federal Mahkemesi önüne gelen bir olayda, davalı üretici tarafından üretilmeyen ve onun tarafından piyasaya sürülmeyen, fakat onun ürünü üzerinden (somut olayda biberon) tüketiciler tarafından alınan içecekleri (başka ürünü) de kapsayacak şekilde ürün gözleme yükümlülüğünün genişletilmesini kabul etmemiştir⁴¹.

Ürün gözleme yükümlüsü olma bakımından üreticinin küçük, orta veya büyük ölçekli işletme olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Küçük ölçekli işletmelerin ürün gözleme yükümlülüğünün belirli bir maliyet gerektiriyor olması nedeniyle, bu yükümlülüklerini yerine getirmedikleri

ğine ilişkin özellikleri etkileyen gerçek ve tüzel kişi” demek suretiyle 4703 sayılı Kanununun 3/g maddesinde ithalatçı “üretici” sayılmıştır.

39 OLG Koblenz, Urteil vom 03.11.2005, Aktenzeichen 2 U 1487/04 (<http://www.juraforum.de/urteile/urteil/olg-koblenz-urteil-vom-03-11-2005-az-2-u-148704.html>).

40 [http://verbraucherrecht.at/development/typo/test/index.php?id=49&no_cache=1&tx_ttnews\[tt_news\]=422&cHash=300a4289f4](http://verbraucherrecht.at/development/typo/test/index.php?id=49&no_cache=1&tx_ttnews[tt_news]=422&cHash=300a4289f4)

41 OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 7. 3. 1997 - 10 U 25-96 (NJW-RR 1999, Heft 1, s. 26). Somut olayda plastik biberonda bir başka üreticinin ürettiği rezene çayının kullanımı nedeniyle, bebekte diş çürümesi gerçekleşmişti. Davacı rezene çayı üreticisinin yanısıra biberon üreticisini de dava etmişti.

görülmetedir⁴². Küçük ölçekli işletmeye sahip üreticinin bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin maliyetli olması gerekçesine sığınması onu sorumluluktan kurtaramaz.

c) Ürün Gözleme Yükümlülüğünün Başlangıcı ve Süresi

Ürün gözleme yükümlülüğünün varlığı bazı zarar verici hadiselerin ortaya çıkması koşuluna bağlı değildir⁴³. Bir ürün her şeyden önce güvenlik bakımından bilim ve tekniğin gereklerine uygun olmalıdır⁴⁴. Üretici, bir üçüncü kişinin bir üründen bekleyebileceği haklı güvenlik beklentilerini yerine getirmek zorundadır⁴⁵. Ürün gözleme yükümlülüğü üreticinin bu asli yükümlülüğünün devamı olarak anlaşılmalıdır⁴⁶.

Ürün gözleme yükümlülüğü ilk üretim ile başlar. Piyasaya sürülen ürünlere ilişkin olarak zarar hadiselerinin ortaya çıkması bu yükümlülüğün başlangıcı bakımından önemli değildir⁴⁷.

4703 sayılı “Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun”un m.5/f. 7 hükmü ile üretici, “ürünün öngörülen kullanım süresi içinde, yeterli uyarı olmaksızın fark edilemeyecek nitelikteki riskleri hakkında tüketicilere gerekli bilgiyi sağlamak”, “gerektiğinde piyasaya arz edilmiş ürünlerden numuneler alarak test etmek” le yükümlü tutulmuştur. Özellikle ürünün öngörülen kullanım süresi içinde yeterli uyarı olmaksızın fark edilemeyecek nitelikteki riskler hakkında tüketicilere gerekli bilginin sağlanması, üreticinin aktif olarak daha ürün piyasaya çıkar çıkmaz ürünü takip etmesini zorunlu kılmaktadır. Ürün kullanıcıları ile buluştuğunda gerçek anlamda güvenli olup olmadığı ortaya çıkacaktır.

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünün ne kadar bir süre devam edeceği de önem arz etmektedir.

42 Bu yönde bkz. SPINDLER, Gerald Beck'scher Online-Kommentar Hrsg: Bamberger/Roth, BeckOK BGB § 823, Rn 511.

43 TAMME, s. 44.

44 ROETSLISBERGER, s. 51.

45 HESS, Hans-Joachim, Kommentar zum Produktheftpflichtgesetz (PrHG), 2. Aufl., Bern 1996, Art. 4, N. 4.

46 DIETRICH, s. 115.

47 DIETRICH, s. 115.

4703 sayılı “Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri incelendiğinde bu konuda herhangi bir süre sınırlanmasına yer verilmediği görülmektedir. Buna karşın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4/f. 4 hükmü “Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar”; “Hakdüşümü” başlıklı “Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik” m. 10 hükmü, “Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlara karşı tazminat talepleri, zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl içinde yapılabilir” şeklindedir. Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle oluşan zararın, ürünün piyasaya sürülmesinden itibaren işleyecek on yıllık sürenin geçmesinden sonra meydana gelmesi durumunda, üreticiye karşı herhangi bir tazminat talebinde bulunulamayacağından ürün gözleme yükümlülüğünün de bu süre ile sınırlı olacağı düşünülebilir. Aksinin kabulü, ihlali halinde herhangi bir yaptırım olmayan bir yükümlülük ihdası anlamına gelecektir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenen bu 10 yıllık sürenin hukuki niteliği zamanaşımı süresi olmayıp, hak düşümü süresidir⁴⁸. Bu hak düşümü süresi Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un kapsamına giren durumlarda uygulanabilir. Bunun dışında sözleşmeye dayalı sorumluluk ya da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girmeyen diğer sorumluluk sebepleri söz konusu olduğunda bu 10 yıllık hak düşümü süresi uygulanmaz. Böylesi durumlarda BK.m.60’daki 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır⁴⁹ 50. Hukukumuzda Avrupa Birliği ülke-

48 KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2007, s.248 vd.; HAVUTÇU, s 134; ASLAN, s. 249. Yazar, hak düşümü süresinin refakat eden zararla ilgili olduğunu ifade etmektedir (s. 249). ZEVLİLER/AYDOĞDU, bu 10 yıllık süreyi dava zamanaşımının üst sınırı olarak görmekte ve düzenlemeyi eleştirmektedir. Yazarlara göre, bu düzenleme isabetsiz olup, böyle bir süre öngörülmemeli idi. Yazarlar genel hükümlere göre sözleşmenin kurulmasından itibaren geçerli olan MK.m.125’teki 10 yıllık sürenin daha uygun olduğunu ifade etmektedirler (ZEVLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Tümüyle Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 148.

49 KIRCA, s. 248. BK.m.60’da düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresi, zarar doğuran haksız fiilin meydana geldiği andan itibaren işlemeye başlar. Üreticinin sorumluluğuna ilişkin hak düşümü süresi ise, herhangi bir zarar verici olayın varlığına bağlı olmaksızın ürünün piyasaya sürülmesinde itibaren kendiliğinden işlemeye başlar. Zamanaşımı süresi söz konusu olduğunda, Borçlar Kanununda zamanaşımını durduran ya da kesen sebepler uygulama alanı bulabilirken, hak düşümü süresi bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Yönerge’de 11. maddede, sorumluluk davası açılması durumunda bu sürenin duracağı düzenlenmiş olmakla birlikte, hukukumuz bakımından bu tarz herhangi bir dü-

lerindeki gibi ürün sorumluluğuna has özel bir yasa bulunmadığı için bu sonuca varmak kaçınılmazdır. TKHK bir tarafının tüketici olduğu sözleşmeler hakkında uygulanabileceğinden dolayı, tüketici işlemi olmayan sözleşmelerde TKHK hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. De lege feranda tüketici işlemi olmayan hallerde de 10 yıllık hak düşümü süresinin uygulanması gerektiğini düşünmekle birlikte, bunun de lege lata mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Üreticinin sorumluluğunun devam edeceği bu süre ürünün piyasaya sürülmesinden itibaren başlar. Bir serinin hatalı olması durumunda bu süre tüm seri için aynı anda başlamaz. Hatalı seriye dâhil her bir parça için, onun piyasaya sürülmesi tarihi esas alınmak suretiyle hak düşümü süresi hesaplanır⁵¹.

Alman Hukukunda da PrHG § 13'teki 10 yıllık zamanaşımı süresi baz alınarak üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünün de ürünün piyasaya sürülmesinden sonra on yılın geçmesi ile ortadan kalkacağı fikri savunulmuştur⁵². Buna karşın Alman Hukukunda aktif ve pasif ürün gözleme yükümlülüğü bakımından ayırım yapıldığı, ürün piyasada tutunduğu (güvenilir bulunduğu) takdirde aktif ürün gözleme yükümlülüğünün yumuşayacağı, normal ürün ömrü dolduğunda (son serinin piyasaya sürülmesinden itibaren) sona ereceği, buna karşın pasif ürün gözleme yükümlülüğünün BGB § 852 gereğince ürünün piyasaya çıkmasından itibaren 30 yıl devam edeceği görüşü de mevcuttur⁵³. Son olarak ürün gözleme yükümlülüğünü hiçbir şekilde zamanaşımı süresine bağlı görmeyen, ürünün normal ömrü ile bir tutan görüş de savunulmaktadır⁵⁴.

zenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle hukukumuz bakımından, sorumluluk davası açılmış olsa dahi hak düşümü süresi durmayacaktır.

50 Doğrudan hak düşürücü süre-zamanaşımı süresi tartışmasına girilmemekle birlikte, üreticinin sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine tabi olduğu ve BK.m.60'daki sürelerin uygulanacağına dair Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4.HD. 11.04.2000 T., 2000/517 E.-2000/3348 K. sayılı ilamı (www.kazanci.com.tr).

51 TASCHNER, Hans Cladius/FRIETSCH, Erwin, Produkthaftungsgesetz und EG Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl., München 1990, Art. 11, N.4; KIRCA, s. 249.

52 DIETRICH, s. 120.

53 MOLITORIS, Michael, Praktische Erfahrungen und rechtliche Überlegungen, zur Produktbeobachtungspflicht, in PHi 2000, s. 33 vd., s. 34.

54 KLINGER, Max, Die Produktbeobachtungspflicht bezüglich Fremdzubehörteilen, Tübingen 1998, s. 46 vd.

Hak düşümü süresi sadece nihai ürün üreticisini ilgilendiren bir husus değildir. Her bir üretici (hammadde, ara mal üreticisi ve üretici sayılan kişiler) kendisi bakımından piyasaya malın piyasaya sürülmesi anından itibaren, yani ürününün kendi hâkimiyet alanından çıkmasından itibaren işlemeye başlar⁵⁵.

d) Ürün Gözleme Yükümlülüğünün Ürün Maddesi Bakımdan Konusu

Üretici, bir üründe kullanılmış bulunan tüm parçaları kendisi üretmemiş olabilir. Örneğin bir otomobil yüzlerle parçadan oluşur. Teorik olarak tüm parçaları aynı üreticinin üretmesi mümkün olmakla birlikte, gerek ekonomik nedenlerle, gerekse farklı parçalara ilişkin uzmanlaşma gerekçeleriyle, farklı üreticilerin parçalarından yararlandığı sıkça görülmektedir.

Farklı üreticilerden tedarik edilen parçaların kullanıldığı ürünlerde, nihai üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünün kapsamı nasıl belirlenmelidir? Onun bu yükümlülüğü sadece kendi ürettiği kısımlarla mı sınırlı olacaktır yoksa -parçaların kendisi tarafından mı üretildiği ya da üçüncü kişilerden tedarik edilerek mi nihai üründe kullanıldığına bakılmaksızın- ürünün bütünü üzerinde mi gözleme faaliyetinde bulunacaktır?

Üçüncü şahıstan tedarik edilen parçanın hatalı olması nedeniyle nihai ürünün bir zarara yol açması durumunda, tedarik edilen parçanın üreticisinin sorumluluğu tartışmasıdır. Tedarik edilen parçanın üreticisi ürününü gözlemekle yükümlüdür. Onun bu yükümlülüğü nihai ürünün üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Unutulmamalıdır ki, zarara yol açan tedarik edilen parça nihai üründe kullanılmak ve genel kullanıma sunulmuş olmakla zarara yol açmıştır. Nihai üründe kullanılmadığı sürece tek başına zarar doğurması mümkün değildir. Bu da nihai ürün üreticisini bu sorumluluğa ortak kılmaktadır. Güvenlik açığının nihai ürün üretici tarafından fark edilebilir olup olmadığı da bu sorumluluk açısından önemli değildir. Çünkü güvenlik yükümlülüğüne ilişkin olarak, tehlikeye bilinçli olarak neden olunup olunmadığına bakılmamaktadır⁵⁶. Bunun yanı sıra nihai üretici tedarik edilen parçanın yarattığı tehlikeye vakıf olma bakımından daha avantajlı konumdadır. Nihai üretici ürünü piyasaya sürdükten sonra, dağıtım ağı,

⁵⁵ KIRCA, s. 249.

⁵⁶ BGH VersR 60, 1095.

müşteri hizmetleri servisi, anlaşmalı servisler yardımıyla ya da doğrudan kendisine yöneltilen güvenliğin korunmasına dair tüketici bildirimleri ile bütün olarak ürün hakkında bilgilendirilmiş olmaktadır. Tedarikçi bu tarz bilgilere ulaşabilecek durumda değildir⁵⁷. Bu bakımdan değerlendirildiğinde nihai ürün üreticisinin tedarikçiye kıyasla çok daha avantajlı konumda olduğu kendiliğinden anlaşılabilir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak, nihai ürün üreticisinin, ürün gözleme yükümlülüğü nihai üründe kullanılan üçüncü şahıslardan tedarik edilen parçaları da kapsayacak şekilde değerlendirilmelidir.

Ürün gözleme yükümlülüğü bakımından değerlendirilmesi gerekli bir başka husus, nihai ürünle başka ürünün birleştirilmesi halidir.

Bir ürün kendi başına herhangi bir tehlike arz etmeyebilir. Ancak kullanıcıların daha sonra ürün üzerinde değişiklik yaparak bir başka üreticinin parçalarını kullanması ve sonradan monte edilen bu parçanın ürünün güvenliğini olumsuz yönde etkilemesi halinde, üretici doğrudan kendisinden kaynaklanmayan bu durumdan dolayı da sorumlu tutulabilecek midir? Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünü kendi iradesi dışında kendi ürünü ile birleşen parçaları da kapsamalı mıdır?

Almanya'da Federal Mahkeme bir kararında üreticinin, başka bir üreticinin ürününün kendi ürünü ile birleştirilmesinden dolayı ortaya çıkabilecek tehlikeleri vaktinde ortaya çıkarabilmek ve önleyebilmekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir^{58 59}. Ürünün bir başka ürünle birleştirilmesinde daha çok

⁵⁷ TAMME, s. 45.

⁵⁸ BGH NJW 1987 1009-1012. Bu olayda, davacılar müteveffa oğullarının 19 Temmuz 1978 günü kuru bir havada 140-150 km/h hızla otobanda üretici (H) tarafından üretilen motosikleti ile seyredirken hafif meyilli sağa doğru virajı geçerken makinenin herhangi bir üçüncü kişinin dahil olmaksızın fırladığını ve yandan orta refüje çaptığını, sürücünün motordan düşerek kafasını refüjün istinat parçasına çarptığını, kafatasının kırıldığını ve olay yerinde öldüğünü belirterek tazminat talebinde bulunmuşlardı. Motosiklet ilk olarak 14 Nisan 1976 tarihinde trafiğe çıkarılmıştı. Müteveffa bu motosikleti ikinci el olarak satın almıştı. Motosikletin önceki maliki (K) firması tarafından üretilmiş kafa karencisi bu motosiklete takılmıştı. Bu tarz bir kafa karencisi motosikletin üretildiği 1976 yılında mevcut değildi. ADAC temsilcileri tarafından davalılara bir film izlettirildi. Bu filmde bu kafa karencisinin yüksek hızlarda motosikletin dengesini zayıflattığı gösterilmişti. Ancak bu denemelerde kontrol edilemeyen tehlikeli sürüş durumları ortaya çıkmamıştı. Davacının oğlunun öldüğü günden önceki gün, motorun dağıtıcısı kendisine gelen şikayetler üzerine, motora yapılan çeşitli ilavelerde bu tarz denge sorunları yaşandığını tespit etmiş ve bu model motor sürücülerine bizzat mektup yazmıştı. Bu mektup davacıların müteveffa oğullarına ulaşmadan bu kaza gerçekleşmişti. Davacılar kazaya yapım-bileşim hatasının

aksesuar kullanımı söz konusudur⁶⁰. Federal mahkemeye göre, üretici aksesuarlara ilişkin kendisinin vakıf olduğu tehlikeleri, aksesuarın tedarikçisine bildirmek ve onu ürünün yapısında (Konstruktion) değişikliğe zorlamakla yükümlüdür⁶¹. Hatta Federal Mahkeme bir adım daha ileri giderek, vücut bütünlüğü ve can güvenliği tehlikesi söz konusu olduğunda üreticinin aksesuarı bizzat tehlikesiz yapıya kavuşturacak şekilde tasarlayarak aksesuar tedarikçisini aksesuar üzerinde değişiklik yapmaya sevk etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak Federal Mahkeme kararında parçaların üretiminin de bizzat üretici tarafından yapılmasının beklenemeyeceğini belirtmiştir⁶².

Nihai ürünün bir başka ürünle birleştirilmesinden dolayı ürün gözleme yükümlülüğüne ilişkin Federal Mahkemenin uygulaması lehinde ve aleyhinde görüşler savunulmuştur⁶³. Üreticinin zaten ürünü gözlemek zorunda olması gerekçesiyle, ürün gözleme yükümlülüğünün aksesuarlara ya da birleşim (Kombination) tehlikelerini de kapsayacak şekilde genel tarzda genişletilemeyeceği, üreticinin prensip itibarıyla üçüncü kişiler tarafından tehlikenin artırılmasından değil, bizzat kendi yarattığı tehlikelerden dolayı sorumlu

neden olduğunu ileri sürmüşlerdi. Ayrıca kafa karenağı nedeniyle kazanın olması durumunda da davalıların ürün gözleme yükümlülüğü çerçevesinde vaktinde uyarı yapmamış olmaları nedeniyle gene de sorumlu olacaklarını ileri sürmüşlerdi. Dava her iki ön mertebe reddedilmişti. Federal Mahkeme bu kararında ürünü gözetleme yükümlülüğünün sadece kendi ürettiği ürünle sınırlı kalmayacağını, başka bir üreticinin ürününün kendi ürünü ile birleştirilmesinden dolayı ortaya çıkabilecek tehlikeleri vaktinde ortaya çıkarmak ve önlemekle yükümlü olduğunu içtihat etmiştir. Federal Mahkeme bu kararında ilaçlara ilişkin ürün gözleme yükümlülüğünün yasal olarak düzenlenmiş olmasını gerekçeleri arasında göstermiştir. İlaç üreticileri prospektüslerde 1 Şubat 1987'den itibaren emre amade bulundurulmak zorunda olan uzman bilgilerinde başka malzemelerle (ilaçlarla) değişen etkiler hakkında bilgi vermekle yükümlü tutulmuştur (§ 11 Abs. 1 Nr. 7 ve § 11 a Abs. 1 Nr. 7 AMG). Gene tıbbi cihaz üreticisi § 4 Abs. 1 MedGV gereğince, cihazın başkaca cihazlarla birlikte kullanımı için gerekli verilere kullanım kılavuzunda yer vermekle yükümlüdür. Bu da ürünün diğer cihazlarla kullanılması durumunda olabilecekleri tespit bakımından ürün gözleme yükümlülüğü anlamına gelecektir. Federal Mahkemeye göre, diğer ürünlerin üreticileri de prensip itibarıyla bu tarz bir ürün gözleme yükümlülüğünden azat edilmemişlerdir. Motorlu taşıt üreticileri için de aynısı geçerlidir.

59 Federal Mahkemenin bu kararına öğretilde olumlu-olumsuz tepkiler gelmiştir. Bu kararın değerlendirmeleri için bkz. TAMME, s. 47 vd.

60 KNOERCHEN, Andre, Deliktische Rückruffpflicht und Versicherung von Rückrufkosten, s. 6 (http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications/2003-10_rueckruf.pdf)

61 BGH NJW 1994, 3349.

62 BGH NJW 1994, 3349, 3350.

63 Bu görüşler için bkz. TAMME, s. 47.

tutulabileceği ifade edilmiştir⁶⁴. Her halde üreticinin ürünü kullananları sadece kendisi tarafından serbest bırakılan, sakıncasız olarak nitelenen aksesuarların tehlikesiz olarak kullanılabilmesi ve yetkili olmayan aksesuar kullanımının riskinin kullanıcının üzerinde gerçekleşeceği hususunda uyarı yapmasının yeterli görülmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁵. Ancak bu görüşe göre de, üreticinin aksesuar parçaları için bizzat ürün üzerinde arabirim koymuş olması ya da üreticinin esas itibarıyla baştan hesaba katması gereken genel kullanıma has aksesuar söz konusu ise durum farklı olacaktır⁶⁶.

Alman Federal Mahkemesi bir başka kararında üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünü kendi ürünü ile rekabet halinde bulunan ürünü üreten en önemli rakipleri de kapsayacak şekilde genişletmiştir⁶⁷. Federal mahkeme bu kararında üreticinin sadece kendi ürün gözleme yükümlülüğünü yerine getirmekle sorumluluktan kurtulamayacağını, faaliyet gösterdikleri alandaki teknik gelişmeler kendi işletmesinde sürekli takip edilecek şekilde, organizasyon tedbirleri almakla yükümlü olduğunu, bu bağlamda sektördeki en önemli rakipleri gözlemesi gerektiğini içtihat etmiştir⁶⁸.

e) Ürün Gözleme yükümlülüğünün İçeriği ve Kapsamı

aa) Ürünün Piyasaya Sürülmesinden Önce

Ürün gözleme yükümlülüğü piyasaya sürülen ürünlerin güvenlik bakımından takibine ilişkin olmakla birlikte, üreticinin yükümlülüğü sadece ürün piyasaya çıktıktan sonra başlamaz. Aksine daha ürün piyasaya sürülmeden

⁶⁴ SPINDLER, N. 513.

⁶⁵ SPINDLER, N. 513.

⁶⁶ SPINDLER, N. 513.

⁶⁷ BGH VersR 89, 1307 (1308 reSp). Bu kararda davacı davalı tarafından üretilen at kulübesinden dolayı yetiştirmiş olduğu yarış atının zarar görmesi nedeniyle davalıdan tazminat talep etmişti. Üretici keskin köşeli bir kulübe piyasaya sürmüştü. Nadiren gerçekleşebilecek bir şey olmuş ve at dikilirken kafasını keskin köşeye çarparak yaralanmıştı. Atın sahibi tedavi masraflarını ve atın satımında daha düşük fiyata satılmasından dolayı değer kaybını talep etmişti. Bilim ve teknolojinin durumuna göre bir yapım-bileşim hatası olmamasına rağmen, aynı ürünü üreten rakip işletmelerin yaptığı kulübeler incelendiğinde, üst kısmın U şeklinde daha güvenli imal edildiği görülmüştü.

⁶⁸ Somut olayda üretici rakip üreticileri izlemiş olsa idi, at kulübesinde revizyona gideceğinden dolayı kuvvetle muhtemel zarar verici hadise yaşanmayacaktı.

önce, organizasyon bakımından bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekir.

İşletmenin organizasyonu üçüncü kişilerin zarar görme risklerinin mümkün olan en az ölçüde tutulmasını sağlayacak şekilde düzenlenmelidir⁶⁹. Net bir yetki düzenlemesi, personel arasında denetim boşluğu oluşturmaya görev dağılımı, tehlikeli durumlar için koruma tedbirlerine ilişkin yönerge ve personelin fazla çalıştırılmasına ve fazla yorulmasına meydan vermeyecek makul iş bölümü bu meyandadır⁷⁰.

Ürünün piyasaya sürülmesinden önce dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, kalite güvencesinin sağlanmasıdır.

Kalite güvencesi bağlamında öncelikle teknik kuralların uygulanması en önemli husustur. Teknik kuralların uygulanması da tek başına yeterli olmayıp, yapılan üretimde giriş ve çıkış kontrollerinin yapılması gereklidir. Giriş kontrolleri ile hammadde ve kısmi ürünlerin kontrolü kastedilir. Hammaddenin ya da nihai üründe kullanılacak kısmi ürünün işleme girişinde gerekli kontrollerin yapılması durumunda, hatalı hammadde ya da kısmi ürün daha baştan ayıklanacak ve buna ilişkin riskler elenmiş olacaktır. Giriş kontrollerinin dışında ürünün piyasaya sürülmesinden önce de çıkış kontrollerinin yapılması gereklidir. Güvenli hammadde ya da kısmi ürün kullanılmış olması ürünün güvenli olduğu anlamına gelmez. Üretim sürecindeki bir hatadan dolayı ürün kullanıcılar bakımından zarar verici olabilir. Çıkış kontrollerinin yapılması sırasında da bu ürünlerin ayıklanması mümkündür.

Üretici, piyasaya sürmeden önce ürününü işaretlemek zorundadır. Ürünlerin tek tek işaretlenmesi ürünün takibi açısından özel önemi haizdir. Bir serinin hatalı çıkması durumunda, üretici tarafından kullanıcıların uyarılması ya da ürünlerin geri çağırılması için bu işaretleme özel önem arz edecektir⁷¹.

Üretici bilim ve tekniğin son durumunu mutlak surette takip etmek zorundadır. Piyasaya ürün süren üreticiler, ürettikleri ürünlerin bilim ve tekni-

⁶⁹ ROETHLISBERGER, s. 56.

⁷⁰ REY, Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Auf., Zürich 1998, s. N. 940; BGE 110 II 465 ff.; ROETHLISBERGER, s. 56.

⁷¹ Her şeyden önce böylesi bir işaretleme hatalı olan ürünün hali hazırdaki zilyedinin bulunmasına ve muhtemel geri çağırma durumlarında üretici tarafından doğrudan kendisine bilgi verilmesini mümkün kılacaktır (REOTH LISBERGER, 56).

ğın gereklerine uygun olmasını sağlamak zorundadır. Bunun gerçekleşmesi de bilim ve tekniğin güncel olarak takip edilmesine bağlıdır. Üretildiği zaman bilim ve tekniğin gereklerine uygun olan bir ürünün, daha sonra bilim ve tekniğin ulaştığı düzeyle daha güvenli hale getirilmesi başlı başına o üründen dolayı üreticiyi sorumlu kılmamakla birlikte, bu gelişmelerin varlığına rağmen artık eski tekniği kullanmak üreticinin sorumluluğunu doğurabilecektir. Özellikle bir ürünlerdeki herhangi bir tehlike riskinin, bilim ve teknikteki gelişmelerle ortadan kaldırılmış olmasına rağmen üreticinin bu yeniliği takip etmemesi ürün gözleme yükümlülüğüne aykırılık sayılır ve bu sebeple oluşacak zararlardan dolayı onun sorumluluğuna gidilebilir.

Kalite güvence sisteminin kurulması da üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünü ifa bakımından bir ispat aracı olarak kullanılabilir. ISO 9001 vs. norm sistemleri işletmeye özgü kalite güvencesi sağlanması için bir sistem kurulmasına yaramaktadır. Bu sistemde iş akışları, görev tanımları, prosedürler, talimatlar vs. ayrıntılı olarak düzenlenmekte, tüm üretim süreci ve üretim sonrası süreç prosedürlere bağlanmaktadır.

Kalite güvence sistemi ile oluşturulan dokümantasyon üreticinin sorumluluğuna ilişkin davaları etkilemeye müsaittir. Kalite güvence sistemi ile iş akışları şeffaf olmaktadır. Bir yandan hatalar ortaya çıkarılmakta, öte yandan üretici kusursuz bir organizasyon vasıtasıyla organizasyon hatasından kendisini kurtarmaktadır. Örneğin, uyarı ya da geri çağırma yükümlülüğünün yerine getirilmediği ileri sürüldüğünde, üretici dokümanları çıkararak bu iddiayı çürütebilir⁷².

bb) Ürünün Piyasaya Sürülmesinden Sonra

Üretici piyasaya sürdüğü ürünün tehlike arz etmemesi için ürünü piyasada takip edecek ve bu yükümlülüğünü ifa çerçevesinde gerekli tedbirleri alacaktır.

Öncelikle her türlü olayda bu yükümlülüğün ifasını karşılayabilecek tarzda genel geçer tedbirlerden bahsedilmesi mümkün değildir.

Ürün gözleme yükümlülüğü kapsamında hangi tedbirlerin alınması gerektiği hususu somut olayın özelliklerine bağlıdır⁷³.

⁷² ROETHLISBERGER, s. 62-63.

⁷³ KULLMANN/PFISTER, Kza. 1520, s. 45.

Üretici ürünün fiilen güvenli olmasını sağlamak zorundadır. O, ürettiği ürünün muhtemel güvenlik riskleri hakkında kendisinin bilgilendirilmesini sağlamak zorundadır⁷⁴. Üretici, kendi ürünlerinin bulunduğu piyasadaki bilgileri toplayıp, merkezi bir yerde değerlendirmeye almak suretiyle gerekli bilgileri sağlayabilir⁷⁵ ⁷⁶. Bu bağlamda kayıt sistemi ile bilgi edinilmesi mümkündür⁷⁷. Telefonla müşteri şikâyetleri hattı kurulması, E-Posta ile müşterilerden şikâyetlerin kabulü, yetkili servislere gelen ürünün güvenliğine ilişkin şikâyetlerin kendisine aktarılmasının sağlanması vs. yoluyla üretici ürününe ilişkin güvenlik zafiyetleri hakkında bilgi edinebilir. Bu tarz bir kayıt sisteminin oluşturulmaması üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünü ihlal ettiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Arıza kaydı verilerek yetkili servislerce müdahale edilen, onarılan ürünlere ilişkin kayıtların tasnif edilerek incelenmesi de bu anlamda faydalı olacaktır. Özellikle, ürün onarımlarında en çok kullanılan yedek parçalar bir kanaat verecektir⁷⁸. Örneğin bir otomobilin aracın fren aksamı sıkça değiştirilmiş ise, yedek parça değişim oranlarının incelenmesi halinde, aracın fren aksamında bir güvenlik sorunu yaşandığı fark edilebilir ve sorunun çözümü için gerekli çalışmalar başlatılabilir.

74 BORER, Peter, *Produktehaftung: Der Fehlerbegriff nach deutschem, amerikanischem und europäischem Recht*, Bern und Stuttgart 1986, s. 63.

75 ROETHLISBERGER, s. 63. Bu görev ekseriya toplam kalite yönetimi bölümü tarafından yerine getirilir (s. 63).

76 Alman hukukunda bir olayda, bitki koruma ilaçları satan bir üretici, ürün gözleme yükümlülüğünü ihlal ettiği yönündeki isnat karşısında kendi bildirim kayıt sistemine dayanarak sorumluluktan kurtulmuştur (OLG Frankfurt am Main 19.03.1996 tarihli kararı, VersR 1998, 61).

77 TAMME, s. 52.

78 HOLLMANN, Hermann, BR Deutschland: *Produktbeobachtungs- Prüfungs- und Warnpflichten für Kraftfahrzeuge und Zubehör*, PHI 90, s. 39–53, s. 39, Sp. 3, (TAMME, s. 52'den naklen). Özellikle, ürünün piyasaya sürülmesinden sonra zaman geçtikçe, müşteriler tarafından yapılan arıza bildirimleri de azalmaktadır. Bunda müşterinin bildirim yapmasında menfaatinin azalması etkili olmaktadır. Bilhassa, garanti süresinin dolmasından sonra müşterilerden gelen bilgi akışında azalma olur. İşte bu hallerde üretici başka bilgi kaynaklarına başvurmalıdır. Burada ürün onarımında kullanılmış yedek parçalar, işletme içi ya da özel servislere yapılan bildirimler araştırılmalıdır. Ayrıca gazete haberleri, uzmanlık konusu yayınlar, mesleki konferanslar, üçüncü kişiler tarafından yapılan testler de takip edilmelidir (FOERSTE, Ulrich, *Deliktische Haftung*, in: Graf von Westfalen Friedrich (Hrsg), *Produkthaftungshandbuch*, Bd. 1, 2. Aufl., München 1997, § 24, N. 294; ROETHLISBERGER, s. 64; LENZE, s. 118.

Üretici gerek müşterilerinden gelen şikayetleri, gerekse kendi yetkili servislerinden gelen hata kayıtlarını merkezi sistemde bir araya getirdikten sonra, global bir raporlama sistemi işletmelidir⁷⁹. Üretici, ancak böyle bir merkezi veri analiz sistemi oluşturması durumunda bir hatanın kapsamının farkına varabilir. Bu merkezi değerlendirme ile sadece münferit bir ürünün mü yoksa bir bütün olarak bir serinin mi hatalı olduğu ortaya çıkarılabilir. Üründeki hatanın türü ve kapsamı, gerekli hallerde üreticiye düşen tehlikeyi giderme yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesinde etkili olacaktır⁸⁰.

Ürünün değeri ve risk derecesi üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde önemli bir yer tutar.

Değeri düşük olan bir ürünle yüksek maliyetli olan ürünün ya da zarar verme ihtimali az olan bir ürünle, zarar verme riski daha yüksek olan ürünün aynı kefeye konulması doğru olmaz.

Gene piyasaya yeni sürülen bir ürün ile, yıllardır piyasada bulunan ürün de bir tutulamaz⁸¹. Piyasaya yeni sürülen ürün söz konusu olduğunda üreticinin aktif ürün gözleme yükümlülüğü daha yüksek olarak değerlendirilmelidir. Çünkü yeni yapımlarda geliştirme ve yapım aşamasında her türlü zarar verici tehlike riskinin ispatlı olarak ihtimal dışı bırakılacağı sürece testler yapılması üreticiden beklenemez⁸².

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğü, sadece bilim ve teknikteki gelişmelerin piyasaya sürülen üründe bir hata olduğunu ortaya çıkarması durumunda tedbir almakla sınırlı değildir. Ürünün gerek kullanıcılar tarafından, gerekse başkaca kişiler tarafından tehlike oluşturacak tarzda kullanılması durumunda, üretici bu tehlikeyi bertaraf etmek için de gerekli önlemleri almak zorundadır⁸³.

⁷⁹ ROETHLISBERGER, s. 64; HOLLIGER-HAGMANN, Eugenie Management der Produkthaftpflicht, Zürich 2001, s. 173 (ROETHLISBERGER, s. 64'den naklen).

⁸⁰ ROETHLISBERGER, s. 64.

⁸¹ Özellikle ürünün yeni bir imalat olması halinde, üreticinin ürün gözleme yükümlülüğü artar (ÖZTAN, s. 156).

⁸² SACK, Rolf, Produzentenhaftung und Produktbeobachtungspflicht, BB 85, 813-819, (814 reSp); TAMME, s. 54.

⁸³ Tek kullanımlık (geri dönüşsüz) cam ambalaj ürünlerinin (şişe) çöplüklerden toplanıp temizlenerek dolumcu firmalara satılması ve tek kullanımlık olmasına rağmen tekrar dolum yapıldığının öğrenilmesi üzerine, cam ambalaj üreticisi toplayıcılara ve onlardan

Tıbbi malzemeler alanında ürün gözleme yükümlülüğü özel bir önemi haizdir. Burada ürün gözleme yükümlülüğü daha sıkıdır. Burada sadece zarar verebilecek yan etkiler ve kullanım riskleri değil, aksine etkili olup olmadığına ilişkin olarak da ürün izlemeye alınmalıdır⁸⁴.

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğü sadece daha önce insanlar üzerinde denenmemiş ilaçlar veya yeni bir konstrüksiyona göre üretilmiş ürünler için değildir. İmalatçı ürünü başka bir hammadde kullanarak üretmeye başlamışsa, örneğin motorlu taşıtların teker lastiklerinde o ana kadar rayon kullanılmakta iken, naylon kullanmaya başlanmışsa ürün piyasaya sürüldükten sonra da ürün gözlenmek zorundadır⁸⁵.

Tehlike yarattığı tespit edilen piyasaya sürülmüş ürün henüz tüketicilerin eline geçmemiş, ara satıcı veya nihai satıcının elinde bulunuyorsa bunlar derhal geri alınmalıdır⁸⁶. Şayet ürün tüketicinin eline geçmiş ise, mümkün olan tüm tedbirler alınarak ürün tüketicin elinden alınmaya çalışılmalıdır.

tekrar kullanım amacıyla satın alan dolumculara karşı dava açmıştır. Bu davada davacı haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz gerekçesiyle toplamanın engellemesini talep etmiştir. Davanın kısmen kabulü üzerine konu Yargıtay'a intikal etmiştir. Yargıtay 11. HD. kullanılmış cam kapların toplanıp tekrar piyasaya arz edilmesinin davacıların pazar payını daraltacağı ve dolayısıyla muhakkak zarara uğrayacaklarını, bunun TTK.m.57/10 hükmü kapsamına girdiğini, geri dönüşümsüz şişelerin atık kontrolü kapsamında belli bir yüzdesinin geri dönüşünün sağlanmak zorunda olması, tekrar toplanıp kullanılması durumunda bu kotaların tutturulmasının zorlaşacağı gerekçesiyle davacının dava açmakta hukuki menfaati olduğunu belirttiikten sonra, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4. maddesi gereğince, bir defa kullanıma mahsus cam kapların tekrar kullanımı nedeniyle üretici ve pazarlamacı firmaların sorumlu tutulabileceği nazara alındığında, böyle bir dava açmakta davacının hukuki yararının bulunduğu ve davalı toplayıcı ile işbirliği halindeki dolumcuların eylemlerinin haksız rekabet teşkil ettiğine hükmetmiştir (Yarg. 11. HD. 01.05.2001 T., 2001/1828 E.-2001/3862 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.tr). Dava daha ziyade haksız rekabet eksenince ele alınmış olmakla birlikte, son kısmında TKHK.m.4 gereğince, bir defa kullanıma mahsus cam kapların tekrar kullanımı nedeniyle üretici ve pazarlamacı firmaların sorumlu tutulabileceğine vurgu yapmış olması konumuz bakımından önemlidir. Üretici, bu tarz kullanımları engellemek için davalar açtığını, girişimlerde bulunduğunu ispatlayarak, kendisini sorumluluktan kurtarabilecektir. Kullanıcılara zarar verebilecek tarzda kullanıma konu edildiğini görmesine rağmen gerekli önlemleri almayan üreticinin de sorumlu tutulması gerekir.

84 ROETHLISBERGER, s. 45. Yazar, bakterilerin arada direnci gelişebileceğinden özellikle antibiyotiklerin sürekli gözlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. (s. 46).

85 ÖZTAN, s. 157; BGH 28.07.1970, BB 1970, s. 1414, 1415.

86 BURKI, Frans, Produktheftpflicht nach schweizerischem und deutschem Recht, Bern 1967, s. 122 (ÖZTAN, s. 160'dan naklen); BGE 31 II II 624; BGE 36 II 19; BGE 41 II 274.

Tüm bu hallerde tehlikenin gerçekleşme derecesinin ne olduğu göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁷.

Üründe düzeltme yapılarak tehlike ortadan kaldırılabiliyorsa, üretici ürünü geri çağırmalı ve gerekli iyileştirmeleri yapmalıdır. Sorun yapısal bir hatadan kaynaklanmayıp, ürünün kullanım şekli tehlike arz ediyorsa gerekli duyurular yapıp tehlike bertaraf edilmelidir⁸⁸.

4- Ürün Gözleme Yükümlülüğüne Uyulmamasının Sonuçları

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğü üreticinin yükümlülüklerinden biri olmakla, üreticinin sorumluluğuna hâkim olan prensipler ve üreticinin yükümlülüklerini ihlal halinde uygulanacak olan yaptırımlar ürün gözleme yükümlülüğünün ihlali halinde de uygulama alanı bulacaktır.

Bu bağlamda zarara uğradığını ileri sürerek talepte bulunan kişi, öncelikle ürünün hatalı olduğunu ve bu hatanın bir zarara yol açtığını ispatla mükelleftir.

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğünü ihlal edip etmediğini ispat etmek, işin doğası gereği zarar görenin etki alanı dışında olduğundan, ondan üreticinin bu yükümlülüğünü yerine getirmediğini ispat etmesi beklenmemelidir. Daha ziyade üretici ürün gözleme yükümlülüğünü yerine getirdiğini, bilim ve teknolojiye ulaşılan düzeyin, piyasaya sürülmesinden sonra ürünün ayıplı olduğunun tespit edilmesine imkân tanınması halinde, bu ayıbın olası zararlı sonuçlarını, ortadan kaldırmak için azami çabayı sarf ettiğini bizzat kendi ispat etmelidir^{89 90}.

⁸⁷ BURKI, s. 122 (ÖZTAN, s. 160'dan naklen).

⁸⁸ Gerek ürünü geri çağırılmasında, gerekse uyarı ile tehliken bertaraf edilebileceği hallerde, tüketicilere nasıl ulaşılacağı hususu somut olayın özelliklerine bağlıdır. Sınırlı sayıda üretilmiş bir ürünün (örneğin özel üretim otomobil) alıcıları da belli ise, bu kişilere mektup yazılarak ulaşılması yeterli olabilir. Buna karşın çok sayıda üretilen ve alıcılarının kim olduklarını tespiti imkân vermeyen ürünler için mektupla ulaşmakta fiili imkânsızlık söz konusudur. Bu hallerde ilan yapılmak suretiyle alıcılara ulaşmak gerekir. Bu ilan somut olayın özellikleri dikkate alınarak gazete, televizyon, internet vs. bir ya da birden fazla medya araçlarından yararlanmak suretiyle gerçekleştirilebilir.

⁸⁹ "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik" m.7'de üreticinin sorumluluktan kurtulma sebepleri maddeler halinde belirtilmiştir. Yönetmeliğin getirdiği sistemde sorumluluktan kurtulma sebeplerinin ispatı üreticiye yüklenmiştir. Ürün gözleme yükümlülüğünün yerine getirildiğinin üretici tarafından ispat edilmesi gerektiğinin kabulü, yönetmeliğin bu hükmü ile de uyumlu olacaktır.

Üreticinin sorumluluğunun uyarı yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması gerekçesine dayandırılması halinde, zarar gören kişi, üreticinin objektif harici durumlara binaen uyarıda bulunmakla yükümlü olduğunu ispat etmelidir⁹¹.

Üretici üründe daha sonra ortaya çıkan bir yapım-bileşim hatasını fark etmiş ve ürünü geri çağırması ise bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Üretici tarafından geri çağırılmasına rağmen, kullanıcının üreticinin bu geri çağırma davetini göz ardı etmesi ve bilahare üründe ortaya çıkan yapım hatasından dolayı bir zarara uğraması halinde, artık üretici geri çağırma işlemini gerçekleştirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Burada en azından üreticinin önceki kusurunu bastırarak derecede kullanıcının birlikte kusuru söz konusudur. Uyarı hatalarında bu daha sarihtir. Bir kullanım kılavuzunun ürün gözlemeye dayalı olarak hatalı olduğunun daha sonra ortaya çıkması üzerine, üretici kullanıcılara yeni kılavuz göndermiş olmasına rağmen, kullanıcının yeni kullanım kılavuzunu göz ardı etmesi durumunda kullanıcı üreticiye karşı herhangi bir talepte bulunamaz. Bu husus uygun düşüğü ölçüde fabrikasyon hatalar hakkında da geçerlidir⁹².

Ürün gözleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda üretici, TKHK ve Yönetmelik hükümlerine göre gelişim riskini ileri sürerek kendisini sorumluluktan kurtaramaz. Kısmi ürün üreticisinin sorumluluğunda ise, kısmi ürün üreticisi, üründeki hatanın nihai malın tasarımı veya nihai ürünün üreticisinin talimatı sebebiyle meydana geldiğini kanıtlayarak kendisini sorumluluktan kurtaramaz (Yönetmelik m. 6/f. 4)⁹³ 94.

90 Ayıbın zararlı sonuçlarını ortadan kaldırmak için azami çabayı gösterdiğini ispat yükünün üreticiye düştüğü hususunda bkz. HAVUTÇU, s.148; ASLAN, s. 219.

91 WAGNER, Gerhard, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Auflage 2004, BGB § 823 Schadensatzpflicht, N. 611.

92 MOLITORIS, Büchting, Beck'sches Rechtsanwaltsanhandbuch,9. Auflage 2007, C.14 Produkthaftung, N. 110.

93 HAVUTÇU, s. 146. Bu düzenlemenin eleştirisi ve bu konudaki tartışmalar için bkz. HAVUTÇU, s.147-148.

94 Bu yaptırımın yanı sıra üretici hakkında 4703 sayılı Kanununun 12 nci maddesinde belirtilen idari para cezaları da uygulanır.

SONUÇ

Bilim ve teknolojinin gereklerine uygun üretim yapmakla üreticinin sorumluluğu sona ermiş olmaz. Üretici ürünün piyasaya sunulmasından sonra da ürünü gözlemek, ürünün risk analizlerini yapmak ve tespit edilen riskleri bertaraf etmek zorundadır.

Üreticinin kendi araştırmaları, öğreti ve kongre vs. gibi mesleki organizasyonlar ile ulaşılan teknik ve bilimsel yenilikleri alması ve piyasaya sürdüğü ürünler daima güncel duruma uygun olacak şekilde, bu yenilikleri güncel üretim sürecinde göz önünde bulundurması ürünün aktif olarak gözlenmesidir.

Üreticinin piyasaya sürdüğü ürünleri izlemesi, gerekli hallerde tehlikenin bertaraf edilmesi için lüzumlu tedbirleri alması ürünün pasif gözlenmesidir. Müşterilerden gelen şikâyetler ürünün güvenlik açıklarının tespiti anlamında büyük önemi haizdir. Üretici, uygun birimler oluşturup kendisine gelen müşteri şikâyetlerini incelemelidir. Üretici sadece kurmuş olduğu birimler vasıtasıyla kendisine gelen şikâyetleri değerlendirerek yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürüp sorumluluktan kurtulamaz. Kendisine gelen şikâyetlerin değerlendirilmesi sonucunda ulaşılan sonuçların üretim sürecine yansıtılması gerekir.

Ürünün gözlenmesi sonucunda, ürünün kullanıcılar tarafından tehlike doğuracak şekilde hatalı kullanımı tespit edildiği takdirde, bu konuda da kullanıcılar uyarılmalıdır.

Üretici piyasaya sürdüğü üründeki tüm hatalara ilişkin olarak ürününü izlemek, ürünün gerek ürünü kullanan müşterilere ve gerekse üçüncü kişilere zarar vermemesi için alınabilecek tüm önlemleri almak zorundadır.

Ürünü gözlemekle yükümlü olan kişi ilk olarak onu üreten üreticidir. Bir ürüne ismini, markasını veya başkaca ayırt edici bir işareti koymak suretiyle kendisini üretici olarak tanıtan kişi de üretici gibi değerlendirilir ve ürün gözleme yükümlülüğü bakımından o da yükümlü tutulur. Üreticinin kim olduğunun tespit edilemediği ve dağıtıcının da malı tedarik ettiği kişinin kimliğini bildirmemesi durumunda üretici yerine geçer ve bu halde ürün gözleme yükümlüsü haline gelir. İthalatçı da üretici gibi görülmeli ve ürün gözlemekle yükümlü olmalıdır.

Ürün gözleme yükümlülüğü ilk üretim ile başlar. Malın piyasaya sürüldüğü andan itibaren on yıl süre ile ürün gözlenmelidir. Bir serinin hatalı olması durumunda bu süre tüm seri için aynı anda başlamaz. Hatalı seriye dâhil her bir parça için, onun piyasaya sürülmesi tarihi esas alınır. Bu on yıllık süre hak düşürücü süredir.

Ürününde kullandığı tüm parçaları kendisi üretmemiş olsa bile, üretici ürününü bir bütün olarak görmek ve bütüne ilişkin olarak ürünü gözlemek zorundadır.

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğü, sadece kendi kullandığı parçalarla sınırlı değildir. Kendi ürettiği ürüne kullanıcılar tarafından –yaygın olarak- aksesuar ekleniyor ve bu aksesuarlar esasında tehlikesiz olan ürünü can ve mal güvenliği bakımından riskli hale getiriyor ise, üretici bu bakımdan da piyasayı gözlemek ve kullanıcılara uyarı yapmak zorundadır.

Ürün piyasaya çıkmadan önce de üreticiye ürün gözleme yükümlülüğü kapsamında sorumluluklar düşmektedir. Üretici, kendi işyerinde mümkün olduğu ölçüde hatasız üretim yapılması için gerekli organizasyonu sağlamalı, bilim ve teknikteki gelişmeleri mutlaka takip etmelidir.

Ürün piyasaya sunulduktan sonra ürün gözleme yükümlülüğü kapsamında hangi tedbirlerin alınması gerektiği hususu somut olayın özelliklerine bağlıdır.

Üretici, kendi ürünlerinin bulunduğu piyasadaki bilgileri toplamak, merkezi bir yerde değerlendirmeye almak zorundadır. Bu bağlamda kayıt sistemi ile bilgi edinilmesi gerekir. Telefonla müşteri şikâyetleri hattı kurulması, E-Posta ile müşterilerden şikâyetlerin kabulü, yetkili servislere gelen ürünün güvenliğine ilişkin şikâyetlerin kendisine aktarılmasının sağlanması vs. yolla üretici ürününe ilişkin güvenlik zafiyetleri hakkında bilgi edinmelidir. Bu yolla kendisine gelen şikâyetler ile servislerde yapılan tamirlerde kullanılan yedek parça vs. analiz edilmeli, bu analizlerden çıkan sonuçları yeni üretime yansıtmalıdır.

Ürün gözleme yükümlülüğü kapsamında gerçekleştirilen faaliyetler sonucunda ürünün tehlike yarattığı tespit edilmiş ise, piyasaya sürülmüş ürün henüz tüketicilerin eline geçmemiş, ara satıcı veya nihai satıcının elinde bulunanları derhal geri alınmalı, tüketicinin eline geçmiş olanlara ilişkin ise, mümkün olan tüm tedbirler alınarak ürün tüketicinin elinden alınmaya çalışılmalıdır.

Üründe düzeltme yapılarak tehlike ortadan kaldırılabiliyorsa, üretici ürünü geri çağırmalı ve gerekli iyileştirmeleri yapmalıdır. Sorun yapısal bir hatadan kaynaklanmayıp, ürünün kullanım şekli tehlike arz ediyorsa gerekli duyurular yapıp tehlike bertaraf edilmelidir.

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğü üreticinin yükümlülüklerinden biri olmakla, üreticinin sorumluluğuna hâkim olan prensipler ve üreticinin yükümlülüklerini ihlal halinde uygulanacak olan yaptırımlar ürün gözleme yükümlülüğünün ihlali halinde de uygulama alanı bulacaktır.

KAYNAKÇA

AKÇURA KARAMAN, Tuba, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitabevi 2006.

ATABEK, Reşat, İmalatçının Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, BATİDER, Haziran 1979; Cilt X, Sayı: 1, s. 159–176.

BORER, Peter, Produktheftung: Der Fehlerbegriff nach deutschem, amerikanischem und europaischem Recht, Bern und Stuttgart 1986.

DIETRICH, Martin, Produktbeobachtungspflicht und Schadensverhütungspflicht der Produzenten, Frankfurt am Main, 1994.

FOERSTE, Ulrich, Deliktische Haftung, in: Graf von Westfalen Friedrich (Hrsg), Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, 2. Aufl., München 1997.

HAVUTÇU, Ayşe, “Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu”, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2005.

HESS, Hans-Joachim, Kommentar zum Produktheftungspflichtgesetz (PrHG), 2. Aufl., Bern 1996.

HOLLMANN, Hermann, BR Deutschland: Produktbeobachtungs- Prüfungs- und Warnpflichten für Kraftfahrzeuge und Zubehör, PHI 90, s. 39–53.

KAPLAN, İbrahim, Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu, Adalet Dergisi, 1977, Sayı: 1–2, s. 78-110.

KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2007.

KLINGER, Max, Die Produktbeobachtungspflicht bezüglich Fremdzubehörteilen, Tübingen 1998.

KNOERCHEN, Andre, Deliktische Rückrufpflicht und Versicherung von Rückrufkosten, s. 6 (http://www.uni-saarland.de/fak1/fr12/csle/publications/2003–10_rueckruf.pdf)

KULLMANN, Hans Joseph-PFISTER, Bernhard, *Produzentenhaftung, ergaenzbares Handbuch zur gesamten Produkthaftpflicht für die juristische Praxis*, Berlin 1980.

LENZE, Stefan, *German Product Liability Law*, in FAIRGRIEVE, Duncan, *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo 2005.

MICHALSKI, Lutz, *Produktbeobachtung und Rückrufpflicht des Produzenten*, in *Betriebs-Berater* 1998, 961.

MOLITORIS, Michael, *Praktische Erfahrungen und rechtliche Überlegungen, zur Produktbeobachtungspflicht*, in *PHi* 2000, s. 33.

ÖZSUNAY, Ergun, *Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu*, *BATİDER*, Haziran 1979, C. X, Sayı: 1, s. 97–158.

ÖZTAN, Bilge, *İmalatçının Sorumluluğu*, Ankara 1982.

REY, Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Zürich 1998.

ROETHLISBERGER, Thomas, *Zivilrechtliche Produktbeobachtungs-, Warn- und Rückrufpflichten der Hersteller*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2003.

SACK, Rolf, *Produzentenhaftung und Produktbeobachtungspflicht*, *BB* 85, 813–819.

SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Produkthaftung, Produkthaftpflichtversicherung, Betriebsorganisation und Risk Management*, *BB* 72 1430–1437.

SPINDLER, Gerald *Beck'scher Online-Kommentar Hrsg: Bamberger/Roth. BeckOK BGB §.*

TAMME, Andreas, *Rückruf Kosten Haftung und Versicherung*, *Hamburger Reihe, Reihe A Rechtswissenschaft*, Verlag Versicherungswirtschaft, Hamburg 1996.

TASCHNER, Hans Cladius/FRIETSCH, Erwin, *Produkthaftungsgesetz und EG Produkthaftungsrichtlinie*, 2. Aufl., München 1990.

WAGNER, Gerhard, *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Auflage 2004.

WEISSBERG, Michael, *Produktaeftpflicht und Versicherungen in der Schweiz*, Gneg's Druck-Egge, Bern 1992.

YAVUZ, Cevdet, *Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı*, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 503–547.

YAVUZ, Cevdet, *Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK.m.4)*, Prof.Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1293–1316.

ZEVLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Tümüyle Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

TEŞHİS VE TEDAVİ SÖZLEŞMESİNDE HEKİMİN HASTAYI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Arş.Gör. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

GİRİŞ

Günümüzde aydınlatma yükümlülüğünün, kanunlarda ve öğretide hekimin meslekî sorumluluğundan olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır¹. Söz konusu yükümlülüğün hastanın sağlık hizmeti aldığı özel ya da kamu hastahanelerinde çalışan hekim tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Teşhis ve tedavi sözleşmesinde, tıbbî teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek olan hekim ve özel sağlık kurum ve kuruluşları bu edimi icra etmeden önce hastayı veya kanuni temsilcisini (veli veya vasi), uygulanacak teşhis ve tedavi konusunda aydınlatmak zorundadır. Bu aydınlatma faaliyeti neticesinde, hasta veya kanuni temsilci, uygulanacak tıbbî teşhis ve tedaviye rıza gösterip göstermeyeceğine karar verir². Hekim veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ancak bu rızayı aldıktan sonra teşhis ve tedavi edimini yerine getirebilir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarının işleticileri de bunu sağlamak ve gerekli ortamı yaratmakla hasta veya kanuni temsilcisine karşı sorumludurlar. Bu nedenle, hekimin tıbbî teşhis ve tedaviye geçmeden önce hastayı veya kanuni temsilcisini aydınlatması, tıbbî olduğu kadar hukuki bir ödev ve yükümlülüktür.

I. AYDINLATMA KAVRAMI VE ÖNEMİ

Hasta ile hekim arasındaki ilişkide tarafların menfaatleri birbiriyle çatışır. Hasta bir taraftan ızdırabının en doğru ve hızlı bir şekilde sona erdirilmesini, hekim de hastalığı en iyi şekilde tespit edip en uygun tedaviyi uygulamakla yükümlüdür. Bu ilişkiye dayanarak, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan bir yükümlülük olarak³ aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hasta-

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1 Roggo, 75.

2 Hakeri, 103; Erman, H, 146; Büyükay, 51.

3 Sarial, 55,56; Ott, 30-34.

nın, uygulanması düşünülen tıbbî teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir⁴. Hekim teşhisi, muhtemel gelişmeye ait tahmin ve tedaviye ilişkin basit, anlaşılır ve dürüstçe gerçekleştirmekle yükümlüdür. Çünkü sadece yeterince bilgi sahibi yapılan hasta, önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilir⁵. Olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeden tıbbî teşhis ve tedaviye muvafakat eden hastanın veya kanuni temsilcinin kendi serbest iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez.

Hasta veya kanuni temsilci tarafından verilen rızanın geçerli olabilmesi için mutlaka tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır⁶. Hasta neye rıza gösterdiğini bildiği takdirde, onun rızası hukuk yönünden geçerli sayılır. Kural olarak, tıbbî müdahale, hastanın tam olarak aydınlatılmasından sonra “aydınlatılmış rıza”nın verilmesi üzerine yapılabilir⁷. Hastanın hekim tarafından yeterince aydınlatılmamış olması, müdahalenin hukuka aykırı olması sonucunu doğurabileceği gibi, aynı zamanda hukuka ve sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden, hekimin kusuru olmasa dahi tedavinin olumsuz sonuçlarından dolayı sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin, hastayı korkutmamak için yapılacak ameliyatın niteliğini gizlemek hukuka aykırı olur⁸.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan “Tıbbî Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmelik Taslağı”nın Bilgilendirme başlığında, “*Bireyin sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbî müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesi*” şeklinde düzenlemede bulunulmuştur.

4 Köprülü, 594; Boran, 97; Krukemeyer/Püschel, 128vd.

5 Bayraktar, 124-125.

6 "... Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değerli olan rızadır" (Y. 4HD. 7.3.77. T, E.6297/K. 2541).

7 Özsunay, 32; Özay, 58; Biggs, 54.

8 Özsunay, 46; Çilingiroğlu, 62; Aşçıoğlu, 35; Hancı, 68.

II. AYDINLATMANIN HUKUKİ DAYANAKLARI

Aydınlatma, hekim ve özel sağlık kurum veya kuruluşları için doğrudan doğruya tıbbî teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan bir borçtur. Alman Hukukunda olduğu gibi⁹ hukukumuzda da hekimin hastayı aydınlatma borcunu düzenleyen genel bir kanun hükmü mevcut değildir. Alman Hukukunda aydınlatma yükümlülüğü, teşhis ve tedavi sözleşmesi yanında Anayasa'nın 2. maddesinde teminat altına alınmış bulunan "*insan haysiyeti*", "*kişiliğin serbestçe geliştirilmesi*"¹⁰ ve dolayısıyla "*kişinin kendi geleceğini bizzat belirlemesine*" dayandırılmaktadır¹¹. Bizim Anayasamızda da Alman Anayasasında paralel olarak bir düzenleme bulunmaktadır. Anayasamızın 17. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*". Maddi ve manevi varlığın, dolayısıyla kişilik hakkını koruma ve geliştirme hakkının içinde "kendi geleceğine ilişkin karar verme hakkı"nın da bulunduğu açıktır. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğüne Türk hukukunda, Anayasa'nın 17. maddesi temel teşkil edebilir¹². Yargıtay, aydınlatma konusunda örnek teşkil edecek kararında¹³, "*hastanın açık ya da zımnî rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir*" şeklinde ifade etmiştir.

İsviçre Hukukunda ise, hekimin aydınlatma yükümlülüğü hakkında ilk karar 1940 yılında alınmıştır. Öğreti ve Federal Mahkeme hekimin aydınlatma yükümlülüğünün çerçevesini ve söz konusu yükümlülüğün özel hukuk veya kamu hukuku alanına mı dâhil olacağı konusunda uzun tartışmalar sonucu geniş ve teferruatlı bir karar açıklanmıştır. Karara göre, "*aydınlatma ödevi sınırlarını, konusu sağlığın korunması ve devam ettirilmesi olan tıp biliminin tanımında bulur. Hekim, hastalığın muhtemel gelişmesine ait tahminlerini ve tedaviye ilişkin hususları basit, anlaşılır bir şekilde ve dürüstçe açıklamakla yükümlüdür. Hasta önerilen tedavinin mahiyeti ve muhtemel*

⁹ Ott, 34.

¹⁰ Çilingiroğlu, 58, 59.

¹¹ Tempel, 611.

¹² Ayan, 73.

¹³ Y.4.HD., T.08.03.1977 E. 1976/6297, K. 1977/2541, YKD., C.4, S.6, Haziran 1978, s. 905 vd.

etkileri hakkında yeterli derecede aydınlatılmalıdır ki, bu tedaviye bilerek rıza gösterebilsin" demek suretiyle, aydınlatma yükümlülüğünü, hastanın rızasının hukuken geçerlilik şartı olarak belirtmiştir¹⁴.

Almanya'da Federal Mahkemenin 1959 yılına kadar verdiği kararlar, somut olaylara ilişkin olduğundan temel prensipleri ortaya koyan ilke kararlarına rastlanılmamaktadır¹⁵. Federal Mahkeme tarafından 1958 yılında verilen ve 2. Elektroşok olarak adlandırılan kararında, hekimin aydınlatma yükümlülüğü konusunda bazı ilkelere yer verilmiştir¹⁶. Söz konusu kararda, aydınlatılacak hastanın "ortalama düzeyde, makul bir hasta" olmasına ve aydınlatma yükümlülüğünün hekim tarafından yerine getirilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Makul hastanın hekimden aydınlatma beklemeyeceği durumlarda hasta aydınlatılmayacaktır¹⁷.

Anayasanın 17. maddesinin yanısıra, İsviçre Hukukunda olduğu gibi, kişilik hakkını koruma amacına yönelik Medeni Kanununun 23 ve 24. maddelerinin de hukuki dayanak olarak kabul edilebilir¹⁸. Anayasa ve Medeni Kanunun yanısıra, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü düzenlendiği özel hükümler de mevcuttur. TŞSTİDK'nun 70. maddesine göre, "*bütün tıbbî müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorunludur. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın, muvafakat beyanından önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gerekir*"¹⁹.

Aydınlatma borcu açısından, hukukumuzda açık hüküm Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15/1 maddesinde yer almıştır. Buna göre; "*Hasta, sağlık durumun, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir*".

¹⁴ Deutsch, (Privileg), 1306; Eichenberger, 179; Geiser, 1145; BGE 105 II.286 vd..

¹⁵ Şenocak, 48.

¹⁶ BGHZ, 29, s. 46 vd. NJW 1958 s. 1811.

¹⁷ Şenocak, 48.

¹⁸ Özsunay, 35; Ayan, 73.

¹⁹ Atabek/Sezen'e göre; yasa koyucu, 1219 sayılı Kanunla büyük ameliyatlar için yazılı izin şartını getirirken "malumat verme külfetini zimnen hekime tahmil etmiş bulunmaktadır"(bkz. Atabek /Sezen, 150).

Söz konusu bu düzenlemeyle açıkça hastanın rızasının alınması gerekliliğine vurgu yapılmıştır.

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinde genel bir hüküm mevcuttur. Söz konusu Nizamnamenin 14/1, 2'ne göre "*hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır*" düzenlemesinde de, hastanın aydınlatılmış rızası aranmaktadır²⁰.

Buna karşın, 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun" da ise, organ ve doku alacak hekimlerin, vericiye, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbî, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi vermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir (m.7).

Ayrıca, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'un 7. maddesi de, hekime, vericiyi aydınlatma yükümlülüğü getirmiştir. Hekim tarafından yapılacak açıklamanın kapsamı söz konusu kanuna dayalı olarak çıkarılmış bulunan 83/7395 sayılı "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük"ün "İzin belgesi" örneğinde gösterilmiştir.

Bu özel düzenlemelerin yanısıra, Dünya Tıp Birliğinin (DTB) Lizbon'da 1981 yılında kabul ettiği altı maddeden oluşan bildirisinin üçüncü maddesinde de hastanın "Uygun ve yeterli ölçüde bilgilendirdikten sonra tedaviyi red veya kabul hakkı" olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Bu bildiriye paralel olarak ülkemizde düzenlenen Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, hasta, kendisine uygulanacak tıbbî işlemler ile bunların muhtemel sonuçları üzerinde bilgi isteme hakkına sahiptir²¹.

Aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili özel hükümlerin yanı sıra, TCK'nın insan üzerinde deney ile ilgili, 90. maddesinde "*Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı olmaması gerekir*" hükmü ile

20 **Ösunay**, 34.Aynı düzenleme Fransız Tıbbî Deontoloji Kanun'unda da bulunmaktadır (m.34).Bkz. **Demirhan/Oğuz/Elçioğlu/Doğan**, 77.

21 "Hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir" (**HHY. m. 15/I**).

üzerinde deney yapılacak kişinin kişilik değerlerinin korunması açısından önemli bir düzenleme niteliğindedir.

III. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ÇEŞİTLERİ

A) GENEL OLARAK

Hasta ile hekim arasında iki menfaat karşılaşır. Bunlardan ilki, hasta kendi geleceğini belirleme hakkından vazgeçmeden eski sağlığına kavuşmak, hekimde meslek kurallarına uygun olarak hastayı tedavi ederek yükümlülüğünü yerine getirmeyi amaçlar²².

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün iki temel amacı söz konusudur. Bunlardan ilki, hasta ile kendisi arasında bir güven ilişkisini tesis etmek ikincisi ise, hastanın kendisine uygulanacak tedavinin olası yan etkilerini de görerek kendisine uygulanacak tedavi konusunda serbestçe karar verebilmesinin sağlanmasıdır²³.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü temel olarak; müdahale ve tedavi aydınlatması olarak doktrinde ikiye ayrılmaktadır²⁴.

B) MÜDAHALE AYDINLATMASI

Müdahale aydınlatmasında, önemli olan hastanın rızasının hekimin kendisine uygulayacağı hukuken vücut bütünlüğünün ihlali olan durumun hukuken uygun hale getirilebilmesidir. Bunun gerçekleşebilmesi için de, hastanın söz konusu tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gerekir. Kişi kendisine uygulanacak müdahaleye kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, karşı çıkabilir. Hekim tarafından hastanın söz konusu bu anayasal hakkı gözetilerek karar vermesi sağlanmalıdır²⁵.

²² Roggo, 77; Ozanoğlu, 64.

²³ Roggo, 77; Wiegand, 143 vd; Hakeri, 115; Başpınar, 197; Mayer-Maly, 667 vd; Kurt, 1097 vd.

²⁴ Laufs/Uhlenbruck, § 62, § 63.

²⁵ Laufs/Uhlenbruck, § 63, N. 1; Wiegand, 127; Roggo, 89; Ozanoğlu, 65; Başpınar, 198; Hakeri, 113.

Ülkemizde, Yargıtay 1977 yılında vermiş olduğu bir kararında, hastanın aydınlatılması konusu ilk kez işlenmiştir²⁶. Buna ilaveten Yargıtay aydınlatma konusundaki son kararında, hastanın aydınlatılması konusunu daha ayrıntılı olarak ele almış ve “...ameliyata rıza gösteren hastanın ameliyat sırasında ve sonrasında ne tür komplikasyonlarla karşı karşıya kalabileceğini belirtmemesinden dolayı hekim tazminat ödemeye mahkum eden ilk derece mahkemesin kararını onamıştır”²⁷. Almanya’da da benzer bir durumda hastanın genel olarak neye rıza gösterdiğini kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin yan etkilerinin olup olmayacağını bilmesinin gerekli olduğuna karar verilmiştir²⁸.

Hekimin, hastaya uygulayacağı müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek aydınlatma, uygulanacak tıbbi müdahalenin bütün özelliklerini taşımalıdır²⁹. Bundan dolayıdır ki, hasta aydınlatma neticesinde, hastalığının ne olduğunu ve buna karşı nelerin yapılabileceğine tam manasıyla vakıf olmalıdır³⁰. Bu sebeple, müdahale aydınlatması bazı alt kategorilerden oluşmaktadır³¹.

1- Teşhis Aydınlatması

Hasta, hastalığını ve hangi hastalık olduğunu bilmelidir³². Hekim, yaptırdığı testler sonucu, elde ettiği bulguları hastaya aktarmakla yükümlüdür³³. Söz konusu bu aydınlatma yapılırken, hastanın yaşı, eğitim seviyesi de göz önünde tutulmalıdır³⁴. Örneğin, hekim olan bir hastaya yapılacak aydınlatma ile tıp ile herhangi bir ilgisi olmayan kişiye yapılacak bilgi verme arasında içerik açısından belli bir fark gözetilmelidir.

26 **Y.4.HD. KT. 07.03.1977, E. 6297,K. 2541, YKD. 1978**, s. 905 vd.

27 **Y. 13HD. E.3743,K. 10746**, (Yayınlanmamıştır).

28 **BGH, NJW 1963**, s. 394.; OLG Koblenz, Az: 5 U 676/05.

29 **Wiegand**, 130.

30 **Roggo**, 89.

31 **Laufs/Uhlenbruck**, § 63, N. 11 vd; **Roggo**, 89; **Wiegand**, 132; **Ayan**, 71–72; **Çilingiroğlu**, 60; **Hakeri**, 115.

32 **Ayan**, 72.

33 **Roggo**, 89; **Hakeri**, 116.

34 **Wiegand**, 132.

Hekim hastasına her türlü hastalığı bildirmekle yükümlüdür. Hasta ölümcül bir hastalığa yakalanmış olsa dahi hastaya söylenmelidir³⁵. Hasta ile hekim arasında yapılan teşhis ve tedavi özleşmesinde, hekim hastasının genetik hastalığından dolayı doğacak çocuğunun özürülü olduğunu teşhis etmişse bunu mutlaka hastasına söylemek zorundadır. Aksi takdirde hekim, özürülü bir çocuğun doğumuna sebep olabilmektedir. Hekim sadece özürülü bir çocuğun doğumunda değil, ana baba henüz ananın hamile kalmasından önceki bir dönemde, hekime başvurarak genetik analizlerinin yapılmasını ve muhtemel olumsuzluklardan kendilerinin haberdar edilmelerini de istemiş olabilirler. Bütün bunlara rağmen hekim kişilerin genetik rahatsızlıklarını ve muhtemel sonuçları konusunda kişileri aydınlatması gerekmektedir. Aksi takdirde, özürülü bir çocuğun doğumuna sebep olabilir³⁶

Hekim organ naklinde de, hastasını, hastalığının ancak organ nakli ile tedavi edilebileceği durumlarda da hastasını bu konuda ayrıntılı bir şekilde aydınlatmalıdır³⁷. Organ naklinin nasıl gerçekleşeceği gerçekleşme sonrası oluşacak yan etkiler konusunda ayrıntılı bir şekilde hasta aydınlatılmalıdır.

2- Süreç Aydınlatması

Teşhise uygun olarak uygulanacak müdahalenin etkileri ve süreci hakkındaki hastanın bilgilendirilmesidir. Burada önemli olan, hastanın müdahale öncesi durumu ile müdahale sonrası durumunun ve hastaya uygulanacak tedavi anahatlarıyla anlatılmalıdır³⁸. Hekim tedavide uygulanacak süreci ayrıntılarıyla anlatmak zorunda değildir. Ancak, hastaya uygulanacak müdahalenin önemli noktalarında bilgi verilmesi yeterli olacaktır³⁹.

Organ nakillerinde süreç aydınlatması, alıcı ve vericiye tıbbi müdahalenin kesin sonuçları da açıklanması şeklinde gerçekleşmelidir. Söz konusu olan bilgiler hekim açısından önemsiz olsa dahi hastaya açıklanmalıdır.

35 Hakeri, 115.

36 Büyükkay, 1 vd.

37 Başpınar, 198.

38 Ayan, 71; Hakeri, 116.

39 Laufs/Uhlenbruck, § 63, N. 16.

Çünkü kişilerin hangi psikolojik durumda buna karar verdiği önceden tahmin etmek mümkün değildir⁴⁰.

3- Riziko Aydınlatması

Hekimin tıp biliminin gerektirdiği bütün özeni göstermesine rağmen hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin kalıcı veya geçici yan etkileri hakkında hastanın bilgilendirilmesidir⁴¹. Hekim meslek kurallarına uygun davranırsa bile, her tıbbi müdahalede, komplikasyonlar veya planlanmayan bazı gelişmeler ortaya çıkabilir. Burada asıl problem, komplikasyonlar hakkında bilgi verilirken sınırların ne şekilde belirleneceğidir⁴². Hastanın hekimi aydınlatmasında, belli ölçütler geliştirilmiştir. Bu alanda geliştirilmiş ölçütlerden hekim hastayı aydınlatırken yararlanması gerekir. Söz konusu ölçütlerden ilki, hastalıkların istatistikî oranlarıdır. Hekim, hastaya hastalığının yüzde veya binde gerçekleşme oranını ayrıntılı bir şekilde anlatmalıdır. Bunun yanı sıra, hastalığın komplikasyonlarının gerçekleşme sıklığı ve ağırlığı da hastaya anlatılmalıdır.

Hekim az rastlanan rizikoları da hastaya anlatmak zorundadır⁴³. Alman Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararında, “*Kadın doğum uzmanının hastasına verdiği ilacın yan etkilerini tam olarak anlatmadığından dolayı hastanın rahatsızlanmasından hekimi sorumlu tutmuştur*”⁴⁴. Aynı şekilde, Yargıtay’da vermiş olduğu bir kararında, “*nadiren de olsa sonucun, rizikonun meydana gelebileceğinin açık olarak hastaya bildirilmesi gerektiğine*” hükmetmiştir⁴⁵. Buna ilaveten hekim, hastaya gerçekleşme ihtimali düşük dahi olsa rizikonun ağırlığını anlatmalıdır⁴⁶. Hekim, riziko aydınlat-

40 Hakeri, 117; Başpınar, 198.

41 Laufs/Uhlenbruck, § 64, N.1; Roggo, 100 vd; Çilingiroğlu, 60; Özsunay, 41; Wiegand, 134.

42 Wiegand, 134.

43 Laufs/Uhlenbruck, § 64, N. 3.

44 BGH Az: VI ZR 289/03;BGH, 17.04.2007 (VI ZR 108/06).

45 Y. 4HD., KT. 07.03.1977, E. 6297/K. 2541, YKD. 1978, s. 909.

46 Deutsch, NJW 1984, s.1309.

masında ölçüt olarak, uygulanacak tıbbi tedavinin rizikosunu ne kadar büyükse aydınlatmanın kapsamını da o kadar büyük tutmalıdır⁴⁷.

Riziko aydınlatma yükümlülüğünün en alt sınırında, estetik operasyonlar gibi, sağlık açısından herhangi bir gerekliliği bulunmayan müdahaleler yer alır. Bu hallerde olası sonuçlar, yan etkiler ve başarısızlık riskine ilişkin hastaya fotoğraflar ve diğer araçlar vasıtasıyla bilgi verilmelidir. Estetik operasyonlarda, en küçük riskler dahi hastaya anlatılmalı, hekim-hasta arasındaki ilişkiden dolayı aydınlatma yükümlülüğünün sınırları nispeten daha sınırlı tutulmalıdır⁴⁸.

Gerçekleşmesi imkânı son derece az veya istisnai tehlikelerin bildirilmesi ise, kural olarak zorunlu değildir⁴⁹. Müdahaleden önce öngörülmesi imkânı bulunmayan veya tıp biliminin henüz tanınmamış tehlikeler için de aynı esas geçerlidir. Keza her tıbbî müdahalede ve özellikle ameliyatlarda rastlanması mümkün hafif ve geçici zarar ve tehlikelerin bildirilmesinden vazgeçilebilir⁵⁰.

C) TEDAVİ AYDINLATMASI

Tedavi aydınlatması, müdahale aydınlatmasına göre özellik arzeder. Tedavi aydınlatmasında asıl amaç, hastanın rızasının alınması değildir. İşte bu noktada tedavi aydınlatması, müdahale aydınlatmasından ayrılır⁵¹. Burada asıl amaç, hastanın sağlığına ilişkin menfaatlerin gerçekleştirilmesidir⁵².

Tedavi aydınlatmasında hekim, hastasına tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgi verir. Tedavinin gerçekleşme başarısı veya sağlığa yönelik tehlikelerin önlenmesi için belirli davranış şekillerine uyulması gerektiği konusunda bilgi verir⁵³. Bu anlamda, tedavi aydınlatmasıyla ulaşılmak iste-

⁴⁷ Ozanoğlu, 68.

⁴⁸ Özay, 63; Çakmut, 182; Şenocak, 46 vd; Sarıal, 57; OLG Hamm 3 U 35/05; OLG Düsseldorf, Az: 8 U 18/02.

⁴⁹ Ott, 37; Müdahale herhangi bir tehlike taşıyorsa, yine aydınlatma borcu yoktur (Deutsch, Zeitpunkt, 1905).

⁵⁰ Tempel, 613.

⁵¹ Hakeri, 109.

⁵² Laufs/Uhlenbruck, § 62, N. 1 vd.

⁵³ Hakeri, 109.

nen amaç hastayı kendi durumu, ilaçların etkileri ya da iyileşme sürecinin işleyişi konusunda bilgilendirmek suretiyle hastanın işin özüne uyan ve doğru davranışta bulunmasını sağlamaktır⁵⁴.

Tedavi açıklaması hekimin, hastaya karşı yükümlü olduğu sağlık hizmetinin önemli bir bölümünü teşkil eder. Hekimin hastasına vereceği bilgiler tıbben gerekli olanı mümkün kılmalı, onu hazırlamalı veya desteklemelidir. Hekim, hastasını doğabilecek zararlardan da korumalıdır⁵⁵. Çünkü uygulanacak bazı tedavi yöntemleri, hastayı dönüşü olmayan bir yola sürükleyecektir. Bundan dolayıdır ki cinsiyet değişikliği ameliyatlarında tedavi aydınlatması oldukça önemlidir. Çünkü bu durumlarda hastalar dönüşü olmayan bir yola girmektedirler. Cinsiyet değişikliği TMK. m. 40/1/2.c.'e göre, “*kişinin cinsiyet değişikliği ile ilgili olarak mahkemeye sunacağı raporada, kişinin transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunun ve başvuranın üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmasının saptanmış olduğu tespit edilmelidir*”. Hekim cinsiyet değişikliğinde bulunmak isteyen kişiyi uzun süre gözetim altında tutmalı ve kişinin ruhen ve bedenen özellikle de dış görünüş açısından gerçekten cinsiyet değiştirmeye hazır olduğuna kanaat getirinceye kadar hastaya gerekli aydınlatmalar yapmalıdır⁵⁶.

Tedavi aydınlatması, bazı hastalıklar açısından özel önem taşımaktadır. Örneğin, prenatal tanı yöntemlerinin kullanılması ile cenindeki bir rahatsızlığın teşhis edilmesi durumunda, hasta, söz konusu rahatsızlık hakkında etraflıca bilgilendirilmelidir. Teşhis edilen bazı hastalıkların tedavi imkânının bulunması, bazılarının henüz tedavi imkânlarının bulunmayışı, hastanın söz konusu tedaviye rıza göstermesi bakımından esas teşkil edecek olan, tedavi aydınlatmasının kusursuz yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Örneğin, ceninin beyin gelişiminin tamamlanmadığının tespiti durumunda, hastanın kürtaja karar vermesi büyük bir olasılık iken, ceninin kalp rahatsızlığının tespitinde tedavinin gerçekleşme ihtimalinin yüksek olmasında kürtaj talep edilmeyecektir⁵⁷. Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere tedavi aydınlatmasının hekim

54 **Wiegand**, 128; **Laufs/Uhlenbruck**, § 62, N. 1 vd.

55 **Laufs/Uhlenbruck**, § 62, N.1 vd.

56 **Dural/Öğüz**, 117.

57 **Büyükay**, 56.

tarafından hastaya, söz konusu hastalığa ve hastanın özel durumuna uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Tedavi aydınlatmasının kapsamına hekimin hastanın tedavisinde kullanılacak olan, ilaç kullanımı da dâhildir. Hekim hastasının kullanacağı ilaçların doğabilecek etkileri konusunda hastasına gerekli açıklamaları yapmakla yükümlüdür. Söz konusu açıklama hastaya uygulanacak ilacın tehlikesi oranında geniş tutulmalıdır⁵⁸. Hekim söz konusu tehlikeli ilaçların kullanımında, gerekirse hastasına gerekli tedbirleri de uygulamakla yükümlüdür⁵⁹. Hekim hastaya ilacı bizzat uyguluyorsa, hastaya bizzat söz konusu ilacın etkileri hakkında bilgi vermek zorundadır. Örneğin, hastaya yapılan penisilin iğnesinde, söz konusu ilaca karşı bazı kişilerin alerjisi olduğu, böyle bir testi kendisinin yaptırıp yaptırmadığının sorulmasında olduğu gibi. Buna karşın hekim ilacı sadece reçeteye yazmış ise, bu durumda aydınlatma yükümlülüğü hekim ve üretici firmanın üzerindedir. Hekim tarafından hastaya bulaşıcı bir hastalığın önlenmesi için aşı yapılması durumlarında da, hekim hastaya gerekli olan bütün bilgileri vermekle yükümlüdür⁶⁰. Ayrıca, hasta kendisinin kullanacağı ilacın muhtemel yan etkileri ve kullanıldığında göstereceği tehlikeler konusunda bizzat hekim tarafından aydınlatılmalıdır⁶¹.

Bütün bunlara ilaveten, hekim tedavi aydınlatması kapsamında, hastasına bir tedavi veya tıbbi müdahaleden sonra araba kullanmasının tehlike teşkil edip etmemesi ve kendisine uygulanacak tedavi sonucu araba kullanma yeteneğinde azalma olup olmayacağı konusunda gerekli bilgileri hastaya bilgi vermekle de yükümlüdür⁶².

58 **Laufs/Uhlenbruck**, § 62, N. 8.; İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, AIDS hastasına verilen ilacın yan etkilerinin tam manasıyla anlatılmaması sonucu hastanın sol ayağının kesilmesi sonucu tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimi ilacın yan etkilerini tam manasıyla anlatmamasından sorumlu tutmuştur (**BGE 27.11.2001, 4C. 229/2000, Conti, 1285 vd**).

59 **BGH NJW 1970**, 511.

60 **Dittmann**, 1175.

61 **Hakeri**, 112.

62 **Laufs/Uhlenbruck**, § 62, N. 14.

D) ÖZEL AYDINLATMA TÜRLERİ

Doktrinde⁶³ hekimlerin hastalarını, tedavi veya operasyonun maliyeti⁶⁴ ve bu kapsamda ekonomik planda tedavinin özellikleri ve sonuçları hakkında aydınlatılması gereği üzerinde durulmuştur. Buradaki maliyet, faturada yazabilecek ya da kendine ait olabilecek masrafları içerir; aydınlatmanın bu çeşidinden amaç hastayı ekonomik olmayan masraflardan korumaktır⁶⁵. Estetik ameliyatlarda da hekim, muhtemelen söz konusu masrafların sigorta tarafından karşılanmayacağını kesin bir dille hastasına bildirmelidir⁶⁶.

IV. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Türk hukukunda hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde, aydınlatmanın kapsamını belirleyen genel bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, “*Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve diş tabibi hastasına ümit vererek, teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur. Meş'um bir prognostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir prognostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir*”.

⁶³ Roggo, 81; Wiegand, 129–130; Scholz, 649; Ott, 35.

⁶⁴ “...Federal Mahkeme'nin **Obiter Dictum** olarak belirttiğine göre hastaya bilgi verme ameliyatın maliyetine (ATF 114 Ia 350 consid. 6p. 358/359) veya ekonomik planda tedavinin özelliklerine dair de olmalıdır. Kanton yargısı kararlarında, sigortalı bunu bizzat anlayacak durumda değilse, tedavi masraflarının hastalık sandıkları tarafından karşılanacağını hastasına hatalı olarak bildiren hekimin sorumluluğu kabul edilmiştir. (Jugement du 30 juin 1988 du Bezirksgericht de Zürich, in ZR 88 (1989), no. 27, p. 86; Jugement du 6 février 1964 de l'Appellationsgericht de Bâle-vile, in SJ 60 (1964), no. 232, p. 344.); AG Pforzheim, Urt. V. 07.5.2002–8 C 221/01, naklen MedR 2003, Heft, 4, s. 234.

⁶⁵ Scholz, 650; İpekyüz, 81.

⁶⁶ LG Bremen, NJW 1991, 2353.

Aydınlatmanın kapsamı alanında, Hasta HaklarıYönetmeliğinde de bir kural söz konusudur. Buna göre, “ *Hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır*”(HHY.m. 31). Bunlara ilaveten Hekimin Meslek Etiği Kurallarının m. 26’da da aydınlatmanın kapsamı hakkında bir düzenleme bulunmaktadır⁶⁷. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, belirlenirken kanunda herhangi bir düzenleme bulunuyorsa, söz konusu bu düzenleme geçerli olur. Ancak, ülkemiz gibi herhangi bir düzenleme olmayan hallerde, ülkenin sosyo- kültürel yapısı aydınlatmanın kapsamını belirlemede önemli bir ölçüttür⁶⁸.

Aydınlatmanın kapsamı belli durumlarda genişleyebileceği gibi belli bazı durumlarda ise, daralabilir⁶⁹. Aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde, müdahalenin acilliği ve rizikonun ağırlığı önemlidir. Tıbbi müdahalenin gerekliliği azaldıkça, aydınlatmanın kapsamı daralır⁷⁰. Bunun nedeni, hastanın sağlığının daha önemli olması ve tıbbi müdahalenin yapılması zorunluluğunun bulunmasıdır. Hekim, bu durumda makul ve ortalama bir hastanın tıbbi müdahaleye rıza vereceği düşüncesiyle hareket etmektedir⁷¹. Tıbbi müdahalenin, acil olmadığı tehlikeli olduğu ya da kimi estetik operasyonlar gibi tedavi amacı taşımadığı durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir⁷². Riziko arttıkça, aydınlatma ayrıntılı olacak,

67 Hekim, **a.** Hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, **b.** Önerilen tedavi yönteminin türü, **c.** Başarı şansı ve süresi, **d.** Tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, **e.** Verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, **f.** Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, **g.** Olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında, hastasını aydınlatır. (HME.m. 26).

68 **Ozanoğlu**, 70; **Ayan**, 75; **Bayraktar**, 128, dpn. 39 (Y. 4HD. KT, 17.10.1964, E. 6458/K.4925); **Dural/Ögüz**, 103; **Büyüksağış**, 125; **Özel/Özcan**, 64.

69 **Deryal**, 3; **Reisoğlu**, 5.

70 **Özsunay**, 39; **Ayan**, 76; **Çilingiroğlu**, 65; **Büyükay**, 62;

71 **Çakmut**, 253; “ Bu durumda hekim rıza almaksızın ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeksizin tıbbi müdahalede bulunacaktır. Acil durumlarda hekim yanlış tedavi nedeniyle hastanın zarara uğramasına neden olursa haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu doğacaktır. Ancak, hasta ile arasında daha önce kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin olması ve bu sözleşme ilişkisine dayanarak yapılan tıbbi müdahale sırasında oluşan bir durum nedeniyle hastanın rızası alınmaksızın yeni müdahale gerekmişse, hastanın yeni müdahale sırasında (ameliyat sırasında) zarar doğması halinde hekimin sorumluluğu sözleşme ilişkisine göre belirlenecektir” (**Büyüksağış**, 119).

72 **Şenocak**, 51, **Çakmut**, 15.

riziko azaldıkça aydınlatma da daha genel olur⁷³. Bunlara ilaveten, dönüşü olmayan, cinsiyet değişikliği, doku organ ve embriyon aktarmaları gibi önemli tıbbi müdahalelerde, aydınlatmanın kapsamı, daha da genişleyecektir⁷⁴.

Geleneksel bir ameliyat yöntemini uygulamak isteyen hekim, literatürdeki buna karşı ileri sürülmüş önemli itirazlar varsa, bunları da hastaya bildirmelidir⁷⁵. Bu esas sadece cerrahi müdahaleler için değil, teşhis amacına yönelik müdahaleler, ilaçla tedaviler ve genel narkozdan ayrılıp özel tehlikeleri bünyesinde taşıyan narkoz faaliyetleri için de geçerlidir⁷⁶.

Uygulanması düşünülen tıbbî müdahalenin şekli, kapsamı ve başarı şansı yanında, hastaya, bunun zorunlu ve muhtemel sonuçları da bildirilmelidir⁷⁷. Ağır ve kalıcı zararlardan hasta habedar edilmelidir. Ayrıca, bu tip genel ameliyat riskleri yanında, hastanın durumundan veya somut olayın özelliklerinden kaynaklanan tehlikeler anlatılmalıdır⁷⁸. Hekimin, değişik tedavi yöntemlerini uygulama imkânı varsa, bunların şanslarını ve risklerini açıklamalı, karşılıklı değerlerini tartıp ortaya koymalıdır⁷⁹. İlaçla tedavi veya ameliyat yöntemlerinden hangisini uygulayacağını belirtmelidir⁸⁰. Yaşamsal tehlikesi az olan, ancak tıbbî endikasyonu bulunan müdahaleler söz konusu olduğunda da hafif risklerin de hasta ile tartışılması gerekir. Hekimin, hastayı nadir görülen riskler hakkında da aydınlatması gerekir. Geri dönülmez sonuçlar doğurabilecek müdahalelerde, aydınlatmanın kapsamı genişlemeli, hastanın neye rıza gösterdiğinin tam olarak kavranması sağlanmalıdır⁸¹. Ayrıca, önerilen teşhis veya tedavi yöntemi reddedildiği takdirde ortaya çıkabilecek

73 **Hakeri**, 132; **Tempel**, 612; **Özsunay**, 40; **Ayan**, 77; **Çilingiroğlu**, 66.

74 **Hakeri**, 133; **Ayan**, 77; **Çilingiroğlu**, 66.

75 **BGH, NJW 1978, 587.**

76 **Tempel**, 613; **Köprülü**, 593.

77 **Ertaş**, 188.

78 **Deutsch, Aufklärungsprobleme**, s. 2587.

79 “Hekim tarafından uygulanacak tıbbi müdahalenin alternatifleri, hastaya anlatılmalıdır. Hasta ona göre seçimini yapacaktır. (OLG Dresden, 23.10.2003–4 U 80/03).

80 **Kuhn**, 479.

81 **Erman**; 112.

olumsuz gelişmeler de ayrıntılı bir şekilde hastaya anlatılmalıdır⁸². Hekim söz konusu olan bütün bu bilgileri aktarırken hastanın anlayabileceği bir dil kullanılmalıdır⁸³.

Hastanın daha önce benzeri bir müdahaleye tabi olmuş olması, hastanın da bizzat müdahale konusunda bilgili bir hekim olması durumlarında aydınlatma borcu tamamen ortadan kalkacaktır⁸⁴. Hastanın açıkça ve serbest iradesiyle aydınlatmadan feragat etmesi⁸⁵, ile aciliyet gerektiren hallerdeki zaruret halinde de aydınlatma borcu tamamen ortadan kalkacaktır⁸⁶. Hastanın küçük veya temyiz kudretinin olmaması durumlarında, kanunî temsilcinin hakkını kötüye kullanarak rızasını beyan etmemesi durumunda, rızasından vazgeçileceği ve bu durumun aydınlatma ödevinin istisnasını teşkil edeceği belirtilmiştir⁸⁷. Hastanın ölümcül bir hastalığa düşürülmesi durumunda aydınlatmanın anlamsız kalacağı açıksa, hastanın ıstırabını azaltmak amacıyla aydınlatma ödevinden vazgeçilebileceği belirtilmektedir⁸⁸.

V. AYDINLATILACAK KİŞİ

Aydınlatılacak kişi, rıza vermenin hukuka uygunluk sebebi olarak geçerli olabilmesi için mutlaka hasta olmalıdır⁸⁹. Çünkü rızada bulunma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardadır. Söz konusu haklarda kullanılırken kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekir. Hekim, hastanın küçük, bilincinin kapalı olması

82 **Deutsch**, (Aufklärungsprobleme), 2585-2586.

83 **Hancı**, 68; **Bayraktar**, 128.

84 **Aşçıoğlu**, 34; **Hancı**, 57; **Helvacı**, 108; **Arpacı**, 114.

85 **Aşçıoğlu**, 34; **Özsunay**, 44 “Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi halinde aydınlatma ödevi son bulur”, temel bilgileri okuyan, ancak hastalığı hakkında soru sormayan hastanın durumunu “zararın doğumuna birlikte sebep olma” haline örnek olarak ileri sürmüştür (**Özsunay**, 58).**Dural/Öğüz**’e göre ise, hastanın aydınlatılma hakkından feragat etmesi halinde dahi, hayati tehlike varsa, hasta aydınlatılmalıdır(s.101). Aynı görüşte, **Arpacı**, 114.

86 Türk Tabipler Birliği hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m.27 “...hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmeyeceğine hekim karar verir...”.

87 **Özsunay**, 45; **Kayalı**, 40.

88 **Özsunay**, 45.

89 **Ozanoğlu**, 72; **Büyükay**, 63; **Hakeri**, 128;

gibi durumlarda aydınlatma yükümlülüğünü hastanın yakınlarına karşı yerine getirmelidir. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmesi bakımından hasta veya kanuni temsilciye, tıbbî bulgular ve teşhis hakkında açıklayıcı bilgilerin verilmesi gerekir⁹⁰. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği 15/II’de yer almıştır. Buna göre, “Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenebilir”. Ancak, kanun maddesinde sayılan hallerin olmadığı durumlarda, hasta yerine yakınlarının aydınlatılması, hastanın aydınlatılması yerine geçmez. Hekim, hastasına onun ruhsal durumunu koruyacak şekilde aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir⁹¹.

Hastanın küçük olması durumunda teşhis ve tedavi sözleşmesi küçüğün ana ve babası bunlar bulunmuyorsa, kanuni temsilcisi ile yapılacağından, hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğü de onlara karşı gerçekleşecektir⁹². Tam ehliyetsizlerde de aydınlatılacak kişi, kanuni temsilcidir. Bunların yanı sıra, mümeyyiz küçüklerin kanuni temsilcilerinin izinleri olmadan sözleşme yapıp yapamayacakları doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, mümeyyiz küçükler, kanuni temsilcilerinin onayı alınmaksızın teşhis ve tedavi sözleşmesi yapabilirler⁹³. Ancak, kanuni temsilcilerine de bilgi verilebilir. Bu durumda, hekim aydınlatma yükümlülüğünü mümeyyiz küçüğe karşı yerine getirecektir. Bu görüşün temeli, tıbbi tedavilere karşı verilecek rızanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasıdır. Bu hakkı kullanabilmesi için de kişinin mümeyyiz olması yeterlidir⁹⁴.

Bir başka görüşe göre, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumlarında onların mümeyyiz olup olmadıkları göz önüne alınmaksızın kanuni temsilcilerinin rızaları alınır. Bu görüşün gerekçesi ise, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesindeki, “...Hasta küçük veya

⁹⁰ **Deutsch**, 1305.

⁹¹ **BGH NJW 1989**, 2318, 2319, “ Mahkeme kararında hekimin hastaya ilişkin bulguları yakınlarına aktarmasının ayrıca hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali olduğunda işaret edilmiş, ancak konu çok fazla irdelenmemiştir, **NJW, 2319**”

⁹² **Ozanoğlu**, 72.

⁹³ **Şenocak, (Küçük)**, 79, 80.

⁹⁴ **Şenocak**, 79.

tahtı hacirde ise veli veya vasinin evve lemirden muvafakatini alırlar” ifadesi gösterilmektedir. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 26. maddesinde, Küçük ya da kısıtlının mümkün olduğu ölçüde dinlenilmesi öngörülmüştür. Madde metninde sadece dinlenilmeden bahsedildiği için, hekim küçük ya da kısıtlının beyanı ile bağlı değildir⁹⁵.

Bir diğer görüşe göre ise, küçüğe karşı yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşebilmesi için küçüğün mümeyyiz olup olmadığına bakılmaksızın kanuni temsilcinin de rızasının alınması gerekir. Her ne kadar rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak ise de, kanuni temsilcinin küçüğün gelişiminde önemli olacak tıbbi müdahaleler hakkında bilgi edinmesi gerekir⁹⁶. Kanaatimizce de, her iki tarafın menfaatleri tartıldığında bu son görüşün daha isabetlidir.

Hekim tarafından aydınlatılacak hasta, yabancı uyruklu olursa ve hekimle aynı dili konuşmıyorsa bu durum ikiye ayrılarak incelenmelidir. Eğer hasta hastalığının belirtilerini hekimin anlayabileceği şekilde tanımlayabiliyorsa, bu durumda hekimin tercüman kullanmasına gerek yoktur⁹⁷. Ancak, hekim hasta ile iletişim kuramayacağını anlamışsa, bu durumda tercüman kullanması gerekir. Aksi takdirde hekimin sorumluluğu söz konusu olur⁹⁸.

Hastanın hastalığının gerekli testler sonucu tespitinden sonra, yapılacak tedavi aydınlatmasının hastanın anlayacağı bir şekilde olması gerekmektedir. Buna ilaveten hastanın kendisine öngörülen tedavi uygulanmadığı takdirde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlarda anlatılmalıdır⁹⁹.

VI. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜ

Aydınlatma yükümlülüğü, öğretici ve mahkeme kararlarına göre, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekime aittir¹⁰⁰. Hekim, eğer taraflar ara-

⁹⁵ Dural/Öğüz, 98; Reisoğlu, 4.

⁹⁶ Ozanoğlu, 72; Reisoğlu, 5; Özsunay, 51; Atabek/Sezen, 150; Büyükkay, 66.

⁹⁷ Laufs, 1762.

⁹⁸ Giesen, 18.

⁹⁹ Büyükkay, 56.

¹⁰⁰ BGE 117 II 197, 203 E. 3b; “Hekim, hastasına öngörülen tedavi sürecinin riskleri ve türü hakkında bilgi vermekle yükümlüdür”; BGE 108 II 59, 61 E. 2; Başpınar, 200; Ozanoğlu, 72; Y.13HD.KT. 05.04.1993. E. 1993/131, K. 2741 (naklen, Yılmaz, 41).

sında sözleşme söz konusu ise, sözleşmenin tarafı sıfatı ile aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecektir¹⁰¹. Ancak hekim, kamu hastanelerinde çalışan ise, çalışma saatinde müdahale edeceği hastasını bizzat aydınlatmakla yükümlüdür. Hekimin bizzat aydınlatma yükümlülüğüne, Hasta Hakları Yönetmeliği m.15'te de yer verilmiştir. Buna göre, “ hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir”.

Hekim aydınlatma yükümlülüğünü bizzat kendisi yerine getirip diğer sağlık personeline bırakmamalıdır¹⁰². Bu anlamda hemşirelerin aydınlatma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Hemşirenin görev alanına giren kan alma, tansiyon ölçme gibi sağlıkla ilgili müdahalelerde, hemşirenin hastayı aydınlatma yükümlülüğü kaçınılmazdır. Hekimin yanında çalışan ancak hekim olmayan personelin yaptığı aydınlatma kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak, söz konusu personel, yeterli bilgi ile donatılmış ise hastaya gerekli aydınlatma kendileri tarafından yapılabilir¹⁰³. Anestezi uygulanacağı hallerde, anestezi hekiminin de anesteziye ilişkin aydınlatmayı yapması gerekir¹⁰⁴. Bir klinikte birden fazla hekim bir arada çalışıyorlarsa, aydınlatmayı kimin yapacağı tartışmalıdır. Bu durumda aydınlatma hâkim görüşe göre kıdemi en yüksek olan hekime aittir¹⁰⁵.

VII. AYDINLATMA ZAMANI VE ŞEKLİ

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam manasıyla yerine getirebilmesi için aydınlatmanın zamanı önem taşır. Aydınlatmanın zamanı, her somut olay göz önüne alınarak gerçekleştirilir¹⁰⁶. Aydınlatma, hastanın karar ver-

¹⁰¹ Tempel, 610 vd.; Roggo, 151.

¹⁰² Zeytin, 1154, 1155; BGE 116 II 519vd “Karara konu olan olayda, hekim yanında çalışan yardımcı prsonelin düşen ve vücudunda kırık olan küçük çocuğun annesine telefonda bilgi vermesi sonucu asıl müdahalenin gecikmesinden dolayı çocuğun ciddi beyin zararına geç müdahale edilmiştir”; Hakeri, 129; “Hekim yardımcı kişilere kimi işleri bırakabilir. Ancak, asıl tıbbi müdahaleyi hekim yapmalıdır” (İpekyüz, 95); Laufs/Uhlenbruck, § 66, N. 1.

¹⁰³ BGE 116 II 519 vd.

¹⁰⁴ Hakeri, 130.

¹⁰⁵ Roggo, 153; Hart, 48.

¹⁰⁶ Ozanoğlu, 74; Çakmut, 225.

me açısından zaman baskısını hissetmeyeceği bir anda yapılmalıdır¹⁰⁷. Bundan dolayıdır ki aydınlatma, uzun süredir planlanan bir ameliyatta müdahaleden birkaç gün evvelinde olmamalıdır¹⁰⁸. Aydınlatma, tıbbî müdahaleye izin verilmeden önce, hastaya yeterince düşünebilecek zamanı bırakmak suretiyle yapılır¹⁰⁹. Hastanın danışmak istediği yakınlarının veya diğer görüşlerine değer verdiği kişilerin fikirlerini de alabilmek, en önemlisi hastanın tıbbî müdahaleyi kabul veya red edebilmesi için makul bir süre tanınmalıdır¹¹⁰. Bu nedenle, durum acil olmadıkça, ameliyat masasında yapılacak bir aydınlatma kabule şayan olamaz¹¹¹.

Aydınlatma borcunun yerine getirilmesinde esas, şekil serbestisidir. Kural olarak, aydınlatmanın yazılı olmasını gerektiren herhangi bir kural bulunmamaktadır. Uygulamada aydınlatmanın yazılı olması gerektiğini belirtenlerin yanında sözlü aydınlatmanın da yeterli olacağını söyleyenler ve nihayet her iki aydınlatma şeklinin de bir arada olabileceğini belirtenler de bulunmaktadır¹¹². Yazılı aydınlatmalar iki şekilde olabilmektedirler. Bunlardan ilki, formüller denilen aydınlatma şeklidir. Burada hastaya hastalığının teşhisi, teşhise uygun olarak uygulanacak tedavi ve yapılacak tıbbî müdahaleye ilişkin bilgilerin yer aldığı bir formüller verilmektedir. Hasta ilgili metni okur ve imzalar bu şekilde hastanın aydınlatılması tamamlanır. Ancak söz konusu durum ispat kolaylığı sağlamasın yanı sıra, söz konusu formüllerin güvensizlik yarattığı gerekçesiyle eleştirilmişlerdir¹¹³. Diğer bir yazılı aydınlatma şekli ise, broşür aydınlatmasıdır. Hastalara hastalıkları ile ilgili olan broşürler dağıtılır ve broşürde kendisine uygulanacak tedavi metodları yer alır. Hastaya verilen söz konusu broşürlerden sonra hekim hastasına karşı bir

¹⁰⁷ İpekyüz, 84; Erman, 104.

¹⁰⁸ Scholz, 650.

¹⁰⁹ Çilingiroğlu, 70; Özay, 63.

¹¹⁰ Özsunay, 52; Polat, 96.; Ozanoğlu, 73; Roggo, 204; Wiegand, 156; Çilingiroğlu, 71; Ayan, 83; Deutsch, NJW 1978, 1907.

¹¹¹ Deryal, 5.

¹¹² BGH NJW 2000, 1784; Büyükaç, 64.

¹¹³ “Formüllerler hastalarda güvensizlik yaratmaktadırlar. Çünkü formüllerler sözlü aydınlatmanın yerine geçememektedirler. Ayrıca, sorumluluk davasında hastanın, hastaneye kabulü sırasında ya da ameliyattan önce sözlü olarak aydınlatılmış olmadığı saptandığında, hastadan sadece bir imza alınmış olması, hekimin sorumluluktan kurtulmasını da sağlayamamaktadır” (Tempel, NJW 1980, 615).

konuşma yapar¹¹⁴. Ancak bu aydınlatma şekli de, uygulamada çok başarılı olmaz eleştirisine uğramıştır¹¹⁵. Çünkü öğrenim seviyesi düşük birinin söz konusu broşürü okuyup okumadığından kimse emin olamaz. Ayrıca, broşürlerde yer alan fazla bilgi sonrası evhamlı hastaların korkuya kapılmalarına sebep olabilir düşüncesiyle broşür aydınlatması eleştirilmiştir¹¹⁶.

Yazılı aydınlatmaya getirilen eleştiriler sonrası hasta ve hekim arasında sözlü aydınlatmanın olması tavsiye edilmiştir¹¹⁷. Söz konusu bu aydınlatma taraflar arasında güven ilişkisinin kurulmasını sağlar. Ancak söz konusu aydınlatmanın ispat zorluğundan dolayı doktrinde yazılı ve sözlü aydınlatmanın bir arada yapılması gereği üzerinde durulmaktadır¹¹⁸. Hatta tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimin hastayı aydınlatması sırasında diğer hekim ve hemşirenin de bulunması tavsiye edilmektedir¹¹⁹.

VIII. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ORTADAN KALKTIĞI HALLER

Aydınlatma zorunluluğunun bulunmadığı ilk hal hastanın, hastanın aydınlatılmaktan hukuksal olarak vazgeçmesidir. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 20’de sadece teşhis aydınlatılmasından vazgeçilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre; “*ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir*”.

Hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesi, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın “bilgilendirme” başlıklı m. 27’de de düzenlenmiştir. Buna göre; “*Hasta hastalığı hakkında bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar*

¹¹⁴ Alman Federal Mahkemesi’nin “kademeli aydınlatma” içrihadının bu modelden esinlendiği söylenebilir”, **Özsunay, Aydınlatma**, 53.

¹¹⁵ **İpekyüz**, 87;

¹¹⁶ **Özsunay, Aydınlatma**, 53; **Ayan**, 84; **Ott**, 135–137.

¹¹⁷ **Ozanoğlu**, 73; **Başpınar**, 292.

¹¹⁸ **İpekyüz**, 87.

¹¹⁹ **Özsunay, Aydınlatma**, 54.

için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmediğine hekim karar verir”. Aydınlatmadan vazgeçme açık olmalıdır, zımnî vazgeçme geçerli değildir. Keza hasta için hayati önemdeki ve geri dönülemez sonuçlar taşıyan tıbbî müdahaleler ile tıbbî standardın dışındaki müdahalelere ilişkin aydınlatmadan vazgeçme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir¹²⁰.

Hasta önceden hastalığı hakkında ve kendisine uygulanacak müdahaleye ilişkin olarak yeterli bilgiye sahip olabilir. Hastanın meslekî eğitimi, müdahalenin niteliği, daha önceden başka bir hekim tarafından iyice aydınlatılmış olması durumunda, hekim, hastanın gerekli bilgilere sahip olduğunu görerek aydınlatma görevini yerine getirmeyebilir¹²¹. Yargıtay bir kararında, “*beynin içindeki urun alınmasına yönelik bir ameliyatın ağır ve ciddi bir ameliyat olduğunu hastanın bilmediğini kabul etmenin mümkün olmadığını belirtmiştir*”¹²². Bu durumlarda dahi hastayla ilgili özellik arz eden durumlar söz konusu ise, hekimin aydınlatma yükümlülüğünden söz edilebilir¹²³.

Hasta tarafından bilinen riskler için hekimin aydınlatması gerekmez. Örneğin, hasta hekim ise, tüm detayları müdahaleyi yapacak olan hekimin anlatması gerekmez. Hastanın açıkça ve kuşkuya yer vermeyecek bir biçimde daha fazla bilgi istemeden tavsiye edilen tedaviye razı olduğu anlaşılıyorsa, aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar¹²⁴. Bunun yanı sıra hastanın ölmek üzere olması ve karar verme yeteneğinin olmaması durumlarında, hastanın sadece acısının dindirilmek istendiği durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin bir anlamı bulunmayacaktır¹²⁵.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı diğer bir hal ise, terapötik (iyileştirme) amacıyla aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halidir. Hekim hastanın içinde bulunduğu iyi hali değerlendirip aydınlatmayı gerçekleştirdiğinde hastanın maruz kalacağı tehlike veya hastalığın bu etkiler nedeniyle daha kötüye gitmesi hallerinde aydınlatma yükümlü-

¹²⁰ Ayan, 138; Deutsch, *Haftungsfreistellung*, 1448.

¹²¹ Şenocak, 57; Özsunay, 45; Boran, 102.

¹²² Y.4HD. E. 64/6458, K.64/4925 (naklen, Bayraktar, 125, dpn. 18).

¹²³ Aşçıoğlu, 34.

¹²⁴ Tandoğan, C.II, 418.

¹²⁵ Şenocak, 58; Özsunay, 45.

lûğü yerine getirilmeyecektir¹²⁶. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliğinin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*”

Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibin takdiline bağlıdır.

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenememesi halinde, böyle bir teşhis alesine bildirilir” hükmüne yer verilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi, “*hekimin, hastanın maneviyatında olumsuz etkilere neden olacak diye, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinden kaçınamaz*”, hükmüne yer vermiştir¹²⁷. Buna karşın hekimler, psikolojik etkilerin hastaların ve aileleri için kötü sonuçlar doğurabileceğine değinmişlerdir. Özellikle, kanser hastaları açısından, hastalığın açıklanması kimi zaman onların yıkılmasına ve hayattan soğumalarına sebep olduğundan, hastalığın iyileştirilmesi yönünde yapılacak müdahaleleri de olumsuz etkilemektedir. Böyle durumlarda hasta ve hatta ailesi için kötü sonuçlar yaratmamak, onun sağlık durumunda düzelmeye sağlamamak amaçlarıyla aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinden kaçınabilecek ve iyileştirme amacıyla hekim susmayı tercih edebilecektir¹²⁸. Bu noktada Alman hukukunda geliştirilen anahtar kavram “meşru yalan hakkı” (Recht zur Notlüge) kavramıdır. Buna göre, hastanın maneviyatına zarar verebilecek bilgiler hastaya verilemeyeceği gibi, aksine hasta moral kazandıracığı düşünülen masum yalanlar da söylenebilecektir¹²⁹.

¹²⁶ Özsunay, 46/47; Narr/Rehborn, 169–170; Deutsch, Privileg, 1306.

¹²⁷ Şenocak, 55.

¹²⁸ Özsunay, 44–47; Narr/Rehborn, 170.

¹²⁹ Buna çarpıcı bir örnek olarak ünlü yazar Theodor Storm olayı gösterilmektedir. Kendisine kanser olduğu bildirilen ünlü yazar psikolojik bakımdan büyük bir çöküntüye uğramıştı. Bunun üzerine kardeşi, özel bir hekimler kurulu oluşturmuş ve bu kurulda ilk teşhisin yanlış olduğunu, hastalığın bir mide rahatsızlığından ibaret olduğunu açıklayan bir

Aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı diğer bir hal ise, acil hallerdir. Böyle bir durumda, hastaya tıbbî müdahalede bulunulmadığı takdirde çok ağır sonuçlarla karşılaşılması söz konusudur. Hekim bu durumda, makul ve ortalama görevini yerine getirecektir¹³⁰. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/III’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz*” düzenlemesi yer almaktadır.

Trafik kazalarında, bilincini kaybeden hastaya, hayatını kurtarmak için yapılacak acil müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçilebilir. Ancak müdahale sırasında hastaya başka bir müdahalenin yapılması gerekirse, bu durumda operasyona ara verilmesi hasta için olumsuz sonuçların doğmasına sebep olacaksa, rıza şartı aranmaz ve müdahaleye devam edilir¹³¹. Zorunluluk durumlarında da olsa, hastanın belirlenebilir rızasına hekim tarafından saygı gösterilmeli ve dikkate alınmalıdır. Örneğin, hastanın Yehova Şahidi¹³² olduğu anlaşılıyorsa, ona kan aktarılması söz konusu olmaz. Çünkü kan aktarımı hastanın inanişına aykırıdır¹³³. Hastanın kendi geleceği hakkında karar verme özgürlüğünün tanınması ve takdirin hastaya bırakılması esas bu yöndeki davranışı zorunlu kılacaktır. Ancak söz konusu inanişaya sahip kişi bilinçli iken müdahalede bulunulmasını istemiyorsa iradesine saygı gösterilmeli zorla bir işleme maruz bırakmamak gerekirken, bilinci yerinde olmayan kişiye sırf inaniş gereği, ölüme terk etmek kanaatimizce yerinde değildir¹³⁴. Hekim kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine

rapor düzenlenmişti. Böylece ünlü yazar, yaşama yeniden başlamış ve 1886–1888 tarihleri arasında “Kır Atlı” isimli şaheserini yazmıştır. ŞENOCAK, 55, dpn.87.

¹³⁰ Şenocak, 57; Özsunay, 43.

¹³¹ Özsunay, 44; Narr/Rehborn, 178.

¹³² “Yehova Şahitleri, Amerikada doğmuş toplumsal bir harekettir. Tanrı adı olarak “Yehova”yı benimsemişlerdir. Kutsal kitap olarak Tevrat ve İncil’i benimsemişlerdir. “Yehova Şahitleri” ise Tanrıya İnananlar demektir. İsa’yı peygamber olarak benimsemişlerdir. Şahitlerin boşanmaları, sigara ve içki içmeleri, heykel yapmaları yasaktır. Seçme ve seçilmeyi günah sayarlar. Kendilerinden olmayanları düşman kabul ederler. Bu sebeple onlarla ilişki kurmaktan (kan vb. almak gibi sağlık anlamında da olsa) kaçınırlar”; (YCGK. T. 24.03.1980, E. 1979/276, K. 1980/115, YKD. C.6, Temmuz 1980, S.7, s.1018, 1024).

¹³³ Özsunay, 43.

¹³⁴ Çilingiroğlu, 48–49; Çakmut, 233.

getirmeli ve kişiye yardım etmelidir. Yani onun hayatını kurtarmak için gerekeni yapmakla hekim kanunen yükümlüdür.

IX. AYDINLATMANIN İSPATI

Aydınlatma yükümlülüğünün hekim tarafından yerine getirildiğinin ispatı, teşhis ve tedavi sözleşmesinin bir tarafı olan hekim için oldukça önemlidir. Taraflar arasında bir sözleşme söz konusudur. BK.m. 96/I gereği, ispat yükü ters çevrilmiştir. Borçlu, alacaklıya karşı borcun yerine getirilmemesinde herhangi bir kusurunun olmadığını ispatla yükümlüdür¹³⁵. İspat yükünün ters çevrilmesi sadece kusur içindir. Bunun dışında kalan zarar, uygun illiyet bağı ve sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında genel kural geçerli olup ispat yükü alacaklı üzerindedir¹³⁶.

Aydınlatma yükümlülüğünün ispatı konusunu, Müdahale Aydınlatması ve Tedavi Aydınlatması olarak ikiye ayırarak inceleyebiliriz. Müdahale aydınlatmasında, hekim, hastanın anayasal anlamda korunan vücut bütünlüğüne müdahale edebilmesi için bir hukuka uygunluk sebebinin olması gerekir. Burada hukuka uygunluk sebebi, hastanın rızasıdır. Bu durumda, hekimin tıbbi müdahalede bulunduğu hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu ispat etmesi gerekir¹³⁷. Bundan dolayıdır ki hekim, hastaya olası mevcut riskler hakkında gerekli açıklamalar yaparak rızasını aldığını (Aydınlatılmış Rıza)¹³⁸ ispat etmek zorundadır. Bundan dolayı, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini hekim ispat etmek zorundadır. Burada, kişinin müdahaleye rızasının bulunmadığına ilişkin yasal karine (TMK.24) ters çevrilmiştir¹³⁹.

¹³⁵ Burada TMK.m. 6'da yer alan genel kuraldan ayrılmış ve alacaklının konumu borçlu karşısında güçlendirilmiştir.

¹³⁶ **Gauch/Aepli/Stöckli**, Art. 97, 299, N. 2.; **Doğan**, 39 vd; **Budak**, 351 vd.

¹³⁷ "...Davalı hekim aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde **ispat etmediğine** göre doğan zarardan sorumludur." **Y. 4HD. KT. 07.03.1977, E. 1976/6397, K. 1977/2541, YKD. 1978, 907.**

¹³⁸ Aydınlatılmış rıza, hekimin hastasının özerkliğine saygı göstermesiyle ilgili olup, kişinin kendi sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olması anlamına gelir. Aydınlatılmış rıza ile, kişi, hastalığı ile ilgili olarak özgür bir biçimde karar verebilme hakkına sahiptir (**Bayraktar, Tıp Etik**, 4-5).

¹³⁹ **Ozanoğlu**, 75.

Tedavi aydınlatmalarında ise, müdahale aydınlatmalarından farklı olarak aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmede özen yükümlülüğünün bir ihlali olduğundan, aydınlatma yükümlülüğünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı, hastaya aittir.

Alman hukukunda kabul edilen ve Türk hukukunda da benimsenmesi doktrinde tavsiye edilen bir görüşe göre özellikle hekimin ağır bir mesleki hatasının bulunması durumunda, ispat yükü ters çevrilmelidir. Aslında burada tam bir ispat yükünün ters çevrilmesi olayı söz konusu olmayıp sadece ispat yükü hasta yararına kolaylaştırılmaktadır¹⁴⁰. Bunlar, hekimin tedavi hatası ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının olması, tedavi hatasının olması ve bununla ilgili tutulması gerekli kayıtların tutulmaması, hatalı muayene, delillerin yok edilmesi, ağır meslek kusur, organizasyon eksikliği ve tıbbi müdahalede uygun olmayan yardımcı personelden yararlanma, zararın artmasına sebep olmak şeklindedir¹⁴¹.

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğunda, hekimin kusurunun ispatı sözleşme hükümlerine göre oldukça zordur. Çünkü bütün deliller hekimin elinde bulunmaktadır. Bundan dolayıdır ki hekimin kusurunun ispatı sözleşmeye dayanan hükümlere göre daha kolaydır¹⁴². Hastanın hekimin kusurunun ispatı ağırlaştırılmamalıdır. Çünkü hasta hekim karşısında daha güçsüzdür¹⁴³. Bundan dolayı, hastanın somut olay bakımından hayat tecrübelerine göre olumsuz bir durumun varlığını ortaya koyduğu hallerde, hekimin özen borcuna aykırı davrandığını ispat etmiş kabul edilmelidir. Özellikle de hekimin yükümlülüğünü ihlal etmesi durumlarında, ispat yükü ters çevrilmelidir¹⁴⁴. Bundan dolayıdır ki hekimin organ nakli ile ilgili kayıt tutma yükümlülüğünü ihlal etmesi, ağır meslek kusurunun bulunması¹⁴⁵ ağır organizasyon kusurunun olması hallerinde, isbat yükü ters çevrilmektedir¹⁴⁶. Bunların yanı sıra, hekime organ nakli ile ilgili olarak gerekli bilgileri vermeyen veya

¹⁴⁰ Wegmann/von der Crone, 308 vd.

¹⁴¹ Doğan, 49 vd.

¹⁴² Y.13HD. KT. 01.07.1991, E.3677/K.7318 (naklen Özkaya, 428-429).

¹⁴³ Başpınar, 210.

¹⁴⁴ İpekyüz, 126.

¹⁴⁵ Ayan, 94; Başpınar, Özen Bocu, 33; Giesen, 216 vd; Gümüş, 284 vd.

¹⁴⁶ Başpınar, 210.

yanlış bilgi veren hasta, bunun sonuçlarına da katlanmalıdır. Hastanın bu konudaki borcunu yerine getirmemesi uygun illiyet bağıni kesen “müterafik kusur” yani zarar görenin kusuru olarak değerlendirilir. Hasta kendisine sorulmasa dahi gerekli bilgileri hekime açıklamakla yükümlüdür¹⁴⁷.

SONUÇ

Hekim ve hasta arasında mevcut ilişkide, hasta, hekimden kendisini en çabuk ve en doğru yöntemle muayene etmesini ve tedaviye başlamasını ister. Ancak, hekimin uygulayacağı metodların ve tıbbi müdahale sonucu hastada oluşabilecek olumsuz sonuçların önüne geçilebilmesi için aydınlatma yükümlülüğünün hekim tarafından hastaya karşı gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aydınlatma, hastanın sosyal kültürel durumuna uygun olarak onun anlayabileceği şekilde bizzat hastaya veya tedavinin sonucunun ağırlığı hastada belli psikolojik çöküntüler doğuracaksa, söz konusu sonuçlar hastanın yakınlarına anlatılmalıdır.

Hastaya uygulanacak tıbbi müdahale hakkında mutlaka bilgi verilmelidir. Aksi halde alınan rıza hukuka aykırı olur. Her durumda aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığını kanıtama görevinin hekimde olduğu kabul edilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek olan hekim ise, söz konusu tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim olmalıdır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması durumlarında da, hastaya hekimin kusurunu en hızlı ve kolay bir şekilde ispat edebilme imkânı tanınmalıdır. Ülkemizde ve Alman hukukunda, hekimin kusurunun ispatı açısından hastalara değişik ispat kolaylıklarının tanınması konusunda fikir birliği bulunmaktadır.

¹⁴⁷ İpekyüz, 152–153; Sarıtaş, 138 vd.

KAYNAKÇA

ARPACI, Abdulkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2.Bası, İstanbul 2000.

AŞÇIOĞLU, ÇETİN: Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.

ATABEK, R./SEZEN, M: Hekimin Mesuliyeti, İBD. 1954. C.XXVIII, S.2.

AYAN, Mehmet: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.

BAŞPINAR, Veysel: Organ Nakli Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, I. Uluslar arası Tıp etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları Sorunları, 17–20 Ekim 2007, Antalya.

.....: Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006 (**Başpınar, Özen Borcu**).

BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972

.....: “Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi”, Türk – Alman Tıp Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 28 Şubat -1 Mart 2008, (**Bayraktar, Tıp Etik**).

BIGGS, Hazel: Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Uygulama ve Malpraktis, A.Ü Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara.

BORAN, Bedia: Aydınlatılmış Rıza, AÜ. Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1–3 Kasım 2007, Ankara. s. 85–103.

BUDAK, A. Cem: Türk Medeni Usul hukunda Tıbbi Deliller, YÜHFD. C. III, S. 2.

BÜYÜKAY, Yusuf: İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım ve Eğitim Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı – Uygun İlliyyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD, s. 119–148.

CONTİ, Christian: Aufklärungspflicht bei Medikamentenabgabe. Neues Bundeserichtsurteil, Schweizerische Ärzte Zeitung, 2002; 83s.1185-1186.

ÇAKMUT, (YENERER), Ö: Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.

DEMİRHAN/OĞUZ/ELÇİOĞLU/DOĞAN: Klinik Etik, İstanbul 2001.

DERYAL YAHYA: Tıbbî Müdahale İçin Hastanın aydınlatılması ve Onayının Açıklanması” [www. haksay.org/files/yahya02.doc](http://www.haksay.org/files/yahya02.doc). Erişim tarihi. 23.09.2008.

DEUTSCH, Erwin: Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antizipireite Einwilligung des Patienten, NJW 1978, sh. (1905–1912). (**Deutsch, Zeitpunkt**).

..... :Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung des Patienten, NJW 1978, sh.1305–1314 (**Deutsch, Privileg**)

..... :Neu Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, sh. 2585 – 2588. (**Deutsch, Aufklärungsprobleme**)

..... :”Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Auklärung durch Unterschrift des Patienten” NJW., 36. Jahrgang, 1983/I, Heft 24, S. 1–1448.(**Haftungsfreistellung**).

DİTTMANN; S: Zur Aufklärungspflicht des Arztes vor Impfungen, Bundesgesundheitsbl-Gesundheitsforsch-Gesundheitsschutz, 12–2004, s. 1175- 1181.

DOĞAN, Murat: Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007.

DURAL, M/ÖĞÜZ, T.: Kişiler Hukuku, 7.Bası, İstanbul 2004.

EICHENBERGER Thomas: Die Rechtsstellung des Arztes am öffentlichen Spital, Bern/Stuttgart/Wien 1995.

ERMAN, Barış. Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2003.

ERMAN, Hasan: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1988. (**Erman, H**).

ERTAŞ, Şeref: Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu, EÜHFD 1980, S. 1, s. 173 – 275.

Gauch/Aeppli/Stöckli: Präjudizienbuch zum OR, 6.Aufl. Rechtssprechung des Bundesgerichts, 2006 Zürich.

GEİSER, Thomas: Die Aufklärungspflicht und die Dokumentationspflicht des Artes und das Einsichtsrecht des Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, in: SAeZ 1988, s. 1145vd.

GIESEN, Richard: Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, in: MedR 1997, S. 17ff.

GÜMÜŞ, M. Alper: Türk-İsviçre Borçlar Kanununda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2007.

HANCI, Hamit: Malpraktis Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2002.

HART, Dieter: Organisationsaufklärung, MedR, Heft 2, s. 47-50.

HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.

İPEKYÜZ (YAVUZ), Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

KUHN, M: Die Entwicklung der Haftpflicht des Arztes, ZSR NF. 105 1986, I. Handband, s. 471 vd.

KÖPRÜLÜ, Ömer: Hekimin Hukukî Sorumluluğu, İBD. 1984, C. LVIII, S. 10–11, s. 589 vd.

KRUKEMEYER, M.G/PÜSCHEL, K: Die Aufklärungspflicht des Arztes, www.pabst-publschers.de.

LAUFS, Adolf: Nicht der Arzt alleine muss bereit sein das Notwendige zu tun, in: NJW 2000, s.1757.

LAUFS, A/UHLENBRUCK, W: Handbuch des Arztrechts, 3.B., München 2002.

MAYER-MALY, Theo: Vom Hippokratischen Eid zur Beweislastsumkehr, FS. Für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Bonn, München 1999, s. 667–671.

OĞUZMAN, M.Kemal: Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukuki Yönü, ATD., İstanbul 1989, S. 5, s.81-84.

OTT, W.E: Voraussetzungen der Zivirechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978.

OZANOĞLU, Hasan: Hekimin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD. C.52, S. 3, 2003 s. 55vd.

ÖZAY, Mehmet: Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2006.

ÖZEL, Ç/ÖZCAN, B: Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1 (2007).s.50–73.

ÖZKAYA; Eraslan: Vekâlet sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2005.

ÖZSUNAY, Ergun: Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12–13 Mart 1982, s. 31 vd, İstanbul 1983.

POLAT, Oğuz: Tıbbî Uygulama Hataları Klinik, Sosyal, Hukuksal, Etik Boyutları, Ankara 2005.

REİSOĞLU, Sefa: Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983.

ROGGO, Antoine: Aufklärung des Patienten, Bern 2002.

SARIAL, Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

SCHOLZ, René.: “Zur Arzthaftung bei Verletzung der Aufklärungspflicht”, Monars-schrift für Deutsches Recht, 50. Jahrgang, 7/96, Bonn.

ŞENOCAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

ŞENOCAK, Zarife: Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD. C. 50, S. 4, Ankara 2001.(**Şenocak, Küçük**).

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku-(Özel Borç İlişkileri), C.II, 4 Tıpkı Basım 1989.

TEMPEL, Otto: Inhalt, Grenzen und Durchführung des ärztlicher Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1980 s. 609 vd.

Wegmann, F/von der Crone, HC: Aufklärungspflicht und Haftung bei der Anleihsmission, SZW, 2006, H.4

Yılmaz, Battal: Açıklamalı- İctihatlı, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007.

ZEYTİN, Zafer: Die ärztliche Aufklärung spflicht nach dem türkischen Recht, Zeitschrift für Laufs, Berlin heidelberg 2006, s. 1143- 1165.

KISALTMALAR

ATD.	Adli Tıp Dergisi.
BGH.	(Deutscher) Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
E.	Esas.
DTB.	Dünya Tıp Birliği.
EÜHFD:	Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
HD.	Hukuk Dairesi.
HHY.	Hasta Hakları Yönetmeliği.
HMEK:	Hekim Mesleği Etik Kuralları
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi.
K.	Karar.
m.	madde.
MedR.	Medizinrecht(Heidelberg/Berlin)
NJW.	Neue Juristische Wochenschrift.
S.	Sayı.
SAeZ.	Schweizerische Ärzte Zeitung(Bern).
SZW.	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaft.
T.	Tarih
vd:	ve devamı.
TŞSTİDK.	Tababet ve Şuabâtı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun
Y.	Yargıtay.
YCGK.	Yargıtay Ceza genel Kurulu.
YÜHFD.	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

VASİYET ALACAKLISI AÇISINDAN MURİS MUVAZAASI NEDENİYLE TAPU İPTAL DAVASI AÇMA SORUNU (YARGITAY HUKUK GENEL KURULU’NUN 21.11.2001 TARİHLİ 958/1035 SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ)

*Arş.Gör. Sevtap YÜCEL**

GİRİŞ

Muvazaa konusu öğretide ve yargısal içtihatlarda sıkça tartışma konusu edilmektedir. Bu çalışmada da muvazaa kavramının Miras Hukukundaki görünüm şekli olan muris muvazaası ve bunun vasiyet alacaklısı açısından ileri sürülmesi ele alınmaktadır. Çalışmamız Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2001 tarihinde vermiş olduğu bir (E. 958 / K.1035) kararına dayanmaktadır. Bu karar vasiyet alacaklısının muvazaa nedeniyle tapu iptal davası açmada hukuki yarar ve sıfatının bulunup bulunmadığının tespiti açısından önemli bir karar niteliği taşır. Kararın değerlendirilmesinden önce muvazaa ve muris muvazaası kavramları ele alınacaktır. Muvazaa ve dolayısıyla muris muvazaası kavramı ele alınırken şu sorunun yanıtlanması da gerekmektedir. Acaba muris muvazaasının niteliği vasiyet alacaklısının muvazaaya dayanabilmesine imkân verir mi? Bu sorunun yanıtı vasiyet alacaklısının vasiyetnameye dayanan talebi açısından önem kazanır. Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar aynı zamanda vasiyetname içerisindeki tasarrufa konu olan vasiyet konusunun mirasbırakanın ölümü anında tereke içerisinde (miras malları arasında) yer almamasına verilecek olan anlamın da tartışılmasını gerektirir. Acaba burada mirasbırakan ilk tasarrufundan rücu ederek yeni bir tasarrufta mı bulunmuştur yoksa muvazaalı bir işlem yapma kastı mı söz konusudur? Bu soru da öğretide “ademptio legati” olarak ifade edilen ilkenin ele alınması gerekliliğini ortaya koyar ve çalışmamızda buna da yer verilmektedir.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

I. GENEL OLARAK

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu ilgili karar¹ mirasbırakanın vasiyetname ile bir kişiye belirli mal vasiyetinde bulunması

¹ YHGK'nın 21.11.2001T. ve E.958/K. 1035 sayılı kararı (bkz. **Corpus Arşiv** No:HG-857) şu şekildedir:

Vasiyetçi her ne kadar vasiyetnameden, vasiyetname ile bağdaşmayan bir hukuki tasarrufla rücu edebilirse de o tasarrufun hukuki sonuç doğurabilmesi daha açık bir anlatımla vasiyetnameyi ortadan kaldırabilmesi için sonradan yaptığı hukuki tasarrufun geçerli olması gerekir. Öyleyse lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulan davalı ve karşı davacı, vasiyetnameden kaynaklanan kişisel hakkına dayanarak vasiyetçinin daha sonra yaptığı satışın muvazaa nedeniyle hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağını ileri sürüp iptal ve vasiyetçi adına tescili yönünde dava açmakta hukuki yararı ve hakkı bulunduğunun kabulü gerekir.

Taraflar arasındaki "vasiyetnamenin iptali, tapu iptali ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy Asliye 2. Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.3.2000 gün ve 1999/891 E. 2000/259 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 19.12.2000 gün ve 2000/14465-15963 sayılı ilamı ile; (...Birleştirilerek görülen davalardan ilki, kanuni mirasçının, murisin sağlar arası tasarruf ile vasiyetten rücu ettiğinin, bu nedenle vasiyetnamenin hükümsüz kaldığının tesbiti isteğine ilişkindir. Bu davanın davalısı ve karşı davacı olan vasiyet lehdarı; murisin vasiyetten sonra tapuda yaptığı satış işleminde Borçlar Yasasının 18. maddesinde gösterilen muvazaaya başvurduğunu tapu sicil memuru huzurunda irade birleşmesi olmadığından, vasiyete de konu olan taşınmaz mal satımının iptalini istemiştir. Mahkemece, hükmüne uyulan bozma ilamından sonra, birleştirilen muvazaa davasının kabulüne, vasiyetnamenin mutlak butlanla hükümsüzlüğüne ilişkin davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, dosyaya getirilen bilgi ve belgelerden önceden mirasçı olmayan kişiye vasiyet edilen çekişmeli iki adet bağımsız bölümün (567 ada 3 nolu parseldeki köşkün bahçesinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle dava dışı yükleniciye yaptırılan ve arsa malikine verilecek olan 8 adet bağımsız bölümden ikinci kattaki bir daire ile dördüncü kattaki bir dairenin) miras bırakanın sağlığında, mirasçı sıfatını taşıyan ve evlatlık olan davacıya, tapuda intifamı uhdesinde tutarak çıplak mülkiyetini temlik ettiği sabittir. Bilindiği ve gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamada benimsendiği üzere; muayyen mal vasiyeti niteliğiyle düzenlenen vasiyetnameler ilgilisi yada ilgililerine kişisel hak sağlar. Öte yandan, vasiyetnamelerden rücutun olanaklı bulunduğu da Medeni Kanunun 489. ve devamı maddelerinde ifade edilmiştir. Öyle ise, murisin sağlığında kafi satış olarak gerçekleştirdiği işlemler (sözleşmeyle) henüz ifa aşamasına gelmeyen vasiyetnameden rücu ettiğinin kabulü gerekeceği kuşkusuzdur.(MK.nun 491. Maddesi). Bu itibarla, vasiyetnameden zimni rücu nedeniyle mirasçılık sıfatını hiçbir zaman kazanmayan kişinin eldeki iptal davasını açabilme sıfatının varlığından söz edilemez. Hal böyle olunca, vasiyetnameye dayalı olarak sonraki temlik işleminden ötürü muvazaadan söz edip davayı açan Meral yönünden davanın sıfat yokluğundan reddine, birleştirilen davada ise vasiyetnamenin hükümsüzlüğünün tespitine karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir..) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. TEMYİZ EDEN: Davacı vekili HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Davacı Fatma Yiğın vekili, müvekkilesinin miras bırakan Mehmet Halid Ezgü'nün manevi evladı ve tek mirasçısı olduğunu, miras bırakanın dava konusu taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılacak binada kendisine verilecek 8 dairenin 1/4 er payını davalıya vasiyet ettiğini, söz konusu vasiyetnamenin Kadıköy 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 1997\1113 sayılı dosyası ile 26.3.1998 tarihinde açıldığını, ancak, vasiyetnamenin düzenlenmesinden kısa bir zaman sonra miras bırakanın vasiyet edilen daireler ile birlikte tüm dairelerini intifa hakkı üzerinde kalmak üzere müvekkilesine sattığını, bu suretle, miras bırakan tarafından sağlar arası tasarrufla geri alındığını ve hükümsüz hale geldiğini ileri sürerek vasiyetnamenin hükümsüzlüğünün tesbitine karar verilmesini istemiştir. Davalı Meral Gaspralı vekili ise, yapılan satışın muvazaalı olduğunu, davacı tarafından miras bırakana hiçbir bedel ödenmediğini, davacı hakkında Kadıköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1998/476 sayılı dosyası ile iptal ve tescil davası açtıklarını o davanın bekletici mesele sayılması gerektiğini savunmuştur.

Yerel Mahkemece Beyoğlu 8. noterliğince düzenlenen 5.1.1989 tarih 1395 yevmiye numaralı vasiyetname, dava konusu taşınmazların satışına ilişkin resmi sözleşme ve tapu kayıtları getirilmiş, 10.2.1999 tarih 1998/317 esas, 1999/75 sayılı kararlar, murisin sağlığında vasiyetname ile bağdaşmayan bir tasarrufta bulunarak açık iradesini satışla belirlediğinden ve vasiyetnamenin geçerliliğinin kalmadığından bahisle vasiyetnamenin "hükümsüzlüğüne ve iptaline" karar verilmiş, davalının temyizi üzerine bu karar 2. Hukuk Dairesince özel bir hukuki yarar ortaya konulmadıkça bağımsız tesbit davasının dinlenemeyeceği, bu dava ile ilgili olup davalı tarafından açılan iptal ve tescil davası ile eldeki davanın birleştirilmesi, iptal ve tescil davasının derdest olmaması halinde davacının tespit davası açmasında hukuki yararı bulunmadığından davanın reddi gerektiğinin düşünülmemesi gerekçesi ile bozulmuş, bozmaya uyularak her iki dava birleştirilmiş, bu kez Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 28.3.2000 tarih 1999/891 esas, 2000/259 sayılı kararlar Meral Gaspralı'nın açtığı iptal ve tescil davasının kabulü ile dava konusu iki dairenin tapu kayıtlarının muvazaa nedeniyle iptali ile muris adına tesciline, vasiyetnamenin hükümsüzlüğüne ilişkin davanın reddine karar verilmiştir. Yerel Mahkeme kararı, 1. Hukuk Dairesince; muayyen mal vasiyeti niteliğinde düzenlenen vasiyetnameler, ilgilisi ya da ilgililerine kişisel hak sağlar. Öte yandan vasiyetnamelerden rücu olanaklı bulunduğu da Medeni Kanunun 489. ve devamı maddelerinde ifade edilmiştir. Öyle ise, murisin sağlığında kati satış olarak gerçekleştirdiği işlemle (sözleşmeyle) henüz ifa aşamasına gelmeyen vasiyetnameden rücu ettiğinin kabulü gerekeceği kuşkusuzdur. (MK.nun 491. Mad.) Bu itibarla vasiyetnameden zimni rücu nedeniyle mirasçılık sıfatını hiçbir zaman kazanmayan kişinin eldeki iptal davasını açabilme sıfatının varlığından söz edilemez. Hal böyle olunca, iptal ve tescil davasının sıfat yokluğundan reddine, birleştirilen davada ise vasiyetnamenin hükümsüzlüğünün tesbitine karar verilmesi gerekir görüşü ile oybirliği ile bozulmuş, karar düzeltme isteği ise oy çokluğu ile reddedilmiş, Yerel Mahkeme eski kararında ısrar etmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, yerel mahkeme ve azınlık görüşü ile Daire çoğunluğu arasındaki uyuşmazlık kendisine muayyen mal vasiyet edilen kişinin vasiyetnameden kaynaklanan kişisel hakkına dayanarak miras bırakan tarafından daha sonra aynı taşınmazın başka bir kimseye tapuda satış yoluyla devrine karşı, muvazaa nedeniyle iptal ve tescil davası açıp açamayacağı, böyle bir dava açmakta sıfatının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, miras bırakan tarafından kendisine isabet edecek 8 daireden ikisi hakkında düzenlediği 5.1.1989 tarih 1395 yevmiye numara-

ralı vasiyetname, Medeni Kanunun 479 ve devam maddelerine göre yapılmış resmi bir vasiyet olup, aynı kanunun 464 maddesi anlamında muayyen mal vasiyeti niteliğindedir. Esasen bu yönde taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı gibi mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Kendisine muayyen mal vasiyet edilen kişinin vasiyet edenin külli halefi olmayıp cuz'i halefi olduğu, miras açıldığı zaman vasiyet edilen malın kendiliğinden geçmeyip Medeni Kanunun 541. maddesi uyarınca, vasiyeti ifa ile yükümlü olan mirasçılara karşı sadece vasiyetin yerine getirilmesine yönelik bir dava hakkının bulunduğu, mirasçılardan ancak, borçlarını yerine getirdikten sonra vasiyet edilen taşınmazlara malik olacağı tartışmasıdır. Ayrıca, Medeni Kanunun 489. maddesi hükmüyle, vasiyetçiye, vasiyet için kanunda muayyen şekillerden biri ile vasiyetinden her zaman rucu edilebilme hakkı verilmiş, 491. madde ile de vasiyetten rücu şekilleri düzenlenerek vasiyetten daha sonra yapılacak bir vasiyetname ile rucu edilebileceği gibi vasiyetname ile kabili telif olmayan bir tasarrufla da vasiyetnameden rücunun mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Vasiyetçi, vasiyet ettiği daireleri daha sonra tapuda davacı ve karşı davalı Fatma Yiğın'a satış yoluyla temlik etmiş olup, davacı Meral Gaspralı miras bırakanın para almadığını, vasiyeti hükümsüz bırakmak için taşınmazların muvazaalı olarak satış gibi gösterilmek suretiyle devredildiğini iddia etmiştir. Muvazaa, kısaca; tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları şeklinde tanımlanabilir. Muvazaa iddiasını sözleşmenin tarafları ileri sürebileceği gibi hukuki yararı bulunan, aynı veya kişisel hak sahibi üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Örneğin kendisini kiralanandan çıkarmak için mecurun muvazaalı olarak temlikine karşı kiracının, borcu ödememek için taşınmazın muvazaalı devredilmesine karşı alacaklının, kişisel haklarına dayanarak muvazaa nedeniyle iptal ile taşınmazın eski maliki üzerine yazılmasını isteme hakları mevcuttur. Muvazaa isbat edildiği takdirde yapılan sözleşme mutlak bütlan ile batıl olacağından hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Vasiyetçi her ne kadar vasiyetnameden, vasiyetname ile bağdaşmayan bir hukuki tasarrufla rucu edebilirse de o tasarrufun hukuki sonuç doğurabilmesi daha açık bir anlatımla vasiyetnameyi ortadan kaldırmak için sonradan yaptığı hukuki tasarrufun geçerli olması gerekir. Öyleyse lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulan davalı ve karşı davalı Meral Gaspralı vasiyetnameden kaynaklanan kişisel hakkına dayanarak vasiyetçinin daha sonra yaptığı satışın muvazaa nedeniyle hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağını ileri sürüp iptal ve vasiyetçi adına tescili yönünde dava açmakta hukuki yararı ve hakkı bulunduğu kabulü gerekir. Böylece, lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulan kişi vasiyetnameden doğan kişisel hakkını Medeni Kanunun 541. maddesine göre vasiyetçinin mirasçılara karşı ileri sürme, hakkına kavuşmuş olacaktır. Somut olayda, yararına vasiyette bulunulan Meral Gaspralı'nın muvazaa nedeniyle iptal ve tescil davası açmakta hukuki yararının bulunduğu yönünde mahkemenin kabulü doğrudur. Ancak Özel Daire hükmü sıfat yokluğu nedeniyle bozup davanın esasını incelemediğinden dosya 1. Hukuk Dairesine gönderilmelidir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, dosyanın, esasa yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için, 1. Hukuk DAİRESİNE gönderilmesine 21.11.2001 gününde yapılan 2. görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI: Medeni Kanunun 464. maddesi anlamında muayyen mal vasiyeti vasiyetçinin tek taraflı yaptığı hukuki bir muamele olup, vasiyetçinin ölümünden sonra lehine vasiyette bulunulan kişiye Medeni kanunun 541. maddesi uyarınca varsa vasiyeti ifa ile yükümlü olan kişiden, yoksa vasiyetçinin kanuni veya mansup mirasçısından vasiyet edilen malı istemeye yönelik bir kişisel hak sağlar. Vasiyetname tek taraflı bir hukuki muamele olup vasiyet edilen mal üzerinde, lehine vasiyet edilen kişi yararına ancak mirasın açılmasından sonra bir kişisel hak doğduğundan vasiyetçi ölümüne kadar vasiyet

ettiği malı dilediği gibi tasarruf eder. Vasiyetçi vasiyet ettiği malı bağış satış veya herhangi bir yolla elinden çıkarabileceği gibi Medeni Kanunun 489 maddesi hükmün uyarınca "vasiyet için kanunda muayyen şekillerden biri ile vasiyetinden her zaman rücu edebilir. Rücu tamamen olduğu gibi kısmen de olabilir" Vasiyetçi bu şekilde vasiyetinden açıkça rücu etmese dahi aynı Kanunun 491. maddesine göre vasiyetle bağdaşmayan bir tasarrufta bulunarak vasiyeti hükümsüz bırakabilir. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere kanun koyucu vasiyetçiye vasiyetnamenin belirtilen özelliğini gözönünde tutarak vasiyet ettiği mal üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme yönünde tam bir serbesti, vasiyetten dilediği zaman rücu etme hakkı tanınmıştır. Gerek vasiyetname düzenlenirken gerekse vasiyetten rücu halinde aranan tek koşul kanunda muayyen şekillere riayet etmektir. Şekil koşulunun giderilmesindeki amaçta vasiyetçinin ölümünden sonra vasiyetname üzerinde doğacak kuşku ve çekişmeleri önlemektir. Muvazaanın esaslı unsurlarından biri ise gerçek amacı gizlemek, üçüncü kişileri aldatmaktır. Muayyen mal vasiyetinde bulunduktan sonra vasiyet ettiği taşınmaz bir başkasına satan vasiyetçinin gizlediği hiçbir şey bulunmadığı gibi üçüncü kişileri aldatmak için bir nedende yoktur. Vasiyetçi vasiyetini ikinci bir vasiyetle gizlice ortadan kaldıracı hakta bulunduğu halde aksine aleni ve resmi bir muamele yaparak vasiyetnameyi hükümsüz bırakma yolunu seçmiştir. Vasiyetçinin aslında bağışlayabileceği taşınmazların satış gibi göstererek devretmesinde üçüncü kişileri aldatmak için bir neden bulunmamaktadır. Somut olayda, muvazaanın gizleme ve aldatma unsurları gerçekleşmesi mümkün değildir. Muris, mirasçının kanundan doğan miras hakkına dilediği şekilde elinden alamaması nedeni ile muvazaalı temlik yapmaktadır. Mal sahibi kiracısını mecurdan yasal yollardan çıkaramadığından taşınmazın muvazaalı olarak kiracıyı çıkarabilecek kimseye devretme yoluna başvurmakta, borçlu alacaklısından mal kaçırabilmek için taşınmazını bir başkasına temlik etmektedir. Vasiyetçinin ise vasiyetnameden rücu etmesi veya onu hükümsüz bırakması yönünde kanunun kendisine açık yetki verdiğinden muvazaalı işlem yapması için hiçbir neden bulunmamaktadır. Vasiyetçinin muayyen mal vasiyetinde bulunduktan sonra vasiyet ettiği taşınmazlarını aslında bağışladığı halde satış gibi göstererek muvazaalı temlik ettiği görüşü Medeni Kanunun muayyen mal vasiyetine ilişkin hükümleri ve muvazaa ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Vasiyetçi vasiyet ettiği taşınmazları bir başkasına satarken hiçbir sebep gösterme zorunda bulunmadığından kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmak suretiyle yapıldığı takdirde bu satış sözleşmesinin içersine girilerek muvazaalı olup olmadığının araştırılmasına yasal olanak yoktur. Bu nedenlerle direnme kararını yerinde gören sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

KARŞI OY YAZISI: Miras bırakan 5.1.1989 tarihinde vasiyetname ile muayyen mal vasiyetinde bulunmuş, bilahare vasiyet ettiği taşınmazları 28.2.1990 tarihinde kanuni mirasçısına intifa hakkını üzerine bırakarak sağlararası tasarrufla satış yoluyla temlik etmiştir. Muayyen mal vasiyetinde vasiyete konu olan mal kendiliğinden lehine vasiyet yapılamaz intikal etmez. Vasiyet lehdar varsa tenfiz memurundan yoksa mirasçılardan malın teslimini isteyecek/Teslimden kaçınırlarsa istihkak davası açacaktır. Şu halde, vasiyet lehdarının hakkı sözleşmeden doğan kişisel haktır. Medeni Kanunumuz vasiyet müessesesini düzenlerken miras bırakanın tek taraflı idaresine saygı gösterilmesini ve bu iradenin ölümünden sonra yerine getirilmesini kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açıkladığı gibi, bu tek taraflı iradeye vasiyetten rücu (cayma) hallerinde de saygı gösterilmesi gerektiği ve korunacağı ilkesinden hareketle rücu ilişkin yasal düzenlemeler yapmıştır. (MK'nun 489 madde vd) Medeni Kanunumuz 491. maddesinin son cümlesinde "Bir kimsenin muayyen bir mal hakkındaki vasiyetinin sonradan yaptığı tasarrufla telifi kabil olmazsa hükümsüz olur denilmektedir. Şu halde muayyen bir mal hakkındaki vasiyete konu olan malın ivazlı veya ivazsız temlik edilmiş olması halinde Medeni Kanunun 491.

ve daha sonra bu tasarrufun konusunu sağlararası bir tasarrufla bir başka kişiye (yasal mirasçısına satıp) devretmesini içerir. Acaba mirasbırakanın yapmış olduğu sonraki tasarrufu lehine mal vasiyeti olunan kişiye yani vasiyet alacaklısına muvazaaya dayanma hakkı verir mi? Dolayısıyla tasarruf konusu taşınmaz açısından vasiyet alacaklısının muvazaa nedeniyle tapu iptal davası açma hakkı var mıdır? Mirasbırakanın yapmış olduğu sonraki tasarrufuna (taşınmazı satıp devretme) yükletilebilecek başka bir anlam var mıdır? Bu sorular etrafında kararın değerlendirilmesine geçmeden önce birtakım kavramların ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

maddesinin son cümlesi rücu (cayma) karinesi görmektedir Konumuzun ilgilendiren sağ- lar arası hukuki işlem ise zımnî rücutur Bu davranışla rücuta denilmektedir. Vasiyet tek taraflı bir hukuki işlem olduğuna göre, vasiyetten rücuta hiç kimsenin muvafakatına bağlı değildir. Miras bırakanın sağlığında vasiyetname düzenlemesinden sonra, tapu memuru huzuruna gidip bir başkasıyla sağlararası hukuki işlem yaparak, işlem yaptığı kişi lehine satış iradesini açıklaması ile Medeni Kanunun hükümsüzlük izafe ettiği önceki muayyen mal vasiyeti ve buna bağlı kişisel hak kendiliğinden ortadan kalkar. Tapudaki temlikî işlemin karşılıklı iradelerini taşıyan bir tasarruf olması tek taraflı rücuun ortaya çıkardığı vasiyetnamenin hükümsüzlüğünü etkileyemez. Diğer bir deyişle tapudaki satış işleminin yapıldığı anda miras bırakanın iradesini açıklaması ile rücuun (dönmenin) tüm unsurların ortaya çıkmış olmaktadır. Bu itibarla tapudaki sözleşmenin maddi anlamda niteliğinin araştırılmasına gerek yoktur. Öyle ise, vasiyet lehtarının hükümsüz kalan vasiyete bağlı kişisel hakkı kalmadığından eldeki davayı açmakta sıfatının ve hukuki yararının varlığından söz edilemez. Olayımızda vasiyet lehdarı mirasçı olmadığı için konusu ve sonuç bölümü itibarıyla bağlayıcı olan 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanamayacağına ittifak edildiğine göre Borçlar Kanununun 18. maddesi uyarınca vasiyetçinin irade beyanındaki gerçek amacın ne olduğunun saptanması gerekir. Muvazaa irade ile beyan arasında uyumsuzluk yaratmak şeklinde tanımlanmaktadır. Olayımızda ise miras bırakanın iradesi muvazaalı bir işlem yapmak değil önceki vasiyetinden dönmeyi amaçlayan bir irade bildirimini olarak yorumlanmalıdır. Nitekim Genel Kurulumuz 28.12.1988 gün ve 1/742-1059 sayılı kararında özetle "Temlikin muvazaa amacıyla mı yoksa gerçekten bir paylaşırma amacıyla mı yapıldığı araştırılmalıdır." 5.5.1993 gün ve 1/96-198 sayılı kararında özetle "Bakıp gözetme sözleşmesi taraflara hak ve borçlar yükleyen bir bağittir. Genel olarak bu sözleşmeye dayalı temlikin muvazaa ile illetli olduğunun ileri sürülmesi mümkündür. Asıl saptanması gereken husus bu temlikin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapılmış olup olmadığı ve temlikte bakıp gözetme koşulunun değil, bağış amacının üstün tutulmuş bulunup bulunmadığının belirlenmesidir" denilmek suretiyle miras bırakanın irade beyanındaki amacının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Medeni Kanunumuzun 491 inci maddesinin son cümlesinde bir karineye yer vererek belli bir mal hakkındaki vasiyetin sonradan yapılan tasarrufla bağdaşmaması halinde hükümsüz olacağını kabul etmiş, aynı kanunun 464/son maddesi vasiyet edilen muayyen mal terekede çıkmazsa vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan mirasçı ve vasiyet lehtarının mükellefiyetten kurtulacağını hükme bağlamıştır. Bu olgular birlikte değerlendirildiğinde vasiyet lehtarının miras bırakanın amacının tartışılmaya açılmasını istemeye hukuki yararı ve dava açmakta sıfatının bulunduğunu söyleme olanağı yoktur. Bu nedenle Yüksek Genel Kurulu'nun onama kararına katılmıyoruz. Yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğini düşüncesindeyiz.

Ele alınacak kavramların başında muvazaa kavramı ve dolayısıyla muris muvazaası kavramı gelmektedir.

II. MUVAZAA KAVRAMI

Muvazaa BK. m. 18'de "akdin tefsiri/muvazaa" kenar başlığı altında ele alınmaktadır. Madde muvazaaya ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir. Ancak madde akitlerin yorumunda tarafların gerçek ve ortak iradelerinin dikkate alınması gerekliliğini ortaya koyar. Dolayısıyla tarafların gerçek iradelerini gizleyerek gerçekleştirmiş oldukları muvazaalı işlemlerin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

Muvazaa tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüm yaratmak hususundaki anlaşmalarıdır². Bu tanımın muvazaanın unsurlarını tam olarak içeren genel nitelikte bir tanım olduğu görülür. Bunun haricinde öğretilde muvazaayı iki tarafın iradesi ile beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluk hali olarak ifade edenler de bulunur³. Ancak bu tanım muvazaanın bir anlaşmaya dayanması gerektiğini yadsıyan nitelikte bir görünüm arz eder⁴.

Muvazaanın söz konusu olabilmesi için irade ile beyan arasında bir uygunsuzluğun bulunması, bu uygunsuzluğun kasdi bir nitelik taşıması, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla muvazaayı gerçekleştirmeleri ve muvazaanın muvazaa anlaşması olarak ifade edilen özel bir anlaşmaya dayanması gerekir⁵.

2 Turhan Esener, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956, s. 7; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s. 345; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil**, Dritte, Überarbeitete Auflage, Bern, 2003, Staempfli Verlag, N. 30.03.

3 Bkz. Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**- Band I, 8. Auflage, Zürich, Schulthess, 2003, N. 1013; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006, s. 315; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 116.

4 M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 108, dn. 289.

5 Esener, **a.g.e.**, s. 7 vd.

Muvazaa gerek öğretide gerekse uygulamada mutlak ve nisbi muvazaa şeklinde iki gruba ayrılır:

Tarafların gerçekte aralarında bir hukuki işlem yapmak istememelerine karşın üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, onlara karşı görünüşte bir hukuki işlem yapmaları ‘mutlak muvazaa’ olarak ifade edilir⁶. Mutlak muvazaada⁷ tarafların aralarında gerçekleştirmiş oldukları bu hukuki işlem hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz⁸. Örneğin; alacaklısından mal kaçırmak amacıyla mallarını birine devretmiş olarak gözükken kişinin yapmış olduğu işlem mutlak muvazaalıdır.

Nisbi muvazaada ise taraflar aralarında gerçekleştirdikleri bir sözleşmeyi kendi iç iradelerine uymayan bir başka sözleşme ile gizlerler⁹. Muvazaanın

⁶ Esener, **a.g.e.**, s. 41.

⁷ Hatemi muvazaanın bu türünde (ve kişide muvazaada) vekâlet akdinin devreye girdiğini ifade etmektedir. Adi (mutlak) muvazaa ile bir malın mülkiyetinin görünürde bir kimseye geçmesi durumunda devreden ile devralan arasında bir vekâlet akdi meydana geldiğini, ilk aşamada devralanın malik olarak gözükeceğini, devralanın daha sonra devredeni malik yapmak için gereken işlemleri gerçekleştireceğini belirtmektedir. Bkz. Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Fasiküller, 2002-2003, Tamamlanmamıştır, s. 12; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s.513-514.

⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 109. Mutlak muvazaada ortada sadece görünüşte bir sözleşme vardır ve bu sözleşme muvazaalı olarak gerçekleştirilir. Dolayısıyla yapılan muvazaalı sözleşme tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için hiçbir hüküm doğurmayacaktır. Muvazaalı (görünüştaki) sözleşmeye bağlanan geçersizlik müeyyidesi öğretideki yazarlar tarafından farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bir görüş bu hükümsüzlük halinin butlan olduğunu kabul ederken(bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 1019; Schwenzer, N. 30.07; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 110; Aday, **a.g.e.**, s. 24; Hatemi, **Borçlar**, s. 69; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 274; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 118-119. Ayrıca bkz. muvazaada klasik anlamda butlanın söz konusu olmadığı görüşü için Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1953, s. 178 vd.), bir diğer görüş⁸ yokluk olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 110, dn. 301’deki yazarlar; Eren, **Borçlar**, s. 322; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 354–355. Kocayusufpaşaoğlu yokluk görüşünü isabetli bulmakla birlikte, muvazaalı işlemin hükümsüz olması veya hüküm doğurmaması ibaresinin kullanılmasını daha uygun bulmaktadır. Muvazaada özel bir geçersizlik türünün bulunduğunu ileri sürenler de bulunmakla birlikte (bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 110, dn. 303), İsviçre Hukukunda hâkim görüş muvazaalı işlemin batıl olduğu yönündedir (bkz. Aday, **a.g.e.**, s. 24, dn.112’deki yazarlar). Alman Medeni Kanunu (BGB m. 117) muvazaalı muamelenin batıl olduğunu açıkça düzenlemektedir.

⁹ Esener, **a.g.e.**, s. 42.

bu türünde görünüşteki işlemin arkasında yer alan bir gizli işlem mevcuttur¹⁰ ve bu gizli işlem tarafların iradelerine uygun işlemdir¹¹.

Nisbi muvazaa çeşitli şekillerde gerçekleştirilir:

Tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmenin niteliğini değiştirmek suretiyle gizli bir sözleşme yapmaları durumunda ‘sözleşmede muvazaa/sözleşmenin niteliğinde muvazaa’ söz konusu olur. Nisbi muvazaanın bu türünde sözleşmenin niteliği tamamen değişmekte olduğu için kısmi değil tam bir muvazaa mevcuttur¹².

Tarafların görünüşteki sözleşmeyi yapmak istemelerine karşın bunun bazı şartlarını gerçek iradelerinden farklı bir şekilde kararlaştırmaları durumunda ‘sözleşmenin konusunda veya şartında muvazaa’ söz konusu olur¹³. Burada muvazaa sözleşmenin tamamında değil bir kısmında meydana geldiği için bir kısmi muvazaa mevcuttur. Nisbi muvazaanın bu türü, özellikle sözleşmenin bedeline ilişkin olarak gerçekleştirilir¹⁴.

Bir diğer muvazaa türü ise ‘tarafın şahsında muvazaa’dır. Nisbi muvazaanın bu türünde ise sözleşmeden yararlanacak kimse yerine başka bir kimse- nin gösterilmesi söz konusudur¹⁵.

¹⁰ Eren, **Borçlar**, s. 318.

¹¹ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 1021.

¹² Eren, **Borçlar**, s. 319; Özkaya, **a.g.e.**, s. 175.

¹³ Esener, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁴ Daha az harç ödemek için taşınmazın satım bedelinin düşük gösterilmesi veya önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla satım bedelinin yüksek gösterilmesi bedelde muvazaaya örnek teşkil eder.

¹⁵ Öğretide tarafın şahsında muvazaanın gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir görüş mevcuttur. Görünüşteki işlem ile gizli işlemin taraflarının aynı olması gerekliliği (bkz. Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 189), ve tapulu taşınmazların mülkiyetini nakleden sözleşmelerin resmi şekilde yapılması (bkz. Aday, **a.g.e.**, s. 19-20) tarafta muvazaa kavramının reddini gerektiren sebepler olarak gösterilir. bkz. tarafta muvazaayı mutlak (adi) muvazaa olarak değerlendiren Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 109. Tarafta muvazaa kavramını kabul eden, fakat bunun bir mutlak muvazaa türü olmadığını kabul eden karşı görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 351 ve s. 354 dn. 32.

Bununla birlikte tarafta muvazaanın nam-ı müstear kavramı ile karıştırıldığı da görülür. Nam-ı müstear (iğreti ad) eski hukukumuzda yer alan, ancak bugünkü pozitif hukukumuzda yer verilmeyen bir kurumdur. Nam-ı müsteara bir kimse bir başkasına bir hakkını devretmekte, ancak devralacak kimse herhangi bir nedenden dolayı isminin gizli kal-

Nisbi muvazaada muvazaalı sözleşme başka bir sözleşmeyi gizlemek için yapıldığı takdirde gizli sözleşme muteberlik şartlarını taşıyorsa muvazaadan etkilenmez, geçerlidir¹⁶. Yani muvazaalı sözleşmenin geçersizliği gizli sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Ancak gizli işlemin geçerliliği bir şekle tabi ise muvazaalı olarak gerçekleştirilen sözleşmede yerine getirilen şekil şartının gizli sözleşmedeki şekil şartını yerine getirip getirmeyeceği tartışılmaktadır. Bu tartışma özellikle taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde (satım sözleşmesinin bağışlama veya bağışlama sözleşmesinin satım olarak gösterilmesi gibi) görünüşteki muvazaalı sözleşme için gerçekleştirilen resmi şeklin gizli sözleşmeyi kapsayıp kapsamadığı şeklinde ortaya çıkar. Bir kısım yazar¹⁷ görünüşteki sözleşme için gerçekleştirilen şekil şartının gizli sözleşme için de gerçekleşmiş olduğu düşüncesindedir. Buna karşılık yazarların çoğunluğu¹⁸ görünüşteki sözleşmenin muvazaa nedeniyle, gizli

masını ister. Bu aşamada devreye üçüncü bir kimse girer ve bu üçüncü kimse mülkiyeti kendi adına, ancak arkadaki kimse hesap ve yararına devralır. Bkz. Eren, **Borçlar**, s. 334 vd; Esener, **a.g.e.**, s. 174 vd. Nam-ı müstearın vekaletle (dolayısıyla temsil) indirgenmesi yönündeki görüş için bkz. Hatemi, **Borçlar**, s. 12-13; M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 309 vd; Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku Dersleri**, Ankara, Savaş Yayınları, 1995, s. 302 vd; Eren, **Borçlar**, s. 334 vd.

Nam-ı müstear kavramı muvazaa kavramına göre farklılık arz eder. Her şeyden önce nam-ı müstear ilişkisinde üç kişi bulunur. Bunlar görünüşteki işlemi gerçekleştiren kişiler ile bu işlemin kendi hesabına yapıldığı adı gizlenen kişi. Bkz. Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s. 291. Tarafta muvazaada ise iki taraf vardır. Nam-ı müsteara hak nam-ı müstear olarak adlandırılan kişiye geçmekte iken, muvazaada hakkın devrinin geçişi taraflarca istenmemektedir. Bkz. Eren, **Borçlar**, s. 335-336.

- ¹⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 1021; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 111; Eren, **Borçlar**, s. 325.
- ¹⁷ Selahâtin Sulhî Tekinay/Sermet Akman/Hâluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **(Tekinay) Eşya Hukuku Cilt I**, Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 438-439; Ertaş, **a.g.e.**, s. 288-289; Yaşar Karayalçın, **Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü Ve Saklı Payın Korunması mı?**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000, s. 14-15; Ayrıca bkz. Karayalçın'ın eserinde bahsetmiş olduğu İlhan E. Postacıoğlu'nun görüşü (s.14-15).
- ¹⁸ Esener, **a.g.e.**, s. 31; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 302; Eren, **Borçlar**, s. 325-326; Hatemi, **Borçlar**, s. 69; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 514; Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 119; Aday, **a.g.e.**, s. 43. Bu görüşü desteklemekle birlikte bir satım sözleşmesinin arkasında gizlenen bağışlama sözleşmesinin geçerli olduğu yönündeki görüş için bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 190-191.

sözleşmenin de şekil şartına uyulmamış olması nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı da bu yöndedir¹⁹.

Ancak şekle uyulmaması nedeniyle geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği hallerde gizli sözleşmenin şekil şartlarını yerine getirmediği iddiası dinlenmeyecektir²⁰.

Muvazaanın sözleşmenin tamamında değil de bir kısım şartlarında meydana gelmesi halinde, özellikle bedelde muvazaada (bedelin düşük veya yüksek gösterilmesi hali) sözleşmenin bedele ilişkin kısmı geçersiz, diğer kısımları geçerlidir²¹.

III. MURİS MUVAZAASI KAVRAMI

Mirasbırakan ile karşı tarafın muvazaalı sözleşme yapma konusunda anlaşmalarına dayanan muvazaanın bu türü öğreti ve uygulamada muris muvazaası olarak adlandırılır. Muvazaalı olarak gerçekleştirilen sözleşme de çoğunlukla arkadaki bağışlama sözleşmesini gizlemek amacıyla yapılır.

Pozitif hukuk tarafından bir düzen öngörmeyen muris muvazaası da BK.m.18'in içinde değerlendirilir ve bunun bir nisbi muvazaa türü olduğu kabul edilir²².

Muris muvazaasında mirasbırakan ile sözleşmenin karşı tarafı malın temliki hususunda anlaşmakta, ancak görünüşteki sözleşmenin niteliğinin değiştirilmesi söz konusu olmaktadır²³. Dolayısıyla muris muvazaası aynı zamanda tam muvazaa niteliğindedir.

¹⁹ Bkz. 7.10.1953 T. E.8/ K.7 YİBK; 1.4.1974 T. E.1/ K.2 YİBK için Aday, **a.g.e.**, s. 125-129.

²⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 111.

²¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 1020; Eren, **Borçlar**, s. 322. Bununla birlikte önalım hakkı açısından konuyu değerlendiren yazarlar taşınmaz satımına ilişkin senette bedelin düşük gösterilmesi durumunda, önalım hakkı sahibinin bu hakkını düşük bedel üzerinden kullanacağını, hak sahibine karşı muvazaa iddiasının dinlenmeyeceğini kabul etmektedirler. Satım bedelinin daha yüksek gösterildiği durumda ise önalım hakkı sahibine bu durumun ispatını sağlamak koşuluyla gerçek bedel üzerinden hakkını kullanma imkânının verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 303, dn. 331'deki yazarlar.

²² Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, İstanbul, AlkımYayınevi, 2003, s. 238; Özkaya, **a.g.e.**, s. 393.

²³ Özkaya, **a.g.e.**, s. 393.

Muris muvazaasının nisbi muvazaa olarak değerlendirilmesi bu muvazaa türünün bünyesinde iki farklı sözleşmenin yer alması sonucunu doğurur. Muris muvazaasının unsurlarından olan bu sözleşmelerden biri görünüşteki sözleşme iken, diğeri gizli sözleşmedir. Muris muvazaasında muvazaalı işlemin gerçekleştirilme amacı mirasçılarını aldatmaktır. Bu aldatma kastı da mirasbırakan ile karşı taraf arasında yapılan muvazaa anlaşmasına dayanır.

A) MURİS MUVAZAASINA KONU OLABİLECEK SÖZLEŞMELER

Mirasbırakanın mirasçılarında mal kaçırmak amacıyla gerçekte bağışladığı malını satım sözleşmesi konusu haline getirmesi durumunda görünüşteki sözleşmeyi satım sözleşmesi oluşturur.

Mirasbırakan malını gerçekte bağışlamasına karşın bu bağışlama sözleşmesini ölünceye kadar bakma sözleşmesi arkasına gizler. Bu sözleşmede muvazaanın ispatının diğeri sözleşmelere oranla daha zor olması mirasbırakanı sıklıkla bu tür sözleşme yapmaya sevk etmektedir²⁴.

Muris muvazaasında bağışlama sözleşmesi gizli sözleşmeyi oluşturur. Çünkü mirasbırakanın gerçek iradesine uygun olarak gerçekleştirdiği sözleşme bağışlamadır.

Mirasbırakanın malını gerçek değerinden çok düşük bir değerle satması durumunda ise karma bir bağışlamanın varlığı kabul edilmekte ve buna bağışlama hükümleri kıyasen uygulanmaktadır²⁵.

Mirasbırakan ile mirasçısı arasında yapılacak olan miras sözleşmesinin de muvazaalı olarak gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu durum özellikle mirastan feragat sözleşmeleri açısından sözkonusu olabilir²⁶. İvazsız olarak yapılan mirastan feragat sözleşmesinde mirasbırakan ile mirasçının yapmış oldukları miras sözleşmesinin arkasında bağışlama sözleşmesi gizlenmektedir.

²⁴ Özkaya, **a.g.e.**, s. 410.

²⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 241.

²⁶ Cihan Yüksel Hatipoğlu, **Murisin Mirasçılar Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muvazaalı Muamelelerin Hukuki Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 108.

B) MURİS MUVAZAASI AÇISINDAN VASİYETNAME

1- Vasiyetname Kavramı

Vasiyetname mirasbırakanın tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirdiği ve herhangi bir kimseye yöneltilmesi gerekmeyen şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruftur²⁷. Vasiyetnamenin çeşitli şekillerde yapılması mümkündür. Türk Hukukunda vasiyetname el yazılı (MK.m.538), resmi (MK.m.532-537) ve sözlü (MK.m.539-541) olarak gerçekleştirilebilmektedir.

2- Vasiyetnamenin Niteliği ve Buna Bağlanan Sonuç

Vasiyetname karşı tarafa varması gerekmeyen tek taraflı bir hukuk işlem niteliği taşımaktadır. Vasiyetnamenin bu niteliği mirasbırakanın vasiyetnamesinden istediği zaman dönebilmesine imkân vermektedir. Mirasbırakanın vasiyetnameden açık, örtülü veya vasiyetnameyi yok etmek suretiyle dönebilmesi mümkündür.

3- Vasiyetnamede Muvazaa

Muvazaa niteliği itibariyle iki taraflı işlemlerde söz konusu olmaktadır. Bu açıdan vasiyetnamenin muvazaaya konu olmayacağı düşünülecektir. Ancak öğretide de belirtildiği üzere bazı tek taraflı işlemlerin dahi muvazaalı olarak gerçekleştirilmesi mümkündür²⁸. Bu tek taraflı işlemlerin muvazaalı

²⁷ Necip Kocayusufoğlu, **Miras Hukuku**, Hiç değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 127; M. Kemal Oğuzman, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 108; Mustafa Dural/Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku Cilt IV-Miras Hukuku**, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003, s. 52; Zahit İmre/Hasan Erman, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2006, s. 52; Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 63-64; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 176; Ali Naim İnan/Şeref Ertuş, **Miras Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, İstanbul, Beta, 2000, s. 114; Nüşin Ayiter/Ahmet Kılıçoğlu, **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Savaş Yayınları, 1993, s. 75; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Miras Hukuku (Ders Notları I-II)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 75; Antalya, **a.g.e.**, s. 90; Mehmet Ayan, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Konya, Mimosza Yayınları, 2005, s. 75.

²⁸ Bkz. Kocayusufoğlu, **Borçlar**, s. 348; Eren, **Borçlar**, s. 329; Aday, **a.g.e.**, s. 6. Kira sözleşmesinde kiralayanın kira bedeli üzerindeki rehin hakkını felce uğratmak amacıyla kiracı ile anlaşarak muvazaalı fesih ihbarında bulunması bu duruma örnek olarak gösterilir.

olarak yapılabilmesi için irade beyanın karşı tarafa varması gerekmektedir²⁹. Ancak vasiyetnamenin karşı tarafa varması gerekmeyen tek taraflı bir hukuk işlem niteliği taşıması vasiyetnamenin muvazaalı olarak gerçekleştirilmesine imkân vermez.

C) MURİS MUVAZAASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

Muris muvazaasının hüküm ve sonuçları açısından muvazaaya konu olacak malın taşınır veya taşınmaz olması ortaya farklı sonuçlar çıkarır. Taşınır malların devrine ilişkin sözleşmeler kural olarak şekle tabi değildir. Bu tür mallarda zilyedliğin devri mülkiyetin karşı tarafa geçmesini sağlar. Muvazaa açısından taşınır malın satım şeklinde gösterilmesi ancak tarafların bunu başlatmak istemeleri durumunda satım sözleşmesi muvazaa nedeniyle geçersiz iken, başlatma sözleşmesi tarafların gerçek iradelerini yansıttığı ve hiçbir şekle tabi olmadığı için geçerlidir. Gizli sözleşmede şekil şartının bulunmaması nedeniyle taşınır malların devrinde muris muvazaası nedeniyle devrin iptaline karar verilemez³⁰.

Bununla birlikte söz konusu olan gizli sözleşme başlatma vaadi niteliğinde ise bu başlatma vadinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu (BK.m.238) nedeniyle gizli sözleşme de geçersiz kabul edilecektir.

Muris muvazaasının önemli bir bölümünü ise taşınmazların devrine ilişkin sözleşmeler oluşturur³¹. Bilindiği üzere de taşınmazın devrine ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde gerçekleştirilmeleri gerekir (MK.m.706). Taşınmazın devrine ilişkin bir sözleşmenin muvazaalı olarak yapılması gizli işlemin geçerliliği açısından ortaya farklı bir sonuç çıkarır. Her şeyden önce taşınmazın devrine ilişkin görünüşteki sözleşme muvazaa nedeniyle geçersizdir. Gizli sözleşme de kanunun öngördüğü şekil şartlarına (resmi şekle) uygun olarak yapılmadığı için geçersizdir. Öğretide bu noktada bir tartışma mevcuttur. Tartışma, muvazaalı sözleşmenin arkasında gizlenen sözleşme için söz konusu olan resmi şeklin görünüşteki sözleşmede uyulan resmi şekil ile sağlanıp sağlanmayacağı noktasındadır. Bir görüş³² buna olumlu cevap

²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar**, s. 348; Eren, **Borçlar**, s. 329.

³⁰ Özkaya, **a.g.e.**, s. 406.

³¹ Özkaya, **a.g.e.**, s. 402.

³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 439; Ertaş, **a.g.e.**, s. 288-289.

vermekte iken, diğer bir görüş³³ gizli sözleşmenin şekil şartlarına uygun olarak yapılmadığı gerekçesiyle hükümsüz olduğunu kabul etmektedir.

Muris muvazaası açısından bağışlama sözleşmesi, satım veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi olarak gösterilmişse, görünüşteki sözleşme muvazaası nedeniyle hükümsüz iken, gizli kalan bağışlama sözleşmesi (resmi) şekil şartlarına uygun olarak yapılmadığı için hüküm ifade etmez.

Muris muvazaası söz konusu olduğu takdirde mirasçılar muvazaalı işlemin geçersizliğini ileri sürme hakkına sahiptirler. Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde geçersizliğin ileri sürülmesi tapu kaydının iptali veya taşınmazın terekeye iadesi şeklinde olur³⁴. Bununla birlikte mirasçıların muvazaalı işlem sonucunda saklı payların ihlal edildiği gerekçesiyle tenkis davası açma hakları da bulunur.

1- Tenkis Davası

Mirasbırakanın ölümünden önce yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar ile bazı sağlararası kazandırmalar tenkise tabidir (MK.m.565). Saklı payı ihlal edilen mirasçılar mirasbırakanın tasarruf oranını aşan kazandırmalarının etkisizleştirilmesi³⁵, bir başka deyişle bu kazandırmaların terekeye döndürülmesini sağlamak için tenkis davası açma hakkına sahiptirler. Tenkise tabi sağlararası kazandırmalardan bağışlayanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ile âdet üzerine verilen hediyeler dışında ölümünden bir yıl önce yapmış olduğu bağışlamalar (MK.m.565/3) mirasbırakanın muvazaası ile gizlenmeye çalışılır. Bununla birlikte mirasbırakanın ölümünden bir yıl öncesinden daha eski tarihli yapmış olduğu kazandırmaların (ki burada bağışlama) m. 565/3 gereğince tenkise tabi tutulmaması nedeniyle terekeye iadesi m.565/4 kapsamında gerçekleştirilir. Ancak bunun gerçekleştirilmesi için mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla bu tür bir kazandırmada bulunmuş olması gereklidir. İşte, saklı paylı mirasçılar daha eski tarihli kazandırmaların tenkisini bu madde kapsamında talep edebileceklerdir. Tenkise tabi tutulacak bu kazandırmaların kapsamına m.565/3'ten farklı olarak muvazaalı olarak gerçekleş-

33 Bkz. dn. 34'deki yazarlar.

34 Özkaya, **a.g.e.**, s. 407.

35 Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 266.

tirilen satım sözleşmesi ve karma bağışlamalar da dâhil edilir³⁶.³⁷ Eğer yapılan bu kazandırma mirasbırakanın ölümünden bir sene öncesinden daha eski tarihli bir kazandırma ise ve bu kazandırma mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapılmışsa yani muvazaalı ise eski tarihli kazandırmaların tenkisinin m. 565/4'e göre istenebileceği uygulamada kabul edilmektedir³⁸. Bunun için kazandırmanın muvazaalı olarak yapıldığının ispatı gerekmektedir³⁹. Burada muvazaanın ispatı ile birlikte yapılan kazandırmanın saklı payı ihlal dışında bir neden için yapıldığına dair makul bir neden bulunduğu gösterilememesi halinde, saklı payı ihlal kastının varlığı ispatlanmış sayılmaktadır⁴⁰.

Tenkis davasının konusunu mirasbırakanın saklı payı ihlal eden tasarruflarının bu ihlal oranında indirilmesi ve bu indirilen kısmın saklı paylı mirasçıya verilmesi oluşturmaktadır⁴¹.

Tasarruf oranının aşılmayıp aşılmadığı terekenin mirasbırakanın ölüm tarihine göre belirlenir (MK.m.507). Tasarruf oranının aşıldığının tespit edilmesi sonucunda ilk olarak mirasbırakanın, mirasçılardan saklı payını ihlal eden ölüme bağlı tasarrufları tenkis edilir. Saklı payı ihlal eden bir ölüme bağlı tasarrufun bulunmaması veya bulunmakla birlikte saklı payın ihlalinin ortadan kaldırılamaması durumunda bazı sağlararası kazandırmalar tenkise tabi tutulur.

Tenkis davası saklı payın yaptırımını niteliğindedir⁴². Bu nedenle bu davayı açmaya kural olarak saklı payı ihlal edilen mirasçı veya mirasçılar yet-

36 İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 262.

37 Mirasbırakanın saklı payı ihlal etmek amacıyla yapmış olduğu muvazaalı işlemin borç ikrarı niteliğinde de olması mümkündür. Bkz. İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 264 ve dn. 41.

38 Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 260-261 ve dn. 78'deki kararlar.

39 Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 261.

40 Kocayusufopaşaoğlu, **Miras**, s. 400-401; Oğuzman, **a.g.e.**, s. 230-231; Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 261.

41 Fikret Eren, **Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 18.

42 İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 246.

kilidir⁴³. Tenkis davası saklı payı ihlal edilen mirasçının şahsına ait bir davadır ve saklı payı bulunmayan mirasçının böyle bir davayı açma hakkı bulunmadığı gibi, saklı paylı mirasçının saklı payını ihlal etmeyen tasarruflar için de böyle bir hakkı mevcut değildir⁴⁴.

Tenkis davası yenilik doğuran bir davadır⁴⁵. Diğer yenilik doğuran davaların aksine tenkis davası geçmişe etkili olup, mirasın açıldığı andan itibaren hüküm doğurur⁴⁶. Bu dava ile saklı payı ihlal eden kazandırmaların kanunda belirlenen orana indirilmesi hüküm altına alınır⁴⁷. Mirasçının tenkis edilen kısmı geri alabilmesi için eda davası açması gerekir⁴⁸.

Saklı paylı mirasçı tenkis davası ile kendi şahsına ait bir dava hakkını kullandığı⁴⁹ için mirasbırakanın muvazaalı işlemleri karşısında üçüncü şahıs konumundadır⁵⁰. Dolayısıyla saklı paylı mirasçı mirasbırakanın saklı pay kurallarını ihlal etmek amacıyla temlik gerçekleştirildiğini ve muvazaanın varlığını ancak tanıkla ispat edebilecektir⁵¹.

2- Tapu İptal ve Tescil Davası

Yargıtay kararlarında “tapu iptal ve tescil davası” olarak geçen bu dava aslında MK.m.1025’de de ifadesini bulan tapu kaydının düzeltilmesi (tashi-

43 Bununla birlikte saklı payı ihlal edilen mirasçının borçlarını ödemekte acze düşmesi ve tenkise ilişkin olarak hakkını aramaması durumunda bu mirasçının alacaklılarının da onun yerine tenkisi talep etme hakları kanun tarafından öngörülmektedir (MK.m. 562).

44 Kemal Oğuzman, “Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası Ve Tapu Kaydının Tashihi Davası”, **İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s. 196.

45 Kocayusufoğlu, **Miras**, s.411 ;Oğuzman, **a.g.e.**, s. 246; İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 246; Eren, **Tenkis**, s. 19.

46 İnan/Ertaş, **a.g.e.**, s. 316; Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 93.

47 Eren, **Tenkis**, s. 21; Oğuzman, **a.g.e.**, s. 246; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 190; Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 290.

48 Kocayusufoğlu, **Miras**, s. 412; Oğuzman, **a.g.e.**, s. 246; Tenkis davasının sağlararası bir kazandırmanın tenkisi veya ifa edilen bir mal vasiyetinin tenkisine yönelikse, tenkis talebinin eda hükmünü kapsadığı uygulamada kabul edilmektedir. Bkz. İnan/Ertaş, **a.g.e.**, s. 317.

49 Antalya, **a.g.e.**, s. 226-227.

50 Oğuzman, **a.g.m.**, s. 197.

51 Oğuzman, **a.g.m.**, s. 197.

hi) davasıdır. Bu dava ile yolsuz olarak gerçekleştirilen tescilin düzeltilmesi sağlanmaktadır. Konumuz itibariyle muvazaaa da tescilin yolsuz olmasına neden olmaktadır. Çünkü muvazaaya dayanılarak yapılan tescil geçerli bir hukuki sebebe dayanmaz.

İşte, mirasbırakanın yapmış olduğu muvazaalı kazandırmanın konusunun taşınmaz olması durumunda ve bu taşınmazın tapu kaydının iptali ile muvazaaya dayanan mirasçı adına tescilin yapılması için açılacak olan dava tapu iptal ve tescil davasıdır.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde görünüşteki sözleşmenin muvazaaa nedeniyle, gizli sözleşmenin şekil nedeniyle hükümsüz olması mülkiyetin karşı tarafa geçmesine engel olacağı için, bütün yasal mirasçılar tapu kaydının düzeltilmesini talep edeceklerdir⁵². Saklı pay sahibi olsun veya olmasın bütün mirasçılar, muvazaaa ve şekil eksikliği nedeniyle sahip oldukları bu davayı açma hakkını külli halef sıfatıyla kazanırlar⁵³. Bu nedenle mirasçılar muvazaayı tanıkla ispat edemezler⁵⁴.

Muvazaaa ve muris muvazaasına ilişkin olarak belirttiğimiz bu hususlar çerçevesinde YHGK'ın vermiş olduğu kararı değerlendirmek mümkün olacaktır.

IV. YHGK KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A) KARARIN ÖZETİ

Mirasbırakan vasiyetname ile bir kişiye konusu taşınmaz olan belirli bir mal vasiyetinde bulunmuştur. Mirasbırakan bu tasarrufun konusunu oluşturan taşınmazı daha sonra mirasçısına satıp mülkiyetini devretmiştir. Kendisine taşınmaz satılıp devredilen mirasçı vasiyetnamenin açılmasından sonra mirasbırakanın sağlararası tasarrufla vasiyetnamedeki tasarrufunu geri aldı-

52 Oğuzman, **a.g.m.**, s. 189.

53 Oğuzman, **a.g.m.**, s. 196. Öğretide Karayalçın, mirasçılarının miras haklarının mirastan mahrumiyet ve mirastan ıskat nedenleri bulunmadıkça mirasbırakanın ölüme bağlı olan veya olmayan tasarrufları ile ihlal edilemeyeceği gerekçesiyle mirasçılarının muvazaaa veya şekil eksikliği nedenine dayanan bir talep haklarının bulunmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s 5-6. Oysaki mirasbırakanın bizzat kendisinin sahip olduğu bir hakkın miras yoluyla mirasçılara geçeceğini kabul etmek gerekmektedir (Aday, **a.g.e.**, s. 69). Tapu kaydının tashihi davası da bu niteliktedir.

54 Esener, **a.g.e.**, s. 94; Oğuzman, **a.g.m.**, s. 197; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 200.

ğını ve vasiyetnamenin bu nedenle hükümsüz olduğu gerekçesiyle “vasiyetnamenin hükümsüzlüğünün tespiti davası” açmıştır. Bunun üzerine lehine mal vasiyetinde bulunulan vasiyet alacaklısı (lehdarı) yapılmış olan bu sağlararası tasarrufun yani satışın muvazaalı olduğunu ve mirasçı tarafından mirasbırakana hiçbir bedel ödenmediği gerekçesiyle yapılan işlemin iptal edilmesi amacıyla “tapu iptali ve tescil davası” açmıştır. Vasiyetnamenin hükümsüzlüğü davasında yerel mahkeme mirasbırakanın sağlığında vasiyetname ile bağdaşmayan bir tasarrufta bulunarak açık iradesini satış olarak belirlediği ve bu nedenle vasiyetnamenin geçerli olmadığı gerekçesiyle vasiyetnamenin hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Vasiyet alacaklısının kararı temyiz etmesi üzerine Y2.HD vasiyet alacaklısının açmış olduğu ‘tapu iptal ve tescil davası’ ile bu davanın birleştirilmesine karar vermiştir. Birleştirilen bu davalar sonucunda yerel mahkeme bu kez muvazaa nedeniyle tapu iptaline ve mirasbırakan adına tesciline, vasiyetnamenin hükümsüzlüğüne ilişkin davanın da reddine karar vermiştir. Bu kararın temyiz edilmesi üzerine Y1.HD mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu satış ile henüz ifa aşamasına gelmeyen vasiyetnamesinden rücu ettiğinin kabulü, bu nedenle mirasçı sıfatını hiçbir zaman kazanamayan kişinin tapu iptal ve tescil davası açmada sıfatının varlığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Ancak yerel mahkeme eski kararında direnmiştir. Yargıtay’ın hukuk daireleri arasında var olan görüş ayrılığı sonucunda olay Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna intikal etmiştir. Genel Kurul, mirasbırakanın vasiyetnamesinden rücu edebilmesi için sonradan yapmış olduğu hukuki tasarrufun geçerli olması gerektiğini, ancak yapılan tasarrufun muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu, dolayısıyla vasiyet alacaklısının vasiyetnameden kaynaklanan kişisel hakkına dayanarak muvazaa nedeniyle tapu iptal ve tescil davası açmakta hukuki yararının bulunduğunu kabul etmiştir.

B) KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Karar vasiyet alacaklısının muris muvazaası nedeniyle tapu iptal ve tescil davası açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bu karar açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da vasiyet alacaklısı lehine vasiyetname ile yapılan tasarrufun mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu tasarrufla ortadan kaldırılmasının mümkün olup olmadığı yönündedir. Dolayısıyla bu hususların ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

1- Vasiyet Alacaklısı Açısından Muris Muvazaası Nedeniyle Tapu İptal Davası Açma Sorunu

a) Vasiyet Alacaklısı

Mirasbırakanın şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları içerisinde gerçekleştirmiş olduğu tasarruflar maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirir⁵⁵. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar da mirasçı atama ve belirli mal vasiyetidir. Mirasçı atamasında mirasbırakan terekesinin tamamı ya da belirli bir oranı için kişi veya kişileri hak sahibi yapar⁵⁶. Mirasçı atanan kişi mirasbırakanın külli halefidir⁵⁷. Belirli mal vasiyetinde ise mirasbırakanın terekesindeki belirli bir malını bir kimseye bırakması söz konusudur. Lehine belirli mal vasiyetinde bulunulan kişinin mirasbırakanın ölümü ile vasiyet konusu mal üzerinde herhangi bir hakkı söz konusu değildir. Onun hakkı vasiyeti ifa ile yükümlü olanlara (genellikle yasal ve atanmış mirasçılardır) karşı vasiyet konusunun devredilmesini istemek yönünde kişisel bir haktır⁵⁸. Kendisine bırakılan mal üzerindeki hakkını ise ancak vasiyet borçlusu borcunu yerine getirince kazanır⁵⁹. Dolayısıyla belirli mal vasiyetinde kendisine belirli mal bırakılan kişi yani vasiyet alacaklısı mirasbırakanın cüzi halefi sıfatını taşır.

b) Vasiyet Alacaklısının Muris Muvazaasına Nedeniyle Tapu İptal ve Tescil Davası Açması

Muris muvazaası söz konusu olduğu zaman mirasçılar muvazaası nedeniyle yapılan işlemin geçersizliğini ileri sürme hakkına sahiptirler. Bu geçersizliğin ileri sürülmesi tasarrufun konusunun bir taşınmaz olması durumunda, yani kararda olduğu gibi, tapu iptal ve tescil davasına konu olur. Bununla birlikte yapılan muvazaalı işlem nedeniyle saklı pay aşılmışsa tenkis davası

55 Bkz. İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 53; Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 137.

56 İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 53; Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 137.

57 İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 53.

58 Kocayusufoğlu, **Miras**, s. 260. Vasiyet alacaklısının vasiyet borçlusu mirasçılara karşı sadece bir talep hakkı elde etmesinin istisnası da bulunmaktadır. MK.m.601/II' ye göre, mirasbırakan yaptırmış olduğu hayat sigortasının bedelini bir kimseye bırakmış ise, lehine mal vasiyetinde bulunulan kimse, mirasçılara karşı o bedelin ödenmesine ilişkin bir talep hakkı elde etmeyip, bedelin kendisine ödenmesi için doğrudan sigortacıya başvurma hakkına sahiptir.

59 Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 140.

söz konusu olur. Ancak bu iki dava arasında davayı açacak kişiler açısından bir fark bulunur. Muris muvazaasına dayanan tapu iptal ve tescil davasını açma hakkına saklı paylı olsun veya olmasın bütün mirasçılar sahip olmalarına karşın⁶⁰, tenkis davasını kural olarak sadece saklı pay sahibi mirasçılar açabilirler. Tapu iptal ve tescil davasını açma hakkına sahip bütün mirasçılardan anlaşılması gereken mirasbırakanın külli halefleridir. Yani bunlar yasal ve atanmış mirasçılardır.

Burada vasiyet alacaklısının ise farklı bir durumu vardır. O, mirasbırakanın mirasçısı değildir. Onun sadece kendisine bırakılan malı talep etme yönünde kişisel bir hakkı, bir alacak hakkı söz konusudur. Kendisine belirli mal vasiyeti bırakılan vasiyet alacaklısı cüz'i halef sıfatı taşır. Dolayısıyla muris muvazaasına dayanarak tapu iptal ve tescil davası açmakta hukuki yararı bulunmaz.

Vasiyet alacaklısının aynı zamanda yasal bir mirasçı veya atanmış mirasçı olması da mümkündür⁶¹. Bu durumda ön vasiyet veya mirasçı lehine vasiyet durumu ortaya çıkar⁶². Vasiyet alacaklısının aynı zamanda mirasçı olması durumunda bu iki sıfat birbirinden bağımsız nitelik taşıyacağından⁶³, vasiyet alacaklısının lehine mal vasiyetine ilişkin tasarrufunda yasal veya atanmış mirasçının haklarına sahip olması düşünülemeyecektir. Dolayısıyla iki ayrı sığata sahip olan vasiyet alacaklısı yasal mirasçı gibi muvazaa nedeniyle tapu iptal ve tescil davası açma hakkına sahip olamayacaktır.

YHGK kararında vasiyet alacaklısının kişisel hakkına dayanarak mirasbırakanın yapmış olduğu muvazaalı işlemin geçersizliğini ileri sürme hakkına sahip olduğu yönündeki kararı yerinde değildir.

2- Mirasbırakanın Vasiyetnameden Sağlararası Tasarrufla Dönebilmesi Sorunu

Vasiyetname mirasbırakanın tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirdiği ve herhangi bir kimseye yöneltilmesi gerekmeyen şekli anlamda ölüme bağlı

⁶⁰ Oğuzman, **a.g.m.**, s. 189. Hatemi ise muvazaa nedeniyle saklı pay sahibi olmayan mirasçılarının tapu kütüğünün düzeltilmesini talep edemeyecekleri görüşündedir. Bkz. Hatemi, **Miras**, s. 52-53.

⁶¹ Oğuzman, **a.g.e.**, s. 144.

⁶² Oğuzman, **a.g.e.**, s. 144.

⁶³ Oğuzman, **a.g.e.**, s. 145.

bir tasarruftur. Vasiyetnamenin tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilmesi yani tek taraflı bir hukuki işlem niteliğini taşıması mirasbırakanın bundan istediği zaman dönebilmesine olanak tanır.

Mirasbırakanın vasiyetnamesinden dönmesi daha sonra yapılan bir ölüme bağlı tasarrufla, vasiyetnameyi yok ederek veya vasiyet olunan şeyde sağlararası tasarrufta bulunarak gerçekleştirilebilir.

Mirasbırakanın vasiyetnamesinden daha sonraki bir ölüme bağlı tasarrufla ile dönmesi açık dönme olarak kabul edilir (MK.m.542). Burada dönmenin vasiyetname veya miras sözleşmesi şekillerinden biri ile gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁴.

Vasiyetnameden dönme mirasbırakanın vasiyetnameyi yok etmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bunun için vasiyetnamenin bizzat mirasbırakan tarafından yok edilmesi ve bunun yok etme kastı ile yapılmış olması gerekir⁶⁵.

Bir diğer dönme şekli ise örtülü dönmedir. Burada mirasbırakanın yapmış olduğu ilk vasiyetnamesinden ikinci bir vasiyetname düzenleyerek dönmüş olduğu varsayılır. Eğer sonraki vasiyetname ilk vasiyetnameyi tamamlayacak nitelikte değilse, ilk vasiyetnameden dönüldüğü kabul edilir⁶⁶. Sonraki vasiyetnamenin ilkini tamamlayacak nitelikte olması durumunda ise mirasbırakanın ilk vasiyetnameden dönmek mi istediği yoksa ilk vasiyetnameyi tamamlama kastı ile m, hareket ettiğinin araştırılması gerekir⁶⁷. Bu da bir yorum meselesidir. Burada vasiyetnameyi yapmayı gerektiren bütün koşullar gözönünde tutulacak ve mirasbırakanın gerçek iradesi tespit edilecektir⁶⁸.

Mirasbırakanın vasiyetnamesinden sağlararası tasarrufla da dönmesi mümkündür. Öğretide “ademptio legati” olarak ifade edilen bu durumda mirasbırakan belirli mal vasiyetini sağlararası bir tasarrufla ortadan kaldı-

⁶⁴ İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 98.

⁶⁵ Oğuzman, **a.g.e.**, s. 178.

⁶⁶ Rona Serozan, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, **Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul, Beta, 1996, s. 434.

⁶⁷ İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 101.

⁶⁸ Serozan, **a.g.m.**, s. 434.

rır⁶⁹. Bu durumda mirasbırakanın bu vasiyeti içeren vasiyetnamesinden veya vasiyetname içinde başka ölüme bağlı tasarruflar varsa, vasiyetnamenin belirli mal vasiyetine ilişkin kısmından döndüğü kabul edilir⁷⁰. Belirli mal vasiyetini konusu mal terekede çıkmadığından vasiyet borcu düşer, dolayısıyla belirli mal bırakmaya ilişkin tasarruf hükümsüzleşir⁷¹.

Belirli mal vasiyeti tedarik vasiyeti niteliğinde ise “ademptio legati” kuralı uygulanmayacaktır.

“Ademptio legati” kuralı ele aldığımız karar açısından da önem arz eder. Görüldüğü üzere karara konu olan olayda mirasbırakan belirli mal vasiyeti konusu taşınmazı sağlararası tasarrufla yasal mirasçısına satıp devretmiştir. Dolayısıyla mirasbırakanın varsayıli iradesi belirli mal vasiyetine ilişkin tasarrufun ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Söz konusu taşınmazın yasal mirasçıya satılıp devredilmesi sonucunda taşınmaz mirasbırakanın ölümü halinde terekede yer almayacağı için, belirli mal vasiyetine ilişkin tasarruf hükümsüzleşmektedir. Dolayısıyla vasiyet alacaklısının vasiyeti ifa ile yükümlü vasiyet borçlusu veya borçlularına karşı bir talep hakkı daha doğru ifadeyle kişisel bir hakkı söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle vasiyet alacaklısının mirasbırakana karşı tapu iptal ve tescil davası açmakta hukuki yararı ve sıfatı bulunmamaktadır⁷².

Sonuç itibariyle YHGK'nun vasiyet alacaklısının kişisel hakkına dayanarak muris muvazaası nedeniyle tapu iptal ve tescil davası açabileceğine ilişkin görüşü iki noktadan çürütülebilmektedir. Bunlardan ilki vasiyet alacaklısının mirasbırakanın mirasçısı olmaması nedeniyle muris muvazaasına dayanamaması, diğeri ise belirli mal vasiyetine ilişkin tasarruftan sağlararası tasarrufla dönülmesi durumunda vasiyet alacaklısın kişisel hakkının ortadan kalkacağı şeklindedir. Şunu da belirtmek gerekir ki bu olayda mirasbırakanın

⁶⁹ İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 101.

⁷⁰ Oğuzman, **a.g.e.**, s. 180.

⁷¹ Oğuzman, **a.g.e.**, s. 180. Serozan mal terekede çıkmadığı zaman vasiyet borcunun düşmesi nedeniyle ademtpio legati kuralının varlık nedeninin düşündürücü olduğunu, bu kuralın ancak vasiyetten sonra yapılan tasarrufun geri alınması halinde bir anlam kazanacağını ifade etmektedir. Çünkü vasiyetten sonra yapılan tasarruf geri alındığında mal terekede ortaya çıkacaktır. Bu gibi bir halde ademtpio legati ilkesi çerçevesinde belirli mal vasiyetinden zımnem dönüldüğünün kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir (Serozan, **a.g.m.**, s. 434).

⁷² Karara ilişkin görüş için bkz. İmre/Erman, **a.g.e.**, s. 101-102, dn. 6.

iradesi muvazaalı işlem yapmak şeklinde değil, belirli mal vasiyetine ilişkin tasarrufundan dönme şeklinde tezahür etmektedir. Kararın bu çerçevede de değerlendirilmesi muris muvazaasına dayanabilme imkânını ortadan kaldırmaktadır.

SONUÇ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bu kararda özellikle ele alınması gereken iki husus vardı. Bunlardan ilki vasiyet alacaklısının muris muvazaası nedeniyle tapu iptal ve tescil davası açabilmesinin mümkün olup olmadığı, diğeri ise mirasbırakanın belirli mal vasiyetine ilişkin tasarrufundan sağlararası bir işlemle dönebilme imkânının bu dava üzerinde etkisinin ne olması gerektiği idi.

Konusu taşınmaz olan hukuki işlemin muvazaa nedeniyle iptali için tapu iptal ve tescil davası açma hakkına sadece yasal mirasçılar sahiptir. Bu dava ile muvazaalı olarak yapılan işlemin hükümsüzlüğü nedeniyle tapu kaydının düzeltilip, talep eden mirasçı adına kaydın yapılması sağlanır. Vasiyet alacaklısının ise burada farklı bir durumu vardır. O, vasiyet borçlusuna karşı sadece bir talep hakkına sahip olduğundan ve dolayısıyla mirasçı sıfatını taşımadığından bu tür bir davayı açmakta hukuki yarar ve sıfatı bulunmaz.

Mirasbırakanın belirli mal vasiyetine ilişkin tasarrufundan sağlararası bir işlemle dönme imkânı mevcuttur. "Ademptio legati" olarak ifade edilen bu kural sonucunda kendisine belirli mal vasiyet edilen vasiyet alacaklısının talep hakkı ortadan kalkar. Çünkü mirasbırakanın iradesi belirli mal vasiyetine ilişkin tasarrufun hükümsüzleşmesine yöneliktir. Belirli mal vasiyeti konusunun terekede çıkmaması sonucu vasiyet alacaklısının vasiyet borçlusuna ilişkin kişisel hakkı (talep hakkı) da sona erer. Bu nedenle vasiyet alacaklısının bu davayı açmakta hukuki yarar ve sıfatının varlığı kabul edilemeyecektir.

Burada ele alınması gereken bir başka hususta mirasbırakanın gerçek iradesinin ne yönde olduğudur. Acaba o, muvazaalı işlem yapmak kastıyla mı yoksa belirli mal vasiyetinden sağlararası tasarrufla dönme kastıyla mı hareket etmiştir. İncelediğimiz karar mirasbırakanın iradesinin belirli mal vasiyetinden dönme şeklinde yorumlanması gerekir.

YABANCILARA TANINAN EKONOMİK YATIRIMA İLİŞKİN HAKLARIN SINIRLANDIRILMASININ TARİHİ VE HUKUKİ TEMELLERİ

*Av. İbrahim Orkun ATALAY**

*Devletler Özel Hukuku “insanın kendine yakışanı giymesidir”**. Kişiyi en uygun “kıyafet” gibi onu sarar ve üstüne oturur, alışkın olmadığı bir ortamda yabancılık çekmesini engeller. Ancak, o ortamı yabancıya uydurmaya da kalkmaz!*

GİRİŞ

Zamanımızın en tartışmalı konularından biri olan “Çok-Tarafli Yatırımlar Anlaşması”¹ (MAI) yürürlüğe girememiştir. Bu sonuç gayet doğaldır. Zira “insani” unsurun eksik bulunduğu hiçbir girişim başarıya ulaşamamıştır. Ulaşamaz da... Yakın zamanda bunun örneği Avrupa Birliği Anayasası’nın²

* İstanbul Barosu Avukatı. İÜSBE Doktora Öğrencisi.

** Bahsi geçen espiri, haftalık mizah dergisi “PENGUEN” yazar ve çizeri Emrah Ablak’a aittir.

1 OECD, The Multilateral Agreement on Investment, The MAI Negotiating Text (as of 24 April 1998).

2 Avrupa Birliği Anayasası’nın bir “anayasa” olarak neleri ihtiva ettiği ve neler getirip, neler götürüleceğine bakmak gerekir. Dikkat çeken ilk husus Anayasanın tümünün kamu harcamalarının finansmanına ilişkin olmasıdır. Bu bakımdan “iktisadi anayasa” olarak adlandırılabilir. Yatırımların finansmanı, kaynakların dengeli dağılımı, bölgeler arası gelişmişlik farklarının giderilmesi, fiyat istikrarı, özellikle tarım ürünlerinde olmak üzere destek alımları ile koruyucu nitelikte, karşılayıcı ve fark giderici vergiler, tarım, tüketici, aday devletleri destekleme vb. için bir takım fonların ihdası ve bunlara kaynak sağlanması vb., günümüzde hâkim zihniyet olan, tabiri caizse “sürekli alan ama hiç vermeyen” bir siyasi oluşum öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bunun anlamı da şu olmaktadır; bazı az gelişmiş Üyelerin, yeni Üyelerin ve hâli hazırda aday ülkelerin AB standartlarına ulaşması için gerekli finansmanın, AB bütçesinin finansmanını yapan belli başlı birkaç devlette “fakirleşme” endişesi ortaya çıkarmış olmasıdır. Hele serbest dolaşım göz önüne alındığında “işsizlik” sorununun da gündeme geleceği muhakkak olduğundan Fransa ve Hollanda kamuoyunun neden bu kadar “hassas” davrandığı anlaşılmaktadır (ATALAY, “Avrupa Birliği Anayasası ve Avrupalıların Birliği”, Ufukötesi, Haziran 2005, s. 30). MAI karşıtı gruplar tarafından, insan haklarını ihlâl ettiği gerekçesiyle, dünya çapında protesto eylemleri yapılmış ve bu kapsamda birçok yayın yapılmış ve internet web sitesi

yürürlüğe girememesinde görülmüştür. Diğer bir eksiklik de millet unsurunun hiçe sayılması ve ortadan kaldırılmaya çalışılmasıdır. Homojen bir bünyeye yabancı unsur katarak, kendine yabancılaşmasını ve heterojenleşmesini beklemek ancak “bohem bir fantezinin” ürünü olabilir. Bünye, o yabancı unsuru kaldıramaz.

Toplumlar, iktisadi politikalarına kendi iradeleriyle yön veremediği müddetçe, yabancı unsurun bir fayda getireceğini iddia etmek gerçekçi olmayacaktır. Devletler Hukuku’nda devletlerin “kendi iradeleriyle egemenliklerini sınırlandırarak” (Selbstbeschränkung) bir kural yaratmaları³ iktisadi alanda her zaman mümkün olmayıp, bu genelde bir diğer devletin baskısıyla⁴ sözkonusu olmaktadır. Günümüzde bunların “hamase” sözler olduğunu

açılmıştır. Örneğin, bkz. “MAI ve Küreselleşme Karşısı Çalışma Grubu”, (Çevrimiçi), <http://www.antimai.org>, 02 Nisan 2006.

- 3 SHEARER, *Starke’s International Law*, 11. Baskı, London, Boston, Dublin, Durban, Edinburgh, Kuala Lumpur, San Juan, Singapore, Sydney, Toronto, Wellington, 1994, s. 21.
- 4 Örneğin, belirli malların üretiminde uzmanlaşarak ucuza mal eden devletlerin ihracatını sınırlandırmak için sözde “Gönüllü İhracat Sınırlandırmaları” (Voluntary Export Restrictions) 80’li yıllarda özellikle Japon otomotiv sanayiine karşı ABD’nin başvurduğu bir cebri politika olmuştur. Kendi otomotiv sanayiini korumak ve Pazar payını genişletmek için Japon otomobillerinin ihracatını önlemiştir. Her ne kadar maddi bir yaptırım sözkonusu olmasa da, ihracata sınırlama getirilmediği takdirde, her türlü malı için ithalatta miktar sınırlandırmasına gidilmesi gündeme gelebilmektedir. Sonuçta ekonomik bir maliyetle karşılaşılması şeklinde yaptırım bulunmaktadır (HOTCHKISS, *International Law for Business*, New York, St. Louis, San Francisco, Auckland, Bogotá, Caracas, Lisbon, London, Madrid, Mexico City, Milan, Montreal, New Delhi, San Juan, Singapore, Sydney, Tokyo, Toronto, 1994, s. 237). Bu tür bir cebri Devletler Hukuku’nda “kuvvet kullanma” sayılıp sayılamayacağı öğretide tartışmalı olmakla birlikte, Milletlerarası Adalet Divanı (MAD) “kuvvet kullanma yasağını” “askeri kuvvet kullanmama” olarak yorumlamıştır. Bu husustaki görüşler ve MAD kararı için bkz. ATALAY, *Milletlerarası Entegrasyon Hukuku*, İstanbul, 2004, s. 29–30, dn. 213; Diğer bir örnek olarak, 70’li yıllarda az gelişmiş devletlerin tekstil ürünleri ihracatının kalkınmış devletlerin pazar payını daraltması ve hatta kendi iç piyasalarını “istilası” üzerine, az gelişmiş devletlerin tekstil ihracatını kısmak amacıyla “Çok-Elyaflılar Anlaşması” (Multi-Fiber Agreement) yapılması verilebilir (ATALAY, s. 29). IMF ve Dünya Bankası istikrazlarından sadece üyelerin yararlanabilmesi ve bu istikrazlar karşılığı ileri sürülen şartların devletlerin iç hukukunda ve mali yapısında gerçekleştirdiği değişim de dış güdümlü olması itibarıyla ekonomik baskı ihtiva etmektedir (bkz. ATALAY, s. 21 ve 25). Örneğin, tütün ve şeker pancarı ekimine kota uygulaması getirilerek, alternatif ürün yetiştirilmesine geçilmesine dair Bakanlar Kurulu Kararnameleri IMF’ye verilen niyet mektupları gereği yerine getirilmiştir (“IMF’e 3. Niyet Mektubu ve Taahhütler”, *Ekonomik Forum*, Ocak 2001, s. 14-15). Tarihte doğal kaynakları tükendiği için üretim yapamayarak, kendiliğinden sona ermiş bir devlet örneği bulunmamaktadır. Mutlaka bir dış etken içerideki üretim kapasitesini azaltmış veya dışarıdaki pazar payını daraltmıştır. Bu hususta kay-

ileri sürerler çıkabilir. Zaten insanların “olması gereken” üzerinde uzlaşmadığından bir durum analizi yapılması gerekir ki, bu da sorunlara bulunan çözümlerin sağlanmasının yapılmasıyla mümkün olmaktadır⁵. 19. yüzyılda İngiltere, Almanya, Fransa ile Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) ekonomik gelişmelerini nasıl sağladıklarına⁶ ve 21. yüzyılda Çin örneğine⁷ ba-

naklara örnek olarak bkz. KENNEDY, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, 8. Baskı, çev. Birtane Karanakçı, İstanbul, 2001, tamamı; OKUR, İkinci Binyılın Muhasebesi, C. 1, İstanbul, 1999, tamamı; OKUR, İkinci Binyılın Muhasebesi, C. 2, İstanbul, 1999, tamamı.

⁵ URAL, “*Pozitivist ve Neopozitivist Felsefe*”, Felsefe Konuşmaları, ed. Sadettin Elibol, Ankara, 1987, s. 122.

⁶ İngiltere, sanayi devrimi sonrasında iç piyasası için fazla sermaye birikimi elde etmesi sebebiyle 19. yüzyılda “*merkantilist*” (Tacir kapitalizmi) politikayı terk ederek, sermaye birikimi yerine rekabet eksikliğinden yararlanarak, ucuza ve çok miktarda üretebildiği malları yabancı devletlere eşitsiz mübadeleyle ihraç ederek ekonomik büyümesini hat safhaya ulaştırmıştır. Buna örnek olarak, 1846 yılında “*Mısır Kanunu*” çıkarılarak, ülkedeki fazla mısırların açlık yaşayan İrlanda’ya ihraç edilmesi verilebilir. Bu gelişmeyi gümrük vergilerindeki indirim izlemiştir. Diğer taraftan, yeni siyasî birliğini sağlamış olan Almanya, bunu “Alman gümrük birliğiyle” (Zollverein) pekiştirmiş ve genç sanayiini muhafaza altına almıştır. 1870’de serbest ticaret politikasından vazgeçerek gümrük vergilerini yükseltip o dönem Avrupa’daki iktisadî durgunluk ve Kıta dışından gelen ucuz tahıl mamullerinde artış karşısında tedbir olarak millî ekonomisini korumuştur. Almanya’yı, Fransa ve diğer Avrupa devletleri izlemiştir. Serbest ticaretin yürütülmesi üzerine iki-taraflı ticaret anlaşmalarıyla ticaretten çok siyasî amaçlar güdülmüştür. Almanya ile Fransa arasındaki anlaşmanın aslında Avusturya’yı yalnız bırakmak ve Almanya’nın Danimarka ile arasındaki ihtilâfta Fransa’nın tarafsız kalmasını sağlamak olmuştur. Aynı şekilde, İngiltere ile Fransa arasında yapılan “Cobden-Chevalier Anlaşması” da Fransa’nın İtalya yarımadası üzerindeki nüfuzunu kırmak amacıyla yapılmıştır. Diğer taraftan, milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla yeni pazarlar bulma ve ticaret bahneleriyle sömürü yoluna gitmeleri sözkonusu olmuştur. Aynı dönemde, ABD de genç sanayiini ilerletmek ve gelirleri artırmak için gümrük vergilerini artırmıştır. Bkz. TREBILCOCK/ HOWSE, The Regulation of International Trade, Londra, New York, 1999, s. 18 vd.

İngiliz iktisatçı ve düşünür Adam Smith, ticaretin evrenin kendi akışı gibi kendiliğinden ve serbestçe aktığını ileri sürerken, kendi ülkesi İngiltere için korunmacı ekonomik politika tavsiye etmiştir. Yani, “liberalizm” diğer devletler içindir. Değerlendirme için bkz. MANİSALI, Türkiye ve Küreselleşme, İstanbul, 2002, s. 44–45. (Küreselleşme) Örneğin, Tanzimat’ın ilanıyla Osmanlı Devleti’nde liberalizmin ve eşitliğin getirildiği iddia edilmekteyse de, o devirde Ülkedeki ticaretin büyük bir kısmını elinde tutan gayrimüslümlerin elde ettikleri sermaye birikimi sayesinde özgürlükler bakımından Müslümanlara üstünlük sağladıkları gözden kaçırılmamalıdır. Avrupa’dan dış ve Galata bankerlerinden iç borç alınması karşısında, yapılan israflar ve askeri yenilgiler ayrıca, paranın değerini kaybetmesi ve ihraç edilen hazine bonolarının karşılıksız kalması Osmanlı Devleti’ni ekonomik sıkıntıya sokarken, diğer taraftan özellikle İngiltere ile 1838 tarihinde yapılan Baltalimanı Antlaşması’nın veya diğer ismiyle Serbest Ticaret Antlaşması’nın, gümrük tarifelerinde karşılıklı indirim öngörmesi ancak, Osmanlı’nın sermaye bi-

kıp ders çıkarılması gerektiği bir olgu olarak kendisini göstermektedir. Yabancıların hukuki statüsü bahsine girmeden evvel, konunun daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak için, konuyla sıkı ilişkili tarihi, felsefi ve siyasal-ekonomik açıklamalarda bulunmakta yarar vardır. Zira konu sırf hukuki niteliği haiz değildir. Yabancıların ne sebeple bir ülkeye geldiği yabancılar hukukunun temelinde yatan husustur. Aile ziyaretleri hariç bu sebep iktisadidir. Dolayısıyla, sadece pozitif hukuk yönünden konunun incelenmesi çok sığ kalacak ve özü kavranamayacaktır. Kaldı ki, hukukun bir bütünlük arzettiği ve kendi içinde dallara ayrılmasının da suni bir ayırım olduğu öğretilerde⁸ kabul edilmektedir. İktisat teorisi de tıpkı hukuk gibi felsefeden soyut-

rikiminin ve sanayisinin İngiltere ile rekabet edemeyecek durumda olması sebebiyle bu mütekabiliyetin Osmanlı aleyhine işlemesi, Osmanlı pazarını, Amerikan pazarından dışlanan, İngiliz mallarına ve tacirlerine açmış ve gayri-müslüm tebaanın zenginleşmesini sağlamıştır. Bkz. YAVI, Bir Ülke Nasıl Batırılır?, İzmir, 2001, s. 131 vd. Liberalizmin yorum farklılıkları ve bunun altında yatan sebepler için aşağıda dn. 72 vd. ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

- 7 Günümüzde Çin, komünist siyasal sistemle ve merkezi planlamayla yönetiliyor olmasına karşın, dünyanın en çok yabancı yatırımını alan ve en hızlı büyüyen ekonomilerinden birisi olmasının nasıl mümkün olduğu kendini “*liberal*” olarak tanıtan müelliflerce açıklanamamaktadır. Bu yükselmenin ne kadar devam edebileceği ve altında yatan bir takım siyasal sebeplere dair spekülasyonlara konumuzla alakalı olmadığından bunlara değinilmeyecektir. İktisadi ve siyasal dinamikler ve bu dinamikleri yönlendirme kabiliyeti deşikendir. Ancak, sebepleri bizi ilgilendirmektedir. Siyasal sistemi ne olursa olsun, bir devletin “gümrüğü” bulunduğu takdirde, nihai malların bu “duvarı” delip geçmesi güç olduğundan, o ülkeye yatırım yapılması bir mecburiyet olarak kendini gösterecektir. 1995 yılında Türkiye’nin dâhil edildiği AB Gümrük Birliği sayesinde, AB’nin üçüncü devletlere uyguladığı gümrük tarifeleri üzerinden AB gümrük sahasına giren yabancı sanayi ürünleri gümrüksüz olarak serbest dolaşımında Türkiye pazarına da girmektedir. Örneğin, dünyada rekabeti zor denilen Türk tekstil sanayii, Çin tekstil ürünlerinin AB tarafından düşük bedelle ithalâtı ve bu ürünlerin Türk piyasasına girmesiyle “iflâs” etmiştir. Diğer taraftan, yabancı yatırımlardan elde edilen kârın belirli bir süre yurtdışına çıkarılmadan bir devlet bankasına tevdi edilme mecburiyeti, yatırımların finansmanını sağlamakta ve kalkınmayı desteklemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MANİSALI, Avrupa Birliği Çıkamazı, 4. Baskı, İstanbul, 2002, s. 142. (Avrupa Birliği)
- 8 Öğretilerde, bizim de katıldığımız şekilde, klasik hukuk anlayışından kaynaklanan hukukun özel ve kamu hukuku şeklindeki ikili ayrımının günümüzde büyük ölçüde önemini kaybettiği ve bu iki alana dahil olduğu kabûl edilen kuralların kesin bir çizgiyle birbirinden ayrılması imkânının bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; her iki hukuk alanına dahil kurallar iç içe geçmiştir. Böyle bir ayrımı açıklamak için ileri sürülen “menfaat teorisi”, “yöneten-yönetilen teorisi” ve “egemenlik hakkı teorisi” yetersiz kalmaktadır. Bkz. ÖZTAN, Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 15. Baskı, Ankara, 2004, s. 36 vd. Hukukun dallara ayrılması pratik mülahazalardan ileri gelmekte olup bilimsel bir dayanağı olmadığı kanaatini taşımaktayız.

lanamayacaktır. Kaldı ki, felsefeden yoksun bir pozitif bilim eksik ve hatta zararlıdır.

Bu sebeple, önce kolay anlaşılır, formüle eden ve doyurucu bir hukuki ve kuramsal açıklama yapılmasının okuyucunun meseleyi ve çözüm önerilerini daha iyi anlamasını sağlayacağı düşünülmüştür. Konu objektif bakış açısıyla ele alınmış ve özellikle günümüzde yaşanan “kavram kargaşası” nazara alınmak suretiyle kavramlara vurgu yapılmıştır. Batılı kavramlar, alındıkları yerlerin özellikleri göz önünde tutulmadan aynen iktisap ve tatbik edildiğinden, ülkemizde uyumsuzluk göstermektedir. Bu açıklamaların altyapısını teşkil edecek şekilde, ikinci bölümde, sermayenin 18. yüzyıldan itibaren sınırlar ötesine geçmesi ve milletlerarası alanda yayılmasının günümüzde ulaştığı en uç noktada artık önüne çıkan devlet egemenliğini kaldırıp, “fiilî durumun hukuka üstün kılınması”⁹ süreci işlenmektedir. Sonuç kısmında da çalışmadan çıkarımlar yer almaktadır.

I. YABANCILARIN HUKUKİ STATÜSÜNÜN DEVLET EGEMENLİĞİ KARŞISINDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ

Tarih tekerrürden ibarettir.

Yabancıların hukuki statüsü, milletlerarası ekonomik ilişkilerin ortaya çıkardığı karşılıklı ve tek-tarafli bağılıkların yol açtığı küresel ve bölgesel “bütünleşmeler” (Entegrasyon) sebebiyle eskisinden daha çok önem kazanmış ve daha çok tartışma konusu olmaya başlamıştır. Özellikle, devletin ekonomi üzerindeki hâkimiyetinin sınırlandırılmasıyla birlikte “millî devlet” kavramının “soyutlaşmaya” başlaması ve bunun beraberinde getirdiği sosyal başkalaşım toplumsal tepkilerin yükselmesine sebep olmaktadır¹⁰. Artık

⁹ ATALAY, “Fiilî Durumun Hukuka Üstün Kılınması”, *Ufukötesi*, Ekim 2005, s. 30.

¹⁰ Tek-tarafli ekonomik bağımlılık ve bunun siyasal-ekonomik sakıncaları hakkındaki monografilere örnek olarak bkz. MANİSALI, *Küreselleşme*, tamamı; MANİSALI, *Avrupa Birliği*, tamamı; ÇEÇEN, *İnsan Hakları*, Ankara, 2000, s. 137 vd. Az gelişmiş devletlerin içinde buldukları ve bunalımlarla ağırlaşmış olan iktisadî ve malî güçlükler sebebiyle bağımlılık konumuna sokuldukları, piyasa ekonomisinin küreselleşmesi millî devlet egemenliği sorununu doğurduğu, dolayısıyla egemenliğin biçimsel kaldığı yönünde bizim de iştirak ettiğimiz görüş için bkz. KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul, 2005, s. 81. Bu hususa en güzel örneği AB üyesi Belçika devleti teşkil etmektedir. Etnik bölünmüşlük, bunun ülke siyaseti ve ekonomisine etkisi ile AB bütünleşmesinde diğer devletlerle olan ahenkleşme devletin ülke siyasetini yönlendirme gücünü tamamen kaybettirmiş, devleti içi boş “kabuk” halinde getirmiştir.

toplumlar kendilerine yabancılaşmaya başlarken, yabancıların farklı toplumlarda, o topluma mensup bireyler gibi, hatta onların yerine hak ve hürriyetlerden faydalanmaları rahatsızlık yaratmaya başlamıştır. Toplumların kendi sorunlarını kendi içlerinde çözemedikten sonra, diğer toplumlar ile gidecekleri bir bütünleşme ile bunlara çözüm bulabileceklerine inanmanın ne kadar gerçekçi olabileceği, bizimde iştirak ettiğimiz şekilde, haklı olarak eleştirilmektedir¹¹. Siyasal-ekonomik geçmişe kısaca göz atıldığında, yabancıların

Bu bakımdan, Türkiye nazara alındığında ve aslında dünyaya da örnek teşkil etmesi açısından, Atatürkçü düşünce sisteminin üzerine kurulduğu “tam bağımsızlık” ve “millî egemenlik” fikirlerinin gerçekleşmesinin iktisadi güce dayalı olması (aynı grş. GİRİTLİ, Günümüzde Atatürkçülük, 3. Baskı, İstanbul, 1991, s. 87) karşısında, aksi yöndeki gelişmelere karşı çıkılması ve geri adım atmama iradesi gösterilmesi anlaşılabilir bir durum teşkil etmektedir.

Burada, ders niteliğindeki, ulu önder Mustafa Kemal Atatürk’ün İzmir İktisat Kongresi’nin açılış konuşmasının bir bölümünden aynen alıntı yapmakta yarar vardır. Atatürk diyor ki; “İstiklal-i tam için şu düstur var: Hâkimiyet-i Milliye, hâkimiyet-i iktisadiye ile tarsin edilmelidir. Bu kadar büyük gayeler, bu kadar mukaddes, azametli hedefler kağıt üzerindeki düsturlarla, arzu ve hırsla husul bulamaz. Bunların tahakkuk-i tamını temin için yegane kuvvet, en kuvvetli temel iktisadiyattır. Siyasi ve askeri muzafferiyetler ne kadar büyük olursa olsun, iktisadi zaferle tetvic edilemezse semere, netice paydar olmaz. En kuvvetli ve parlak zaferimizde tetvic eden semerat-ı nafaiyâ temin için hâkimiyet-i iktisadiyemizin temin ve tarsini lazımdır. Bu kadar feyizli, bu kadar kudretli olan yeni hükümetimizin düşmansız kalacağını farzetmek doğru değildir. Bunun için çok kundaklar koyarak münhedem etmeğe çalışacak ve suikasde teşebbüs edecekler buluncaktır. Bütün bunlara karşı silahımız, iktisadiyatımızdaki kuvvet; resanet ve muvaffakiyetimiz olacaktır”. Atatürk’ün İzmir İktisat Kongresi’nin açılışında yaptığı konuşmanın tam metni için bkz. “Birinci İzmir İktisat Kongresi (17 Şubat-4 Mart 1923)”, (Çevrimiçi), http://www.tik2004.org.tr/birinci_kongre.php, 15 Mart 2006.

- 11 Görüşümüzle aynı doğrultuda Alman düşünür Hegel’e göre; insan onuruna ve erdemine en uygun yaşamın ancak gerçek egemen bir devlette olanaklı bulunmaktadır. Zik. DOEHRING, Genel Devlet Kuramı, 2. Baskı, çev. Ahmet Mumcu (İstanbul, 2002), s. 139. Alman öğretisindeki bir görüşe göre de, millî düşünce ve duygulardan anlamsız sayılabilecek derecede radikal bir şekilde vazgeçilmesi doğru değildir. Zira toplum yaşamı için son derece önemli bir koşul olan özverili ve görev bilincine sahip olmanın, sadece objektif zemine oturan milletlerarası bütünleşmelerle kolaylıkla yerine getirilebilecek özellikler olmadığı aşîkârdır. Millî devleti milletler-üstü bir yapıya feda etmek hukuki değil, salt siyasi zorunluluklarla verilmiş bir karar olacaktır. Millî egemenliğe dayalı devleti ortadan kaldırmak istemek, ekmek yerine taş koymak gibidir. İnsanın homojen bir topluluk içinde kendine özgü nitelikleriyle ve kendi toplumuna sığarak yaşamak isteği açıktır ve deneysel olarak ispatlanmıştır. Şimdi bu bilimsel gerçeği ihmal ederek doğal nitelikleri göz ardı etmek tehlikelidir (DOEHRING, s. 143).

Kaldı ki “vatanseverlik” ve bu manada “milliyetçilik” çok saf, nezih bir duygu olmakla birlikte lüzumlu bir duygu olarak da kabul edilmektedir. Çünkü bir ülkenin uzuvları arasında en sağlam, en kuvvetli bağı meydana getirir ve bu bağlantı sayesinde millî birlik muhafaza edilebilir. Hatta insanlığa, normal şartlarda başaramayacağı şeyleri başarma

vatandaşlar karşısındaki durumunun geçirdiği değişim sürecine etki eden en belirgin özellik, ekonomik gücün devletten bireye doğru geçmesi ve beraberinde devlet hâkimiyetinin bireysel hâkimiyet karşısında zayıf düşmesidir. Her ne kadar her toplumda farklı şekilde yaşanmış olsa da materyal diyalektikte, sermaye birikiminin elde edilmesinde önce devletin mutlak olarak rol oynadığı, daha sonra özel girişimciyi desteklediği ve koruduğu, daha sonra özel girişimciyi siyasi mekanizmaya dâhil ederek geri plana çekildiği görülmüştür¹². Yabancıların hukuki statüsü bakımından tarihte beş evre bulunmaktadır. Bu geçirilen beş evre tıpkı bir devletin ömrü boyunca geçirdiği beş evredeki¹³ özellikleri taşımaktadır. Yabancılarla tanınan hak ve hürriyetlerin

kuvveti ihsan etmesi sebebiyle kutsal sayılması haklıdır. Ayrıca itimat, hayranlık ve ümit beslenmesi için sebepler vermektedir. Ancak, sanayinin gelişmesiyle birlikte 19. yy.dan itibaren saldırgan ve sömürgeci bir biçime bürünmesi eleştirilmektedir (POLİTİS, Milletlerarası Ahlâk, çev. Ahmed Reşid Turnagil, İstanbul, 1945, s. 64-65).

Hâkimiyetin ve sadakatin yer değiştirmesi sürecinin işliyor olmasının millî devletin egemenliğini aşındırdığı bir gerçek olsa dahi, millî devlet hali hazırda birçok insan için, patronlarının kim olduğu veya yaşamlarını idame ettirmek için ne işle uğraştıkları fark etmeksizin, benliklerinin ifadesi olarak görülmektedir. İnsanlar ona vergi ödemekte, kanunlarına tabi olmakta, askerlik vazifesini ifa etmekte, seyahat hürriyetini ancak onun verdiği pasaport sayesinde kullanabilmektedir. Her karşılaşılan yeni sorun karşısında insanlar güdüsel olarak devlete dönüp bir çare beklentisine girmektedir. Ülke-ötesi iktisadi, siyasi ve teknolojik gelişmeler insanların ilgisini buralara odaklanmasına sebep oluyorsa da, bu gelişmeleri düzenleyen, kurala bağlayan millî yasama organları olduğu unutulmamalıdır. Toplumların değişimle karşılıklı etkileşime girdiğinde bunu millî devletleri vasıtasıyla yapmaktadır (KENNEDY, Preparing for the Twenty-First Century, London, 1993, s. 134).

- 12 Kuramsal bakımdan, Batıda tarihi süreçte mülkiyetle alakalı, sanki planlanmış gibi art arda gelen, gelişmelerin meydana geldiği görülmüştür. Büyük aile ve mal ortaklığı-özel mülkiyet ve küçük devletçikler (siteler)-ticaret ve imparatorluklar- ticaretin sınırlandırılması ve feodalizm-sermaye birikimi ve monarşi-serbest ticaret ve liberalizm ve parlamenter sistem-kamu yararı ve sosyal devlet şeklinde kısaca formülize edilebilecek bir evrim geçirmiştir. Kanaatimizce, evrimin son aşaması, tarihin tekerrürü biçiminde, liberalizm devrinde Fransa'da feodalizmin yıkılması ve ülkenin tamamının tek bir ticaret ve gümrük alanı olması gibi, dünyanın da tek bir ticaret ve gümrük alanı olmasını amaçlayan ve 1970'lerden itibaren mal ve sermayenin serbest dolaşımıyla başlayan küreselleşmedir. Ancak, yine de 21. yüzyılın millî devletlerin çağı olacağı görüşüne katılmaktayız. Çünkü bütünleşmeye karşı tepki olarak millî bilinç gelişecek ve toplumlara hâkim olacaktır. Bu elbette sadece bir etki-tepki melesi değildir. Bir millî şuur ve kendine ait olana sahip çıkma fikrine sahip olmakla da yakın ilişkilidir (TUĞRUL/ATALAY, "Mülkiyet Hakkının İşlevleri ve Sınırları", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi, S. 3, Ekim 2004, s. 76-77 ve dn. 215).
- 13 İbn Haldun bir devletin ömrünü beş evreye ayırmaktadır. Devleti ayakta tutan her evre bir takım karakterler ihtiva etmekte ancak bir sonraki evrede bir misli bulunmamaktadır. Zira her karakterdeki özellik doğal olarak içinde bulunduğu halin icabındandır. Birinci

sınırı genişledikçe devlet egemenliği daralmaktadır. Burada geçirilen evrelerin felsefi altyapısı incelenecek, değişik dönemlerde yabancıların statüsüne etki eden ayrıntılara girilmeyecektir¹⁴.

A) Yabancıların Hukuk-Dışı Sayıldıkları Evre

İlk evrede, “güçlü devlet-zayıf birey” durumunun geçerli olduğu ilk çağlarda, yabancılar “düşman” ve “hukuk-dışı” sayılarak buldukları ülkede hukuki himayeden tamamen yoksun bırakılmışlardır¹⁵. Devlet egemenliğinin mutlak olduğu bu devirde, toplumda sadece vatandaşlar hak ve hürriyetlerden yararlanabilmişlerdir. Yabancılar ise köleler gibi hak ve fiil ehliyetinden yoksundurlar. Ancak, sonradan ticari ilişkilerin sıklaşmasıyla birlikte devletlerin tutumunda “yumuşama” görülmeye başlanmıştır. Burada devletlerin iktisadi menfaatlerini sosyal menfaatlerin üstünde tutmaları ve hukuklarını buna uydurmaları rol oynamaktadır. Sözkonusu değişimin sonucunda yabancıların kendi hukuklarını gittikleri ülkelere taşıdıkları kabul edilmeye başlanmış ve böylece “*kişisellik ilkesi*”¹⁶ ortaya çıkmıştır.

B) Yabancıların Millî Hukuka Tabi Kılındıkları Evre

Ortaçağda cereyan eden ikinci evrede, ülke-ötesine geçen ticari ilişkilerin daha da sıklaşmasıyla, devletlerin yabancılar karşı tutumundaki değişiklik daha da “geniş” bir hal almıştır. Bu devrin, İngiliz iktisatçı Adam Smith’in ifadesiyle, sadece iç ve dış güvenlik, adalet ve masrafi büyük bayındırlık hizmetleri sunmakla yetinecek, ancak ekonomiye müdahale etmeyecek “*jandarma devleti*” modelinde¹⁷, egemen güç, başta mülkiyet hakkı

evrede devlet yabancıya karşı üstünlük sağlama tavrı göstermektedir. İkinci evrede, devlet mutlak hâkim durumdadır. Üçüncü evre ferağ ve rahatlık devridir. Dördüncü evre anlayışlı ve uzlaşmacı olunan safhadır. Beşinci evre ise har vurup harman savurma safhasıdır. İbn Haldun’un görüşü için bkz. İBN HALDUN, Mukaddime, 1. Kitap, haz. Süleyman Uludağ, İstanbul, 1982, s. 514 vd.

14 Yabancıların tabi tutuldukları hukuki statülerin tarihi gelişimini inceleyen monografilere örnek olarak bkz. ALTUĞ, Yabancıların Hukukî Durumu, İstanbul, 1971, s. 26 vd.; bkz. NOMER, Teb’a ile Yabancıların Hukukî Müsavâtı, İstanbul, 1962, s. 11 vd.

15 Bkz. GÖĞER, Yabancılar Hukuku, Ankara, 1974, s. 6; ayrıca bkz. TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2003, 3–4; ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, Yabancılar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, 2005, s. 36.

16 TEKİNALP, s. 4.

17 Bkz. NADAROĞLU, Kamu Maliyesi Teorisi, 10. Baskı, İstanbul, 1998, s. 101–102.

olmak üzere, tacirlere geniş hürriyetler¹⁸ tanımıştır. Vatandaş tacirler bu geniş hürriyetlerden doğrudan faydalanırken, yabancılar ise ancak kendilerine “imtiyaz” tanınması halinde yararlanabilmişlerdir. Böylece 20.yy.a kadar yürürlükte kalacak “kapitülasyonlar”¹⁹ uygulamaya sokulmuştur.

Böyle bir siyasal-ekonomik ortamın hüküm sürdüğü bir ülkeye yabancıların girişi ve hukuki muamele yapabilmesi bakımından “ülkesellik ilkesi”²⁰ benimsenmiştir. Yani yabancı, bulunduğu devlette yaptığı hukuki muameleler bakımından o ülkenin kanunlarına tabi kılınmıştır. Yabancılara da vatandaşların tabi olduğu hukuk kuralları uygulanmıştır.

C) Yabancılar ile Vatandaşların Eşitliğinin Kabul Edildiği Evre ve Bu Eşitliğin Sınırı Sorunu

Zamanla teknolojik ilerleme ve siyasi yapıdaki değişimle, o ana kadar durağan kalan siyasal-ekonomik düzende önemli değişim yaşanmaya başlanmıştır. Avrupa’da toprak kapitalizminden sanayi kapitalizmine geçilmesiyle²¹ birlikte, millî piyasalar daralmış ve büyük miktarda üretim faktörlerinin ülke-ötesi dolaşımı başlamıştır²². Diğer taraftan birey devletten teşkilatlı

18 Bkz. AKAD/VURAL-DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2000, s. 99.

19 Kapitülasyonlar, hem yabancıların kendi aralarında, hem de yabancılar ile vatandaşlar arasında ayrıcalık yaratan uygulamalar olarak kendilerini göstermiştir. Bkz. GÖĞER, s. 8 vd. Türkiye bakımından konu ele alındığında, Osmanlı devletinin, Avrupa’daki güç dengelerinde söz sahibi olmak amacıyla çeşitli devletlere ve bunların tebaalarına tanımış olduğu imtiyazlar Kanuni Sultan Süleyman döneminden sonra sürekli hale getirilerek Avrupa’nın Osmanlı toprakları üzerinde dengeler kurmasına yol açmıştır. 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nın ilanından 24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşması’na kadar geçen sürede Osmanlı Devleti’nde yürürlükte bulunan iktisadi-mali, yargısal ve idari kapitülasyonlar Türkleri kendi ülkelerinde “yabancı” duruma düşürecek kadar yabancılara serbesti getirmiştir. Osmanlı’da ticaret yabancıların eliyle yürüdüğünden, yabancıların “ekonomik gücü” devletin “siyasi gücüyle” dengelenmekteydi. Tanzimat Fermanı, siyasi gücü ekonomik güç lehine ortadan kaldırmıştır. Osmanlı’da kapitülasyonların tarihi gelişimi ve menfi sonuçları için bkz. ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 38 vd. Osmanlı pazarının İngilizlerin kontrolüne geçmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İNALCIK, Osmanlı İmparatorluğu, İstanbul, 1996, s. 259 vd.

20 TEKİNALP, s. 4.

21 Avrupa Kıtası’nda kapitalizmin doğuşu ve gelişiminin tarım ve tarım mamulü ticaretine dayalı olması hakkında bkz. MOOERS, Burjuva Avrupa’nın Kuruluşu, 2. Baskı, çev. Bahadır Sina Şener, Ankara, 2000, s. 15 vd.

22 Kapitalist iktisadi gücün millî sınırları aşan ve milletlerarası alana yayılan gelişimi “emperyalist kapitalizm” olarak adlandırılmaktadır. Kapitalist sanayi geliştikçe daha tekelsel olmakta, rekabetin millî sınırlar içinde son bulması, milletlerarası alana geçmesi sonucu-

devlet yapısına geçiş yaşanarak, toprak rantına dayalı “diktatörlük” ortadan kaldırılıp “burjuva demokrasisi” biçiminde bir siyasal sistem kurulmuştur. Bu yeni siyasal sistem, sebeplerine uygun sonuçlar doğurmuştur. Sermayenin “uluslararasılaşması” beraberinde yabancılara karşı tutumda önemli değişiklikler de getirmiştir. Artık yabancılar dışlanmamakla birlikte, devletin hâkimiyetine, yani, mahalli hukukun tanımış olduğu haklara ve sınırlandırmalara tabi bulunmaktadır. Böylece, zamanla durum tersine dönmüş ve “güçlü birey-zayıf devlet” ortaya çıkmaya başlamıştır²³. Artık yabancı menfaatleri ile devlet menfaatleri çatışmaya başlamış ve bu çatışmayı devletin egemenliğini kısıtlayacak şekilde düzenleyecek kurallar doğmuştur²⁴.

Diğer taraftan, büyük miktarda sermaye birikimi elde edilmesi kapitalizmin değişim geçirmesine sebep olmuş ve mülkiyet “objektifleşmesine” yol açmıştır. “Anonim” şirketlerde pay sahipleri ile paylar arasındaki mülkiyet ilişkisi sadece “psikolojik bağlantı” olarak kalmaya başlamış ve paylar şirket yönetim kurulu üyelerinin yönetimi ve kontrolüne geçmişlerdir²⁵. Bu safhada yabancılık unsuru “sermaye” ile “birey” olarak ayrılmaya başlamıştır.

Görüldüğü üzere, iktisadi sebeplerle, teknolojiye hızlı gelişmenin kolaylaştırdığı, yabancı temasın artması 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yabancılara vatandaşlar ile eşit haklara sahip olabilecekleri düşüncesini beraberinde getirmiştir. Ancak, bu sefer de bu eşit hakların sınırı sorunuyla karşılaşmıştır. Zira yabancılara hukuki statüsünün Devletler Hukuku’na uygun olarak millî hukuklarca vatandaş ile eşit olarak mı düzenlenmesi,

nu doğurmaktadır. Bu gelişme, kapitalist ülkeleri, az gelişmiş ülkelerin ucuz emeğini ve doğal kaynaklarını sömürmek için, savaş yolu da dâhil olmak üzere, şiddetli bir rekabete ve mücadeleye itmiş bulunmaktadır. Bu gelişim sürecinin diğer bir sonucu, sanayi kapitalizminin kendi proleteryasını yüksek ücret ödeyerek, yani sömürüden pay vererek “burjuvalaştırması” olarak göze çarpmaktadır (GÜRİZ, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara, 1969, s. 255, dn. 21).

23 Bu durumun en basit ve çarpıcı olarak formüle edilmesi İngiliz düşünür Voltaire’ın “İngiltere Mektupları” isimli eserinde zikrettiği İngilizlerin ticaretle zenginleşmesi, zenginleştikçe de özgürleşmesi, özgürlüğün ticareti yaygın hale getirmesi ve bu durumun da devletin büyümesini sağlaması şeklindedir. Fransız düşünür Barnave’in bu duruma getirdiği yorum zenginliğin yeniden dağılımının, iktidarın da yeniden dağılımını gerekli kıldığı şeklinde olmuştur (zik. AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 101–102).

24 TOLUNER, Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları, İstanbul, 2000, s. 255.

25 Bkz. GÜRİZ, s. 252 vd.

yoksa genel geçer bir milletlerarası asgari standardın mı getirilmesi tartışmaları alevlenmiştir. Milletlerarası asgari standart görüşünün²⁶ temelinde, yabancıların insan olması itibarıyla kendisine asgari birtakım hakların tanınması gerektiği yatmaktadır.

Her devletin mali imkânları ölçüsünde vatandaşına tanıdığı hakların asgari ölçüsü birbirinden çok farklı olacağından²⁷, bir ülkede yabancıların, vatandaşın sahip olduğundan daha geniş haklara sahip olması muhtemeldir. O halde, milletlerarası asgari standartlara riayet etmeyen devletin Devletler Hukuku sorumluluğu doğması sözkonusu olacaktır²⁸. Bu duruma tepki ola-

26 ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 31-32; bkz. NOMER, s. 37 vd. Sömürgeleştirme hareketleriyle birlikte Hıristiyan Avrupa merkezli bir hukuk olarak ortaya çıkan günümüz Devletler Hukuku (HEAD, “*Supranational Law: How the Move Toward Multilateral Solutions Is Changing the Character of ‘International’ Law*”, Kan.L.Rev., Vol. 16, 1993, s. 620) ve onun fer’i kaynak olarak aldığı “medenî toplumların hukuku” bakımından asgari standartların belirlenmesi şüphesiz ki önyargıyla yapılmış, adaletsiz bir değerlendirmedir (NOMER, s. 42). Bu anlayışı günümüzde de görmek mümkün olmakla birlikte öğretiler, yeni bağımsızlığını kazanan devletlerin devletler topluluğuna dâhil olmasıyla asgari standarttan ne anlaşılması gerektiğinde değişiklik yaşandığı ileri sürülmektedir (NOMER, s. 43). Oysaki beyaz Avrupa emperyalizminin başlıca özellikleri arasında diğer toplumlar üzerinde üstünlük kurma arzusu ile tüm doğayı ve insanlığı bilimsel olarak etnosentrik, ileri-geri, gelişmiş-azgelişmiş, normal-suçlu, üstün-aşağı zihniyetliler, toplumlar, diller, türler gibi ayrı sınıflamalara bölme, bunların hepsini, amacı dolaysız fetihleri bilimsel bir örtüyle, giderek insancıl bir nezaketle gizlemek olan hukuki, irki, toplumsal ve topraksal öğretiler olarak makulmüş gibi gösterme yer almaktadır (SAID, “*Emperyalizm ve Siyonizm’in Entelektüel Kökenleri*”, Siyonizm ve Irkçılık, (Atatürk’ün 100. Doğum Yılına Armağan), Ankara, 1982, s. 141). Tarih defalarca göstermiştir ki kuvveti ve serveti ne kadar olursa olsun bir devletlerin diğer devletler üzerinde daimi üstünlük iddiası boş bir davadır (POLİTİS, s. 95). Kuşkusuz “modern” olmak ile “Batılı” olmanın aynı anlama gelmediği bu noktada vurgulanması gerken bir husustur. Millî modernleşme sürecinde Batıdan edinilecek bilgi ve tecrübeler, uygun oldukları ölçüde, topluma faydalı olacaktır. Aynı grş. PING, “*Marketization, Globalization, Modernization, and Localization of the Law*”, Kobe University Law Review (International Edition), No. 38, 2004, s. 21-22.

27 Aynı grş. POLİTİS, s. 110.

28 Örneğin, yabancı yatırımların kamulaştırılması halinde ABD Dışişleri Bakanı Cordell Hull tarafından, 30’lu yıllarda cereyan eden ABD-Meksika arasındaki yatırımların devletleştirilmesi gerginliği sırasında ortaya atılan ve “*Hull kuralı*” olarak da bilinen, yabancı yatırımların devletleştirilmesinin “*derhal, uygun ve etkin*” bir tazminat mukabilinde olabileceği görüşü o dönem için bir milletlerarası örf-adet hukuku teşkil etmiştir. Ancak, henüz dünyanın büyük bir kısmının sömürge olduğu bir dönemde ortaya çıkan bu kural, sömürgeler adına sömürgeci devletlerce kabul edilmiş olduğundan, yeni bağımsızlığa kavuşan devletler milletlerarası örf-adet hukukunu ve Devletler Hukukunun diğer kurallarını sorgulamaya başlamışlardır. Diğer taraftan, yeni ortaya çıkan ve Doğu Bloğunu teşkil eden, komünist devletlerin Batılı yabancı yatırımları, Marksist ideolojinin üretim

malları üzerinde müşterek mülkiyeti öngörmesi gerekçesiyle, devletleştirilmesi bir başka sorun olarak kendini göstermiştir. Sermayeye duydukları ihtiyaçtan dolayı az gelişmiş devletler Hull kuralından sapmak için farklı yollar ararken, Batılı devletler bu kuralın uygulanmasında ısrar etmişlerdir. Az gelişmiş devletlerin Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'ndan bağlayıcılığı olmayan bir dizi karar çıkarmaları da aksi yönde bağlayıcılık arzeden bir kuralın doğmasına yeterli olmamıştır. Buradaki başlıca sorun aslında bu sebeple doğacak ihtilafın önüne götürülebileceği bir milletlerarası yargısal mercii bulunmaması olmuştur. BM Genel Kurulu'nun 1962 tarihli ve 1803 sayılı "Devletlerin Doğal Kaynakları Üzerindeki Daimi Egemenliği" Kararı "egemenlik hakkını kullanmak suretiyle bu nevi tedbirlere başvuran devlette meri hukuk kuralları mucibince uygun bir tazminat" ifadesini kullanmış ancak, ABD bu ibarede geçen "uygun tazminat" kavramını derhal, uygun ve etkin bir tazminat şeklinde yorumlamıştır. Ancak, ABD'nin bu tutumu 1973 tarihli ve 3171 sayılı "Devletlerin Doğal Kaynakları Üzerindeki Daimi Egemenliği" Kararıyla zayıflamıştır. Karar "her devletin kendi doğal kaynaklarını koruma yönünde egemenlik haklarını kullanması şeklinde vücut bulan devletleştirme uygulaması, her devletin mümkün olan tazminat bedelini tayin ve ödeme biçimini tayin edebileceği ve doğabilecek tüm ihtilâfların bu nevi yöntemlere başvuran devletin millî mahkemelerinde çözülecektir" denilmiştir. Karar, 108 devletin lehte, bir devletin aleyhte oyu ve 16 çetimsiz kılmasıyla geçmiştir. Daha sonra Genel Kurul 1974 tarihli ve 3201 sayılı "Milletlerarası Yeni Ekonomik Düzen" Kararı bir adım daha ileri giderek her devletin doğal kaynakları ve iktisadi faaliyetleri üzerinde sürekli hâkimiyet sahibi bulunduğu, devletleştirme yapabileceği ve siyasi veya iktisadi ya da herhangi diğer bir türden baskıya maruz bırakılmayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bu karar da yatırım alan devletin devletleştirme hâlinde milletlerarası bir tazminat yükümlülüğü bulunduğu görüşünü reddetmiştir. Bu kararın hemen ardından Genel Kurul'un aldığı 1974 tarihli ve 3821 sayılı "Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine Dair Şart" Kararıyla yabancı yatırımlar ve bunlardan doğan ihtilâflar bakımından "doğal kaynakların ait oldukları devletin egemenliği ve tasarrufu altında olduğu" kesin bir şekilde vurgulanmıştır. Millî devlet egemenliği lehine bu bir dizi kararın bir milletlerarası örf-adet hukuku yaratması sözkonusu olmakla birlikte, yukarıda zikredilen Hull kuralının artık bir milletlerarası örf-adet hukuku teşkil etmediği ortaya koyulmuştur. Bkz. GUZMAN, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", V.J.Int'l.L., Vol. 38, No. 4, 1998, s. 644 vd. konuyla ilgili ayrıntılı bilgi veren bir monografi için bkz. TOLUNER, Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul, 1968, tamamı. BM Genel Kurulu'nun 1962 tarihli ve 1803 sayılı ve 1974 tarihli ve 3281 sayılı Kararlarının tam metinlerinin Türkçe tercümeleri için bkz. GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, 4. Baskı, İstanbul, 2000, s. 121 ve 123. Yabancılarla vatandaşlar arasındaki eşitlik tartışmalarının günümüzde aldığı biçim için aşağıda dn. 41 bakınız.

Yabancı yatırımların devletleştirilmesi karşısında başvurulabilecek bir milletlerarası yargısal mercii olarak 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren Washington Sözleşmesi'yle kurulan Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) (R.G. T: 06.12.1988, S: 19830) devletler ile gerçek veya tüzel kişi diğer devlet vatandaşlarını eşit konuma sokarak ve tahkim kararlarını bağlayıcı ve doğrudan doğruya icrası kabil kılarak, devlet egemenliğini tamamen ortadan kaldırmıştır. Ancak, bu sonucun doğması için devletin rızası gereklidir. Yani, sadece Sözleşmeye taraf olmak yeterli olmamakta, ayrıca devletlerarasında (Örneğin, 09.05.1996 tarihli ve 22631 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma) veya devlet ile yabancı yatırımcı arasında yapılan ve ICSID tahkimi sözleşme kaydı ihtiva eden söz-

rak, yabancı yatırımcıya vatandaş olduğu devletin sağladığı diplomatik korumanın bertaraf edilmesine yönelik sözleşme şartları -ki, dönemin Arjantin Dışişleri Bakanı Calvo'nun ismiyle anılan- "Calvo şartı" (Calvo clause) az gelişmiş, eski sömürge devletlerce kabul görmüşken, kalkınmış kapitalist devletlerce reddedilmiştir. Bu tartışma ortamında Milletlerarası Adalet Divanı'nın (ICJ) da Calvo şartını geçerli kabul ettiği kararları da olmuştur²⁹.

Eşitlik sadece temel hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından sözkonusu olup, sosyal ve ekonomik ile siyasi hak ve hürriyetlerden sınırlı ve şartlı olarak yararlanma benimsenmiştir. Devletin idamesi için hayati önemi haiz iktisadi ve siyasi hak ve hürriyetlerin sadece vatandaşlara hasredilmesi olağandır. Zira o toplumda sürekli yaşayan ve aynı kaderi paylaşanlar sadece vatandaşlardır.

Artık, yabancılar için ayrı bir hukukun mevcudiyetinin yabancıların vatandaşlardan üstün veya aşağı olduğu gibi bir sonuç doğurmaya müsait olmasından dolayı, yabancılar hukuku yerine, bir ülkede belirli bir zamanda geçerli belirli hukuk nizamı karşısında yabancıların hukuki statüsünden bahsedilmesinin daha doğru olacağı düşüncesi hâkim olmaya başlamıştır. Yabancıların hak ve hürriyet sahibi olması kural, kısıtlamalar istisna haline gelmiştir³⁰. Kısıtlamaların asgari ölçüsü de Devletler Hukuku olarak kabul edilmiştir³¹.

leşme akdedilmesi gerekmektedir. Her ne kadar devletlerin kendi rızalarıyla bu yolu seçtikleri ileri sürülebilse ve Devletler Hukukunda gabin müessesesinin mevcudiyeti tartışmalı bulunsa da, ileride üzerinde durulacağı üzere, ekonomik düzenden çıkmayı göze alamayan devletler bu rızayı göstermek ihtiyacı duyacaktır.

²⁹ Calvo şartının uygulanmasında Milletlerarası Adalet Divanı korunan yarar bakımından bir ayrıma gitmekte ve sırf özel kişinin yararı sözkonusu olduğunda bu şartın geçerliliğini kabul etmektedir. Buradaki asıl mesele, diplomatik koruma hakkının münhasıran devlete ait olması sebebiyle, kişinin feragatle bu hakkı kaldırılıp kaldırılamayacağıdır. Bu hususta Güney Amerikalı hukukçular Calvo şartının geçerliliğini savunmaktadır (PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 9. Baskı, Ankara, 2001, s. 183).

³⁰ ALTUĞ, s. 7-8.

³¹ NOMER, s. 60; 09.07.1961 tarihli ve 334 sayılı 1961 Anayasası'nın (R.G. T: 20.07.1961, S: 10859) 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için sınırının Devletler Hukuku olduğunu ve bu sınırlandırmanın kanunla yapılabileceğini düzenlenmiştir. Aynı düzenleme daha sonra 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın (R.G. T: 09.11.1982, S: 17863 (Mükerrer)) 16. maddesinde yer almıştır. Böylece yabancılar tanınan "serbestilerin" sınırlandırılması kanuni güvenceye bağlanmıştır. Yani, objektif, genel ve soyut nitelik taşıyan kanun dışında, sübjektif, somut, öznel, birel veya genel nitelikte herhangi bir idari işleme sınırlandırma getirilemeyecektir. Böylece sübjektif

Eşitlik ilkesi, yabancı sermaye yatırımlarında kendini yabancı yatırımcılar ile yerli yatırımcıların eşit muamele görmeleri şeklinde göstermiştir³². Yabancı sermaye ile aradaki rekabet eksikliğini dengelemek için başvuru bir diğer çare olarak, yabancı yatırımları ülkeye çekmek için getirilen hukuki düzenlemelerde yabancıların millî hukuka uymak ve millî ekonominin gelişmesine hizmet etmek şartları ileri sürülmüştür³³.

Bu aşamada cereyan eden bir diğer mesele yabancı sermaye yatırımlarında “para takası” (Kambiyo) ve yurtdışına para “naklinde” (Transfer) devletin uyguladığı kısıtlamalardır. Her ne kadar Milletlerarası Para Fonu (IMF) Anlaşması devletlerin döviz kurunu belirlemesine ve yurtdışına para nakline dair düzenleyici hükümler getirmekle devletlerin egemenliklerini sınırlandırmış olsa da, diğer taraftan geçiş döneminde devletlerin döviz ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bu alanlarda kısıtlamaya gitmelerine müsaade etmiştir³⁴.

Diğer taraftan, yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı personelin de, resmî makamların izni bulunduğu takdirde, yabancıların tutması ya-

saiklerle vatandaş ile yabancı arasında hukuken negatif ayrımcılık yaratılması önlenmiş olmaktadır.

³² Örneğin, 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (R.G. T: 17.06.2003, S: 25141) ile mülga 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun (R.G. T: 23.01.1954, S: 8615) 10. maddesi “Yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan bütün haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan, aynı sahalarda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüsler de aynı şartlar dâhilinde istifade ederler” demektedir. 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu da yatırımlarda yerli ve yabancı yatırımcılar arasında eşitlik ve “millî muamele” ilkesini öngörmüştür.

³³ Örneğin, 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun 1. maddesi. 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile bu şart kaldırılmıştır.

³⁴ Bkz. ATALAY, “Devletlerin Paraları Üzerindeki Egemenliği ve Sınırlandırılması”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan), s. 127 vd. Türkiye’de 1951 yılında çıkarılan mülga 5821 sayılı Yabancı Yatırımı Teşvik Kanunu’nun (Düster, III, C. 32, s. 1856) 3. maddesi, yurtdışına kâr transferini %10 oranıyla sınırlandırmış ve artan oranı, bu oranda gerçekleşmemiş ilerdeki yıllardaki kâra ilave etmiştir. 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu sermayenin nakledileceği devlet parası nevinden ve o günün döviz kuru üzerinden yurtdışına nakledilmesini, nakledilebilecek miktarın tayini ve hisselerin satışının iyi niyetle gerçekleştiğinin teyidi için Maliye Bakanlığı’na başvurulması ile sermayenin yurtdışına nakli için Maliye Bakanlığı’ndan izin alınması şartlarını getirmiştir. 4875 sayılı Kanun ise tüm sermayenin sınırsızca yurtdışına transferine müsaade etmektedir.

saklanmış meslekleri icra edebilmeleri mümkün kılınmıştır³⁵. Ancak kişilerin serbest dolaşıma ilişkin milletlerarası bir düzenleme getirilmemiştir. Böyle bir durum sadece bölgesel bütünleşmelerden Avrupa Birliği bakımından sözkonusu olmuştur.

D) Küreselleşme ve Entegrasyon Evresi

“Özgürlük istiyorduk, bulduğumuz fakirlik oldu!”

Polonya’da bir duvar yazısı

70’li yıllarda kamusal alan daha da daralarak³⁶, özel ekonomik kesimin, sınırları olmayan bir dünya yaratma ütopyası ilk adımlarını atmaya başlamıştır. Sadece devlet değil, yerli sermaye de değişim geçirmiş ve bir zamanlar yabancı sermaye, işgücü ve ara malları ülkelerine sokmayan yerel sermayenin, artık düşük maliyetle çok kâr elde etme amacıyla küresel ortaklıklara³⁷

35 Türk hukuku bakımından 18.01.1951 tarihli ve 5821 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nun 5. maddesi hükmü ve yaptığı atıfla 7. madde uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Genel Müdürü’nün başkanlığında Maliye Bakanlığı Hazine Genel Müdürü, Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürü, İşletmeler Bakanlığı İşletmeler Dairesi Başkanı ve İstatistik Genel Müdürü’nden müteşekkil bir “Komite” kurulması öngörülmüş ve bu Komite tarafından lüzumlu kabul edilecek yabancı mütehassıs ve ustalar hakkında etüt, montaj devreleri de dâhil yabancılar için getirilmiş sınırlandırmalardan muaf tutulmuştur. Aynı muafiyet, Kanun kapsamına giren işlerle meşgul olan yerli yatırımcıların istihdam edeceği yabancı işçiler için de tanınmıştır. Bugün ise sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının izni yeterli olmaktadır.

36 70’li yıllardan itibaren baş gösteren küreselleşme olgusu, üretimde yapısal değişim, örgütlenmede ve teknolojiye yenilikler ve finansmanın dünya çapında yayılmaya başlaması, mal ve hizmet ticaretindeki hareketliliğin artmasıyla sınırları olmayan bir dünya ortaya çıkmaya başlamıştır. Böylece, millî devletlerin ekonomiyi yönlendirecek siyasî gücü zayıflamaya başlamıştır (GÜMRÜKÇÜ, “Globalisierung im Spannungsverhältnis zwischen Entgrenzung und Grenzverschiebung sowie zwischen Internationalisierung der Kapital und Handelsströme und Nationalisierung der Arbeitsmärkte” Ites-Jahrbuch, ed. Harun Gümrükçü, 1999–2000, s. 20-21). Küresel sermaye piyasalarının yükselişiyle birlikte, her ne kadar millî özerklik sürmekte ise de sermaye piyasasını düzenleme, asgari sosyal standartlar koyma ve millî ekonominin yönetimi gittikçe sınırlandırılmıştır. Burada bir değişiklik yapabilmek, millî inisiyatifleri bastırmayan bir milletlerarası çerçeve olmaksızın mümkün değildir (HUTTON, The State We’re In, Londra, 1995, s. 312).

37 Yüzyıllar boyunca geçirilen siyasal-ekonomik aşamaların “sıkıştırılmış bir uyarlaması” yakın geçmişimizde nispeten hızlı ama somut bir şekilde hissedilmiş ve görülmüştür. Bu durum özellikle sermaye birikimi az olan ve üretim ilişkileri emeğe dayalı gelişme yolunda ve az gelişmiş Doğu ve Güney devletleri bakımından daha çok hissedilmiştir. Zaten 20. yüzyılın ikinci yarısından, yani 60’lı yıllardan itibaren, önce, bağımsızlığa yeni kavuşan sömürgeler ve bağımsız olmakla birlikte az gelişmiş devletlerdeki üretim faktör-

leri üzerinde hâkimiyet kurma mücadelesi ideolojik yansımayla kendini göstermiş, dünyada “Doğu-Batı” çatışması yaşanmıştır (bu konuda özellikle Türkiye bakımından durum tahlili için bkz. YAVİ, *Batırılan Bir Ülke Nasıl Kurtarılır?*, İzmir, 2001, s. 374 vd.). Daha sonra, dünya 90’lı yıllardan itibaren bu sefer “Kuzey-Güney” çelişkisi ve çatışmasına tanık olmuştur. İdeolojik kamplaşmanın yerini “zengin-fakir ikilemi” almış, “Kuzey Atlantik İttifakı” dünyanın geri kalanı üzerinde hâkimiyet kurma ve refahı kendi aralarında paylaşıp, başkalarını dışlayan bir politika izlemeye başlamıştır. Bu paylaşımın pay alabilmek için yerli sermaye kendi piyasasını yabancılara açıp, yabancıların kârına ortak olma yoluna gitmeye başlamıştır. Nitekim Türkiye’ye 90’lı yıllara kadar yabancı yatırımcıyı sokmayan büyük yerli sermaye, bu tarihten sonra yabancılarla ortaklık kurmaya başlamıştır. Destekler nitelikte görüş için bkz. MANİSALI, *Küreselleşme*, s. 47 vd.

Gösterilen tüm vergi, sermaye akışı, faaliyet kolaylıklarına rağmen, Türkiye’de yabancı yatırımcı “patlaması” olmamıştır. Bazıları bunu bürokratik formalitelerin engellemesine ve siyasi istikrarsızlığa bağlamakta (örneğin, bkz. ÖZEL, “*Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme*”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan), s. 599; ÇELİKEL, “*Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler*”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan), s. 161; ERDEM, “*Foreign Direct Investment Law*”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, Vol. 36, No. 53, 2005, s. 377) olsa da, 1996’da Gümrük Birliği’ne girilmesinin ardından yerli sermayenin üretimi bırakarak, Avrupalılarla ortaklık kurup perakendecilik, bir başka deyişle “bakkallık” yapmaya başladığı gözden kaçırılmamalıdır. Sıfır gümrükte Avrupalılar nihai mallarını rahatlıkla Türk pazarına sokabilmiş ve kârı da yerli ortaklarıyla paylaşmışlardır. Dolayısıyla, yatırıma gerek kalmamıştır. Bu durum akla yerli sermayenin devlet kontrolünden kurtulma ve küresel sermaye ile de ortaklık halinde, daha da zenginleşme arzusu olabileceğini akla getirmektedir. Bunun için de devlet yargısından kurtularak milletlerarası tahkime gidebilme amacıyla 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (R.G. T: 05.07.2001, S: 24453) gibi yasal düzenlemeleri desteklemişlerdir. Gerçekten de, 4686 sayılı Kanuna göre; “yabancı” olmak için illa ki yabancı bir devlette kurulmuş olmak ya da ortakların yabancı vatandaşlığa sahip olması gerekmemektedir. Yabancılık unsuru “sermaye” esas alınarak belirlenmiştir. Kanunun uygulanacağı kapsamı belirleyen birinci madde de tahkim yeri Türkiye olarak seçilir ya da bu kanunun uygulanması taraflar veya hakemlerce seçilirse, o takdirde bu kanun uygulanacağı ifade edilmektedir. Yani, Kanunun uygulanması için yabancılık unsurunun bulunması dahi gerekemeyebilecektir (ATALAY, “*Milletlerarası Tahkimin İdari Sözleşmelere Etkisinin Hukukî ve Malî Yönünden İncelenmesi*”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, S. 3, Mart 2005, s. 743). Günümüzde ise piyasayı ele geçiren yabancıların bu ortaklıkları bozarak, tek başlarına söz sahibi olmaya başladıkları görülmektedir. Bunun en bariz örneği yoğun ve otomobil sektörlerinde yaşanmıştır. Diğer taraftan, tüm dünyada ABD Doları yükselirken Türkiye’de tam aksine düşüş yaşaması, buna karşın Avro’nun (Euro) yükselişe geçmesi, ABD Doları rezervlerinin Avro ile takası sonucu piyasadaki Dolar adedinin artması ve değerinin suni bir şekilde düşmesiyle açıklanabilir. Zira diğer para birimleri için “ortak karşılık” (Common denominator) teşkil eden ABD Doları, itibari değeri dışında reel bir değere sahip değildir. Ancak bir birim yabancı para ABD Doları ile takas edildiğinde değer kazanmaktadır. Dolayısıyla, bir birim ABD Doları’nın değeri tıpkı bir mal gibi arz-talep ilişkisiyle belirlenmektedir.

girdiği görülmektedir. Son yirmi yılda, daha önce telaffuz edilmeyen “özel-leştirme”³⁸, “konsorsiyum” (Şirketler birliği), “joint-venture” (Ortak girişim) vb. kavramların Türkiye’de ve dünyada sıkça gündeme gelmesi bu gelişmenin bir sonucudur. Dünyayı “örümcek ağı” gibi saran küreselleşme sonrasındaki gelişmeler, yabancıların hukuki statüsü sorununu daha da belirgin hale getirmiş ve devlet egemenliğini kaldıran boyutlarda çözüm önerileri getirildiğine şahit olunmuştur. Bir kez daha görülmektedir ki, yabancılar tanınan hak ve hürriyetlerin sınırı genişledikçe devlet egemenliği daralmaktadır.

38 Özelleştirmenin küreselleşmenin bir sonucu olduğu yönünde bizimkiyle aynı görüş için bkz. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, İdare Hukuku, İstanbul, 2001, s. 792. Barones Margaret Hilda Thatcher’ın Başbakanlık yaptığı, Muhafazakâr parti iktidarında geçen, 80’li yıllarda İngiltere’de yaşanan “özel-leştirme” kapitalist üretim ilişkilerinin oturduğu ve özel kesimin yeterli sermaye birikimi yapmasıyla birlikte artık devletin üretim yapmasına gerek kalmadığı bir ortam sözkonusu olmuştur. Böyle bir özelleştirmenin neticesinde de özelleştirmeden elde edilen gelir topluma yayılmıştır. Yani, millî gelirden artış gerçekleştirilmiştir. Yüksek enflasyon ve fazla borç stoku bulunan bir ülkede özelleştirme yapılamaz. Zira yapılan ancak borç ödemek için kamu mallarının satışı olacaktır. Diğer taraftan, millî ekonominin motor gücü olan ve Cumhuriyetin finansmanını yapan İktisadi Devlet Teşekküllerinin satışı, henüz piyasa ekonomisinin kurallarının işlemediği ve kapitalist üretim ilişkilerinin oturmadığı bir toplumda siyasal-ekonomik buhranlara yol açması mümkündür. Bir Merkantilizm devri geçirmeden — sermaye birikimi elde etmeden — yerli sanayi kurulmadan, küçük ve orta boy işletmeler (KOBİ) zor şartlarda geçimlerini sağlarken ve ülkede tarımın yanında bir tek imalatçılık varken, kabına sığmayıp taşan küresel sermayeye ülkenin kapıları birden açılınca, yerli sermaye “yumruk yemiş boksör gibi nakavt” olmuştur. Bu konu hakkında bilgi ve görüşleri ihtiva eden eserler için örneğin bkz. AYDOĞAN, Ekonomik Bunalımdan Ulusal Bunalıma, 4. Baskı, İstanbul, 2003, s. 109 vd.; bkz. GİRİTLİ, Türkiye’nin İdari Yapısı, 10. Baskı, İstanbul, 1998, s. 110 vd. Özelleştirmenin Türkiye’nin kalkınmasında rol oynadığını ileri süren görüşler, üretim yapmadan, sırf İktisadi Devlet Teşekküllerinin yabancı sermayeye gerçek değerlerinin altında satılması şeklinde ülkeye “hazır para” girişi ve bunu serbestleştirme bahanesiyle para transferi serbestisi getirilmesi üzerine piyasalarda “doldur-boşalt” şeklinde cereyan eden “sıcak para” hareketleriyle ve dış borcun diğer bir dış borçla ve iç borçlanmayla döndürülmesi sayesinde yaşanan sunî bir büyümenin ardından gerçek bir daralma yaşanması açıklanamamaktadır. Örneğin, bkz. DARTAN, Privatisation in the UK and Turkey with particular reference to the Coal Sector, İstanbul, 1996, s. 102 vd.; Dünya Bankası eski baş ekonomisti ve Nobel ödülü sahibi Joseph Stiglitz “Ekonomilerde büyük çöküşler sonrasında büyüme yaşanması normaldir. IMF de ülkelerin büyümesini değil, verdiği paranın geri dönüşünü dizayn eder” diyerek bu durumu formüle dökmüştür (zik. ÇETİNKAYA, “IMF Sadece Tahsilatı Düşünür!”, Sabah, 24.04.2004, (Çevrimiçi) <http://www.sabah.com.tr/2004/04/24/eko101.html>, 06 Aralık 2004).

Milletlerarası sermayenin akışının önüne “set çekilmemesi” amacıyla mahalli hukukun “uyumlaştırılması” yoluna gidilmektedir³⁹. Mesela küreselleşmeye uygun olarak kişilerin ve sermayenin serbestçe dolaşımını⁴⁰ sağlayacak ve piyasalara girişte vatandaşlarla eşit muameleye⁴¹ tabi olacakları

³⁹ Aynı görüş için bkz. ÇELİKEL, s. 161, 163; PING, s. 18 vd., her ne kadar devletlerin iç hukukları birbirlerinden farklı olsa da ticaret hukuklarının küresel çapta birbiriyle uyumlaşmaya başlamasıyla, artık küresel şirketlerin devletler üzerinde devletlerin denetimlerinin daha da zayıfladığı söylenebilecektir. Milletlerarası ticaret hukuku, devlet egemenliğinin ötesinde, ayrı bir alan olarak mevcut bulunmaktadır. Bununla beraber bir devletin tüm iç hukukunu yabancı hukuklarla uyumlu hale getirmesi de akıllıca olmayacaktır. Zaten millî hukukların uyumlaştırılmasının tek bir milletlerarası hukukun doğuşuna sebep olması sözkonusu değildir. Hukukçuların, kürselleşen hukuk kuralları ile millî kalması gereken hukuk kurallarını birbirinden ayırması gerekmektedir.

⁴⁰ Örneğin, Türk hukukunda, 6224 sayılı Kanunu ilga eden, 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 3. maddesinde yabancı yatırımlarda yönetici konumunda çalıştırmak üzere “kilit personel” istihdam edilebileceği, başvuru alan iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunmamasını şart koşan 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’un (R.G. T: 06.03.2003, S: 25040) 14. maddesinin (b) bendinin uygulanmayacağı, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nin (R.G. T: 29.08.2003, S: 25214) 53. maddesi uyarınca, millî mevzuata uygun çalışma şartıyla, “istisnai” çalışma izni verilebilir. Bu gibilere çalışma izni verilirken, diğer çalışma izni türlerinde aranmakta olan kanuni süreler aranmamaktadır. 4875 sayılı Kanunla yabancı yatırımlarda “izin” sisteminden, “bildirim” sistemine geçişi getirmiş, yatırım serbestisi ve millî muamele, kârın yurtdışına nakli, nakit dışı sermayenin kıymet takdirinin menşe ülkesi hukukunun öngördüğü makamlar veya milletlerarası değerlendirme kuruluşları tarafından yapılması imkânı ve yabancı personel çalıştırma imkânı sağlamıştır.

⁴¹ 4875 sayılı Kanunla yabancı yatırımcı devlet denetiminin dışında serbestçe piyasaya girebilmekte ve “millî muameleye” tabi tutulmaktadır (ÖZEL, s. 604; ÇELİKEL, s. 167). Bu noktada yabancı ile vatandaşın eşitliğinden ne anlaşılması gerektiği tartışmaları yeniden alevlenmiştir.

Yabancılar ile vatandaşlar arasında ayrımcılığın olmamasına dair mutlak bir kural ne Devletler Hukuku’nda ne de millî hukuklarda halen bulunmamaktadır. Ancak günümüzde başlıca iki ölçüt alınabilir ki, birisi, başvuru alan yöntemin için esasına ilişkin olmamasıdır, diğeri, kişilerin eşit olmayan şekilde muameleye tabi tutulmasıdır. Eşitlerin eşit muamele görmesi, eşit olmayanların farklı muameleye tabi tutulması sayesinde gerçek eşitlik sağlanabilir. Yabancı yatırımların devletleştirilmesi bakımından eşitlik ilkesinin uygulanmasında vatandaşlık esasında bir ayrımcılık bulunması halinde makul olmayan ayrımcılık bulunduğu kabul edilecek, buna karşılık vatandaşlık esasında dahi olsa millî güvenlik veya ekonomi politikaları gerektirdiğinde ayrımcılık makul kabul edilebilecektir. Devletleştirilen yatırımın ayrımcılık teşkil edip etmediğinin tayini, yerli bir emsali veya diğer devlet vatandaşlarının yatırımlarının devletleştirilmesi ya da yatırım alan devletin vatandaşları arasında gördükleri muamele bakımından eşitlik bulursa dahi zamanla ortaya çıkan ayrımcılık halinde zorlaşabilmektedir. Burada önemli olan devletleştirilmenin keyfi olmaması, “iyi niyetle” yapılması ve “hakkın kötüye kullanımı” bulun-

değişiklikler millî mevzuatlarda yapılmaktadır. Ancak, her ne kadar kanuni veya ahdi mütekabiliyet bulunmaktaysa da, yabancı sermaye yatırımları sermaye için yaratılan bu uygun ortamda fiili mütekabiliyet işlememektedir⁴². Devletler, küresel ekonomik politikayla uyumlu olduğu dar bir alanda

mamasıdır. Bu kavramlar her ne kadar soyut nitelikte olsalar da somut olayın özelliklerine göre bir anlam kazanmaktadırlar. Ancak “ırk” esasına dayalı bir ayrımcılık her halükarda yasaktır. Akdi nitelikteki “en çok gözetilen millet muamelesi” (MFN) ile millî muamele ilkelerinin yabancı yatırımlar bakımından tatbiki de oldukça zordur. Zira MFN bakımından, yatırımlar iç içe geçmiş, örneğin, malî rejimler, yatırım şartları, kâr-zarar dengesi ve coğrafi özellikler gibi nitelikleri barındırmaktadır ki, bunlar her yatırım için farklılık arz etmektedir. Millî Muamele bakımından ise yerli yatırımlardan daha az elverişli olmayan muamele gösterilmesi öngörülmektedir ki, bu durum yabancıların vatandaşlarla aynı muamele görmesinden çok, ayrıcalıklı muamele görmesi olacaktır. Dolayısıyla Millî Muamele yabancı yatırımcı bakımından ayrımcılığı haklı görmektedir. Ancak burada da emsal bir yatırımın devletleştirilmesi durumunun bulunup bulunmaması belirleyici olmaktadır. Bkz. MANIRUZZAMAN, “*Expropriation of Alien Property and The Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: an Overview*”, J. Tarnsnational L. & Policy, Vol. 8, 1998, s. 57 vd.

Devletler Hukuku’nun farklı muameleyi yasaklamasından anlaşılması gerekenin hukuk dışı ve keyfi muamele olduğu, bir muamelenin keyfilığının o devletin millî hukuku tarafından tayin edileceği, yoksa milletlerarası asgari bir standardın sözkonusu olamayacağı görüşü için bkz. TOLUNER, s. 258.

Eşitlik bakımından Türk Anayasa Mahkemesi de benzer bir sonuca varmaktadır; “Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında ‘yasa önünde eşitlik’, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasa’nın öngördüğü eşitlik, aynı hukuksal durum içinde bulunanların aynı kurallara, aynı durumdakilerin aynı kurallara bağlı olmasıdır. Kimi kişilerin haklı bir nedenle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konulardaki özellikler yönünden değişik kuralların uygulanmasını gerekli kılabılır. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme, aynı durumdakiler için aynı düzenleme eşitlik ilkesinin gereğidir. Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, eylemlî değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlardakilerin aynı kurallara bağlı tutulması, Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Başka bir anlatımla kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Aynı durumlarda bulunmaktan doğan zorunluluklar ya da haklı bir nedenle getirilen farklı uygulamalar Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı düşmez.” (A.M.K., E: 1993/21, K: 1993/30, T: 21.09.1993, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1993/K1993-30.htm>, 13 Ağustos 2006).

⁴² Aynı grş. ERDEM, “*Yabancı Sermayenin Türkiye’ye Bankalar Kanalıyla Gelmesi*”, MHB, S. 1, Y. 8, 1988, s. 30, yabancı sermayenin piyasaya serbestçe girişi ve az miktarda sermaye koyarak büyük miktarda kâr elde etmesi ve bunu yine serbestçe yurtdışına çıkarılabilmesi, buna karşın yerli sermayenin, yeterli sermaye birikimi olmaması sebebiyle diğer ülke pazarlarına girişte ekonomik ve bürokratik engellerle karşılaşması sebebiyle, milletlerarası yatırımlarda mütekabiliyet işlememektedir. Buna karşın, aynı müellif sonraki tarihli bir makalesinde bu sakıncaya hiç değinmeden, doğrudan yabancı yatırımlara neredeyse sınırsız serbesti sağlanmasını olumlu bir gelişme olarak değerlendirmiştir (bkz. ERDEM, “*Foreign Direct Investment Law*”, s. 378 vd.). Şüphesiz ki bu bir çelişki

kendi ekonomik kalkınma modellerini belirleyebilmektedirler⁴³. Bir kalkınmadan çok ekonomilerini ayakta tutabilme endişesiyle gelişme yolundaki devletler yabancı yatırımlara elverişli koşullar yaratmaya çalışmışlardır. Siyasi risklere karşı hukuki koruma ve devletin piyasaya müdahalesinin asgari düzeye çekilmesi bu gibi koşullar arasında yer almıştır⁴⁴. Yabancı yatırımcıların yatırımlarından elde ettikleri kârı serbestçe yurtdışına nakline imkân yaratılması da bir koşul olarak aranmakla birlikte, devletler dış ticarette ödemeler dengesi açığı vermemek amacıyla yabancı talepleri dengelemeye çalışmaktadırlar. Bu çabanın sonucunda para nakli serbestinin millî hukuka uygun şekilde yapılması milletlerarası anlaşmalarda öngörülmüştür⁴⁵.

Oysaki 90'lı yıllarda dünya ekonomisindeki gelişme doğru olarak analiz edilememiş, ideolojik yaklaşım eksik kalmış ve uzun vadeli yatırımlardan çok spekülâtif sermayenin dünya çapında dolaşımında olduğu fark edilememiştir. İşte finansman ihtiyacı duyan devletler bu spekülâtif sermayeye serbesti tanımışlardır⁴⁶. Bunun sonucunda da geçici refah ortamı doğmuş olsa

teşkil etmektedir. Yabancı sermayenin ülke kaynaklarını sömürmesi hakkında ayrıca bkz. dn. 86.

- 43 YÜKSEL, “*Legal Issues of Global Governance, Economic Development and Democracy: Towards a Legal Theory of Restructuring the International Economic Institutions*”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, Vol. 37, No. 54, 2005, s. 189.
- 44 Bir devletin milletlerarası taahhüdünü ihlâl etmesi hâlinde, diğer devletler kendi taahhütleriyle bağlı kalırken ve özellikle sözkonusu devlet “hukuk devleti” ilkesine bağlı olmakla tanınmışken, ağır itibar kaybına yol açması sözkonusudur. Bu ihlâlin yaptırımı da, yabancı sermayenin, riskli görmesi sebebiyle, yatırım yapmaması sonucu devletin ekonomik zarara uğramasıdır (SIMMONS, “*The Legalization of International Monetary Affairs*”, I.O., No. 3, 2000, s. 591). Türkiye’nin karşılaşmış olduğu iktisadî krizlerin sadece konjonktürel ve yapısal olmadığı, millî sanayinin kurulamaması ve sermaye birikimi elde edilememesi sebebiyle dışarıya bağımlı olmanın getirdiği “tahterevallî” etkisiyle, ekonominin yükselmesi ve düşmesinde yabancı etki bulunduğu yönünde bizimde katıldığımız görüşü desteleyen örnekler için bkz. AYDOĞAN, tamamı; Osmanlı ile Cumhuriyet dönemi Türkiye’sinin siyasi ve iktisadi değerlendirmesi ve mukayesesi için bkz. YAVI, tamamı.
- 45 ERTEN, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Ankara, (t.y.), s. 170-71.
- 46 GIRDNER, “*The United States And The Emerging Global System: Neoliberalism, Inequality And The Uncharted Future*”, AÜSBF, *The Turkish Yearbook of International Relations*, No. XXVI, 1996, s. 30.

bile, “sıcak paranın” ülkeyi terk etmesi üzerine ekonomik krizler yaşanmıştır⁴⁷.

Sözkonusu krizler özellikle IMF tarafından, buradan yardım alan her üye devlete aynı şartları ileri sürmek suretiyle, olduğundan daha büyük ve yaygın hale getirilerek, bu devletlerin korunmacı ekonomilerini serbest piyasa ekonomisine dönüştürmeye zorlamak ve böylece Amerikalı girişimcilerin yatırımlarına açmak için bir vesile olmuştur⁴⁸. Ancak dikkat edilirse, daha önce de ifade edildiği üzere, devletlerin egemenliklerini kendilerinin sınırlamasıyla yabancı yatırımcılar pazarlara girebilmekte⁴⁹, milletlerarası bağlayıcı bir hukuki düzenleme yapılamamaktadır.

20.yy.ın ikinci yarısından itibaren baş gösteren çok-taraflılığın oluşturduğu “üst çatı”, devlet egemenliğinin devrini gerektiren ve cebri icra kabili-

47 1990’lı yıllar, yüksek faiz oranlarıyla sıcak parayı ülkelerine çekerek kalkınma umudu taşıyan devletlerin, dış ticaret ve ödemeler dengesi açıklarının kapatılması amacıyla devalüasyona gitmeleri ve faizlerin hızla düşmesi üzerine bu paranın ülke dışına çıkmasıyla ekonomik krize girmeleriyle geçmiştir. Ancak, dünyada en çok yabancı yatırım alan devlet olan Çin, kısa vadeli sermaye hareketlerini kontrol altında tuttuğundan, sıcak paranın piyasaya giriş-çıkışında zarar doğurmasına engel olabilmıştır (“Dövize çıpa atmak doğru mu?”, Ekonomik Forum, Ocak 2001, s. 16-17).

48 AKDİŞ, Global Finansal Sistem, Finansal Krizler ve Türkiye, İstanbul, 2000, s. 74; Bu devletlerin paralarında devalüasyonların önlenmesi sayesinde ABD’nin, bu ülkelere ihracatı kolaylaşmış ve korunmacı duvarların indirilmesi sayesinde de Amerikalı yatırımcılar pazarlara rahatça girebilmiştir (HEAD, “Lessons from the Asian Financial Crisis: The Role of the IMF and the United States” Kan.J.L. & Pub.Pol’y. Vol. VII, No. II, 1998, s. 89). Aynı yönde olarak, ABD’nin ticaret serbestisi ve liberal ekonomi politikaları izlenmesi yolundaki telkinleri ve elverişli ticaret imkânları tanınmasının Amerikan yatırımcılarının o ülke pazarlarına girebilmesi ve kendi vatandaşlarına istihdam imkânı sağlaması için kullanılması hakkında bkz. BHALA, “The Limits of American Generosity”, Fordham International Law Journal, Vol. 29, No. 2, 2006, s. 335.

49 Yabancı yatırım alan devletler piyasalarını yabancılara açarak siyasi güç kazanma politikası izlerken aynı zamanda dünya fiyatlarının düşmesine sebep olmakla aslında ekonomik bir kazanç elde edememektedir. Dolayısıyla aslında siyasi bir güç de elde edememektedirler. İddia olunanın (GUZMAN, s. 677-78) aksine yatırım alan devletler yabancı yatırımcılara karşı tekel teşkil ederek dünya fiyatlarını tayin edememişler, yabancı yatırımcılar yüksek bedellerden dolayı yatırımdan kaçındıkları için bu devletler zarar etmemiştir. Sermaye gücüyle yabancı yatırımcılar bu devletlerde tekel kurmuşlar ve fiyatları da kendileri belirlemiştir. Bunun gibi, kırıncı rekabet dolayısıyla düşen bedeller sebebiyle bu devletler zarar etmişler ve doğal kaynaklarını ucuza yabancılara satmak zorunda kalmışlardır. Diğer taraftan, piyasalarını henüz hazır olmadan küresel sermaye akışına açmaları sebebiyle de birbirleriyle benzeşme sürecine girmişler ve aynı sorunları yaşarken aynı çözüm önerileri dayatmalarıyla karşılaşmışlardır.

yeti ihtiva eden “ikincil” (Subsidiary) kurallarla tamamlanamadığından⁵⁰ küreselleşme soyut ve esnek kalmakta, somutlaşmamaktadır⁵¹.

Bundan dolayı küreselleşmenin normatif zeminini en fazla “esnek hukuk” (Soft Law) teşkil etmektedir⁵². AB örneğinde bile, millî hukukların ahenkleştirilmesi amacıyla iyi işleyen ve iyi örgütlenmiş bir piyasa bulunmasına karşın, herhangi bir müdahale olmaksızın, “kendiliğinden yönetim” (Self-regulating) beklentileri başarısız olmuştur⁵³. Ancak, küreselleşmenin çok-tarafılık ile başlamış bir süreç olması yanılıcı olmamalıdır. Zira nihai amaç⁵⁴ “tek-tarafılıktır”. Bunu sağlamak da ancak insanlığı aynı tarafta yer

50 Devletler Hukuku’nda, devletler için yükümlülükler koyan “birincil kuralların” (Primary Rules) bulunmasına karşın, bu kuralların uygulanmasını sağlayacak ve egemenlik devrini gerektiren “ikincil kurallar” (Secondary Rules) mevcut bulunmamaktadır (DAVIES/HOLDCROFT, Jurisprudence, London, Dublin, Edinburgh, 1991, s. 40).

51 Küreselleşmenin soyut ve esnek bir kavram olarak somutlaşmaması görüşü için bkz. ATALAY, “Milletlerarası Mahkemelerin Küreselleşmenin ‘Somutlaşmasındaki’ Rolü”, Ufukötesi, Temmuz 2006, s. 38; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), 1947 tarihli Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması’nın (55 U.N.T.S. 194; Düstur, III, C. 35, s. 156; “1947 tarihli Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması”, (Çevrimiçi) http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf, 05 Şubat 2003) siyasi, esnek, belirsiz ve bağlayıcılıktan yoksunluğuna dayanılarak, Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) iç hukukunda geçerliliği bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. CHEYNE, “Haegeman, Demirel and their Progeny”, The General Law of E.C. External Relations, ed. Alan Dashwood, Christophe Hillion, London, 2000, s. 20 vd.

52 Alt yapısında iktisat ve maliye olan, üst yapısında hukukun bulunduğu; kamu maliyesi ile iktisadın hukukla birleştiği noktada, özel hukuk müesseselerinin kamu hukukuyla bütünleşmesi olan esnek hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATALAY, Milletlerarası Entegrasyon Hukuku, s. 3 vd. Her ne kadar “normatiflik” ifadesi kullanılmış olsa da esnek hukuk, hukukun emir-yaptırım ilişkisi içinde bağlayıcılık arzetmemektedir. Milletlerarası ekonomik taahhütlerle devletlerin bağlılığı, Devletler Hukuku alanında taahhütlerin yerine getirilmesi için yapılan bir devlet uygulaması şeklinde gerçekleşmektedir. Yoksa devletlerin belirli bir yönde hareket etmeleri sadece “bağlılıkla” açıklanamayacaktır (HO, “Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement The Basle Accord?”, J.I.E.L., Vol. 5, No. 3, 2002, s. 649). Aynı grş. GUZMAN, s. 651, dn. 37. Hukuk felsefesi açısından konu değerlendirildiğinde, bir “yükümlülük” bulunmasıyla “belirli bir yönde davranma ile yükümlü tutulma”, bir başka deyişle “bir şeyi yapmak veya yapmamak için verilen emri yerine getirmek” arasında, “emrin” yerine getirilmemesi hâlinde karşılaşılabilecek herhangi bir “maddi yaptırım” bulunmaması farkı vardır (DAVIES/HOLDCROFT, s. 40–41).

53 SCHÖN, “Die Bedeutung von ‘Soft Law’ für die europäische Harmonisierung und der Europäische Verhaltenskodex für Hypothekarkreditgeber”, Kobe University Law Review (International Edition), No. 37, 2003, s. 33.

54 Makineleşmenin getirdiği sanayileşme sayesinde üretimde meydana gelen artış, artığın satışı için yeni pazarların bulunmasını mecbur kılmıştır. Bu durum tarihin yeni bir safha-

almaya ikna edebilecek “olağanüstü” bir durumun⁵⁵ ortaya çıkmasıyla olabilir. Oysaki günümüzde dünya geniş ölçüde farklılıkları⁵⁶ barındırmaktadır. Bu farklılıklar özellikle gelirin yeniden dağılımındaki bozukluğun yol açtığı zengininin daha zengin, fakirin daha fakir olması ile bununla bağlantılı olarak ortaya çıkan sosyo-kültürel başkalaşım ve yabancılaşıma, siyasal ilginin kesilmesi vb. sebeplerin etkisiyle insanların devletlerine sığınma ihtiyacı hissetmesi millî devletlerin yükselişe geçmesine zemin hazırlamaktadır. Bu durum sadece sosyal pekiştiricilerle açıklanamayacaktır.

E) Devlet Egemenliğinin Biçimselleşmesi Evresi

Yabancılara tanınan statüde “ulaşılabilir en son nokta”, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) bünyesinde müzakereye açılan MAI, yatırımcıların hangi devlette olursa olsun pazara giriş ve yasal güvence bakımından vatandaşlardan daha az elverişli muamele görmemelerini öngörmektedir⁵⁷. Ancak yabancı yatırıma tanınan “aşırı” serbesti ve yatırım yapan çok-uluslu şirketlerin menfaatlerinin yerli yatırımcılara nispeten “dengesiz” korunması sebebiyle MAI tasarımı aşamasında kalmış ve yürürlüğe girememiştir⁵⁸.

Günümüze dek iki-terafı “karşılıklı yatırımların korunması” anlaşmalarıyla yürütülen ve ihtilâfların milletlerarası tahkime götürüldüğü yabancı yatırımlar rejimi, MAI ile birlikte ilk kez çok-terafı bir çatıya kavuşmuştur.

sına geçişi getirmiştir. Bu da insanın kendi için yaşayabilmesinin, diğerleri için de yaşayabilmesi ile mümkün olduğunu anlayabilmesidir. Karşılıklı nezaket içerisinde tüm milletlerin birleşmesi gerektiği düşüncesi doğmuştur (POLİTİS, s. 123-24).

55 Öğretide, dünya insanlığının “bizler” ve “onlar” olarak bölünmesi sebebiyle tek-terafılığın tesis edilemediği, ancak yüzyıllar sonra bilim-kurgusal bir gelişme yaşanır da uzaydaki diğer gezegenlerde hayat bulunur ve “gezegenler federasyonu” kurulur ise böyle bir sonucun doğabileceği ifade edilmektedir (HEAD, s. 663). Kanaatimizce, tam da küreselleşmenin ilk adımlarının atıldığı 60’lı yıllardan itibaren Hollywood sinemasında “uzaylıların dünyayı işgal” filmlerinin çekilmesine başlanması ve zaman içerisinde buna hız verilmesi insanların bilinçaltına mesaj verme olarak yorumlanabilir.

56 Aynı grş. HATSUSE, “Globalisation and Asian Implication”, Kobe University Law Review (International Edition), No. 33, 1999, s. 1.

57 AKDIŞ, s. 57.

58 MANIRUZZAMAN, “International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: A Prognostic View”, Wisconsin International Law Journal, Vol. 20, No. 1, s. 40; ERTUTKUN, “Why Did ‘MAI’ Fail: The Reasons For The Failure”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan), s. 368.

Özellikle ihtilâfların çözümü mekanizması gelişme yolundaki devletler tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Zira yabancı yatırımcı ile yatırımı alan devlet arasında yürütülen müzakereler sonuçsuz kaldığı takdirde yabancı yatırımcı kendi ülke mahkemelerinde dava açabilecektir. Bu da şüphesiz yatırım alan devletin egemenliğini ortadan kaldırmaktadır⁵⁹.

Bu durum, Devletler Hukuku'nun temeli olan "egemen eşitler" kuralının sözleşmeyle bertaraf edilebilir olup olmadığı tartışmasını beraberinde getirmektedir. Kanaatimizce, Devletler Hukuku devlet iradesinden doğan bir hukuk olduğundan ve sözkonusu kural Devletler Hukukunun temel kurallarından olduğundan, sözleşmeyle bertaraf edilmesi mümkün değildir.

Bir taraftan kişilerin ve sermayenin küresel boyutta tamamen serbestçe dolaşımı amaçlamakta, diğer taraftan milletlerarası asgari standart görüşü daha ileri aşamaya taşınmakta; millî devleti biçimselleştirmektedir. Böylece, küreselleşmenin hedeflediği nihai gaye olan ve ABD örneğinde olduğu gibi bir "küresel federal pazar" yaratma yönünde bir adım daha atılmıştır⁶⁰.

Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması⁶¹ ilk defa olarak devletlerin yanında "pazarlara" da yer vermiştir⁶². Bu safhanın teorik dayanağı eski egemenlik

⁵⁹ ERTUTKUN, s. 371.

⁶⁰ ATALAY, "Yabancılar da Bizden mi Oluyor?", Ufukötesi, Şubat 2006, s. 30. Milletlerarası ekonomik düzenin işleyişine örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin federal yapısını örnek olarak veren görüş için bkz. TREBILCOCK/HOWSE, s. 3. Aynı görüş için bkz. HATSUSE, s. 13 vd. Yazar, ABD'nin ekonomik ve askeri gücüne dayanarak kendi menfaatleri doğrultusunda bir küresel ekonomi yapısı oluşturduğunu, bunu da millî güvenliğini sağlama adı altında yaptığını ifade etmektedir. Aynı yönde olarak bkz. ERHAN, "ABD'nin Ulusal Güvenlik Anlayışı", AÜSBFD, C. 56, No. 4, 2001, s. 84, Yazar, ABD'nin 90'lı yıllarda izlediği millî güvenlik politikasının "ABD'de ve tüm dünyada refah" olarak belirlediğini, bu güvenlik stratejisinin hedefleri doğrultusunda NAFTA ve GATT Uruguay Turu'nun tamamlanmasını ve Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmasını gerçekleştirdiğini ifade etmektedir. Diğer taraftan, Avrupa Birliği'nin yapılanması için Almanya'nın federal yapısının örnek alındığı görüşü için bkz. MANİSALI, Küreselleşme, s. 148; Avrupa Birliği'nin bütçesine katkı ve Avrupa Birliği Konseyi'nde Üyelerin temsil gücü bakımından, Avrupa Birliği üyesi Finlandiya'nın ileride Almanya'nın bir eyaleti haline gelebileceğine dair endişesi için bkz. KABAALIOĞLU, Avrupa Birliği ve Kıbrıs Sorunu, İstanbul, (n.d.), s. 336 vd.

⁶¹ R.G. T: 25.02.1995, S: 22213. (Mükerrer).

⁶² Anlaşmada "Contracting Parties" olarak geçen "Akit Taraflar" kavramı "pazarları" da kapsamaktadır. Anlaşmanın Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması kapsamında ABD, Japonya, Kanada ve AB ile gelişmişlik düzeylerine göre diğer devletleri on altılı ve geri kalanlar şeklinde gruplara ayırarak "ticaret bloğu" olarak tanımlanmıştır.

anlayışının “milletlerarası” ilişkilere ve bunun müesseselerine dayandığı, bunun yerini artık “küresel” ilişkilerin alması gerektiğine duyulan inançtır⁶³. Bu şekilde “tek-tarafli” bir dünya yaratılabilecektir. Sonuçta millî egemenliğin işlevi 21.yy.a kadar milletlerarası barışın ve piyasaların muhafazasını sağlamak olmuştur⁶⁴.

Tıpkı monarşiler devrindeki jandarma devlet yapısından, liberalizm devrindeki serbestiye geçiş aşamasındaki gelişmeler burada da görülmektedir. O devirde nasıl ki, “kralın” koruması altında sermaye birikimi elde edilmiş ve serbest rekabete açılmaya uygun ortam yaratılmışsa, şimdi de küresel serbest rekabet için uygun ortam yaratılmıştır. Ancak elbette bu serbest rekabet ortamına sadece sermaye birikimi elde edebilmiş olan büyük şirketler dâhil olabilecektir. Yabancılarla tanınan serbestilerden de rekabet eksikliğinden dolayı sadece bu şirketler yararlanabildiğinden, millî devletlerin bürokrasisi yanında bir de küresel “*şirketokrasi*”⁶⁵ yerini almıştır. Artık iktidarın yenden paylaşımı sözkonusudur. Ancak bu siyasî paylaşım, ekonomik paylaşımın paralel yürümemesi ve sosyolojik sebeplerle millî irade eksik olduğundan somut bir paylaşım tam gerçekleşmemektedir. Buna karşın negatif ayrımcılığa karşı anayasal ve yasal güvence iktisadî pozitif ayrımcılığa dönüşmüştür⁶⁶. Hukukun altyapısını teşkil eden iktisat artık üst yapıda hukuk

Şüphesiz bunlar da pazar kavramına dâhildir. Ancak henüz Devletler Hukuku kişiliği sözkonusu değildir.

63 JACKSON, “*Sovereignty-Modern: A New Approach to An Outdated Concept*”, A.J.I.L., Vol. 97, No. 4, 2003, s. 787.

64 JACKSON, s. 789.

65 Kavram için bkz. PERKINS, Bir Ekonomik Tetikçinin İtirafı 2 Şirketokrasi ve Ondaki Kurtulmanın Yolları, çev. Cihat Taşcıoğlu, Ankara, 2007, tamamı.

66 Örneğin, yukarıda dn. 31 vd. belirtildiği üzere küreselleşmeden en çok etkilenmeye başladığı ve serbest piyasa ekonomisine geçişi yaşadığı 1980’li yıllarda Türkiye’de anayasal olarak yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin Devletler Hukukuna uygun olarak kanunla sınırlandırılacağı öngörülürken, getirilen kanunî düzenleme tamamen yabancı yatırımcılara serbesti üzerine kurulu olmuştur. 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı 1982 Anayasası’nın 16. maddesinde yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin Devletler Hukukuna uygun olarak kanunla sınırlandırılacağı öngörülmüştür.

Anayasanın 16. maddesinin gerekçesinde, ülkede bulunan yabancıların hak ve hürriyetlerinin gereken hallerde, vatandaşın farklı olarak düzenlenip sınırlandırılacağını hüküm altına aldığı, bir yabancıya ülkeye girişinin veya ülkede seyahat ve yerleşme hürriyetinin, basın hürriyetinin vatandaşınkinden elbette farklı olacağını, bu farklılığın kendisini özellikle siyasi haklar konusunda gösterdiğini, vatandaş ile yabancı arasında gözetilen bu ayırımın milletlerarası hukuka uygun olması gerektiğini, kişi-devlet ilişkilerine milletler-

ile bütünleşerek yeni bir hukuk anlayışı olarak “*entegrasyon hukukunu*”⁶⁷ (Integration Law) ortaya çıkartırken, diğer taraftan hukukun iktisadî cereyan önünde bir baraj vazifesi görmesinden çok birlikte akıma kapılmış bulunmaktadır. Ancak kamusal emniyet tedbirleri de halen mevcuttur.

II. DEĞİŞİMİN KURAMSAL ELEŞTİRİSİ

“Finans silah gibidir, siyaset ise tetiği ne zaman çekeceğini bilmektir.”

rası bir unsur karıştığında bu ilişkilerin düzenlemelerinde milletlerarası hukukun gözönünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir (AKAD/DİNÇKOL, 1982 Anayasası, İstanbul, 1998, s. 87–88).

Daha öncede belirtildiği üzere bu madde, vatandaş ile yabancı arasında negatif ayrımcılığa sebebiyet verebilecek idari işlemlerin sakıncalarını giderebilmek için yabancılara tanınan serbestlerin sınırının genel yararın ifadesi olan kanunla tesis edilmesini öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının özden değil şeklen bir ayrımcılık bakımından değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 1984 yılında verdiği bir kararda Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde değişiklik yapan 3029 sayılı Kanun’un Türkiye’de mülk edinme konusunda kimi devlet uyruklarına ayrıcalık niteliğinde haklar tanınması ve yerine göre bu hakların sınırlandırılması yetkisinin Bakanlar Kuruluna bırakılmış olmasının, Kanunda bir sınırlama değil, devletlerarasında tercihan bir ayrımcılık gözetildiği ve bunun da Devletler Hukukuna aykırı olmadığına hükmederek Anayasaya aykırılık görmemiştir (A.M.K., E: 1984/14, K: 1985/7, T: 13.06.1985, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1985/K1985-07.htm>, 07 Mart 2009).

Daha sonra, 50 yıl kadar yürürlükte kalan 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile mülga edilerek yabancı yatırımcılar önündeki tüm sınırlamalar kaldırılmış ve yerli yatırımcılarla eşit muameleye tâbi tutulmuştur. Kanunla, yabancı yatırımlarda “izin” sisteminden “bildirim” sistemine geçiş yaşanmış, sermaye transferinde “kontrol” ve “kısıtlamadan” tamamen “serbestiye” geçilmiş, yabancı işçi istihdamı önündeki bürokratik zorluklar bertaraf edilerek sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının izni yeterli sayılmış ve böylece kişilerin küresel çapta serbest dolaşımı yönünde bir adım atılmış ve son olarak da devlet yargısının sözleşmeyle bertaraf edilerek ihtilafların “milletlerarası tahkim” yoluyla çözümü yoluna gidilebilmesinin yolu açılmıştır. Dikkat edilirse Kanun sermaye yanında kişilerin de serbest dolaşımını öngörmekle Avrupa Birliği’nin bile şiddetle karşı çıktığı hizmetlerin ve hizmetleri sunanların küresel serbest dolaşımına yaklaşan bir düzenleme getirilmiştir. Milletlerarası tahkim ile de devlet ile birey eşit tutulmuş, devlet egemenliği tamamen bertaraf edilmiştir. Egemen eşitlerin! yanına bireysel eşitler! de gelmiş oldu.

Buna karşın, Anayasa Mahkemesi 2003 yılında verdiği bir kararla yabancı şirketlerin yerli yatırımcılar gibi “sınırsız” gayrimenkul edinemeyeceğini, iktisap amacı, kullanım şekli ve devir bakımından belirsizliğe yol açtığı gerekçesiyle 4875 sayılı Kanun’un yabancıların gayrimenkul edinmesine ilişkin 3/d maddesini iptal etmiştir (A.M.K., E: 2003/71, K: 2008/79, T: 11.03.2008, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/k2008-79.htm>, 07 Mart 2009).

⁶⁷ Kavram için bkz. ATALAY, Milletlerarası Entegrasyon Hukuku, tamamı.

Don Lucchesi, The Godfather Part III

Gelinen noktada, adeta, ister milletin salgıladığı, canlı bir varlık veya “metafiziksel kişi”⁶⁸ olarak “organik devlet” olsun, ister insanların mutluluğunu⁶⁹ sağlamak amacıyla, toplumun sürekli, ortak, bölünemez ihtiyaçlarını gidermek için kurulan “işlevsel devlet” olsun, devlet düzeni yerini “sosyal

68 Alman düşünür Hegel, devletin, ailenin ve — bireylerin kişisel menfaatlerine yönelmeleleriyle teşkil eden — medeni toplumun bir sentezi olduğunu, kendisine bağlı unsurların hayatını birleştiren bir organizma niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Mülkiyet ve hürriyet kişinin iradesinin üstünde yer alan objektif bir irade tarafından tanınmakta ve korunmaktadır. Devlet bir araç değil, bir amaçtır. Birey devlet içindir. Devleti sınırlandıran hiçbir şey yoktur. Hegel’in görüşünü zik. GÜRİZ, s. 238. Devletin metafiziksel kişiliği görüşü için bkz. DOEHRING, s. 119.

69 Böyle bir ayrıma gidilmesinin pratikte sebebi, organik devletin ülkeden ayrı ve üstün bir canlı organizma olarak tebaasından karşılıksız olarak her türlü fedakârlığı isteyebilmesi bakımından devletler sosyal ortamından en az etkilenecek ve çözülecek devlet olması gösterilebilir. İşlevsel devlet ise devletin, organlara göre değil, geniş anlamda gördüğü hizmetlere göre bir tasnifin sonucudur. Organik ve işlevsel devlet tanımları için bkz. NADAROĞLU, s. 155 ve 229.

Milletlerarası çok-tarafılık aracılığıyla devletlerin yükümlülüklerle yüklenmelerine sebebiyet vererek ve süregelen işlevsellik vasıtasıyla onları devletler sosyal düzeni ile uyumlu olmaya zorlamak mümkündür (LANGER, Grundlagen Einer Internationalen Wirtschaftsverfassung: Strukturprinzipien Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation, München, 1995, s. 79). Aynı AB için de sözkonusudur (KABAALIOĞLU, s. 49). Dolayısıyla, işlevsel devleti şekillendirmek daha kolaydır; zira dışarıdan yükümlülüklerle yüklenen devlet, bu yükümlülükleri içeride uygulamaya dökmesi yönünde hem dışarıdan hem de içeriden yükseltilebilir talepler karşısında, bir “itme-çekme” ilişkisiyle şekillenmektedir. Bkz. ATALAY, s. 24.

Devletin ortaya çıkış sebebi olarak “hazcılık” (Utilitarianism) görüşü için bkz. İBN HALDUN, s. 537, İbn Haldun’a göre; insanların ihtiyaçlarını karşılamaları, bir araya gelmeleri ve yekdiğerleriyle yardımlaşmaları ile mümkündür. Bundan sonra ise, birbirlerinin mallarına el atmaya başlamaktadırlar. Bunu engelleyen bir müeyyide olmazsa, kaos ortamı oluşmaktadır. Bu müeyyide, hükmeden ve zorlayıcı olan, hükümdardır.

Aynı yönde, “sosyal sözleşme” (Social contract) görüşünü reddeden ve “doğal hukuk” (Natural law) öğretisine karşı çıkan İngiliz düşünür Jeremy Bentham ve sonrasındaki “hazcı” düşünürler, devletin, insanların ihtiyaçlarını karşılamak için toplumca “kendiliğinden salgılandığını”, hukuk kurallarının kaynağının da pozitif hukuk, yani egemen gücün iradesi, bir başka deyişle devlet olduğu, soyut kuralların ancak onları oluşturan somut koşulların ürünü olabileceği görüşü için bkz. GÜRBÜZ, Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi, İstanbul, 1999, s. 45 vd.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda (R.G. T: 09.11.1982, S: 17863) “devletin temel amaç ve görevleri” arasında “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” da sayılmıştır. Görülmektedir ki, on yedinci Türk devleti, önceki on altı Türk devleti gibi, “organik devlet” niteliği taşımaktadır. Bahsi geçen Anayasa hükmünden, “sosyal devletin” hazcılık ile yakinen alakalı olduğu da anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, telifçi bir yaklaşımın söz konusu olduğu söylenebilecektir.

Darwinizm'e bırakmakta, hürriyetleri sınırlandıran üstün kuvvet, yine bir başka özel yarara hizmet etmektedir. Yani, Thomas Hobbes'un "insan insanın kurdudur" sözü gerçeğe dönüşmektedir⁷⁰. Böylece, "sosyal devletin" gereği anayasal bir kural olan, genel yararın özel yarara üstünlüğü, tamamen olmasa da ağırlıklı olarak, bir kenara bırakılmış olmaktadır. Hâlbuki hürriyet devletle birlikte ve ondan kaynaklanarak var olabilir. Dolayısıyla, yaşanan değişimi hem siyasal-ekonomik boyutta, hem de hukuki boyutta "liberal" olarak tanımlamak mümkün değildir. Böyle bir tanımlama vermek en hafif deyimiyile kavram kargaşası⁷¹ şeklinde değerlendirilebilir.

A) Liberalizm Kavramı Bakımından

Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler!

Fransız (burjuva) ihtilalinin liberalizm sloganı

Her ne kadar siyasi ve hukuki açıdan liberalizm "hürriyet" ve "eşitlik" anlamına geliyorsa da, hukukun alt yapısını iktisat teşkil etmektedir; dolayısıyla, hukuki kavramlar iktisat nazara alınmadan değerlendirilemeyecektir.

⁷⁰ TUĞRUL/ATALAY, s. 77.

⁷¹ Destekler nitelikte görüş için bkz. STEIN, "*International Integration and Democracy: No Love At First Sight*", A.J.I.L., Vol. 95, No. 5, 2001, s. 801, devletlerin karşılıklı bağımlılığı, ekonomik ve siyasi menfaatlerinin kendileri tarafından sınırlandırılmasıyla gerçekleşmektedir. Geleneksel devletler hukuku anlayışının bir anda ortadan kaldırılmasının Devletler Hukuku'nun manevi bağlayıcılığını ve meşruiyetini zedeleyebilecektir. Eski kavramların yerine yenilerinin koyulmasında dikkat edilmediği takdirde, saf anlamda kuvvet uygulamanın ortaya çıkabileceği bir kargaşa ortamı doğabilecektir. Aynı görüş için bkz. JACKSON, s. 786 vd., devlet egemenliğinin klasik yorumunun "demode" olduğu görüşünü ileri süren yazar, "1648 tarihli Westphalia Antlaşması" ile ortaya koyulan klasik "mutlak egemenlik" kavramı yerine, "modern-egemenlik" şeklinde yeni kavramlar koyulurken egemenliğin geçmişteki kullanım tarzıyla günümüzdeki kullanım tarzı arasındaki farkın göz önüne alınması ve değişen ihtiyaçlara ve durumlara göre farklı değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Görülmektedir ki, egemenliğin yeniden tarifini savunanlar dahi bu görüşlerine temkinle yaklaşmaktadır. Zira fırlatılan "bumerang" dönüp fırlatanı vurabilir. Kanaatimizce, egemenlik kavramının değişikliğe uğradığının iddiası, devletlerin kendi iradeleriyle kendi egemenliklerini sınırlandırabilmelerinin bir görüntüsü olmaktan öteye gidememektedir. Bazen küçülse de yine de egemenlik "orada bir yerde" her zaman durmaktadır.

Olagelen durum sadece karşılıklı bağımlılığın devletlerin yükümlülüklerini artırarak egemenliklerini daraltmasından ibarettir (POLİTİS, s. 110). Devletler Hukuku'nun temelini hâlâ devlet egemenliği teşkil etmekte ve çok-taraflılığın getirdiği karşılıklı bağımlılık ikinci derecede, bütünüleyici bir rol oynamaktadır (TUNKIN, *International Law*, (n.p.), 1986, s. 380).

Hürriyetin kullanılmasıyla hakka dönüşmesinde “kullanmayı” sağlayan vasıtanın iktisadi bir kavram olduğu göz önünde tutulduğunda, eşitliğin ne anlama geldiği de yine iktisadi bakış açısıyla açıklanmalıdır.

Bu bakımdan iki tür eşitlik gözükmektedir; biri “fırsat eşitliği”, diğeri “imkân eşitliğidir”. Anayasada yer alan sosyal devletin kişiler önündeki maddi ve manevi engelleri kaldırma ve “sosyal adaleti” sağlama görevi⁷², devletin pasif durumdan çıkıp aktif duruma geçmesini gerektirmektedir⁷³, ki

⁷² 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 5. maddesinde devletin görevleri arasında zikredilen “adalet” kavramının, Maddenin, Anayasanın başlangıç kısmının altınca fıkrası ile birlikte okunduğunda “sosyal adalet” olarak anlaşılması gerektiği öğretilmişlerdir. Bkz. AKAD, “1982 Anayasası 5. Maddesi Üzerine Bir Karşılaştırma ve İnceleme Denemesi”, A.D., Y. 81, S. 2, 1990, s. 54, Anayasanın 4. maddesindeki, 1. maddede Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu, 2. maddede Cumhuriyetin nitelikleri, 3. madde hükümlerinin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği hükmünden hareketle, 1. maddedeki Devlet şekli olan Cumhuriyetin nitelikleri 2. maddede sayılmakta, böylece bu iki madde bütünlük teşkil etmektedir. Yani, Cumhuriyet bu sayılan niteliklere sahip Devletin rejimidir. Öyleyse, değişmezlik sadece Cumhuriyete yöneliktir. “Cumhuriyet” kelimesini değiştirmekle Cumhuriyet ortadan kalkmayacaktır. Cumhuriyetin nitelikleri arasında da başlangıçta belirtilen temel niteliklere dayanan ve sosyal hukuk devleti yer almaktadır. Sosyal devlet, Anayasanın 5. maddesinde düzenlendiğinden, başlangıç hükmünün altınca fıkrası ile 5. maddeyi birleştirerek, birlikte okumak gerekmektedir. İkisini birlikte okuyunca şu ibare ortaya çıkmaktadır; “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerini yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip [olduğundan] Devletin temel amaç ve görevleri...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

⁷³ TUĞRUL/ATALAY, s. 72. Gerçekten de, sosyal devlet teorisinde devletin, kişiyi içinde bulunduğu koşullardan kurtarması ve maddi imkânlarla bunu pratiğe çevirmesi, yani “özgürleştirilmesi” bir görev olarak kendisine yüklenmiş olduğu kabul edilmektedir. Toplumdaki liberal iktisadi ilişkilerin giderek tutsağı hâline gelen birey, sınıfsal ayrımın keskinleşmesi sonucu fakirler safında yer alması üzerine, kendisine sığınacak bir yer aramaya başlamaktadır. İşte bu noktada siyasi iktidarın işlevi değişerek, siyasi alandaki düzenleyici rolü sosyo-ekonomik alana da taşımaktadır. Bireye içinde bulunduğu durumdan kurtulma ve daha iyi yaşam sağlama yolunda siyasi belgelerle tanınan hakların, hangi maddi imkânlarla uygulamaya dönüştürülebileceği de yine aynı belgelerle düzenlenmektedir (AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 174).

Örneğin, 1982 Anayasası “temel hak ve hürriyetler” başlığı altında bireyler hak ve ödevleri ile Devletin görevlerini düzenledikten sonra, 65. maddesinde, Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasal görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini ifade etmiştir.

Devletin görevi mutlak eşitliği sağlamak değildir. Zaten kıt kaynaklarla sonsuz ihtiyaçları mutlak olarak karşılamak mümkün değildir. Devlet var olmayan bir kaynağı yaratamayacaktır. Örneğin, karşılıksız para basması hâlinde enflasyonu artırıcı etkisi olacak, bu da fakirleşmeye yol açacaktır. Devletin yapması gereken fırsat eşitliğinin kullanılmasında karşılaşılan maddi ve manevi engelleri kaldırmaktır. Yoksa bizzat imkânı yaratmak değildir. İktisadın kurallarından bağımsız bir siyasi ve hukuki müessese ihdası imkânsızdır. Sosyo-ekonomik altyapısı olmayan kanunların uygulanabilirliklerinin olmaması böyledir. Devlet nispi eşitliği sağlamalıdır.

Buradaki asıl mesele, eşitlik olmadan hürriyetin olamayacağı ancak, hürriyetin sınırı olarak eşitliğin alt düzeyde değil, üst düzeyde teminidir. Yani, imkânı olanları, imkânı olmayanların seviyesine indirmemek, aksine eşitlik içinde, üst seviyede hürriyetin hâkim olmasını sağlamaktır (AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 146).

Türkiye bakımından şu belirleme yerinde olur ki; ne Adam Smith'in tek-tarafı, gayri samimi "serbestisi", ne de Plato, Hegel vb. bireyleri devlet için var olan "kullar" haline getirmesi değil ama sosyal adaleti gözeten "müdahaleci devlet" Türk toplumuna en uygun iktisadi yapıyı arz etmektedir. En basit bir gözlemlerle Türkiye'de insanların kendilerini sahipsiz ve çaresiz hissettiği anlaşılabilmektedir. Sıkça "nerede bu devlet" yakınması duyulmaktadır. İşte bu yakınma, aslında, devletin biçimselleşmesinin en basit delilidir.

Bugünkü ekonomik durum aslında, "1929 dünya ekonomik krizi" (Big crash) ardından üretim ve fiyatlarda düşmeye karşın, işsizliğin artması üzerine "ekonomik liberalizmin" sona ermesi ve üretim faktörleri arasında denge kurmak amacıyla bütçe harcamalarının artırılması şeklinde "müdahaleci devletin" ortaya çıkmasını hazırlayan koşullara sahiptir. 1929 dünya ekonomik krizini hazırlayan koşullar için bkz. NADAROĞLU, s. 98.

Bu değerlendirmelerin ardından, milletin, ülkenin siyasetine ve ekonomisine yön vermemesi halinde Cumhuriyet ve demokrasinin varlığından bahsetmenin ne kadar mümkün olacağı oldukça zor bir soru olarak akla gelmektedir. Zira bu durumda katılım biçimsel kalacaktır. Kâğıt üzerinde kalan hürriyetler liberalizm değil, "otokratizm" sonucu doğuracaktır. Gelirin yeniden dağılımının bozuk olduğu, bölgesel gelişmişlik farkının gelişmiş bölgelerden sübvansede edildiği, paradaki nominal artışın reel artışla desteklenmediği ve her on yılda bir devalüasyon yapıldığı, arz-talep dengesi bulunmayan, sosyal güvenlik sistemi zayıf vb. olumsuzluklarla karşı karşıya olan bir devlette demokrasiye inancın kalmaması doğaldır. Aynı zamanda, kapitalist üretim ilişkilerinin bulunmadığı, piyasa ekonomisinin kurallarının işlemediği, hâlâ toprak rantıyla gelir sağlayan bir toplum da sözkonusuysa, o takdirde "devrim" değil, ancak "darbe" olabilir. Nitekim "71 muhtırası" gerekçeleri arasında "arzın talebi karşılayamaz hale gelmesi" sayılmıştır. Talebin kısılmasının da talebi yaratanlar tarafından olamayacağı muhakkaktır. Buna paralel olarak dönemin — en geniş ölçüde serbesti tanıdığı ileri sürülen — 61 Anayasası'nın yürütmeyi aşırı sınırlandırması "bol bir elbise" olarak nitelendirilmiş ve "bu anayasayla devlet yönetilmez" sonucuna varılmıştır (KUZU, "Neden Başkanlık Hükümeti", İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s. 170-71).

Ülkenin ekonomik ve sosyo-politik yapısı ile jeopolitik konumu dikkate alınmadan, "hürriyet" adı altında, toplumu bir arada tutan ve şekillendiren devlet müesseselerini ortadan kaldırma aslında devleti ortadan kaldırma yönünde bir eğilim sayılır. Toplum için en elverişli ortamı sağlayabileceği daha önce belirtilmiş olan millî devletin muhafazası ve millî menfaatlerin gözetilmesinde en önemli rolü oynayan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin demokratikleşme önünde engel olduğunu iddia edenler çokça bulunmakla birlikte bu iddia, tüm diğer etkenler sabitken bir tanesinin değiştiğini kabul etmek gibi gerçekçi olmaz ki, kanaatimizce bu tek-tarafı değerlendirme doğru değildir. Kaldı ki, dünyaya "demok-

bu da “bölüşürücü adalet” zemininde mümkün olabilecektir. Yani, liberalizmden bahsedebilmek için birincisi “ortada paylaşılacak bir şeyin” bulunması, ikincisi “imkân eşitliği” sağlanması gerekmektedir⁷⁴. Paylaşılacak şeye “erişme imkânı” bulunmaması, yani “rekabet eksikliği” halinde liberalizmden bahsetmek mümkün olamayacaktır⁷⁵. Bu durum ancak kuralızsız,

rasi dersi” veren Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) tarihinde de siyasete askeri müdahale her zaman olmuştur. Örneğin, yakın geçmişte, 2000 yılında ABD Genel Kurmay Başkanı Henry Shelton, sözde Ermeni soykırımıyla ilgili olarak dönemin ABD Temsilciler Meclisi Başkanı Dennis Hastert’e bir mektup yazarak, Kanunun çıkarılmasının Türkiye tarafından olumsuz karşılanacağı, bunun da ABD’nin güvenliği bakımından endişe doğurucu olduğunu ifade etmiştir (KANTARCI, “İki Yeni Ermeni Tasarısı 2005 Sonbaharında ABD Kongresi’nde: Beyaz Saray 2006 Bahar Hazırlıklarına Erken mi Başladı?”, TÜRKSAM, 31.10.2005, (Çevrimiçi) <http://www.turksam.org/tr/yazilar.asp?yazi=603&kat=45>, 23 Temmuz 2006; aynı konuda basında çıkan haber için bkz. “Türk Basınından: Hürriyet”, Hürriyetim, 20.10.2000, (Çevrimiçi) <http://arsiv.hurriyetim.com.tr/agma/00/10/20/tbasin.htm>, 23 Temmuz 2006). Bu hareket, şüphesiz ki, askerin siyasete müdahalesidir.

⁷⁴ Aynı yönde görüş için bkz. TOKU, “Liberalizmin Meşruiyet Zemini”, HFSA, 7. Kitap, İstanbul, 2003, s. 63-64, Liberalizm, imtiyazlı zümrelere karşı hürriyet ve eşitlik talebidir ve serbest piyasa ekonomisinden yararlanmak suretiyle yeni imtiyazlı zümreler yaratmanın bahanesi olamayacaktır.

Kanaatimizce, liberalizm, kısaca fırsat eşitliğinin yanı sıra imkân eşitliğinin de bulunmasıdır. Hukuk önünde eşit olmak yetmemektedir. Hukuk düzeninin tanıdığı hürriyetleri kullanarak hakka dönüştürebilmek için iktisadi güç gerekmektedir. Marks’ın “materyal diyalektiğinde” ifade ettiği gibi sosyal düzenin “alt yapısında iktisat ve malîye, üst yapısında ahlâk” vardır. Burada ahlâk, hukuk anlamında da kullanılmıştır. İktisat bir “nehir” gibidir, hukuk o nehrin üzerindeki “baraj” gibidir ve ikisi birleşince “enerji” doğmaktadır. İşte bu noktada imkân eşitliği göze çarpmaktadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, İngiltere’de Kraliçe de, bir işçi de yaz tatili Fransa’nın Monako şehrinde geçirebiliyor. Buna karşın, Kraliçe Monako’ya özel yatıyla gitmekte, işçi uçakla, “ekonomik sınıfta” uçarak gitmektedir. Sonuçta her ikisi de aynı yere gidebilmektedir. Kraliçe otelin kral daireesinde kalırken, işçi ekonomik bir odada kalmaktadır. Ancak sonuçta her ikisi de aynı otelde kalabilmektedir. Kraliçe altın tabakta et yerken, işçi porselen tabakta et yemektir. Sonuçta her ikisi de aynı besini alabilmektedir. Bu örnekleri daha da uzatmak mümkündür. Burada belirleyici olan sadece refaha erişmekte değil, refahtan faydalanmada da eşitlik olmasıdır. Aynı örnek, gelirin yeniden dağılımının dengesiz olduğu, Türkiye’ye uyarlandığında, bir Türk işçisi veya memuru yılda ancak iki defa bayramlarda memleketine gidebilmekte ve akraba ziyareti yaparak tatilini geçirmekte iken, hiçbir katma değer sağlamadan zenginleşmiş! bir kesim her vasıtaıyla, her yere, her zaman gidip istediği gibi tatil yapabilmektedir.

⁷⁵ Bölüşürücü adalet görüşünün önde gelen savunucusu Amerikalı düşünür John Rawls’a göre; bir insan topluluğunu, ortak bir adalet kavramı yönlendiren ve mensuplarının mutluluğunu artırmayı amaçlayan, az çok kendine yeterli bir ortaklık olarak değerlendirmek mümkündür. Karşılıklı yarar amacıyla başvuru ortak bir girişim olduğu için, böyle bir ortaklık hem menfaatler arası bir çatışma, hem de menfaatler arası benzeşmeyle nitelenebilir. Menfaatler arasında benzeşme vardır; çünkü toplumsal işbirliği herkese, sadece

hatta “anarşiye” kaçan bir serbesti olan “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” (*laissez faire laissez passer*) olarak açıklanabilir ki, o takdirde gerçek anlamda bir liberalizmden bahsedilemeyecektir⁷⁶. Kaldı ki, fertçilik, ferdi girişimleri destekleme sınırlarını aştuğunda hürriyet ile yetinmediği gibi, her

kendi çabalarıyla yaşamaya çalışmaları hâline nispeten daha iyi bir hayat sağlar. Ancak, aynı bireyler ortaklaşa emekleriyle yaratılan bu daha büyük yararın nasıl bölüştürüleceği konusuyla da ilgilenirler. Çünkü hepsi kendi amaçlarını artırabilmek için daha büyük bir pay almayı daha küçük bir paya tercih edeceklerdir. Adalet kavramı bu bölüşümü belirleyecek ve uygun bölüşüm paylarıyla ilgili bir uzlaşma sağlayacak sosyal düzenlemeler arasında seçim yapmaya yarayan bir dizi ilkeyi içermektedir. Bireylerin menfaat maksimasyonuna gitmesi gibi toplumların da aynı şekilde bir menfaat maksimasyonuna gitmesi mümkündür. Diğer taraftan, toplumda menfaatler toplamının bireyler arasında nasıl dağıtılacağı, bir bireyin tatmininin zaman içinde nasıl dağıtılacağından daha önemli değildir. Bununla birlikte, hiç kimse kendi menfaatini artırırken diğerlerinin hürriyetini sınırlandırmamalıdır (RAWLS, “*Bölüştürücü Adalet*”, HFSA, 7. Kitap, çev. Vural Fuat Savaş, İstanbul, 2003, s. 19-20).

Kâr maksimasyonu sosyal refahta düşüşe yol açmaktadır. Bir bireyin yararına artış diğer bir bireyin yararında azalmayla mümkün olabilmektedir. Toplam yarardaki artış, bu artışın paylaşılmasında adaletsizlik doğurmaktadır. Aynı durum sosyal refaftaki artış için de söylenebilecektir. Diğer Amerikalı bilim adamı A. Mitchell Polinsky’ye göre; ekonomik etkinlik, yani sosyal refah ile adalet arasındaki ilişki, bir pasta ile bu pastadan kimin ne kadar dilim alacağı gibidir. Bir pastanın dilimlenmesi sayısız şekilde olabileceğinden sosyal refah ile adalet arasındaki farklılık çok şeffaf olmaktadır. Toplum etkin bir şekilde örgütlenmiş olduğu takdirde, bazı durumlarda her bir bireyin yarar sağlaması mümkün olabilecektir. Yani etkinlik ile adalet bazı durumlarda örtüşecektir (DAVIES/HOLDCROFT, s. 393).

⁷⁶ Öğretide bir görüş; bırakınız yapsınlar bırakınız geçsinler fikrinin liberalizmin iktisadi yönü olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 103. Oysaki liberal düşünce devleti ortadan kaldırmayı veya yok saymayı, başka bir deyişle “otoritesizliği” ihtiva etmemektedir. Aksine, liberalizmin doğduğu 18. yüzyıl Fransa’ında hürriyetin “devlet ile birlikte” (AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 165) sözkonusu olduğu kabul edilmekteydi. Aynı yönde, 1980 sonrası Türkiye’de yaşanan siyasal-ekonomik gelişmelerin liberalizme geçiş olduğunu ileri süren görüşe örnek olarak bkz. ÖYMEN, Türkiye’nin Gücü, İstanbul, 1998, s. 123 vd. Türkiye’de 80’li yıllarda başlayan iktisadi büyüme, başta IMF ve Dünya Bankası olmak üzere çeşitli finansman kuruluşlarından sürekli borç almak suretiyle, daha önce defalarca tecrübe edildiği gibi, sunî bir refah ortamı yaratılmasının sonucu olduğu gözden kaçırılmaktadır. Dış borçla büyüme, borcu borçla kapatma politikası izlenmesi sebebiyle Türk ekonomisi “balon” gibi şişirilmiştir. Bunun sonucunda ithalât ve dolayısıyla dış borç artmıştır. Hatta siyasî iktidarların borç karşılığı tahhüt ettikleri şartlar ülke siyasetinde belirleyici olmaya başlamıştır. Borçların vadesi geldiğinde ise “rüya” sona ermiş ve bu sefer de “*sıkı istikrar*” programları uygulanmaya başlanmıştır. Bkz. MOSLEY/HARRIGAN/TOYE, Aid and Power, C. I, 2. Baskı, London, New York, 1995, s. 38, 39, 40, 41, 110, 128. Öğretideki bir görüş de, 1980 sonrasında yabancı yatırımın önündeki yasal ve teknik engellerin kaldırılarak serbesti tanınırken, ileride ülke ekonomisine ne gibi yükler ve siyasî bağımlılıklar getireceği düşünülmeden eğitim, sağlık, enerji ve hatta savunma sanayii en uygun koşullarla yabancılara açılmıştır (ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 151).

şeyi fert açısından değerlendirdiği ve her işte ferdi esas alarak onun açlığını tatmin etmek istediği için de, gerçekçilikten sapabilmektedir⁷⁷. Dolayısıyla, yaşanan değişimi liberal olarak tanımlamak mümkün değildir. Hâlbuki bu hata yaygın bir şekilde yapılmaktadır⁷⁸. Demektir ki, topluma hâkim olan kavram kargaşası bireyleri yanlış yönlendirmektedir.

⁷⁷ SEZEN, Hümanizm ve Atatürk Devrimleri, İstanbul, (t.y.), s. 136; Türkiye’de liberalizm, 1902 yılında toplanan Jön Türk kongresinde, yabancı devletlerin müdahalesini savunan “Ahrar Fırkası’nın” perde arkasındaki lideri olan Prens Sabahattin ve Cumhuriyet devrinde onun takipçisi olan ve liberal olarak tanınan siyasetçiler tarafından bireysel menfaatler esas alınarak şekillendirilmiştir (MÜTERCİMLER, Kompo Teorileri, İstanbul, 2007, s. 49).

⁷⁸ 1980 sonrası yaşanan değişimi liberal olarak görmeyen ve eleştiren ÇELİKEL ve ÖZTEKİN-GELGEL, kitabın 152. sayfasında yabancı yatırımlara “kapıların sonuna kadar açılmasını” liberal bir hukuki düzenleme olarak tanımlamışlardır (ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 152) ki, kanaatimizce çelişki teşkil eden bu ikinci görüşe katılmak mümkün değildir. Aynı hataya hemen hemen tüm müellifler düşmüş ve yabancı yatırımlara tanıyan serbestiyi “liberal” olarak tanımlamışlardır. Tespit için bkz. ÇELİKEL, s. 162.

Felsefi açıdan değerlendirildiğinde, liberalizmin yanlış anlaşılmasında, Batının sanayileşme sürecinde, bunun gerçekleştirilme biçimi ister kapitalist olsun ister sosyalist yönlemler olsun, sömürü karşılığında başarılı olması rol oynar. Liberalizmin, isteyerek veya istemeyerek, esasta 19. yüzyıl kapitalizmine ait “*laissez faire*” ekonomik yöntemiyle aynileştirilmesi bu eleştirilere haklılık kazandırmaktadır. Siyasi bir öğreti olarak değil de, iktisadi bir öğreti olarak geliştiği dönemde adının koyulmuş olması sebebiyle liberalizm, siyasi bir anlama değil, iktisadi bir çağrışım yapmaktadır. Neticede liberaller kapitalist olarak adlandırılmış ve işçi sınıfının husumetini kazanmışlardır. Liberalizm, Marksist ideolojinin iddia ettiği gibi *laissez faire* iktisadının altyapısı değildir. Siyasi anlamda liberalizm İngiliz düşünür John Locke’a göre; hukuk devleti ve anayasal demokrasi anlamına gelmektedir. Liberal siyasi sistemin savunulmasının sebebi, doğuştan eşit ve hür olan insanların yaşam, hürriyet ve mülkiyet gibi doğal ve temel haklarının ancak böyle bir sistemde korunmasının mümkün olmasıdır. İnsanlar doğal olarak hürlerdir ancak, hürriyet iktisadi anlamda mutlak ticaret serbestisi ve en güçlünün yaşayabilmesi demek olmayıp siyasi hürriyet demektir. Özel mülkiyet, emekle elde edilen bir hak olsa dahi, sırf sahip olmak için sahip olmak veya sadece sınırsız mal biriktirmek değildir. Liberalizm, piyasa ekonomisinin sebebi değil, sonucudur (TOKU, s. 62-63). Ancak, kurtuluşun serbest piyasa ekonomisinde olduğunu iddia etmek (örneğin, bkz. EROĞUL, “*Marksizmin Günümüzde Geçerliliği*”, AÜSBFD, C. 47, S. 1-2, 1992, (Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan), s. 311) de bir diğer büyük yanlış olacaktır. Tarihte devletler liberal ekonomi değil, merkantilist ekonomik politikalar izleyerek elde ettikleri sermaye birikimi sayesinde kalkınmışlardır (GIRDNER, s. 38).

Tarihi tecrübelerle sabit “önce zenginlik sonra hürriyet” kuralından saparak, 80’li yıllarda Türkiye’de hâkim olan “önce hürriyet sonra zenginlik” fikri “emeklemekte” olan Türk ekonomisine ağır darbe indirmiştir. Zira öncelikle, Merkantilizm evresi geçirmeden, yani, yeterli sermaye birikimi elde etmeden serbest piyasaya ekonomisine geçme hâlinde, büyük yabancı sermayenin, sıcak paranın ve kara paranın “istilasına uğrayan” ülkede, üretim yerine “fırsatçılık”, rekabet yerine “ortadakini paylaşım kavgası” olacaktır. Böyle bir ortamda piyasa ekonomisinin koşulları işlemeyecek, ancak “paradan para kazanma”

Bu noktada, “hürriyet” ile “serbesti” kavramlarının da birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtmeden geçmemekte yarar bulunmaktadır⁷⁹. Bu

sözkonusu olabilecektir. Kapitalizmin kurallarının işlemediği yerde paranın cepten cebe dolaştığı bir “ahbap-çavuş ekonomisi” olacaktır. Bu nevi “işine geldiği gibi uygulamaların” yarattığı çarpıklığın hukukî himaye görmesi şüphesiz “dürüstlük kuralına” uygun düşmediği gibi, meşruiyet zemini de bulamamaktadır.

Aslında, sadece paradan para kazanılan ve paranın cepten cebe dolaştığı bir ortamda bir ekonominin varlığından bahsetmek de mümkün değildir. Bir ekonomiden bahsedebilmek için üretim ve rekabet olması şarttır. Yani, örneğin, yumurta verip karşılığında domates almak trampa ekonomisinin varlığını gösterirken, domatesin kıymetini karşılayacak kadar bir mübadele aracının (Para) tevdiî kapitalist ekonominin varlığını göstermektedir. Peki, “kâğıt alıp kâğıt vermenin” nasıl kategorize edilebileceği bilinmemektedir. Bu durum için, kamuoyunda kullanılan ifadeyle “üçkâğıt ekonomisi” ibaresi kullanılabilir. Günümüz Türkiye’sinde ticarete kıymetli evrak kullanımının artması ve hatta artık çekin ödeme aracı olmaktan çok kredi aracı olarak kullanılması bunun doğal sonucudur.

Gerçekten de, geçmişe bakıldığında, merkantilizm devrinde büyük sermaye birikimi yapan devletler, liberalizm devri olarak da anılan 18. yüzyılda, sanayi devrimini gerçekleştirmeleriyle de birlikte kıymetli maden zengini olduklarından, hammadde zengini devletlerle eşitsiz mübadele yaparak, mal ile maden arasındaki değer farkından dolayı daha da zenginleşmişlerdir. Dolayısıyla, liberalizmin sözde eşitlik ve özgürlük temelinde serbest rekabet neticesi İngiltere ve Almanya ekonomik güç olarak ortaya çıkmıştır (STAPELFELDT, “*Globalisierung und Menschenrechte*”, Ites-Jahrbuch, ed. Harun Gürmükçü, 1999-2000, s. 135-36); Emperyalizm, bir devlet üzerinde egemenlik kurma hareketidir ve bu egemenlik kurma birçok şekilde olabilir. Ekonomik yağma ve malların eşitsiz mübadelesi, dış yatırım, ucuz iş gücüyle yeni pazarlardan yararlanabilme, cebren kabul ettirilmiş yönetim örgütlenmeleri ve askeri baskı uygulanması, topluma hâkim bir düşünce ortaya koyulması suretiyle meşrulaştırılmış bir kuvvet kullanma sözkonusu olmaktadır (BAJOIT, “*Siyonizm ve Emperyalizm*”, Siyonizm ve Irkçılık, (Atatürk’ün 100. Doğum Yılına Armağan), Ankara, 1982, s. 144).

⁷⁹ Benzer görüş Fransız filozof Emmanuel Levinas tarafından da savunulmuştur. Levinas’ın görüşü için bkz. DİREK, “*Levinas’ta Adalet Kavramı*”, HFSA, 9. Kitap, Muğla Üniversitesi “Felsefe Günleri” (9-12Ekim 2003) “Adalet” Sempozyumu Bildirileri, s. 44. Hürriyet, kuralların çizdiği çerçeveye sınırlı ve kuralların koruduğu serbesti anlamına gelmektedir. Bir yönde hareket etmekte serbest olmak ile seçim yapabilmekte hür olmak aynı anlama gelmemektedir. Bu ayrımın pratikteki önemi hürriyetin kendi iradesiyle, serbestinin başkasının iradesiyle mümkün olmasıdır.

Felsefî açıdan değerlendirildiğinde gerçekten, eylemin temelinde seçme vardır. İnsan seçmeden hareket etmiş ise ya o hareket tayin edilmiştir, ya da bilinçsizce yapılmıştır. Her iki halde de hürriyetten bahsedilemeyecektir. Zira hürriyet irade ile ilgilidir. İnsan hürriyetini kullanırken hür olduğunun farkında değildir. Ancak, bir sınırlandırmayla karşılaştığında hürriyetinin engellendiğini anlar. Seçmede dışarıdan bir müdahale olmadığından insan seçmede hür olup olmadığı sonucuna ancak mantık yürüterek ulaşabilmektedir. Yapma ise seçmeden farklıdır. İnsan bir hareketi yaparken bir engelle karşılaştığı takdirde hürriyet bilinci doğar (ÖNER, “*Hürriyet ve Sorumluluk Bilinci*”, Felsefe Konuşmaları, ed. Sadettin Elilbol, Ankara, 1987, s. 16). Örneğin, mülkiyet birliğinin geçerli olduğu bir ortamda ağaçlardaki meyveleri koparıp almak herkesin hakkı iken, bir kere bir meyvenin koparılıp bireysel mülkiyete dâhil olması halinde artık o meyvenin sadece ma-

ayrımın pratikteki önemi ekonomik gücün kimin elinde bulunduğu ve bu güce dayanarak kuralı koyması ve devlet egemenliğini daraltmasıdır. Yani, iktisattaki deyişiyile “altını olan kuralı koyar” kuralının hukuk alanına uyarlanması sözkonusu olmaktadır⁸⁰.

B) Kapitalizm Bakımından

Birkaç günlük mal varlığı için devlete ihtiyaç yoktur.

Adam SMITH, An Inquiry on the Wealth of Nations

18. yy.da İngiliz iktisatçı Adam Smith tarafından “üretim” ve “sermaye birikimi” ile “rekabete” dayalı kurulan kapitalizm⁸¹, 20. yy.da kürselleşmey-

likinin rızasıyla diğer bireylerin mülkiyetine dâhil olup olamayacağı veya ne oranda dâhil olabileceği tartışma konusu olabilir.

Diğer taraftan, bir kimse serbest bırakıldığında ne yönde hareket edeceği muayyen ise o takdirde yine bir hürriyetten bahsedilemeyecektir. Bu bir “kontrollü teslimat” olabileceği gibi, bilinçli olarak “doğal haline bırakma” da olabilir. İlkinde, hâkim, elinde tuttuğu siyasi gücü “denetimli hürriyet” sağlamakta kullanmakla, özelin menfaatinin genelin menfaatine olumlu bir dışallık sağlayabildiğinden emin olmaktadır. İkincisinde ise hâkim bireyi doğal ortamına bırakıp ne yönde nasıl hareket ettiğini izlemektedir. Çoğunluğa uyma ile kendi tercihleri arasında bir tercih hakkı bulunmaktadır. Bir orta yol bulması zaman zaman mümkün olabilecektir. Çoğunluğa uymak istikrarlı tercihte bulunmayı mümkün kılmayacaktır. Ancak toplumda birbirinden bağımsız olarak aynı yönde hareket eden diğer bireylerle birlikte hareket etmek, çoğunluğa karşı çoğunluk oyunu sağlamaya yetebilecektir. Bununla birlikte, özel ile genel menfaat arasında bir denge otokontrol ile sağlanamadığı takdirde hâkim, tüm meşru vasıtalarla müdahale ederek durumu düzeltir. Bu müdahale, kapitalizmin kurucusu İngiliz iktisatçı ve düşünür Adam Smith’in “görünmeyen el” (invisible hand) teorisi ile ortaya koyulmuştur. Hâkim, kamu düzenini dengeye getirebilmek için “görünmeyen işlemlerle” (invisible transactions) düzene müdahale eder. Bu konuda bkz. BEGG/FISCHER/DORNBUSCH, Economics, 4th ed., London, New York, St Louis, San Francisco, Auckland, Bogotá, Caracas, Lisbon, Madrid, Mexico, Milan, Montreal, New Delhi, Panama, Paris, San Juan, São Paulo, Singapore, Sydney, Tokyo, Toronto, İstanbul, 1994, s. 47 vd.

80 İktisat, neyin, kim için, ne kadar üretilmesi gerektiği sorununu çözmek için ortaya çıkarılmış olmakla, bu üç unsuru tayin eden “karar vericinin” kim olacağı konusunda bir kesinlik sağlanamamıştır. Tarih boyunca kararı verme, gücü elinde bulunduran hâkim tarafından yapıla gelmiştir. Normatifliğin olmadığı bu hususta, hukukun normatifliği ve meşruiyet arayışı karşısında esneklik doğması doğaldır. Zira hukukta hâkimin kendisini kabul ettirebilmesi için sadece en güçlü olması değil aynı zamanda en yüksek ahlak değerlerine sahip bulunması (DOEHRING, s. 102) da bir koşul olarak aranmaktadır. Hâkim sadece kendisini bağlı hissettiği yönde değil, ahlaki bir yükümlülük olarak yüklendiği belirli bir yönde de hareket etmelidir.

81 Smith’in sermaye birikimi hakkındaki açıklamaları için bkz. SMITH, The Wealth of Nations, A Penn State Electronic Classics Series Publication, The Pennsylvania State University, 2005, s. 13 vd.; İngiltere, tacir kapitalizmi ve sanayi kapitalizmi aşamalarının-

le birlikte sırf Batılı düşünce tarzını benimseme biçimine bürünmüştür⁸². Yeri geldiğinden “değişim” ile “ilerleme” kavramlarının aynı anlama gelmeyen iki ayrı kavram olduğu üzerinde de durmakta yarar vardır⁸³. Sözkonusu değişimi ancak bir siyasal-ekonomik maliyeti önlemek amacıyla iktisadi gereklilik yönünde hareket etme olarak tanımlamak mümkün olabilir⁸⁴. Üretim yapmaksızın, sırf finansman ihtiyacını karşılamak amacıyla ülkeye “sı-cak para” girişini sağlamanın kalkınmaya hiçbir olumlu tesiri olmayacağı

da rekabeti güç bir mal ve sermaye birikimi elde etmesinin ardından, bu devirde, serbest ticaret politikası izlemeye başlamıştır. Böylece, dünya ticaretinde tekel haline gelmiştir (KENNEDY, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, s. 194). Smith'in rekabet hakkındaki açıklamaları için bkz. SMITH, s. 222 vd.

- 82 BHALA, s. 321; bkz. HATSUSE, s. 2, 11, 15-16, Amerikan tarzı demokrasi, liberalizm ve piyasa ekonomisinin sanki insanlığın ulaştığı son noktaymış gibi sunulması, buna karşılık Amerikan politikalarındaki çelişkiler ile teori ve uygulamada karşılaşılan çelişkiler toplumların dikkatini çekmektedir.

Zaten son zamanlarda dikkatleri üzerine çektiği üzere kapitalizm ile serbest piyasa ekonomisi de aynı şey değildir. Kapitalizm üretim – bölüşüm ve rekabet üzerine kuruluyken, serbest piyasa ekonomisi mübadele üzerine kuruludur.

- 83 Değişim ile ilerleme arasındaki farka örnek olarak Prof. Dr. Toktamış Ateş'in her fırsatta verdiği, kamuoyuna mal olmuş, “yemeğin bozulması” örneğini hatırlamakta yarar vardır. Bir yemek güneşin altında uzun süre bırakıldığında bozulur. Böylece bir değişim yaşanmış ama bu kötü yönde bir değişim olmaktadır. İlerleme, güzelleşme, fayda bulunmaktadır.

Diğer taraftan, Prof. Dr. Erol Manisalı'nın ısrarla üzerinde durduğu, değişenler kadar değişmeyenlerin de nazara alması gerektiği görüşü de göz ardı edilmemelidir (MANİSALI, Küreselleşme, s. 45). Aksi takdirde sağlıklı bir değerlendirme yapılamayacaktır. Gerçekten de, kanaatimizce, şeklen değişim yaşanmış olsa dahi, esasta aynı kalan bir yanlışlık sonuç itibarıyla zarar doğurmaya devam edecektir.

- 84 Aynı grş. PING, s. 32-33, piyasa ekonomisinin hukuk üzerindeki etkisi hukukun, iktisadın kuralları tarafından biçimlendirilmesi olarak kendisini göstermektedir. Piyasa ekonomisinin millî piyasada uygulanmaya başlamasıyla birlikte, millî iradenin yerini iktisadın kuralları almış ve yasama işlevi piyasa ekonomisinin kurallarıyla yürütülmeye başlanmıştır. Piyasa ekonomisinde millî irade ile piyasa güçleri arasında çatışma doğması muhtemeldir. Sözkonusu çatışmaları önlemek amacıyla hukuk piyasa ekonomisine uyumlu hale getirilmektedir.

Öğretide, devletlerin şüphesiz ki ekonomik düzenden her zaman çekilebileceği ancak, dış finansmana ihtiyaç duyan bir devlet için bunun maliyetinin büyük olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, neredeyse dünyadaki tüm devletlerin taraf oldukları düzenden çıkmak, devletin kendi kendisini milletlerarası toplumdan “dışlaması” olacağı söylenebilecektir (HEAD, s. 657). Devletlerin, Dünya Bankası'nın öngörülerine aykırı olarak istikraz açılmasına karşı çıkmaları, yabancı yatırımı kısıtlamaları veya sağladıkları dış yardımda kısıntıya gitmeleri gibi ticaretle bağlantılı önlemler uygulamaları meşruiyetlerini zedeleyici olduğu ileri sürülmektedir (CHARNOVITZ, “The Moral Exception in Trade Policy”, V.J.Int'l.L., Vol. 38, No. 4, 1998, s. 693).

gibi aksine, millî ekonominin “motor gücü” niteliğindeki iktisadi devlet teşekküllerinin “özel tekeller”⁸⁵ haline gelmesine sebep olacaktır. Bunun yanında, sermaye transferine tanınan serbesti sayesinde de gayrisafi millî hâsılada herhangi bir artış olmaksızın paranın yurtdışına çıkışına sebep olacaktır ki, insanı, yabancı yatırımlar için getirilen bu kadar serbestinin anlamını sorgulamaya itmektedir⁸⁶. Öğretide de Türkiye bakımından konuya temkinli

85 Kamusal mallar sosyal fayda sağlayan “pozitif dışsallık” sahibidir. Ancak, özelleştirme sonucu bir özel tekel haline gelecekler ve bir tür kamusal malların “kulüp malına” dönüşmesi sözkonusu olacaktır (ATALAY, “Milletlerarası Tahkimin İdarî Sözleşmelere Etkisinin...”, s. 729).

86 Cumhuriyetin ilk 30 yılı devletçi ve korunmacı bir ekonomik politika izlenerek geçmiş, bu dönemde devletleştirmeleri yoğun üretim izlemiş, fabrikalar kurularak sanayileşme adımları atılmış ve böylece elde edilen sermaye birikimiyle hem dış borç ödenmiş hem de “Cumhuriyetin” finansmanı sağlanmıştır. Ancak, 50’li yıllardan itibaren dış borçlanmayla ekonomik büyüme yolu izlenmeye başlanarak, elde edilen sermaye birikiminin kaybı ve dışa bağımlı bir devlet haline gelinmeye başlanmıştır. Sözkonusu dönem hakkında bilgi ve belgeler için bkz. YAVİ, tamamı. Yabancı yatırımlarda kârın yurtdışına naklinde sınırsız bir serbesti tanınmanın millî ekonomiden kaynakları emdiğine dair bizimkiyle aynı yöndeki görüş için bkz. ERTEN, s. 145; “Kamu-Sen’in Olaylara Türkçe Bakış Konferansları”, Türkiye Kamu-Sen Gazetesi, Haziran 2006, s. 9, Prof. Dr. Sencer İmer, yabancı sermayenin hiçbir zaman bir ülkeyi kalkındırmadığını, diğer ülkelerin kâr etmek için kullandıkları para olduğunu ifade etmektedir; aynı grş. ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 150, yabancı yatırımcı kâr etmek, ülkenin doğal kaynaklarını ve piyasasını ele geçirmek için yatırım yapmaktadır.

Her ne kadar IMF’nin en büyük yedinci üyesi olsa da ve IMF kurucu anlaşmasına göre yurtdışına para nakline sınırlama getirilemeyecek (ATALAY, Milletlerarası Entegrasyon Hukuku, s. 87-88) ise de Çin, yurtdışına sermaye nakline kısıtlama getirebilmekte ve sermayeyi yurtiçi yatırımların finansmanı için kullanabilmektedir. Çin bankalarına yatırılan yabancı kârlar, yerli ve yabancı yatırımcılara kredi açılması yoluyla tekrar millî ekonomiye dönmektedir. Böylece “üretim araçlarından” (factors of production) biri olan “sermaye” (capital) yurtiçinde kalmakta ve yatırıma dönüşerek, hem özel hem de genel menfaate hizmet etmektedir. Bu da görünmeyen el teorisinin bir tezahür şeklidir.

Atatürk’ün yabancı sermaye yatırımlarına bakış açısı düşmanca olmamış, sadece ülkenin ekonomik kalkınmasına hizmet edecek nitelikte yabancı yatırımlara ihtiyaç duyulduğunu beyan etmiştir. Yabancıların ülkede yürürlükte bulunan kanun ve diğer mevzu hukuka uymak şartıyla yatırım yapabileceği benimsenmiştir. Aynı grş. ERTEN, s. 41.

Ulu önder Atatürk İzmir İktisat Kongresi’nin, adeta bir ders niteliğindeki, açılış konuşmasında “Efendiler; iktisadiyat sahasında düşünür ve konuşurken zannolunmasın ki, ecnebi sermayesine hasımız; hayır bizim memleketimiz vasi’dir. Çok say ve sermayeye ihtiyacımız var. Kanunlarımıza riayet şartıyla ecnebi sermayelerine lazımgelen teminatı vermeğe her zaman hazırız. Ecnebi sermayesi bizim say’imize inzimam etsin ve bizim ile onlar için faydeli neticeler versin. Mazide, Tanzimat devrinden sonra ecnebi sermayesi müstesna bir mevkiye malikti, devlet ve hükümet ecnebi sermayesinin jandarmalığından başka birşey yapmamıştır. Her yeni millet gibi Türkiye buna muvafakat edemez. Burasını esir ülkesi yaptırılmaz.” demiş ve devamında “Efendiler; bu fi’len vaki olmuştur. Sulh

denilen şeyin temini için ecnebilerin bu hakikati itiraf etmemekteki tereddütlerine mantıki mana vermek mümkün değildir. Çok şayan-ı arzudur ki, pek yakın bir zamanda onlar da bu hakikati itiraf ederler ve bütün cihan-ı medeniyetin pek büyük hahiş ve tahassürle intizar ettiği sulhun in'ikadına mani olmak mes'uliyetinden ictinab ederler. Şimdiden esbab-ı hayatiyetimizi temine başlamış bulunuyoruz. Ve bittabi hal-i sulhun in'ikadında daha büyük inkişafat oluyor. Fakat muvaffak olmak için çok çalışmak lazım olduğunu bilmeliyiz. İktisadiyat, iktisadiyat diyoruz. Fakat arkadaşlar iktisadiyat demek herşey demektir. Yaşamak için, mesut olmak için, mevcudiyet-i insaniye için ne lazımsa bunların kâffesi demektir, ziraat demektir, ticaret demektir, say demektir, herşey demektir. Bütün bu hususta el'an memleket ve milletimizin ne halde olduğunu sizler çok güzel bilirsiniz. Tavsif etmek istemeyeceğim. Ancak memleketimizin vüs'ati ve nüfuzumuzun bu vüs'atle ne kadar gayrı mütenasib olduğunuda hatırlayınız. Bu vasi ve feyizli toprakları işleyebilmek, işletebilmek için noksan olan el emeğini behemehal fenni alat ile telafi etmek mecburiyetindeyiz. Memleketimizi bundan başka şömendöferler ile ve üzerinde otomobiller çalışır şoseler ile şebeke haline getirmek mecburiyetindeyiz. Çünkü garbın ve cihanın vesaiti bunlar oldukça, şömendöferler oldukça, bunlara karşı merkebler ve kağı ile ve tabii yollar üzerinde müsabakaya çıkışmanın imkânı yoktur. Memleketimiz ziraat memleketidir. Bu itibarla, halkımızın ekseriyeti çiftçidir, çobandır. Binaenaleyh en büyük kuvveti, kudreti bu sahada gösterebiliriz ve bu sahada mühim müsabaka meydanlarına atılabiliriz. Fakat aynı zamanda sınaatımızı da tezyid ve tevsi etmek mecburiyetindeyiz. Eğer sanat hususunda yine müsamahakâr olursak, o halde asar-ı sanayide yine haricin haraç-güzarı oluruz, mahsulât ve mamulâtın mübadelatı ve servete inkılâbı için ticarete ihtiyacımız vardır. Ticaretimizin agyar elinde kalması memleketimizin servetinden lüzumu kadar istifade edememeği bais olur. Fakat bütün bunlar söylendiği kadar basit ve kolay olmayan şeylerdir. Bunda muvaffak olabilmek için hakikaten memleketin ve milletin ihtiyacına mutabık esaslı program üzerinde bütün milletin müttehit ve hemahenk olarak çalışması lazımdır. Hey'et-i aliyeniz bu esasatın en kıymetlilerini inşallah bulup ortaya koyacaksınız 'Arkadaşlar bence yeni devletimizin, yeni hükümetimizin bütün esasları, bütün programları iktisat programından çıkmalıdır. Çünkü demin dediğim gibi herşey bunun içinde mündemiçtir. Binaenaleyh evlatlarımızı o suretle talim ve terbiye etmeliyiz, onlara bu suretle ilim ve irfan vermeliyiz ki, âlem-i ticaret, ziraat ve sınaatte ve bütün bunların faaliyet sahalarında müsmir olsunlar, müessir olsunlar, faal olsunlar, ameli bir uzuv olsunlar.' Binaenaleyh maarif programımız gerek iptidai tahsilde, gerek orta tahsilde verilecek bütün şeyler bu noktai nazara göre olmalıdır. Maarif programlarımız gibi şubat-ı devlet için tasavvur olunacak programlar dahi iktisat programına istinad etmekten kendini kurtaramazlar. Esaslı bir program tesbit etmek, program üzerine bütün milleti hemahenk olarak çalıştırmak lazımdır. Bizim halkımızın menfaatleri yekdiğerinden ayrılır sunuf halinde değil bilakis mevcudiyetleri ile muhassala-i mesaisi yekdiğerine lazım olan sınıflardan ibarettir. Bu dakikada sami'lerinin çiftçilerdir, sanatkârlardır, tüccarlardır ve işçilerdir. Bunların hangisi yekdiğerinin muarızı olabilir. Çiftçinin sanatkara; sanatkarın çiftçiye ve çiftçinin tüccara ve bunların hepsine, yekdiğerine ve ameleye muhtaç olduğunu kim inkar edebilir. Bugün mevcut olan fabrikalarımızda ve daha çok olmasını temenni ettiğimiz fabrikalarımızda kendi işçilerimiz çalışmalıdır. Müreffeh ve memnun olarak çalışmalıdır. Ve bütün bu saydığımız sınıflar aynı zamanda zengin olmalıdır. Ve hayatın lezzet-i hakikisini tadabilmelidir ki, çalışmak için kudret ve kuvvet bulabilsin. Binaenaleyh programdan bahsolunduğu zaman adeta diyebiliriz ki, bütün halk için bir say misak-ı milisi mahiyetinde olan program etrafında toplanmakta hasıl olacak olan şekl-i siyasi ise alel'ade bir fırka mahiyetinde tasavvur edilmemek lazımgelir ve bade's-sulh vukua gelebilecek böyle şekl-i siyasinin şimdiye kadar olduğu gibi milletin azim ve

yaklaşım gösterenler olmuş ve Cumhuriyet döneminin siyasi, hukuki ve iktisadi sistemine getirilen bu büyük ölçüdeki değişimin her ne kadar ekonomik yarar beklentisi içinde gerçekleştirilmiş olsa da, millî ve milletlerarası alanda sonuçları gözlemlenerek bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁷.

SONUÇ

Devletler de insanlar gibi doğar, büyür ve ölür. Ünlü filozof İbn-i Haldun bu morfolojik sürecin beş evrede gerçekleştiğini belirlemiştir. Gerçekten de devletler ve devletlerin oluşturduğu AB gibi birlikler tarih boyunca beş evreden geçmiş ve kaderleri büyük ölçüde her bir evrede izledikleri politikalara bağlı olmuştur. Bu evrelerde devlet politikalarına etki eden en belirgin unsur yabancılara tanınan serbesti olmuştur. Yabancılara tanınan serbesti arttıkça devletin ekonomi ve siyaseti yönlendirme işlevi zayıflamış ve egemenliği biçimsel hale gelmiştir. Siyasi güç ile ekonomik gücün çatışmasında, ekonomik güç ağır basmıştır. Altını olanın kuralı koyduğu bir siyasal-ekonomik düzende bir devletin siyasi ve hukuki yapısının yeniden şekillendirilmesi mümkündür.

Ancak unutulmamalıdır ki, her ne kadar, kaynağı ne olursa olsun, hukukta bir üstün normlar bütünü bulunup da tüm alt normların bunlara uygunluğunun sağlanması gerekliliğinin aranması ve bu üstün normlar bütününe aykırı hareket edilemeyeceğinin kabul edilmesi, ancak aykırılığın da somut bir yaptırıma bağlanamamaktadır. Burada görüldüğü üzere, devletler kendi egemenliklerini ancak kendileri sınırlandırabilir. Bir devletin iradesi dışında egemenliğinin sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılması ancak bir diğer devlet tarafından mümkün kılınabilir. AB göz önüne alındığında dahi, her ne kadar, kendine has bir hukuk düzeni meydana getirmekle Devletler Hukukundan ayrıldığı⁸⁸ düşünülebilecek ise de, örneğin, üst bir çerçeve

imanıyla ve vahdet ve tesanüdün birbirine müzahir olmasıyla muvaffak olacağı hakkındaki kanaatim kavidir ve tamdır.”

Gerçekten de, yukarıda da ifade edilen olgular ve tarihi gelişim dikkate alındığında, artan ve çeşitlenen ihtiyaçların güdümlendiği bir üretim olmadan sermaye birikimi olamamakta, sermaye birikimi olmadan da sanayi kurulamamakta ve sanayi devrimi gerçekleştirilememektedir. Bu konuda bkz. KENNEDY, s. 7 vd.

⁸⁷ ÇELİKEL, s. 177.

⁸⁸ Bkz. ŞİMŞEK, “*The Legal Nature of The European Community*”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Sevin TOLUNER’e Armağan), s. 679. Ancak, Antlaşmanın her zaman

anlaşma ve bunun içini dolduran alt anlaşmaların bulunduğu bir düzende, Devletler Hukukunun genel ilkeleri uygulanarak anlaşmaların sona erdirilmesi mümkündür⁸⁹.

Hürriyetin ve mülkiyetin kaynağı⁹⁰ olarak devlet alındığı zaman kolektif bir hâkim sözkonusu iken, her bir bireyin kendi hâkimiyetini kendi nitelikleriyle sağladığı doğal ortamda bireysel hürriyetleri sınırlandıran yine diğer bir birey olmaktadır. Bireysel hâkimiyetin olduğu ortamda anarşi kaçınılmazdır. Zira birbirinden bağımsız hareket eden yığın, örgütlenmiş ve kolektif yönetim altında hareket eden topluluktan farklı olarak sadece özel menfaati gözecektir. Her bir birey sadece kendi menfaatini gözettiğinde ise aslında gerçek bir hürriyet sözkonusu olmayacaktır. Nitelikli bireylerin izin verdiği kadar diğer bireyler için serbesti olacaktır. Örgütlü toplumda, kolektif yönetim ve hürriyet içinde bireyler, mutlak anlamda eşit serbestiye sahip olarak ortadaki kıymete erişme imkânından yararlanabilecektir. Yani ortadaki kıymeti paylaşabilmek için ona erişebilme imkânından herkes eşit olarak yararlanabilecek, ancak ona erişip erişememe bakımından nispi eşitliğe sahip olacaklardır. Devletin “sosyal adaleti” sağlama görevi “erişme” imkânını yaratmakla sınırlıdır. Yoksa sadece “fırsat eşitliğini” sağlamakla sınırlı değildir.

Yabancılar ülkeye girerken ayrıma tabi tutulabilecekken, ülkeye girmeleriyle birlikte artık vatandaşlarla eşit imkânlarla sahip bulunacaklardır. Her ne kadar bu yönde gelişmiş bir milletlerarası örf-adet kuralı bulunmasa da, aksine bir milletlerarası örf-adet kuralı da bulunmamaktadır. İncelemelerimizde bunun bir kanıtına rastlanamamıştır. Devletler Hukukunun “doğal hukuk” kısmında durum böyleyken, “pozitif hukuk” kısmında devletlerin yaptıkları milletlerarası anlaşmalar ile yükledikleri yükümlülükler ise elbette Devletler Hukukunun “buyruk kuralına” (jus cogens), genel ilkelerine ve milletlerarası anlaşmaların tabi olduğu kurallarına uygun⁹¹ olmalıdır. Yoksa “söz-

Akit Taraflarca değiştirilebilmesinin mümkün olması (ŞİMŞEK, s. 679, dn. 13) ve Avrupa Birliği'nin aslında üye devletlerin kendi egemenliklerini sınırlandırmaları sayesinde (aynı grş. GÜNDÜZ, s. 6) milletler-üstü hukuk yapısını haiz olabilmektedir.

⁸⁹ Aynı görüş için bkz. DOEHRING, s. 92 vd.

⁹⁰ DOEHRING, s. 102.

⁹¹ Bkz. TUNKIN, s. 381 vd.

leşme serbestisi” ilkesine sığınarak ekonomik ikrahta bulunmak hukukta koruma görmeyecektir⁹².

Hukukun genel ilkelerinden olan “hakkın kötüye kullanılmasının” koruma görmeyeceği burada da geçerlidir. Kaldı ki, kaynağı ne olursa olsun bir üst mantık ve buna uygun alt mantıklar olduğu, yani hukukun genel ilkeleri ve buna uygun alt normlar bulunduğu kabul edildiğine göre yabancı ile vatandaş arasında bir ayrımcılığa gitmek şüphesiz ki mantıksız olacaktır. İster pozitif olsun ister negatif olsun bir ayrımcılığa gitmek tarih boyunca insanlığın uğruna mücadele ettiği eşitliği bir kenara atmak, tarihi sil baştan yazmak olacaktır.

Yabancıнын, yabancı olduğu yerde kendini “evinde gibi hissetmesi”, “hukuk devleti” (rule of law, Rechtsstaat) ilkesi gereği hukukun genel ilkelere bağlı, kendi koyduğu kurallara kendisi uyan ve vatandaşını “muhasır medeniyet seviyesinin üzerine” çıkarmayı hedefleyen bir devlette gerekli olmayacaktır. Aynı devlette yabancıнын vatandaştan daha az elverişli bir konumda olması da düşünülemezdir. Burada “iğneyi kendine çuvaldızı başkasına batırmak” deyiminden esinlenerek, devletin yabancıları vatandaşları bakımından standart olarak almadan, kendi medeniyet düzeyini diğer toplumların üzerine çıkarmaya çaba göstermesi yegâne çözüm olarak görülmektedir.

Yabancı yatırım çekebilmek amacıyla yabancılara toplumun bünyesine uymayan, bünyenin kaldıramayacağı bir bağımsızlık temin edilmemelidir. Aksi halde bünye bu yabancı unsuru kaldıramayacaktır. Yabancıнын, vatandaştan daha fazla serbestîye sahip olması kamu düzenini bozar. Bozulan düzenin yeniden tesisi için devletin müdahalesi kaçınılmaz olur. Bu müdahale tüm meşru vasıtalarla mümkündür. Ancak toplum yabancı unsurun bünyesine uygun olmadığını anlayabilecek olgunluğa sahip değilse, o takdirde devlet meşru yolların dışına çıkarak düzeni dengeleme yoluna da gidebilir. Unutulmamalıdır ki, devletin müdahalesi uygun olmayabilir, ancak gerekli olabilir. Ekonomik gereklilik yönünde hareket etme demokrasiye ve hukuka üstün gelebilir. Bazen küreselleşme devlete karşı değil, devlet küreselleşmeye karşı üstün gelebilir. Bu bakımdan da fiili durumun hukuka üstünlüğü sözkonusu olabilmektedir. Böyle durumlarda devletin biçimselleşen egemenliği tekrar somutlaşarak, kendini göstermektedir. Bu da, egemenliğin hiçbir

92 Bkz. ATALAY, s. 29 vd.

zaman ortadan kalkmadığını, sadece devletin kendi iradesiyle sınırlandırıldığına bir başka delil teşkil etmektedir. Şüphesiz ki hukukun devlet iradesinden doğması⁹³ öncelikle bir delil olarak kendini göstermektedir.

Son söz olarak denilebilir ki, Devletler Özel Hukuku insanın kendine yakışanı giymesidir. O gün kendisine hangi elbisenin yakışacağına sadece kendisi karar veremez. O gün gideceği yerdeki koşullar da muhakkak göz önünde tutulur. Aksi halde kendisi zor duruma düşecektir. Yabancıнын bunu öngörebilmesinin beklenmesi gayet doğaldır. Öngörememesi halinde sorumluluk da kendisindedir. Sorumluluğun yer değiştirmesi sözkonusu olmayacaktır. Kaldı ki, elbisenin içindekine uyması değil içindekinin elbiseye uyması haklı olarak beklenir.

Bu durumda devletlerin yabancıların kendilerine uymasını beklemleri daha adilane olacaktır. Üstelik “kendini başkasının yerine koymadan” ve hareketinin doğruluğundan “şüphe” etmeksizin haklı olduğunu savunmak adalet kavramıyla ters düşecektir. Aksi, karşıdakine yaşam hakkı tanımamak olacaktır ki bu da her zaman savaşların sebebi olarak kendini göstermiştir. Buna karşın, elbette, kendini başkasının yerine koymak demek kendi özünden vazgeçmek olmayıp, meşru yollardan hak aramak mümkün olmalıdır⁹⁴.

93 Hukukun devlet iradesinden kaynaklandığı kabul edildiğinden ki, aksi henüz ispat edilememiştir, belirli bir devlete dayanmayan bir hukuk yargılamada esas alınmayacaktır. Kişilerin hukuk yaratması Devletler Hukukunda kabul edilmemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, tamamı.

94 Aynı görüş Levinas tarafından da savunulmuştur. Levinas'ın görüşü için bkz. DİREK, s. 48 vd.