



ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
ERZİNCAN HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: II Sayı: 1

"75. YIL ARMAĞANI"

Erzincan 1998

YAYIN KOMİSYONU

- * Prof.Dr.Recai Çınar
- * Yrd.Doç.Dr.B.Caner Hacıoğlu
- * Yrd.Doç.Dr.Şükrü Yıldız
- * Yrd.Doç.Dr.Osman Kaşıkçı
- * Yrd.Doç.Dr.M.Fadıl Yıldırım
- * Yrd.Doç.Dr.Hikmet Tölen
- * Yrd.Doç. A.Cemal Ruhi
- * Yrd.Doç.Dr.Ayhan Ceylan

ADRES: A.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ 24078 ERZİNCAN
Tlf.: 0.446.223 60 30/31/32
Faks: 0.446.2233406

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürölen görüşler yazarlara aittir. Fakölteyi bağlamaz.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Yrd.Doç.Dr.BURHAN CANER HACIOĞLU

Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısının Çocuk Ve Küçük Ceza Hukukuna İlişkin Hükümleri. 1-20

Yrd.Doç.Dr.HİKMET TÜLEN

Meclis Soruşturması Uygulamaları Üzerine Bazı Gözlem ve Değerlendirmeler. 21-40

Arş.Gör.RAMAZAN ÇAĞLAYAN

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi. 41-54

Arş.Gör. HAYRETTİN EREN

1982 Anayasası Ve Kamu Görevlileri Kavramı. 55-87

Arş.Gör.MURAT ŞEN

1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi. 88-119

Arş.Gör.YÜCEL UĞURLU

Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi. 120-133

ÖZEL HUKUK

Yrd.Doç.Dr.OSMAN KAŞIKÇI

Mecelle'de Kat Mülkiyeti. 134-146

Yrd.Doç.Dr.M.FADIL YILDIRIM

Standart Bilgisayar Program Ayıplarından Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk. 147-160

Yrd.Doç.Dr.ŞÜKRÜ YILDIZ

Devlet Memurlarının Anonim Şirkete Kurucu Ortak Olup Olamayacağı Sorunu Üzerine Düşünceler. 161-175

Arş.Gör. SEYİTHAN DELİDUMAN

Tüzel Kişilerin Davada Temsili. 176-187

Arş.Gör. SEYİTHAN DELİDUMAN

Borç Ödemeden Aciz Belgesinin Maddi Hukuk Alanındaki Hüküm ve Sonuçlarından Aciz Belgesine Bağlanmış Alacağın Zamanaşımına Uğramaması. 188-198

Arş.Gör.MURAT DOĞAN

Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi. 199-238

Arş.Gör.ŞABAN KAYIHAN - Arş.Gör.MURAT ERDEM

Haksız İhtiyati Tedbir Ve Haksız İhtiyati Haciz Koyduranın Sorumluluğu. 239-256

Arş.Gör.AHMET T.KEŞLİ

Reception And Application In Turkey. 257-274

Arş.Gör. ŞABAN KAYIHAN-Arş.Gör.ÖZCAN GÜNERGÖK

Borçlar Kanunu M. 386/f.2 Karşısında İsimsiz İş Görme
Sözleşmeleri Yapılabilir mi? 275-282

Arş.Gör.MURAT ŞEN

Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı. 283-
312

CONTENTS

PUBLIC LAW

- ASST. PROF. DR. BURHAN CANER HACIOĞLU**, PROVISIONS OF THE NEW
TURKISH CRIMINAL LAW ON CRIMINAL LAW FOR CHILDREN AND
MINORS.....1-20
- ASST. PROF. DR. HİKMET TÜLEN**, SOME OBSERVATIONS AND ASSESSMENTS
ON PARLIAMENTARY INVESTIGATION PRACTICES.....21-40
- RESEARCH ASST. RAMAZAN ÇAĞLAYAN**, THE RULE OF LAW PRINCIPLE IN
CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS.....41-54
- RESEARCH ASST. HAYRETTİN EREN**, THE 1982 CONSTITUTION AND THE
CONCEPT OF PUBLIC OFFICERS.....55-87
- RESEARCH ASST. MURAT ŞEN**, THE JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS IN THE 1961 AND 1982 CONSTITUTIONS.....88-119
- RESEARCH ASST. YÜCEL UĞURLU**, THE PRINCIPLE OF EX OFFICIO
EXAMINATION IN ADMINISTRATIVE TRIAL PROCEDURE IN THE LIGHT OF
THE DECISIONS OF THE COUNCIL.....120-133

PRIVATE LAW

- ASST. PROF. DR. OSMAN KAŞIKÇI**, THE CONDOMINIUM IN MECELLE.....134-146
- ASST. PROF. DR. MUSTAFA FADIL YILDIRIM**, CONTRACTUAL LIABILITY FOR
STANDARD COMPUTER PROGRAM DEFECTS.....147-160
- ASST. PROF. DR. ŞÜKRÜ YILDIZ**, THOUGHTS ON THE PROBLEM OF WHETHER
CIVIL SERVANTS CAN BECOME FOUNDING PARTNERS OF A JOINT-STOCK
COMPANY.....161-175
- RESEARCH ASST. SEYİTHAN DELİDUMAN**, REPRESENTATION OF LEGAL
PERSONS IN LITIGATION.....176-187
- RESEARCH ASST. SEYİTHAN DELİDUMAN**, THE NOT EXCEEDING OF STATUTE
OF LIMITATION OF RECEIVABLE TIED TO THE PROOF OF INSOLVENCY
FROM THE PROVISIONS AND CONSEQUENCES OF THE CERTIFICATE OF
THE PROOF OF INSOLVENCY IN THE FIELD OF SUBSTANTIVE
LAW.....188-198
- RESEARCH ASST. MURAT DOĞAN**, RETURNING GIFTS IN CASE OF
TERMINATION OF THE ENGAGEMENT.....199-238

RESEARCH ASST. ŞABAN KAYIHAN/ RESEARCH ASST. MURAT ERDEM, THE RESPONSIBILITY OF THE PERSON WHO IMPOSED THE UNJUST TEMPORARY INJUNCTION AND UNJUST TEMPORARY ATTACHMENT.....	239-256
RESEARCH ASST. AHMET T. KEŞLİ, RECEPTION AND APPLICATION IN TURKEY.....	257-274
RESEARCH ASST. ŞABAN KAYIHAN/ RESEARCH ASST. ÖZCAN GÜNERGÖK, IS IT POSSIBLE TO MAKE ANONYM EMPLOYMENT CONTRACTS ACCORDING TO ARTICLE 386/F.2 OF THE CODE OF OBLIGATIONS?.....	275-282
RESEARCH ASST. MURAT ŞEN, DEFINITION, TERMS AND QUORUM OF TESTIMONY IN OUR PRIOR LAW.....	283-312

YENİ TÜRK CEZA KANUNU TASARISININ ÇOCUK VE KÜÇÜK CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

Yrd.Doç.Dr.Burhan Caner Hacıoğlu

GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşından sonra hızlı bir artış gösteren çocuk suçluluğu konusu, günümüzde de önemini koruyan sorunlardan birini oluşturmaktadır. Çocuk suçluluğunun önlenmesi konusunda hemen hemen bütün dünya ülkelerinde suçlu çocuklar yetişkinlerden farklı bir statüye bağlanmışlardır. Çünkü, çocuk zihinsel, fiziksel ve ruhsal yönden tam bir olgunluğa erişmemiş toplumdaki rol ve görevlerini henüz öğrenmekte olan bakıma ve eğitime ihtiyacı olan bir varlıktır. Bu nedenle bir çok batı ülkesinde suçlu çocuklar için çocuk mahkemeleri ve özel yargı kuralları ceza dışı eğitici ve koruyucu tedbirleri kapsayan genel ceza hukukundan bağımsız bir Çocuk ceza hukuku gerçekleştirilmiştir¹.

Ülkemizde ise, suçlu çocuklar için özel bir statü gerçekleştirilememiş çocuklar genel ceza hukuku süjesi olarak yetişkinler ile aynı statüye bağlı kılınmışlardır. Bu alanda 1979 yılında kabul edilen 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama usulleri hakkındaki Kanun suçlu çocuklara özgü bir yargılama ve ceza sorumluluk sistemini getirmek suretiyle Hukuk sistemimizdeki mevcut boşluğu doldurma amacını gütmüştür. Ancak, bu Kanunun özellikle çocukların ceza sorumluluğu ile ilgili esas hükümleri, Türk Ceza Kanununda ilgi mevcut hükümler bakımından da bir kısım tereddütlere sebebiyet vermiştir. Ceza Kanunumuzda çocuk ceza hukuku bakımından yer alan hükümler çağın gerisinde kalmış zaman içinde çağdaş ülkelerdeki gelişmeler kanuna yansıtılamamıştır.

Yukarıda zikrettiğimiz gibi günümüzde çağdaş akım çocuk ve küçüklerin genel ceza kanunu dışına alınarak çocuk ve küçükler özgü temel esasları, yargılama mercileri ve usulünü ayrıca gösteren

¹ HACIOĞLU, Burhan Caner: Suçlu Çocukların Muhakemesi İst.1985 s. 2 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

bir çocuk ceza kanununun meydana getirilmesini ve çocuk ceza hukukunun teşekkülüdür¹.

Diğer taraftan Hükümetimiz tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanan ve 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme", yürürlükteki çocuklara ilişkin kanuni düzenlemelerin yeni bir anlayışla ele alınmasını zorunlu kılmıştır. Sözleşme yasama, yürütme ve yargı organları tarafından çocukla ilgili olarak yürütülen bütün faaliyetlerde çocuğun yararının ön planda tutulması esasının benimsenmesini ve sözleşmeye taraf olan devletlere sözleşmede tanınan hakların uygulanması amacıyla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alma yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Ülkemizin gelişen toplum ihtiyaçları karşısında gittikçe yetersiz kalması üzerine başlatılan yeni Türk Ceza Kanunu hazırlama çalışmaları 1997 yılında tamamlanmış bu çalışmalar sonucu yeni Türk Ceza Kanunu tasarısı hazırlanmıştır. 1997 tarihli yeni Ceza Kanunu Tasarısı'nın getirdiği en önemli değişiklik ve yenilik suçlu çocuklara ilişkin bağımsız bir Türk Çocuk ve Küçük Ceza Hukukunun teşekkülüdür. Yeni Ceza Kanunu Tasarısında Çocuk ve Küçük Ceza Hukukuna ilişkin olarak, Birinci Kitabın Altıncı kısmında dört ayrı bölüm halinde yirmisekiz madde tahsis edilmiş bulunmaktadır. Tasarının Altıncı Kısmının Birinci bölümü Genel Hükümlere, İkinci Bölümü Çocuklar Hakkında Uygulanabilecek Tedbirler ve Cezalara, Üçüncü Bölümü Küçüklere Özgü Ceza Rejimine, Dördüncü Bölümü Çocuk ve Küçükler Hakkında Müşterek hükümlere ilişkindir.

Biz bu çalışmamızda yeni ceza kanunu tasarısının çocuk ve küçüklere ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

I- CEZA KANUNU TASARISINDA KÜÇÜK VE ÇOCUK CEZAHUKUKUNA HAKİM OLAN ANLAYIŞ VE İLKELER

A- TASARININ ULUSLARARASI DAYANAKLARI

Tasarı, Uluslararası İnsan Hakları Evrensel Bildirisindeki "Çocukların özel bir ilgi ve yardıma hakkı" olduğu anlayışından hareketle, Türk Çocuk ve Küçük Ceza Hukukunu ulusal üstü kaynak ve normlarla uyumlu hale getirmeyi amaçlamıştır.

¹ DÖNMEZER Sulhi - YENİSEY Feridun: Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler Alkım Yay. İst. 1998 s. 420.

Tasarıya hakim olan anlayışın dayandığı uluslararası kaynaklar ve normlar şunlardır:

- _ 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi
- _ Uluslararası İnsan Hakları, Evrensel Bildirisi
- _ 20 Kasım 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi
- _ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
- _ Çocukların Korunması ve Esenliğine ilişkin Toplumsal ve Hukuksal İlkeler Bildirgesi
- _ Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Bejing Kuralları)
- _ 26.01.1990 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

B- ÇOCUK HAKLARINA DAİR SÖZLEŞMENİN ÖNGÖRDÜĞÜ İLKELER

Ülkemizin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair sözleşme Çocuk ve Küçük Ceza Hukukuna ilişkin yapılacak yasal düzenlemeleri yeni bir anlayışla ele alınmasını zorunlu kılmıştır.

Sözleşmenin öngördüğü esaslar ise şunlardır:

a- ÇOCUKLAR KONUSUNDA ÖZEL YASAL DÜZENLEMELERİN YAPILMASI

Taraf devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddiası ileri sürülen bununla itham edilen ya da ihlal ettiği kabul olunan çocuk bakımından yalnızca ona (özü) uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özellikle şu konularda çaba göstereceklerdir:

a) Ceza yasasını ihlal konusunda asgari bir yaş sınırını belirleyerek bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığını kabulü,

b) Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması. (m 40/3)

b- ÇOCUK TANIMINDA YAŞ ESASI

Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her

insan çocuk sayılır. (m. 1).

c- ÇOCUĞUN YARARI

Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir. (m. 3/1)

d- ÇOCUĞUN GELİŞMESİ VE ESENLİĞİ

Taraf Devletler, çocuğun ana ve babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar. (m. 3/2)

e- ÇOCUĞUN İNSANLIK DIŞI MUAMELE VE CEZAYA TABİ TUTULMAMASI

Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmayacaktır. Onsekiz yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemeyeceği gibi salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir. (m. 37/a)

f- HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA VEYA TEDBİRLERİN EN SON ÇARE OLMASI

Hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır. (m.37/b)

g-HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA VEYA TEDBİRLERİN İNFAZI SİRASINDA ÇOCUĞUN GEREKSİNİMLERİNE GÖRE VE İNSAN HAY-SİYETİNE YARAŞIR MUAMELEYE TABİ TUTULMASI

a) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri gözönünde tutularak davranılacaktır. Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla

ilişki kurma hakkına sahip olacaktır. (m.37/c)

b) Taraf devletler hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlal ettiği kabul edilen her çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususlarını gözönünde bulundurarak taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler (m. 40/1).

h- SUÇTA KANUNİLİK

İşlendiği zaman ulusal ya da uluslararası hukukça yasaklanmamış bir eylem ya da ihmal nedeniyle hiç bir çocuk hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddiası ya da ithamı öne sürülemeyeceği gibi böyle bir ihlalde bulunduğu kabul edilmeyecektir. (m. 40/2-a)

i- ORANTILILIK İLKESİ

Hürriyeti bağlayıcı ceza, koruma tedbiri, yönlendirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır (m. 40/4).

II- ÇOCUK VE KÜÇÜKLERE İLİŞKİN GENEL KURALLAR

A- ÖZEL - GENEL NORM İLİŞKİSİ VE TANIMLAR

a) ÖZEL NORMUN ÖNCELİĞİ İLKESİ

Tasarının 101. maddesinde Çocuk ve Küçüklere Özgü Ceza Hukuku bakımından öncelikli temel ilke özel normun önceliği ilkesi öngörülmüştür : Suçu işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış bulunanlar hakkında yalnızca altıncı kısımdaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmek suretiyle bunların özel norm niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu kısımda hüküm bulunmayan hallerde, kanunun diğer kitap ve kısımlarında yer alan hükümlerin uygulanabileceği öngörülmüştür.

Bu maddenin 2. fıkrasında da aynı ilke Ceza ve Tedbirler bakımından da kabul edilmiş Çocuk ve Küçükler hakkında isnat yeteneğini etkileyen sebeplerden; akıl hastalığı ve geçici hallere ilişkin 35, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulmasına

ilişkin 72, işyerinin kapatılmasına ilişkin 73, müsadere ve suç sebebiyle mülkiyetin devlete geçmesine ilişkin 77. madde hükümlerinin saklı kalmak üzere bu kısımda öngörülmemiş hiçbir tedbir ve cezaya hükmolunamayacağı belirtilmiştir.

b) TANIMLAR

Tasarının 101. maddesinin 3. fıkrasında Çocuk ve Küçük deyimlerinin Tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre

Çocuk: suçu işlediği sırada (zamanda-tarihte) oniki yaşını doldurup onaltı yaşını bitirmemiş olanların çocuk;

Küçük: suçu işlediği sırada onaltı yaşını bitirmiş olup onsekiz yaşını bitirmemiş olanların küçük

sayılacağı kabul edilmiştir.

c) DEĞERLENDİRME

Tasarının 101. maddesindeki öngörülen düzenleme ile onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler Türk Ceza Hukuku bakımından iki ayrı tanım içinde değerlendirilmiştir. Bu düzenleme Ç.H.S. ile uyumlu bir düzenleme mahiyetinde olup, anılan sözleşmenin yüklediği ceza kanununu ihlal eden çocuklar bakımından yalnızca çocuklara özgü uygulanabilir hükümlerin oluşturulması yükümlülüğü yerine getirilmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan çocuklara ilişkin hükümlerin -özellikle tedbir ve cezalara ilişkin hükümler- özel norm niteliğinde olduğu kabul edilerek sözleşme hükümleri uygulama alanına sokulmuş bulunmaktadır.

B- CEZA SORUMSUZLUK VE SORUMLULUK YAŞ SINIRI

Tasarıda ceza sorumsuzluk ve sorumluluk yaş sınırı değiştirilerek fiili işlediği tarihte oniki yaşını doldurmamış olanların ceza sorumsuzluğu, 12-16 yaş grubu içinde olan çocukların isnat yeteneğine haiz oldukları takdirde, ceza sorumluluğu kabul edilmiştir. 16-18 yaş grubu içinde olan küçüklerin mutlak olarak ceza sorumluluğu kabul edilmiştir.

a) 12 YAŞINI DOLDURAN ÇOCUKLAR HAKKINDA DÜZENLEME

Tasarının 102.maddesinde fiili işlediği tarihte 12 yaşını doldurmamış olanlar hakkında ceza kovuşturması yapılamayacağı belirtilip, bunların işledikleri suçları öğrenen savcılar, kolluk yetkilileri ve okul görevlileri tarafından kanuni mümessillerine

bildirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Ayrıca bu çocuklar hakkında işledikleri suçlar bakımından tedbir uygulamasını talep etme hususunda C. Savcısına takdir yetkisi tanınmıştır. Bu durumda, C. Savcılarını çocuğun işlediği suçun "belirli bir ağırlıkta olması" veya "işledikleri suçları tekrarladıkları" takdirde çocuk mahkemesinden Türk Medeni Kanunu ve diğer kanunların öngördüğü tedbirlerin alınmasını talep edebileceklerdir

b) 12 YAŞINI DOLDURMUŞ 16 YAŞINI BİTİR-MEMİŞ ÇOCUKLAR HAKKINDA DÜZENLEME

12-16 yaş grubu içinde olan çocukların öncelikle isnat yeteneğine haiz olup olmadığı araştırılacaktır.

Tasarı 103. maddesinde isnat yeteneğinin araştırılmasında çocuğun "suçu işlediği sıradaki ahlaki ve ruhi olgunluğu, eylemin haksız niteliğini anlaması ve buna göre hareket edebilmesi için yeterli olması" halinin dikkate alınacağını belirterek bu takdirde çocukların ceza sorumluluğu mevcut bulunduğu düzenlenmiştir.

Tasarının düzenlenmesi çerçevesinde, suç işleyen çocuğun isnat yeteneğine araştırılmasında dikkate alınacak kıstaslara yeni bir boyut kazandırılmıştır. Bu yaş dönemi içindeki Çocukların ceza sorumluluğunun esası, çocuğun eyleminin haksız niteliğini anlaması ve buna göre hareket edebilmesi yeteneğine sahip olmasıdır. Böylece tasarı ile TCK. m. 54'deki "farik ve mümeyyiz olma hali" ve ÇMKYUHK. 20. maddesindeki "suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme" kıstaslarının yetersizliği kabul edilerek, ayrıca hareket edebilme yeterliliği-yeteneği kıstası eklenmiştir. Isnat yeteneğinin haiz olup olmama yönünden yapılan araştırma sonucunda çocuk isnat yeteneğine haiz ise ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilecek, aksi takdirde çocuğun gelişmesi ve esenliği açısından tedbir sorumluluğu kabul edilecektir.

Bu düzenleme ile isnat yeteneği araştırmasında uzman hekimin görüşüne başvurma yararlı olacak ise de mutlak bir gerek olmaktan çıkarılmış hukuki bir kurum ve kavram olarak ele alınması öngörülmektedir. Bu suretle isnat yeteneğinin araştırılması bizzat çocuk mahkemesi tarafından yapılabilecektir.

c) 16 YAŞINI BİTİRMİŞ, 18 YAŞINI DOL-DURMAMIS KÜÇÜKLER HAKKINDA DÜZENLEME

Tasarının 112 ve 114-117 maddeleri arasında küçükler hakkında kural olarak ceza sorumluluğu kabul edilerek, ceza rejiminin uygulanacağı bazı istisnai durumlardada tedbir rejimi

uygulanmasına başvurulacağı öngörülmüştür.

d) 16 YAŞINI DOLDURMAMIŞ SAĞIR, DİLSİZ ÇOCUKLAR HAKKINDA DÜZENLEME

Tasarının 118.maddesinin 1.fıkrasında fiili işlediği tarihte 16 yaşını doldurmamış sağır dilsiz çocuklar hakkında, 12 yaşını doldurmamış çocuklara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda 12. yaşındaki çocuklar gibi ceza sorumsuzluğu kabul edilmiş ve tedbir sorumluluğu öngörülmüştür.

e) 16 YAŞINI DOLDURMUŞ 18 YAŞINI BİTİR-MEMİŞ SAĞIR - DİLSİZ KÜÇÜKLER HAKKINDA DÜZENLEME

Tasarının 118.maddesinin 2.fıkrasında bu yaş grubundaki sağır-dilsiz küçüklerin isnat yeteneğine haiz olmaları halinde ceza sorumluluğu kabul edilerek öncelikle tedbir rejimi uygulamasını, tedbir rejimi uygulanmasında amaca ulaşamaması halinde ceza rejimi uygulaması yapılacağı öngörülmüştür.

f) DEĞERLENDİRME

Tasarının ceza sorumsuzluk ve sorumluluk yaşına ilişkin düzenlemeleri yerindedir. Ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında tedbir uygulaması bakımından TCK ve CMKYÜHK. de öngörülen çocuğun işlediği suçun cezasının bir yıl hapis ya da daha ağır bir cezayı gerektirmesi" kıstasının terkedilmesi yerinde olmuştur. Çocuğun işlediği" suçun belirli bir ağırlıkta olması" "suçları tekrarlaması kıstasları uygun kıstaslardır. Ancak "suçun belirli bir ağırlıkta olması" kıstasında ağırlığın tayininde dikkate alınacak ölçüden ne anlaşılması gerektiği tereddütlere yolaçabilir.

Tasarının gerekçesinde bu ölçünün suçun cezası olmayacağı açıklanmıştır¹. Çocuğun kişiliğine bedeni, ruhsal gelişimine en uygun tedbirle topluma yeniden kazandırılması amaç olunca kıstasların tayininde zorluk çekilmeyecektir. Örneğin adam öldürme suçunun belirli bir ağırlıkta olup olmadığını tartışmak imkansızdır.

¹ DÖNMEZER, S-YENİSEY, F : age s. 506.

III- ÇOCUKLAR HAKKINDA UYGULANABİLECEK TEDBİRLER VE CEZALAR

A- 12 YAŞINI DOLDURMAMIŞ ÇOCUKLARLA İLGİLİ TEDBİRLER

Tasarıya göre 12 yaşını doldurmamış çocuklar hakkında ceza kovuşturması yapılmamakla birlikte bunların işledikleri suçlar kanuni mümessillerine bildirilecek ve işledikleri suç belirli bir ağırlıkta olduğu veya suçlarını tekrarladıkları takdirde savcının talebi üzerine çocuk mahkemesince medeni kanun ve diğer kanunlarda öngördüğü bütün tedbirler alınabilecektir (m.102). Madde düzenlemesine göre "suçun belirli bir ağırlıkta olması" ve çocuğun suçlarını tekrarlaması halinde tedbir uygulaması kabul edilmiş bulunmaktadır.

B-12 YAŞINI DOLDURMUŞ, 16 YAŞINI BİTİRMEMİŞ CEZA SORUMLUĞU OLMAYAN ÇOCUKLARLA İLGİLİ TEDBİRLER

Tasarı bu durumda bulunan çocukların ceza sorumluluğunda kıstas olarak öngörülen ahlaki ve ruhi olgunluğa erişememeleri dikkate alınarak çocuk mahkemesince çocuğun olgunluk elde etmesi bakımında gerekli eğitici ve iyileştirici bütün tedbirlerin alınması kabul edilmiştir (m.103). Bu tedbirlere Medeni Kanunun ve Çocukları koruyucu diğer kanunların ön gördüğü bütün tedbirler dahildir.

C-12 YAŞINI DOLDURMUŞ 16 YAŞINI BİTİRMEMİŞ VE CEZA SORUMLULUĞU OLAN ÇOCUKLARLA İLGİLİ TEDBİRLER VE CEZALAR

Tasarı bu yaş gurubunda yer alan çocuklarla ilgili olarak tedbir ve ceza rejimi uygulamasını öngörmüştür. Tasarının 104-114. maddelerinde ön gördüğü düzenlemeye göre bu çocuklar hakkında tedbir rejimi uygulanacağı gibi "belirtilen tedbirlerin suçun ve kusurunun ağırlığı veya çocukdaki tehlikeli eğilimlerin giderilmesi yönünden yetersiz kalacağı anlaşıldığı hallerde" ve takdirde çocuk hakkında şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya yani "çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezası" uygulaması cihetine gidilebilecektir (m.114).

Tasarının ön gördüğü tedbir ve ceza rejiminde temel amaç suçun çocukta varlığını ortaya koyduğu tehlikeli eğilimlerin

giderilmesidir.

Bu giderme çocuğun yeniden topluma uyumlu bir hayata hazırlanması maksadıyla eğitilip yetiştirilmesi suretiyle sağlanacaktır. Bu hedefe en iyi tarzda ulaşılabilmesi için mahkemece bir veya birden fazla tedbirin yeterli olacağı kabul edildiğinde artık cezaya hükmedilmeyecek ve tedbir uygulaması ile yetinilecektir. Demek oluyor ki çocuk suçları karşısında tedbir uygulanması esastır; cezanın uygulanması istisnadır. Tedbir ile bu hedefe ulaşamayacağı kanaatine varıldığında ise ceza uygulanacaktır. Ancak tedbir uygulandıktan sonra temel amacın elde edilmesi hususunda uygulanan tedbirlerin yetersiz kaldığı anlaşıldığında bu tedbirler değiştirilebilecek veya suçun karşılığı olan cezaya hükmedilebilecektir. Bu takdirde tedbirde geçirilen süre nazara alınarak 113. maddeye göre belirlenecek ceza yarısına kadar indirilebilecektir. Tasarı tedbirler bakımından azami bir süre tayin etmek suretiyle "süresi belirli olmayan hüküm "usulünü ön görmektedir. Yani tedbir uygulaması süresi mahkemece tayin edilecek ancak çocuğun 18 yaşını doldurması ile bu tedbir sona erecektir.¹

a) Çocuğu koruma tedavi ve eğitim noksanlığını giderici tedbirler

Bu tedbirlere tasarının 105-107. maddeleri arasında yer verilmiştir. Tedbirler koruma, tedavi ve eğitim tedbirleri ile disiplin tedbirleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

aa- Koruma, Tedavi, Eğitim Tedbirleri.

Bu tedbirler tasarıda :

- Koruyucu tedbirle
- Tedavi Edici Tedbirler
- Eğitici Tedbirler şeklinde tesbit edilmiştir.

Bunlardan koruyucu tedbirleri velayet ve vesayet yetkilerinin kötüye kullanılması veya görevlerin ihmali sebebiyle ahlak ve beden bakımından tehlike içine düştüğü tesbit edilen çocuklara uygulanan medeni kanun ve diğer kanunlardaki tedbirler oluşturmaktadır.

Tedavi edici tedbirler ise, ruh ve beden sağlığı bozuk ve arızalı olduğu belirlenen çocuklarda ilgili ayakta veya yatırılarak gerekli

¹ DÖNMEZER, S-YENİSEY, F.: age, Sayfa 512-513

ruhi ve tıbbi tedaviyi ön gören tedbirlerdir.

Eğitici tedbirleri'de eğitim bakımından gerekli özenin gösterilmediğinin veya uygun şartların mevcut bulunmaması halinde çocuğun kendi ailesi' içerisinde veya başka bir aileye verilerek veya bir eğitim veya iş kurumuna yerleştirilmesi suretiyle eğitilmesinin sağlanmasını amaçlayan tedbirlerden oluşmaktadır.

bb- Disiplin Tedbirleri

Bu tedbirler tasarıda:

- Tekdir.

- Çocuğun yükümlere tabi Kılınması

- Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, biçiminde tesbit edilmiştir. Bu tedbirlerden tekdir bir yıldan az hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlendiğinde başvuru çocuk mahkemesi hakiminin fiilin haksızlığını belirterek şiddetli biçimde tarizde bulunmak suretiyle çocuğu ayıplamasıdır. Tekdir, çocuk mahkemesi hakimi tarafından çocuğun kanuni mümessilleri huzurunda suç işleyen çocuğa fiilin haksızlığını belirterek tarizde bulunması ve ayıplama şeklinde icra edilecektir. Tekdirin içeriğini mahkeme takdir ve tespit etmekte serbestir. Mahkeme tekdiri yazılı veya sözlü olarak yapabilecektir. Tekdirin temel amacı çocuğu işlediği hukuka aykırılık hususunda vicdan muhasebesi yapmaya yöneltmektir.

Çocuğun yükümlere tabi kılınması, çocuğun gücünü aşmamak şartıyla hayat tarzını düzenleme ve eğitimini desteklemek üzere başvuru bir disiplin tedbiridir. Tasarıda bu tedbirler; mahkemece gösterilecek yerde ikamet etme belirli bir aile nezninde veya bir yuvada ya da kurumda yaşamın sürdürme, belirli bir işte çıraklık yapma belirli bir hizmeti yerine getirme, belirli kişilerle ilişkide bulunmaktan veya belirli yerlere kaçınmayı, suçunun sebebiyet verdiği zararı giderme, kamu yararını amaçlayan bir kuruma yardımda bulunmak olarak tesbit edilmiştir(m.109).

Kamu yararına bir işte çalıştırma ise, çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezası yerine uygulanabilen ve ücretsiz olarak çalışmayı ihtiva eden bir tedbirdir. Bu tedbire hükmedebilmek için mahkemenin önce çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezasına hükmetmeyi uygun sayması sonra bu ceza yerine bu disiplin tedbirine hükmetmesi gerekecektir. Bu disiplin tedbirine hükmedilebilmesinin diğer bir şartı çocuğun çalışmanın amacını anlayabilecek yetenekte olmasıdır. Bu tedbirin süresi en çok hapis

cezası süresi kadar olabilecek, ancak bu süre yedi günden az olmayacaktır.

b) Cezalar:

Tasarıda bu yaş grubundaki çocuklara özgü cezalar para cezası, çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezası olarak tesbit edilmiştir. (m.104/c)

- Para Cezası
- Çocuklar ve küçüklere özgü hapis cezası.

Çocuklar hakkında verilebilecek para cezası, suç karşılığı olarak kanunda gösterilen cezanın üçte birinden ve herhalde altı milyon lirayı aşmamak kaydıyla ödenmemesi halinde hiçbir zaman hapse çevrilmesi mümkün olmayan bir ceza niteliğindedir. İşlenen suç şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte para cezasını da gerektiriyorsa bu taktirde para cezasına hükmedilmeyecektir.

Çocuklar hakkında şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya, ancak yukarıda zikredilen tedbirlerin suçun ve kusurun ağırlığı veya çocuktaki tehlikeli eğilimlerin giderilmesi amacıyla başvurulabilecektir. Bu ceza çocuklara özgü bir hapis cezası niteliğindedir. Temel cezanın belirlenmesinde, eğitici etkinin sağlanması amacı daima gözönünde bulundurulacaktır.(m. 112)

Tasarı gerekçesinde de belirtildiği üzere bu çocuklar hakkında ceza uygulaması cihetine gidilmesi istisnai bir durumdur. Ancak tedbirlerin yetersizliği halinde tedbir uygulamasından ceza uygulaması rejimine geçilmesi sözkonusudur. Hapis cezaları yönünden mevcut TCK. ve ÇMKYUHK hükümlerine göre çok daha hafif sürelerde cezalara itibar olunmuştur. Şöyle ki tasarının 113. maddesinde suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği taktirde yedi yıldan dokuz yıla, müebbet hapis cezasını gerektirdiği taktirde beş yıldan yedi yıla kadar çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezasına hükmolunacağına, diğer cezaların üçte ikisinin indirileceğini ancak her fiil için verilecek bu cezanın dört yıldan fazla olamayacağı öngörülmüştür.

D) DEĞERLENDİRME

Tasarı bu grupta yer alan çocuklarla ilgili olarak öncelikle kural olarak tedbir sorumluluğunu, istisnai olarak ceza sorumluluğunu öngörmek suretiyle yalnız ceza sorumluluğunun varlığını arayan ve uygulayan TCK. ve ÇMKYUHK sistemi terkedilmiş çağdaş ve hümanist bir tedbir ve ceza rejimi gerçekleştirilmiştir. Bu suretle

yukarıda zikrettiğimiz Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin hürriyeti bağlayıcı ceza ve tedbirlerin en son çare olması, çocuğun yararı, çocuğun gelişmesi ve esenliği, çocuğun insanlık dışı muamele ve cezaya tabi tutulmaması, hürriyeti bağlayıcı ceza ve tedbirlerin infazı sırasında çocuğun gereksinimlerine göre ve insan haysiyetine yaraşır muameleye tabi tutulması esaslarını benimseyerek uygulama alanına geçirilmesini amaçlanmıştır.

IV) KÜÇÜKLER HAKKINDA UYGULANABİLECEK TEDBİRLER VE CEZALAR

A-KÜÇÜKLER HAKKINDA UYGULANABİLECEK TEDBİRLER

Yukarıda zikrettiğimiz üzere tasarı küçüklerle ilgili olarak da 12-16 yaş grubundaki çocuklar hakkında uygulanan düzenlemeye benzer bir biçimde tedbir ve ceza sorumluluğunu öngörmüştür. Tasarı bu yaş grubundaki çocuklara uygulanabilecek tedbirlerin küçüklere de uygulanabileceğini 117. maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. Küçükler hakkında tedbir uygulamasına gidilebilmesi için çocuğun işlediği suçun cezasının yukarı sınırı, 3 yıl hürriyeti bağlayıcı bir cezai gerektirmesi ve küçükün suç ile ortaya çıkan tehlikeli eğilimlerinin giderilmesi ve topluma uyumlu bir hayata hazırlanması için eğitilip yetiştirilmesi yönünden tedbir uygulamasında amacın elde edilebilir olması aranmıştır. Küçükler hakkında da tedbir uygulamasının yetersiz kaldığının anlaşılması halinde tedbirler değiştirilebileceği gibi para cezası ya da çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezası hükmedilebilecektir. Tedbir uygulaması, tedbirlerle hedeflenen amaca ulaşıldığı anda sona erecektir.

B-KÜÇÜKLERLE İLGİLİ CEZALAR

Tasarı küçükler hakkında tedbir rejimine başvurulmasının yetersiz kalmasının anlaşılması durumunda küçüklere özgü ceza rejimini öngörmüştür. Tasarıda öngörülen cezalar, çocuk ve küçüklere özgü hapis cezası ve küçükler hakkında para cezası olmak üzere tesbit edilmiştir.

a-Küçükler Hakkında Para Cezası

b-Çocuklara ve Küçükler Hakkında Özgü Hapis Cezası

Tasarı küçükler hakkında kural olarak ceza sorumluluğunu istisna olarak tedbir sorumluluğunu kabul etmiştir.

Küçükler hakkında verilebilecek para cezası, suç karşılığı olarak kanunda gösterilen cezanın alt sınırının yarısından ve herhalde onikimilyon lirayı aşmamak kaydıyla ödenmemesi halinde hiçbir zaman hapse çevrilmesi mümkün olmayan bir ceza niteliğindedir. İşlenen suç şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte para cezasını da gerektiriyorsa bu taktirde para cezasına hükmedilmeyecektir.

Bu çerçevede küçüklerin işledikleri suçlardan dolayı cezalandırılmasında hapis cezaları yönünden mevcut TCK. ve ÇMKYUHK hükümlerine göre çok daha hafif sürelerde cezalara itibar olunmuştur. Şöyle ki tasarının 115. maddesinde suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği taktirde oniki yıldan onsekiz yıla, müebbet hapis cezasını gerektirdiği taktirde yedi yıldan on yıla kadar çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezasına hükmolunacağı, diğer cezaların yarısının indirileceği ancak her fiil için verilecek bu cezanın altı yıldan fazla olamayacağı öngörülmüştür.

Tasarıda çocuk veya küçük hakkında hükmedilmiş bulunan hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı, çocuk ve küçüklere özgü infaz rejimine tabi olacaktır. Ancak cezanın süresi küçüğün onsekiz yaşını doldurmasından sonra da infaza devam olunmasını gerektirdiğinde, geri kalan süre bir yıldan fazla olmadığı taktirde ceza infaz rejiminde bir değişiklik yapılmaz. Süre bir yıldan fazla olduğunda ceza genel hükümlere göre infaz edilecektir (m.119).

C- DEĞERLENDİRME

Tasarının bu düzenlemeleriyle TCK. ve ÇMYUHK sistemindeki ceza sorumluluğu anlayışı terkedilerek çocuk ve küçük ceza hukuku anlayışına esas olan ilkeleri gözönünde tutarak çağdaş ve insancıl bir rejim gerçekleştirmiştir. Çocuklara ilişkin tedbir ve ceza rejimine ilişkin yaptığımız değerlendirmeyi küçükler hakkında da tekrar etmekle yetiniyoruz

V- ÇOCUK VE KÜÇÜKLERLE İLGİLİ TEDBİR VE CEZA REJİMİNİ TAMAMLAYAN KURUMLAR VE KURALLAR

A- GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK SINIR DIŞI EDİLME

Tasarının 120 maddesinde işlediği suçtan dolayı hakkında tedbire hükmolunması uygun görülen yabancı uyruklu çocuk veya küçükler hiçbir tedbire tabi tutulmaksızın 95. maddenin (A) fıkrasının (8) numaralı bendinde öngörüler sınırdışı edilme güvenlik

tedbirine tabi tutulabileceklerdir. Cezaların infazından sonra da mahkemece bu tedbire hükmolunabilecektir.

B-HÜKMÜN GERİ BIRAKILMASI

Çağdaş Ceza Hukuku anlayışı içinde hemen hemen batı ülkelerinin ceza mevzuatında yer alan hükmün geri bırakılması kurumu bu tasarıyla Türk Hukuk Sistemine getirilmiştir bulunmaktadır. Çocuk ve küçükler hakkında hükmün geri bırakılması için gerekli şartlar şunlardır.

1-İşlenen suç üç yıldan fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektirmeyecektir.

2- Çocuk veya küçük ilk defa bir suç işlemiş olacaktır.

3-Çocuk veya küçüğün yeniden bir suç işlemeyeceği hususunda hakimde kanaat hasıl olacaktır.

4- Çocuk veya küçüğün belirlenecek yükümlere uyacağı anlaşılacaktır.

5- Çocuk veya küçükteki tehlikeli eğilimlerin haklarında çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezasının uygulanmasını zorunlu kıldığı hususunda mahkemece kesin kanaat elde edilmemiş olacaktır.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde mahkeme sorumluluğu tesbitle yetinecek cezaya hükmedilmesinin geri bırakılmasına karar verebilecektir. Bu suretle çocuk veya küçük altı ay ile iki yıl arasında olmak üzere belirlenecek bir süreyle denetimli serbestlik rejimine tabi tutulacaktır. Süre kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Belirlenen denetim süresi içerisinde çocuk veya küçük şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiren yeni bir suçtan dolayı mahkûm edildiği veya uyması gerekli yükümleri ısrarla ihlal eylediği veya gösterdiği kötü davranışlar, tehlikeli eğilimlerinin varlığını sürdürmekte bulunduğunu açıkça belirttiği takdirde mahkemece denetimin serbestlik kararı geri alınacak ve suçtan dolayı çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezasına hükmedilecektir. Denetim süresi kanun ve nizamla uygun olarak geçirilecek olursa mahkeme davanın düşmesine karar verecektir.

C- CEZANIN ERTELENMESİ

Tasarının 122. maddesinde çocuk ve küçükler bakımından cezanın ertelenmesi kurumu TCK, ÇMKYUHK ve CİHK sisteminden farklı bir takım şartlarla özel bir şekilde düzenlenmiştir.

Çocuk ve küçüklere özgü ceza ertelemesinin şartları hükümlülüğe ve suçluya ilişkin olarak iki grupta ele alınmıştır. Hükümlülüğe ilişkin şartlar; hükmedilen çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezasının üç yıldan az olması veya hükmedilen cezanın para cezasından ibaret bulunmasıdır. Suçluya ilişkin şartlar ise ; 1- Fail suçun işlenmesinden önceki iki yıl içerisinde kasıtlı bir suçtan dolayı çocuk ve küçüklere özgü hapis cezasına mahkum edilmiş olması, 2- İşlediği suçtan dolayı bu mahkumiyetin suçlu çocuk veya küçük üzerinde bir uyarı teşkil edeceğine(etkisi yapacağı) hususunda mahkemede kanaatin hasıl olması 3- Uygulanacak denetim marifeti ile cezanın etkisine ihtiyaç olmadan ilerisi için topluma uyumlu bir hayatı sürdürmesinin kendisinden beklenebileceğine kanaat getirilmesidir.

Mahkeme ertelemeye esas teşkil edecek kanaatin hasıl olması bakımından bu on iki şartı tesbit ederken, çocuk veya küçüğün kişiliğini, geçmişini, fiiline ilişkin özellikleri, fiili işledikten sonraki davranışlarını ve içinde bulunduğu hayat şartlarını gözönünde bulunduracaktır.

Erteleme kararı ile birlikte çocuk ve küçük çocuk mahkemesince bir yıldan az üç yıldan fazla olmamak üzere bir süre ile denetime tabi tutulacaktır. Denetim süresi içinde çocuk veya küçük 109. maddede belirtilen disiplin tedbirlerinden yükümlere tabi kılınabilecek, mahkeme bu yükümleri kaldırma, çoğaltıp azaltma bakımından bir takdir yetkisine sahip olacaktır. Çocuk mahkemesi hakimi çocuk veya küçüğü, suçun niteliğini ve kişisel özelliği denetimi gerektirmemesi halinde denetimden muaf tutabilecektir. Ancak çocuk veya küçüğün sonraki davranışları denetimin gerekli olduğunu gösterirse yeniden denetim uygulamasına karar verilebilecektir. Denetim süresi olaysız ve kanun ve nizamlara uygun surette geçirildiğinde mahkumiyet yok sayılacak, buna karşılık kasıtlı bir suçtan dolayı küçük veya çocuk mahkum olduğu takdirde bu erteleme kararı geri alınacaktır. Çocuk veya küçük denetim şartlarına uymamakta ısrar ettiği takdirde de erteleme kararı geri alınacaktır.

Tasarı bu düzenlemesi ile TCK, ÇMKYUHK, ve CİHK Sisteminden farklı bir anlayışla cezanın ertelenmesi kurumuna yeni boyut kazandırmış özellikle küçüklere bakımından küçüklerin yararına hükümlülüğe ilişkin şartlar bakımından çocuklara ilişkin düzenleme ile uyum sağlamıştır.

Denetimin ve denetim süresinin hakim takdirine bırakılması ve

denetim süresi içerisinde hükümlüye yükümlülükler yüklenmesi yerinde ve çağdaş bir düzenleme mahiyetindedir.

D- ŞARTLA SALIVERİLME

Tasarı 123. maddesinde; şartla salıverilme kurumunu düzenlemiş bulunmaktadır. Şartla salıverilmenin şartları cezaya ve mahkuma ilişkin şartlar olarak iki grupta düzenlenmiştir. Cezaya ilişkin şart; çocuk ve küçüklere özgü hapis cezasının en az iki ayını ve tüm ceza süresinin yarısını çekmiş bulunması, mahkuma ilişkin şart ise; mahkumun başka suç işlemeyeceği ve belirlenecek yükümlere uyacağı hususunda kanaat getirilmesidir.

Tasarı cezanın ertelenmesi kurumunda olduğu gibi bu kurumda da şartla salıverilen çocuk ve küçük için bihakkin tahliye müddetini aşmamak üzere altı ay ile üç yıl arasında olmak üzere bir denetim süresi belirleyecek bu süre içerisinde çocuk veya küçük hükümlünün uyması gereken yükümler mahkemece belirlenecektir. Hakim hükümlüyü suçun niteliğine ve kişilik özelliklerine göre bu denetimden muaf tutabileceği gibi gerektiğinde yeniden denetimin uygulanmasına da karar verebilecektir. Çocuk veya küçük denetim süresi içinde belirlenen yükümleri uyarılara rağmen uymamakta direndiği tesbit olunduğunda şartla salıverilme kararı geri alınabilir.

Tasarı bu maddede belirtilen konu ve diğer hususlar dışında genel norm olan 66. maddenin uygulanacağını belirtmektedir. Bu suretle yetişkinlerde olduğu gibi, çocuk veya küçüğün hakkında şartla salıverilme kararının geri alınabilmesi için çocuğun veya küçüğün kasıtlı bir cürümden dolayı şahsı hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum edilmesi şart olarak düzenlenmiştir.

Tasarı bu düzenlemesi ile çağdaş ceza infaz hukuku ilkelerini sistemimize yenilik olarak getirmektedir.

E-CEZANIN ERTELENMESİ VE ŞARTLA SALIVERİLME KURUMLARINDA DENETİM

Tasarı 124. maddesinde; çocuk ve küçüklere ilişkin olmak üzere muhtelif maddelerde özellikle cezanın ertelenmesi ve şartla salıverilme kurumlarında söz konusu olan denetimin maksadı icrası ve işlemlerinin nasıl yürütüleceğine ilişkin olarak düzenleme öngörmüştür. Bu maddeye göre denetimden maksat, çocuk veya küçüğün denetim süresince kendisine nasihat verecek tavsiyelerde bulunacak ve yardım edecek nitelikli bir denetim görevlisinin gözetim ve idaresine tevdi edilmesidir. Denetim hizmetleri uzman

kişilerce yürütölmek üzere çocuk mahkemesince tevdi olunacaktır. Ancak uzman bulunmadığı takdirde bu niteliklere sahip bulunan kişilere de bu görev verilebilecektir. Mahkeme üyelerden birini denetim görevlisi ile işbirliği ve temas hususunda görevlendirebilecektir. Denetim görevlisi çocuğun veya küçüğün yüküm ve taahütlerini doyurucu bir biçimde yerine getirmesi hususunda, beklenen yarara ve amaca ulaşmaya kadar gerekli çabayı göstermekle yükümlüdür. Bu görev sürecinde görevli mahkeme üyesince belirlenecek aralıklarla gelişim raporu düzenleyecektir. Denetim görevlisi görevini ifa ederken çocuğun kanuni mümessili ve eğitiminden sorumlu olan kişilerle uyuma halinde, çocuğun eğitimini destekleyecek ve çocuğun yaşamını yakından takip edecektir.

F-CEZA VE TEDBİRLERİN İÇTİMAI

Tasarı 125. maddesinde hürriyeti bağlayıcı cezaların ve tedbirlerin içtimasında yetişkinlerden farklı olarak çocuk ve küçüklere özgü bir sistem öngörmüş bulunmaktadır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların içtimasında hukuki içtima sistemi kabul edilmiştir. Çocuk veya küçük birden çok suç işlediğinde işlenen en ağır suçun cezasına diğer suçlara ait cezaların sekizde biri eklenmek suretiyle hüküm kurulacaktır. Bu suretle belirlenecek ceza çocuklar için sekiz yılı, küçükler için on iki yılı aşamayacaktır. Ancak çocuk ve küçüklere ait cezaların içtimasında üst sınır esas alınacaktır. Para cezalarının içtimasında ise her suç için para cezasına ayrı ayrı hükmolunacaktır. Ancak bu suretle belirlenecek para cezası toplamı çocuklar için onikimilyon lirayı, küçükler için yirmibirmilyon lirayı aşamayacaktır. Tasarı bu suretle para cezalarında toplama sistemini kabul etmiş bulunmaktadır.

Tedbirlerin içtimasında ise mahkeme çocuk ve küçük için cezaları içtima ettirdikten sonra tedbire hükmetmeyi uygun saydığı takdirde, tedbirlerin nevi ve süresini kararında belirtecektir. Yani mahkeme ayrı ayrı suçlar bakımından tedbirleri içtima ettirmeyecektir.

Tasarı ceza ve tedbirlerin içtimaı kurumunu çağdaş ceza infaz rejiminin anlayışı doğrultusunda çocuk ve ceza hukukunun amaç ve hedeflerine bağdaşacak bir sistem teşekkül ettirmiştir.

G-TEKERRÜR

Tasarı 126. maddesinde; çocuk ve küçüklerin işledikleri suçların

tekerrüre esas teşkil etmeyeceğini öngörmektedir. Bu düzenleme özellikle TCK m.55 kapsamındaki yaş dönemindeki küçükler için çağdaş bir ceza infaz rejimi yaklaşımı ve olumlu bir gelişme niteliğindedir.

H-DAVA ZAMANAŞIMI

Tasarı 127.maddesinde; dava zamanaşımı bakımından yetişkinlere oranla daha kısa zamanaşımı süreleri tayin etmiş, failin yirmibeş yaşını doldurması ile dava zamanaşımının gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Çocuk ve küçük suçlular hakkında dava zamanaşımı kesilmesine ilişkin sebepler öngörülmemek suretiyle çocuk ve küçük ceza hukukunun temel amaç ve hedefler doğrultusunda yeni bir sistem teşekkül ettirilmiştir. Tasarı zaman aşımı sürelerini şu şekilde tesbit etmiştir: 1- Müebbet hapis cezalarını gerektiren suçlarda on yıl, 2- On yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda beş yıl, 3- Üç aydan fazla ve on yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda iki yıl, 4- Suç'un başka bir cezayı gerektirdiği hallerde altı ay.

I-CEZA ZAMANAŞIMI

Tasarının dava zamanaşımı bakımından getirdiği yenilikçi anlayış ceza zamanaşımı kurumu bakımından da muhafaza edilerek ceza zamanaşımı süreleri kısaltılmış, failin yirmibeş yaşını doldurması ile ceza zamanaşımının gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Tasarıda ceza zamanaşımı süreleri şu şekilde tesbit olunmuştur. 1- İki yıldan fazla çocuk ve küçüklere özgü hapis cezaları beş yıl, 2- İki yılı kadar çocuk ve küçüklere özgü hapis cezaları iki yıl, 3- Kamu yararına çalıştırma tedbirinde ve para cezalarında iki yıl, 4- Tedbir uygulamasında bir yıl. (m.128)

İ-TÜZÜK

Tasarı Türk Çocuk ve Ceza Hukuku Sistemini yukarıda zikrettiğimiz maddeler çerçevesi içerisinde kurmuş bulunmaktadır. Bu maddeler çocuk ve küçükler hakkında uygulanabilecek ceza ve tedbirleri, temel ilkeleri, nitelikleri ve süreleri belirtmiştir. Ancak bunlara ait infaz rejiminin daha ayrıntılı düzenlenmesi zorunluluğundan hareketle bu düzenlemelerin bir tüzük marifetiyle düzenleneceğini öngörmüş bulunmaktadır.(m.129)

VI-SONUÇ

Yeni Ceza Kanunu Tasarısının Çocuk ve Küçük Ceza Hukukuna ilişkin hükümleri Çağdaş Ceza Hukukuna hakim olan anlayış doğrultusunda hazırlanmış ve Türk Hukuk Sistemimize getirdiği yenilikler bakımından da reformist bir karakter taşımaktadır. Bu düzenlemeler çerçevesinde Yeni Ceza Kanunu Tasarısı yeni bir "Türk Çocuk ve Küçük Ceza Hukuku Sistemi" ni kurmuş bulunmaktadır.

Sistemin amacına ulaşması bakımından sistemin ön gördüğü kurumların hızla kurulması yardımcı kurum ve kuruluşların uzmanlarının sağlanması zorunludur. Temennimiz Yeni Ceza Kanunu Tasarısının bir an önce yasalaşarak hukuk sistemimize dahil edilmesidir.

MECLİS SORUŞTURMASI UYGULAMALARI ÜZERİNE BAZI GÖZLEM VE DEĞERLENDİRMELER

Yrd. Doç. Dr. Hikmet TÜLEN*

GİRİŞ

Meclis soruşturması adı verilen hukuki müessese ile, halen görevde bulunan ya da görevinden ayrılmış olan Başbakan veya bakanların, görevleri sırasında ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlarından dolayı TBMM tarafından itham edilerek yetkili yargı mercii önüne sevk edilmeleri sözkonusu olmaktadır. Meclis soruşturmasının konusu, bakanların görevlerinden doğan suçlarıyla sınırlı bulunmaktadır. Bakanların görevleriyle ilgili olmayan, diğer bir deyimle şahsi suçlarından ötürü cezai sorumluluklarının araştırılması yöntemlerinin Meclis soruşturması ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu tür şahsi suçları bakımından, yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, Başbakan veya bakanlar hakkında da genel hükümler uygulanır.

Çağdaş demokratik rejimlerde, mesleki ve sosyal konumları ne olursa olsun suç işleyenler arasında hiç bir ayırım gözetilmeksizin suçların takibi ve suç işleyenlerin cezalandırılması temel bir kuraldır. Bu çerçevede Başbakan veya bakanların işledikleri suçlar bakımından takip edilmemeleri ya da cezasız kalmaları elbette düşünülemez¹. Aksi halde, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik gibi temel ilkelerin yürürlükte olduğunu savunmak imkansız hale gelir. Nitekim, diğer birçok ülkede olduğu gibi² ülkemizde de

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

1 HAFIZOĞULLARI, Zeki / ACAR, Bülent / LİVANELİOĞLU, Ö. Asım : Meclis Soruşturmaları Hakkında Düşünceler - Üç Örnek, (Ankara: Us-A Yayıncılık, 1997), s.154.

2 Örneğin, İtalya, Fransa, Belçika ve Amerika Birleşik Devletlerinde parlamentoların bakanları itham etme yetkileri vardır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz., TÜLEN, Hikmet: Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Konya: S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997), s.50 vd.

Başbakan veya bakanların görevleriyle ilgili suçlarını araştırmak ve gerekiyorsa ilgilileri yetkili yargı mercileri önünde itham etmek yetki ve görevi parlamentoya verilmiş bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, temsili rejimin bütün hükümet sistemlerinde "...parlamentoların, kanun yapma, hükümeti denetleme ve devlet bütçesini kabul etme gibi üç temel fonksiyonları vardır"³. Meclis soruşturması da, parlamentonun hükümeti ve bakanları denetlemek amacıyla kullanabileceği denetim araçlarından birini oluşturmaktadır.

Milli meclislere, yürütme organı mensuplarını suçlandırma yetkisinin verilmesi, tarihsel gelişim içerisinde, yürütme organının sınırlandırılması ve hukukla bağlanması mücadelesinin de bir sonucudur. Sonuçta, parlamentolar, millet adına yürütme organı mensuplarını denetlemek ve suç sayılan fiillerini tesbit ettikleri durumlarda da, yetkili yargı mercileri önüne göndermek hak ve yetkisine sahip olmuşlardır. Bu itibarla, parlamentoların bakanları itham yetkisine sahip olmaları, ötedenberi doğal sayılagelmıştır⁴.

Bu çalışmada, Meclis soruşturmasının 1982 Anayasasında ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde nasıl düzenlenmiş olduğu hakkında asgari düzeyde bir bilgi verebilmek için önce, anılan metinlerde yer alan konu ile ilgili düzenlemeler aktarılacak, sonra da, daha ağırlıklı olarak, Meclis soruşturmasının uygulamadaki görünümü üzerinde durulacaktır. Meclis soruşturması müessesesinin ne oranda kendisinden beklenen işlevi yerine getirebildiği, Meclis soruşturmasının aksayan yönleri varsa bunların sebeplerinin neler olduğu hususları üzerinde açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

I. MECLİS SORUŞTURMASININ ANAYASADA VE TBMM İÇTÜZÜĞÜNDE DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Meclis soruşturması, 1982 Anayasası'nın 100. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre:

"Başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile,

3 ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1995), s.267.

4 BALTA, Tahsin Bekir: Türkiye'de Yürütme Kudreti, (Ankara: AÜSBF Yayını, 1960), s. 35.

soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi en geç bir ay içinde görüşür ve karara bağlar.

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclise sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

Meclis, raporu öncelikle görüşür ve gerek gördüğü takdirde ilgilinin Yüce Divana sevkine karar verir. Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile alınır.

Meclisteki siyasi parti gruplarında, Meclis soruşturması ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”

Görüldüğü gibi Anayasanın 100. maddesinde, münhasıran Meclis soruşturması ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bunun dışında, Anayasanın diğer bazı maddelerinde de Meclis soruşturması ile ilgili bazı hükümler sevk edilmiş bulunmaktadır. Örneğin, Anayasanın 113/3. maddesinde “Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı ile Yüce Divana verilen bir bakan bakanlıktan düşer. Başbakanın Yüce Divana sevk halinde hükümet istifa etmiş sayılır” kuralı yer almıştır. Keza, Anayasanın 98/1. maddesinde de Meclis soruşturmasının parlamentonun denetim araçlarından biri olduğu vurgulanmıştır.

Meclis soruşturmasına ilişkin Anayasada yer alan bu düzenlemelere ilave olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü de Meclis soruşturmasının açılması, yürütülmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin ayrıntılı kurallara yer vermiştir. Meclis soruşturması konusu, TBMM İçtüzüğü'nün 107 ile 113. maddeleri arasında “Meclis Soruşturması ve Yüce Divana Sevk” başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır.

TBMM İçtüzüğü'nün 107. maddesinde “Meclis soruşturması açılması için önerge” verilmesi gereği düzenlenmiştir. Buna göre:

“Görevde bulunan veya görevinden ayrılmış olan Başbakan ve bakanlar hakkında Meclis soruşturması açılması, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği bir önerge ile istenebilir.

Bu önergede; Bakanlar Kurulunun genel siyasetinden veya bakanlıkların görevleriyle ilgili işlerden dolayı hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakanın cezai

sorumluluğu gerektiren fiillerinin görevleri sırasında işlendiğinden bahsedilmesi, hangi fiillerinin hangi kanun ve nizama aykırı olduğunun gerekçe gösterilmek ve maddesi de yazılmak suretiyle belirtilmesi zorunludur.”

TBMM İçtüzüğü'nün 108. Maddesinde ise “Meclis soruşturması önergesinin görüşülmesi” konusu düzenlenmiştir. Buna göre;

“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına verilen Meclis soruşturması önergesi gelen kağıtlar listesine alınır ve Genel Kurulda okunur. Okunan önergenin bir örneği, Başkanlıkça hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana gönderilir.

Meclis soruşturması açılıp açılmaması hakkında yapılacak görüşmelerin günü, önergenin verilişinden itibaren bir ay içinde görüşülüp karara bağlanacak şekilde, bir özel gündem halinde Danışma Kurulunun teklifi üzerine Genel Kurulca tesbit edilir. Bu görüşme günü de ayrıca hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana bildirilir.

Sırasıyla, önergeyi verenlerden ilk imza sahibinin veya onun göstereceği bir diğer imza sahibinin, şahısları adına üç milletvekilinin ve o sırada görevde bulunsun veya bulunmasın hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakanın konuşacağı bir görüşmeden sonra, Meclis soruşturması açılıp açılmaması hakkında Genel Kurulca karar verilir.”

TBMM İçtüzüğü'nün 109. maddesinde, Meclis soruşturması açılmasına karar verilmesi halinde “Meclis soruşturması komisyonunun kuruluşu” konusu düzenlenmiştir. Buna göre;

“Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, soruşturmanın yürütülmesi görevi, Anayasanın 100 üncü maddesi hükümlerine göre, Başkanlıkça Genel Kurulda yapılacak ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyona verilir.

Komisyon, kendisine bir başkan, bir başkanvekili, bir sözcü ve bir katip seçer.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre hakimlerin davaya bakmasına veya karara katılmasına engel oluşturacak durumlarda bulunan, Meclis soruşturması önergesini veren veya daha önce Türkiye Büyük Millet Meclisinde ya da dışında bu konudaki görüşünü açıklamış milletvekilleri, bu komisyona seçilemezler.

Komisyonunda görevli memur ve raportörler ile stenoğraf için de aynı hüküm uygulanır.”

TBMM İçtüzüğü'nün 110. maddesinde ise "Meclis soruşturması komisyonunun çalışma usulü ve süresi" düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

"Soruşturma komisyonu üye tamsayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir.

Komisyonun çalışmaları gizlidir. Bu komisyona kendi üyeleri dışındaki milletvekilleri katılamazlar.

Soruşturma komisyonu, raporunu Anayasanın 100 üncü maddesine göre kuruluşundan itibaren iki ay içinde verir. Soruşturmanın bitirilememesi halinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Komisyonun bu konudaki istem yazısı Genel Kurulun bilgisine sunulur."

TBMM İçtüzüğü'nün 111. maddesinde ise, "Meclis soruşturması komisyonunun yetkileri" düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

"Komisyon kamusal ve özel kuruluşlardan konu ile ilgili bilgi ve belgeleri isteyebilir; Gerekli gördüklerine el koyabilir; Bakanlar Kurulunun bütün vasıtalarından faydalanabilir; Bakanlar Kurulu üyelerini, diğer ilgilileri, tanık ve bilirkişileri dinleyebilir.

Komisyon, naip veya istinabe yolu ile adli mercilerden yardım isteyebilir. Ayrıca ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun tanıklarla, bilirkişilerle, zapt ve arama ile ilgili olarak adli mercilere verdiği hürriyetleri kısıtlayıcı yetkilerin genel hükümler çerçevesinde kullanılmasını, gerekçesini bildirmek suretiyle görevli adli merciden yazıyla isteyebilir.

Komisyon, hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakanın savunmasını alır. Bununla ilgili olarak talep edeceği belgeleri temin ettirir.

Komisyon, gerektiğinde alt komisyonlar kurarak Ankara dışında çalışma kararı alabilir."

TBMM İçtüzüğü'nün 112. maddesinde "Soruşturmanın sonuçlandırılması" başlığı altında Meclis soruşturması sonunda verilecek karar konusu düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

"Soruşturma komisyonu raporu, Başkanlıkça bastırılarak hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana derhal gönderilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine dağıtılır. Rapor, üyelere dağıtıldıktan yedi gün sonraki birleşimin gündemine alınır ve öncelikle görüşülür.

Bu görüşmede, komisyona, şahısları adına altı milletvekiline ve o sırada görevde bulunsun veya bulunmasın hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana söz verilir.

Son söz, hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana aittir ve süresi sınırlanmaz.

Görüşmeler tamamlandıktan sonra komisyon raporu Genel Kurulca karara bağlanır.

Komisyonun Yüce Divana sevk yönündeki raporları ile Genel Kurulun Yüce Divana sevk kararlarında hangi ceza hükmüne dayanıldığı belirtilir.

Komisyonun Yüce Divana sevk etmeme yönündeki raporlarının reddi, ancak, Yüce Divana sevke dair verilen ve sevk kararının hangi ceza hükmüne dayanacağını gösteren bir önerenin kabulüyle mümkün olur.

Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile alınır.

Türkiye Büyük Millet Meclisince Yüce Divana sevk kararı alınırsa dosya, en geç yedi gün içinde Başkanlıkça dizi pusulasına bağlanarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilir."

Son olarak, TBMM İçtüzüğü'nün 113. maddesinde "Siyasi parti gruplarında soruşturma ile ilgili görüşme yapılamaması" hususu düzenlenmiştir. Buna göre;

"Siyasi parti gruplarında, Meclis soruşturması ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.

Ancak bu gruplarda Meclis soruşturması ile ilgili komisyon üyelikleri için Anayasanın 100 üncü maddesine göre gösterilecek adayların tespiti amacıyla seçim yapılabilir."

Görüldüğü gibi, Meclis soruşturması, Anayasada ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde ayrıntılı sayılabilecek bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde yer alan bazı hükümlerin anlam ve kapsamı konusunda doktrinde ve uygulamada değişik görüşlerin ortaya çıkabildiği görülmektedir. Bu çalışmada Meclis soruşturmasına ilişkin yazılı kuralların aktarılması ile yetinilecek; buna karşılık, sözü edilen kuralların anlamlandırılması ve bu kurallara ilişkin olarak ortaya konulan farklı görüşlerin değerlendirilmesi yoluna gidilmeyecektir⁵.

5 Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz., ONAR, Erdal: "1982 T.C. Anayasası'nda Türkiye Büyük Millet Meclisinin Hükümeti Denetleme İşlevi", 6. Milli Egemenlik Sempozyumu, "TBMM ve Milli Egemenlik", (Ankara: TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 1990), s.41-45.; ÖZBUDUN, Ergun: "Parlamentar Rejimde Parlatentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları (Ankara: AÜHF Yayını, 1962), s.100 vd.; TÜLEN, adı geçen tez, s.87 vd.

II. MECLİS SORUŞTURMASININ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Tanımı

Parlamentoya, hükümet üzerinde denetimde bulunabilme imkanı sağlayan hukuki araçlara, denetim yolları veya denetim araçları denilir⁶. Meclisin haiz bulunduğu hükümeti denetleme yetkisininin kullanılmasına imkan veren ve denetim yolları ya da denetim araçları denilen bu usuller, denetim araçları ve denetim vesileleri tarzında iki ana grupta toplanmaktadır⁷. Denetim araçları, doğrudan doğruya meclis denetimini sağlamak gayesi ile ihdas edilmişlerdir. Bu anlamdaki denetim araçlarının tipik örneği olarak, gensoru (1982 Anayasası m.99) kurumu gösterilebilir. Buna karşılık, denetim vesileleri, aslında başka maksatlarla vücuda getirilmiş bulunmakta ve denetim fonksiyonunun icrasına ancak dolayısıyla ve arizi şekilde hizmet etmektedirler. Bu tür denetim vesilelerine en iyi örnek olarak, Meclis'te, bütçe kanunu tasarısı üzerinde yapılan görüşmeler gösterilebilir⁸.

Yukarıda değinilen "denetim araçları" ve "denetim vesileleri" ayırımı çerçevesinde, bu çalışmamızda ele aldığımız Meclis soruşturması, denetim araçlarının bir türünü teşkil etmektedir. Bu husus 1982 Anayasası'nda (m.98/1) "Türkiye Büyük Millet Meclisi soru, Meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve Meclis soruşturması yollarıyla denetleme yetkisini kullanır" denilmek suretiyle belirtilmiş bulunmaktadır.

Parlamentonun sahip olduğu denetim araçlarının bir türü olan Meclis soruşturmasının bir tanımını yapmak gerekirse kısaca şunları söyleyebiliriz: Meclis soruşturması, halen görevde bulunan ya da görevinden ayrılmış olan bir Başbakan veya bakan hakkında, bu

6 ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s.271.

7 ÖZBUDUN, ...Murakabe Vasıtaları, s.14; BALTA, Türkiye'de Yürütme Kudreti, s.45-47.

8 Bir görüşe nazaran; "Anayasada sayılan denetim araçlarından başka; gündem dışı konuşma, kanun teklifleri üzerinde cereyan eden müzakereler ve sıkıyönetim ilanı kararlarının hemen meclis gündemine getirilmesi keyfiyetleri de birer parlamenter denetim aracı fonksiyonu görebilirler". Bkz., SAVCI, Bahri: "Yeni Anayasa Rejimine Doğru Gelişmeler", AÜSBFD, C.XVII, Mart 1962, No.1, s.68.

Başbakan veya bakanın göreviyle ilgili olarak bir suç işlediğinin TBMM'nin belli orandaki üyelerince ileri sürülmesi üzerine, bu suç isnadının TBMM üyeleri arasından kurulacak olan bir soruşturma komisyonu marifetiyle Meclis adına araştırılması neticesinde Meclis Genel Kuruluna sunulacak raporun akabinde ilgili bakanın yargılanmak üzere yüce Divana sevkine gerek olup olmadığına TBMM Genel Kurulunca karar verilmesinden ibarettir diyebiliriz.

2. Hukuki Niteliği

Doktrinde ve uygulamada, Meclis soruşturmasının bir tür "ceza önsoruşturması" olduğu görüşü yaygın olarak benimsenmekte ve TBMM'nin Başbakan veya bakanlar hakkında Meclis soruşturması açması ve bu soruşturmayı yürütürken karara bağlaması, Meclisin yargısal bir faaliyeti olarak değerlendirilmektedir⁹. Bu bağlamda Meclis soruşturmasının değişik aşamaları, ceza muhakemesi usulündeki hazırlık soruşturmasının değişik aşamalarına karşılık gelmektedir. Bu noktada Meclis soruşturmasının değişik aşamaları ile ceza muhakemesi usulündeki hazırlık soruşturması arasında şöyle bir karşılaştırma yapılabilir:

Görevde bulunan ya da görevinden ayrılmış olan Başbakan veya bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yapılan Meclis soruşturması, ceza muhakemesi sistemindeki "önsoruşturma"ya karşılık gelmektedir. Önsoruşturma ise, CMUK'nda 1985 yılında yapılan değişikliklerden sonra sadece hazırlık soruşturmasından ibarettir. Meclis soruşturması bağlamında; hazırlık soruşturmasını başlatan işlem ise; Anayasa'nın 100. maddesine göre, TBMM üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge'dir. Bu önerge ile, Başbakan veya bakanların görevleriyle ilgili bir suç işledikleri belirtilerek Meclis'in bunu araştırması istenilmektedir. Bu istemi; hazırlık soruşturmasını başlatan ve suçun öğrenilmesi yollarından biri olan ihbar ya da şikayet olarak nitelemek mümkündür.

Soruşturma açılması istemi üzerine, Meclis bir ay içerisinde soruşturmanın açılmasına ya da açılmamasına karar verecektir. Eğer, Meclis, soruşturmanın açılmasına karar verirse, bu kararı, savcının, hazırlık soruşturmasının birinci evresi olan başlangıç soruşturmasından kısa soruşturmaya geçme kararına benzetmek

⁹ Bkz., HAFIZOĞULLARI,/ ACAR,/ LİVANELİOĞLU, age., s.10, 153.; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s.274.; TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Dördüncü Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 1997), s.382. ; ONAR: agm., s.37, 41.

mümkündür. Muhakeme hukukunda başlangıç soruşturmasının gayesi; kamu davasının açılmasına yer olup olmadığını araştırmaktır. İşte, Meclis'in, soruşturmanın açılmasını kabul eden kararı, ceza muhakemesindeki koğuşturmaya geçme kararına paralel bir fonksiyon ifa etmektedir. Meclis, soruşturma açılması istemini reddederse, bu karar da, savcının, henüz başlangıç soruşturmasının sonundaki koğuşturmama kararnamesine benzetilebilir. Zira, bu karar, Meclis'in yapılan suç ihbarını ciddi görmediğini belirtmesi niteliğindedir.

Meclis tarafından soruşturma açılmasına karar verilmesinden sonra kurulacak soruşturma komisyonu tarafından gerekli araştırmalar yapılacaktır. Komisyon tarafından yapılan bu araştırmalar hazırlık soruşturmasındaki araştırmalar gibidir. Çünkü, komisyon, iddia edilen suç ile ilgili bütün delilleri toplayacak ve bunun sonucunda bir karara varacaktır. Nihayet, komisyon bu kararını bir raporla Meclis Genel Kurulu'na sunacaktır.

Meclis Genel Kurulu, soruşturma komisyonu tarafından sunulan rapor üzerine iki türlü karar verebilir: Birincisi, Meclis, hakkında Meclis soruşturması icra edilen bakan ya da Başbakanı Yüce Divana sevkedebilir. Yani muhakeme hukukundaki son soruşturma aşamasına geçilir. Bu nedenle de, Meclis'in bu kararını savcının iddianame ile dava açmasına benzetmek mümkündür. İkincisi, Meclis, ilgilileri Yüce Divana sevketmeyebilir. Meclis'in bu kararı, ilgililer hakkında yapılan suç ihbarının, Meclis'in yaptığı soruşturma sonucu yargılamaya değer görülmediği anlamına gelmektedir. Bu kararı da, savcının hazırlık soruşturmasının sonunda vermek zorunda olduğu iki karardan biri olan takipsizlik kararına (koğuşturmaya son verme kararı) benzetmek mümkündür¹⁰.

Meclis soruşturmasının hukuki niteliğini bu şekilde tesbit ettikten sonra, bu tesbite bağlı olarak, Meclis soruşturması komisyonlarının yetkileri konusu üzerinde de kısaca durmak gerekmektedir.

¹⁰ Bkz., KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 1989), s.415 dipnot.286.; BİLGE, Necip: Bakanların Görev ve Sorumluları, (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1956), s.30.; KAPICI, Ferhat: Meclis Soruşturması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991), s.24-25.

Görüldüğü gibi, Meclis soruşturması, Meclisin yargısal nitelik taşıyan görevlerindedir. Yargısal nitelikteki Meclis soruşturması görevini yürütmekle görevli Meclis soruşturması komisyonunun, bu görevini hakkıyla yerine getirebilmesi için birtakım yetkilerle donatılmış olması gerekir. Çünkü, her soruşturma faaliyeti gibi, Meclis soruşturması da, şüphesiz ki, şahitlerin dinlenmesi, birtakım belgelerin incelenmesi gibi bazı çalışmaların yapılmasını gerektirir¹¹. Ancak, bu tür işlemler yargısal nitelikte kabul edilirler ve bu tür işlemleri yapma yetkisi de genellikle yargı mercilerinin münhasır yetki alanına bırakılmıştır. Bu bakımdan, hiçbir sorumluluğu olmayan bir kurul olan Meclis soruşturması komisyonu tarafından yürütülen Meclis soruşturması faaliyetinde, soruşturma komisyonuna "şahitleri celp ve ihzar etme", "belgelere el koyma" gibi kazai yetkilerin tanınması, özel kişilerin haklarının çiğnenmesi tehlikesine yol açabileceğinden sakıncalı bulunmaktadır¹². Buna karşılık komisyon, zorlama yetkilerinden tamamen mahrum bulunduğu ve sözü geçen işlemleri ancak ilgililerin ihtiyarı ile yapabildiği takdirde de, soruşturmanın genellikle başarılı bir sonuca ulaşamayacağı ve kendisinden beklenen faydaları temin edemeyeceği açıktır. "İşte çeşitli memleketlerin mevzuatında bu iki zıt düşünce telife çalışılmış ve fert haklarını koruyacak tedbirlere hassasiyetle yer verilmekle beraber, tahkikat komisyonlarına da, kaçınılmaz bir zaruretin neticesi olarak, bazı kazai yetkiler tanınmıştır"¹³.

Meclis soruşturması komisyonlarının yetkileri, genellikle Meclis içtüzüklerinde düzenlenmektedir. Bilindiği üzere, yasama meclislerinin içtüzükleri, hukuki nitelikleri itibarıyla bir kanun değil, bir parlamento kararı vasfını taşırlar¹⁴. Parlamento kararlarının tanımı ve parlamento kararı ile kanun arasındaki farkın ne olduğu hususları tartışmalı bulunmaktadır¹⁵. Yalnız genellikle kabul edilen

11 ÖZBUDUN, ...Murakabe Vasıtaları, s.108.

12 ÖZBUDUN, ...Murakabe Vasıtaları, s.108.

13 ÖZBUDUN, ...Murakabe Vasıtaları, s.109.

14 ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s.352.; TEZİÇ, Erdoğan: Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, (İstanbul: İÜHF Yayını, 1980), s.28.; ARMAĞAN, Servet: Memleketimizde İchtüzükler, (İstanbul: İÜHF Yayını, 1972), s.7.

15 İchtüzüklerin hukuki niteliği ve içtüzüklerin kanuna benzeyen ya da ondan ayrılan yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., AYBAY, Rona: "Yasama

görüşlere nazaran, Meclisler, vatandaşlar için riayeti mecburi tasarrufları karar şeklinde yapamazlar. Bu bakımdan da, parlamento kararlarının objektif nitelik ve genişlikte olmaması gerekir¹⁶.

III. MECLİS SORUŞTURMASI UYGULAMALARI ÜZERİNE TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. Tesbitler

Meclis soruşturmasına ilişkin Anayasada ve İktüzükte yer alan düzenlemeler aktarıldıktan ve Meclis soruşturmasının tanımı ve hukuki niteliği üzerinde durulduktan sonra şimdi de, Meclis soruşturmasının uygulamadaki görünümü üzerinde bazı tesbitlere yer verilecektir.

Meclis soruşturması uygulamaları hakkında bir fikir vermesi bakımından 1961 Anayasası döneminde 1961-1980 yılları arasında verilen Meclis soruşturması önergelerinin sonuçları ve 1982 Anayasası döneminde de, örnek olarak seçilen 18 ve 19. Yasama Dönemlerinde verilen Meclis soruşturması önergelerinin sonuçları aşağıdaki tablolarda aktarılmıştır.

TABLO-I: 19. DÖNEMDE VERİLEN MECLİS SORUŞTURMASI
ÖNERGELERİ VE SONUÇLARI

19. DÖNEM	Verilen Önerge	Kabul	Red	İşlemden Kaldırılan	Devir
I. Yas. Yılı	11	4	7	--	
II. Yas. Yılı	9	2	6	1	
III. Yas. Yılı	2	1	--	1	
IV. Yas. Yılı	3	--	3	--	
V. Yas. Yılı	--	--	--	--	
Toplam	25	7*	16	2	2**

Meclislerinin İktüzükleri", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, (Ankara: Siyasi İlimler Türk Derneği Yayını, 1978), s.301-312.; TEZİÇ, ...Parlamento Hukuku, s.21-32.; ARMAĞAN, age., s.5-7.

¹⁶ TEZİÇ, Erdoğan: Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, (İstanbul: İÜHF Yayını, 1972), s.15.

*Tabloda görüldüğü üzere, bu dönemde Meclis Başkanlığına gelen 25 adet Meclis soruşturması önergesinden 7 tanesi kabul edilerek soruşturma komisyonları kurulmuştur. Kurulan soruşturma komisyonlarının çalışmalarını tamamlayarak verdikleri raporlar üzerine, (1) adet Meclis soruşturması önergesi ilgili bakan(lar)ın Yüce Divana sevkedilmeleri ile, (4) adet Meclis soruşturması önergesi ise, ilgili bakan(lar)ın Yüce Divana sevkedilmelerine gerek olmadığı kararının verilmesi ile sonuçlanmıştır. Geriye kalan, soruşturma açılması kabul edilerek soruşturma komisyonu kurulan (2) adet Meclis soruşturması önergesi ise, gündemdeyken yasama döneminin sona ermesi nedeniyle 20. Döneme intikal etmiştir.

** Bilindiği gibi, diğer denetim araçları, yasama döneminin sona ermesi ile hükümsüz sayıldıkları halde, Meclis soruşturması önergeleri hükümsüz sayılmayarak yeni döneme intikal ettirilmiştir.

Tablo: II: 18. DÖNEMDE VERİLEN MECLİS SORUŞTURMASI ÖNERGELERİ VE SONUÇLARI

18. DÖNEM	Verilen Önerge Sayısı	Kabul Edilen	Reddedilen
I. Yas. Yılı	--	--	--
II. Yas. Yılı	1	--	1
III. Yas. Yılı	2	--	2
IV. Yas. Yılı	1	--	1
V. Yas. Yılı	+	--	--
Toplam	4	--	4

Tablodan açıkça görüldüğü gibi, 18 Dönemde toplam 4 adet Meclis soruşturması önergesi verilmiş ve bu önergelerin tamamı reddedilmiştir.

Tablo: III: 1961-1980 YILLARI ARASINDA TBMM BİRLEŞİK TOPLANTISI BAŞKANLIĞINA GELEN MECLİS SORUŞTURMASI ÖNERGELERİ

Yasama Dönemi	Gelen Önerge Sayısı				
	I. Yasama Yılı	II. Yasama Yılı	III. Yasama Yılı	IV. Yasama Yılı	Toplam
I. Dönem 1961-1965	45	2	--	3	50
II. Dönem 1965-1969	1	1	6	4	12
III. Dönem 1969-1973	4	3	4	10	21
IV. Dönem 1973-1977	3	17	39	117	176
V. Dönem 1977-1980	21	57	20		98
GENEL TOPLAM					357*

*1961 Anayasasının uygulandığı dönemde verilen Meclis soruşturması önergelerinin çokluğu dikkat çekicidir. Bununla birlikte, çok sayıda önerge verilmiş olması, bu dönemde Meclis soruşturmasının etkin bir denetim aracı olarak kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Aksine, 1961 Anayasasının uygulandığı dönemde Meclis soruşturması açılmasına karar verilmesi ve ilgili bakanların Yüce Divana sevkedilmelerine ilişkin sadece bir kaç örnek vardır. Bu dönemde verilen önergelerin çok büyük bir kısmı herhangi bir sonuca bağlanmadan 1980 sonrası döneme intikal etmiştir. Meclis soruşturması açılmasının kararlaştırıldığı az sayıda örneğin yanında sadece bir önerge, ilgili bakanın Yüce Divana sevkedilmesi ile sonuçlanmıştır¹⁷.

2. Değerlendirme

Bilindiği gibi, Meclis soruşturması, ilgili Başbakan veya bakanın cezai sorumluluğunun tesbitine yönelik bir incelemedir. TBMM Genel Kurulu, Meclis soruşturmasının sonunda, hakkında

¹⁷ Bu konuda istatistiki bilgiler için bkz., EROĞUL, Cem: Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri, (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1977), s.46-47.; EZHERLİ, Türkiye Büyük Millet Meclisi (1920-1992) ve Osmanlı Meclisi Mebusanı (1877-1920), (Ankara : TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayını, 1992) , s.73-74.

soruşturma icra edilen bakanın suçluluğuna ilişkin yeterli kanaate ulaşırsa, ilgili bakanı yargılanmak üzere Yüce Divana sevkedebilmektedir. Meclis soruşturmasının sonunda ilgili bakanın Yüce Divana sevkine karar verilmesi aynı zamanda bakanlık görevinin de sona ermesi anlamına gelmektedir. Bir Başbakanın Yüce Divana sevkine karar verilmesi halinde ise hükümet istifa etmiş sayılmaktadır.

1982 Anayasası'nı hazırlayanlar, böylesine önemli sonuçlar doğurabilen Meclis soruşturmasının önemine uygun bir ağırlık ve ciddiyetle kullanılması gerektiğini gözönünde bulundurarak, bir Meclis soruşturması önergesinin verilmesinden itibaren, soruşturmanın sonuçlandırılarak bir karara bağlanmasına kadar geçecek bütün aşamalarda özel yetersayılar ve soruşturma komisyonları için özel çalışma yöntem ve süreleri öngörmüşlerdir. Kısaca, sonuçları çok ağır olabilen Meclis soruşturmasının, parlamento tarafından sık sık kullanılması beklenilmediğinden, 1982 Anayasası'nda Meclis soruşturması kurumunun işletilmesi 1961 Anayasası dönemine nazaran zorlaştırılmıştır.

Normal olarak, Meclis soruşturması da dahil olmak üzere, parlamentonun hükümet üzerindeki denetim araçları daha çok hükümet üyesi olmayan siyasi parti temsilcileri tarafından harekete geçirilir. Parlamentonun hükümeti denetlemek amacıyla kullanabileceği araçlar, parti disiplini sebebiyle, iktidardaki parti veya partilere mensup milletvekillerince harekete geçirilemeyeceği için, genelde, muhalefet tarafından harekete geçirilebilir. İktidar partisine mensup milletvekilleri hükümet üzerindeki eleştirilerini ve denetimlerini, partinin bir iç sorunu bazında ele alarak kendi gruplarında yapabilirler.

Bilindiği üzere, "...günümüzün siyasal yaşantısında yasama-yürütme ayrımının yerine iktidar-muhalefet ayrımının daha yararlı bir çözümlene aracı olduğu..." genellikle kabul edilmektedir¹⁸. Günümüzde, devlet yönetiminin siyasi partiler tarafından gerçekleştirilmesi ve özellikle parlamenter sistemlerde iktidarda bulunan siyasi partinin hem yürütme hem de yasama fonksiyonunun icrasında etkin olması gerçeği gözönüne alınırsa, iktidardaki partiye mensup milletvekillerinin kendi içlerinden çıkan hükümeti denetlemelerini beklemek fazla gerçekçi olmayacaktır.

¹⁸ TURAN, İlter: "Parlamenter Demokraside Denetim İşlevi ve Türkiye", AÜSBFD, C.XXXIII, Mart-Haziran 1978, No:1-2, s.18.

Aksine, parlamentodaki çoğunluk, iktidarı elinde tutmaya devam etmek için, kendi yönetici elitlerinden oluşan hükümete karşı daha müsamahalı davranmak arzusunda olacaktır. Bu durum parti disiplininin tabii bir sonucudur¹⁹.

Parti disiplini, iktidardaki siyasi partinin mensubu milletvekillerinin denetim araçlarını bizzat kullanmalarına engel olduğu gibi, azınlıkta bulunan muhalefetteki siyasi parti(ler)e mensup milletvekillerinin denetim araçlarını işletebilmelerine de engel oluşturmaktadır. Özellikle, Meclis soruşturmasında olduğu gibi, işletilmek istenen denetim aracı, çoğunluğun bir ön kabulüyle işletilebilecek türden bir denetim aracı ise, muhalefetin bu yöndeki talebi, daha ön görüşmeler sırasında reddedilmektedir. Bu sebeble, muhalefetin parlamenter denetim araçlarını kullanarak hükümeti denetlemesi konusunda genellikle karamsar görüşler ileri sürülmektedir²⁰.

Nitekim, Türkiye'de de, diğer denetim araçlarını olduğu gibi Meclis soruşturmalarını da normal olarak muhalefet partileri gündeme getirmektedir. Fakat, yukarıdaki tablolardan da görüleceği üzere, Meclis soruşturması istemlerinin büyük çoğunluğu iktidardaki parti veya partilere mensup milletvekillerinin oyları ile reddedilmektedir. Meclis soruşturması önergelerinin çok azı kabul edilerek Meclis soruşturması açılmakla birlikte, bu soruşturmaların sonunda ilgililerin Yüce Divana sevk edilmesine çok nadiren karar verilmektedir²¹. Ortaya çıkan bu sonuçlar, bazı yazarlarca, Meclis soruşturması gibi hukuki bir kurumun siyasi mücadelenin bir aracı

¹⁹ TURAN, agm., s.20.; BALTA, Türkiye'de Yürütme Kudreti, s.49.; MİCELİ, Vincenzo: Modern Parlamentolar, Çev. Atıf Akgüç, (Ankara: Ulus Basımevi, 1946), s.123.

²⁰ Bazı yazarların tesbitlerine göre; bir partiler blokunun ya da kartelinin uzun süre ile iktidarı elinde bulundurduğu durumlarda, muhalefet için parlamento denetimini uygulamak çok güç olduğundan, parlamento dışı denetim öğeleri yaratma gereği ortaya çıkmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., BEYME, Klaus von / DANYELS, Robert V.: "Muhalefet", Çev. Mehmet Turhan, AÜHFD, C.XXXVI, S.1-4, s.200 vd.

²¹ Bugüne kadar toplam olarak, 12 bakan hakkında Yüce Divana sevk kararı verilmiştir. Cumhuriyet tarihi boyunca kimlerin, hangi tarihlerde, hangi suçlamalarla Yüce Divana sevk edildikleri ve yargılanmalarının nasıl sonuçlandığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., EZHERLİ, age., s.73-80.; KUMAŞ Rahmi: İktidardan Yücedivana, (İstanbul: Tekin Yaymevi, 1980), s.26 vd.; 26 Nisan 1996 tarihli Cumhuriyet Gazetesi, s.4.

haline getirilmesi şeklinde yorumlanmakta ve Meclis soruşturmasının, öngörüldüğü amacın dışında kullanılması sebebiyle etkinliğini kaybettiği dile getirilmektedir²² ki, kanaatimizce de, bu tesbit büyük oranda haklılık payı taşımaktadır.

Yukarıdaki veriler karşısında, Meclis soruşturması kurumunun etkili bir şekilde kullanılabilmesini söylemek zordur. Bu durumun sebeplerini ortaya çıkarabilmek için, siyasal sistemin işleyişi üzerinde ayrıntılı olarak durmak gerekebilir. Burada, konumuz gereği böyle bir incelemeye girişmeyeceğiz. Fakat, Meclis soruşturmasının uygulamada etkili bir şekilde kullanılmayışı üzerinde tesiri bulunduğunu düşündüğümüz bazı etkenlere satır başlıklarıyla temas etmeye çalışacağız.

İlk olarak, Meclis soruşturmasına ilişkin Anayasa'da ve İktüzük'te yer alan kuralların Meclis soruşturmasının işletilmesini zorlaştırdığı söylenebilir. şöyle ki, Meclis soruşturması önergesi verebilecek olanların sayısının üye tamsayısının en az onda biri olarak öngörülmüş olması; Mecliste bu sayının altında bir sayıda temsilcisi bulunan siyasi partilerin milletvekillerince ya da bağımsız milletvekillerince Meclis soruşturması önergesi verilebilmesine engel olmaktadır. Ayrıca, Meclis soruşturması önergesinin verilmesi kendiliğinden Meclis soruşturması açılması sonucunu doğurmamakta; Meclis soruşturması açılıp açılmayacağına Meclis Genel Kurulu, dolayısıyla iktidarda bulunan meclis çoğunluğu karar vermektedir. İktidarı elinde bulunduran meclis çoğunluğu, kendi içinden çıkmış olan hükümeti denetlemeyi ve onun sorumluluğuna karar vermeyi istemeyeceği için, muhalefe mensup milletvekillerinden gelen Meclis soruşturması talepleri genellikle reddedilmektedir²³.

Aynı şekilde, Meclis soruşturması açılmasına karar verilmesi halinde, bu soruşturmayı yürütmekle görevlendirilecek komisyonda, Mecliste üyesi bulunan siyasi partiler güçleri oranında temsil edilecekler ve bu sebeple de Meclis Genel Kurulu'nun sayısal kompozisyonu, orantılı olarak komisyonlara da yansıtacaktır. Böylece, iktidar çoğunluğu komisyonlara da asıl rengini verecektir. Bu bakımdan, son tahlilde birer siyasi teşekkül olan komisyonlar, çalışmaları esnasında objektiflikten uzaklaşabilmektedirler. Parti

22 Bkz., EROĞUL, Cem: "Anayasa Mahkemesi ve Siyaset", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Mart 1994, S.165, s.35.

23 Bkz., BALTA, Türkiye'de Yürütme Kudreti, s.46.

ihtirasları ve bazı önyargılarla hareket edebilen komisyon üyeleri, iktidar partisine mensup iseler, ilgili bakanı ya da hükümeti temize çıkarma gayreti içine girebilmekte; muhalefete mensup iseler, bu kez de iktidarın itibarını kırmak arzusu ile hareket edebilmektedirler²⁴.

Meclisteki sayısal çoğunluk, Meclis soruşturması açılıp açılmayacağına karar verdiği; dolaylı olarak soruşturma komisyonlarının çalışmalarını ve kararlarını yönlendirebildiği gibi, soruşturmanın sonunda ilgililerin Yüce Divan'a sevk edilip edilmemelerine dair Meclis Genel Kurulunca verilecek kararda da etkili olmaktadır. Bu durum, Yüce Divan'a sevke dair verilen kararların çok nadiren görülmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu noktada şu hususu da belirtelim ki, denetim araçlarının etkili bir şekilde kullanılabilmesi için bu mekanizmaları işletecek muhalefetin de sorumlu hareket etmesi gerekir. Bu noktada, muhalefetin sorumsuz ve gayri ciddi tavırları sebebiyle, denetim araçlarının gereksiz yere ve öngörüldükleri amaçların dışında kullanılması durumunda, parlamento denetiminin etkinliğini kaybedeceği ve parlamento denetimine olan inancın sarsılabileceği vurgulanmalıdır²⁵.

Böylece, yukarıdan beri yaptığımız açıklamalar, parti disiplininin, Meclis soruşturması kurumunun işletilmesi ya da işletilmemesi konusunda son derecede önemli bir rolü olduğunu göstermektedir. Bundan başka, Türkiye'de tarihsel olarak güçlü yürütme organlarının var olması; günümüzde de yürütme organının güçlendirilmesi eğilimlerinin yaygınlaşması; kuvvetler ayrılığı ilkesinin siyasi parti mekanizması sayesinde fiilen ortadan kalkarak hem yasama hem de yürütme fonksiyonunun icrasında hükümetlerin belirleyici hale gelmeleri; siyasal liderlik rolünün yasamada değil yürütmede tecelli etmesi gibi unsurlar, yasama

24 Bkz., ÖZBUDUN, ...Murakabe Vasıtaları, s.123.; SAVCI, Bahri: "Türkiye'de Meclis-Hükümet Münasebetlerine Bir Bakış", İncelemeler, (Ankara: AÜSBF Yayını, 1960), s. 81-82.

25 Bir yazarın renkli anlatımıyla; "Hükümet ve idare üzerindeki denetleme görevi de, herşeyden önce ideale dayanmalıdır, aksi takdirde kolaylıkla gevezeliğe, şahsi sahalara geçilmesine ve vakit kaybına sebep olur. ... seçim dairelerine karşı gösteriş, özel ihtiraslara veya adi menfaatlere dayanan sair amaçlara ulaşma vasıtası haline gelir. ... Bu denetlemeye idealler rehberlik etmeyecek olursa, ... o zaman meclis denetlemesi de gayesini ve hikmeti vücudunu kaybeder...." MİCELİ, age., s.78.

organının Meclis soruşturması ve diğer denetim araçlarını kullanarak hükümeti etkili bir şekilde denetleyebilmesinin önündeki engeller olarak gözükmektedir²⁶.

SONUÇ

Meclis soruşturması, yargısal nitelikte bir işlem olarak görüldüğüne, Meclis soruşturması ile bir bakanın üzerine suç atıldığına ve Meclis soruşturmasının sonunda ilgili bakanın yargılanmak üzere Yüce Divana sevk edilip edilmemesi yönünde karar verildiğine göre, Meclis soruşturmasına ilişkin bütün aşamalarda verilen kararlarda, bu kararları veren parlamento üyelerinin, Meclis soruşturmasının yargısal karakterini gözönünde bulundurmaları ve Meclis soruşturmasını siyasi mücadelenin bir aracı haline getirmekten kaçınmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, mesnetsiz ve keyfi bir şekilde yürütme organı mensuplarının itham edilmeleri ya da, göreviyle ilgili gerçekten herhangi bir suç işlemiş olan bir Başbakan veya bakanın siyasi sebeplerle aklanması, daha doğrusu yargılanmaktan beri tutulması şeklinde sakıncalar ortaya çıkabilmektedir. Kısaca, Meclis soruşturmasının öngörüldüğü amacın dışında ve adeta belli siyasi hedeflere ulaşmak için bir araç olarak kullanılması durumunda adaletin yönünün saptırılması tehlikesi gündeme gelebilmektedir.

Meclis soruşturmasının hem bir denetim aracı olduğunu, hem de bakanların görevleriyle ilgili suçları bakımından bir tür hazırlık soruşturması niteliğinde bir işlem olduğunu belirttik. Meclis soruşturmasının bu iki yönünü birlikte ele alarak uygulamaya baktığımızda, Meclis soruşturmasının kendisinden beklenen bu iki yönlü işlevi ne oranda yerine getirebildiği sorusu ile karşılaşmaktayız. Şüphesiz ki, Meclis soruşturması, bir denetim aracı olarak, bakanlar üzerinde bir ceza tehdidi içermesi bakımından, hükümetin ve bakanlıkların tüm işlemlerinin hukuka uygun bir şekilde yapılması konusunda ilgilileri hukuka uygun davranmak yönünde motive etmektedir. Aynı zamanda bir bakan hakkında Meclis soruşturması isteminde bulunulması ya da Meclis soruşturması açılmasına karar verilmesi hallerinde, konu basın-yayın araçları vasıtasıyla kamuoyunun gündemine girmekte, böylelikle bakanların ve hükümetin icraatları konusunda kamuoyunun aydınlatılması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu

²⁶ Bkz., SAVCI, "...Meclis-Hükümet Münasebetleri...", s.57-82.

yönleriyle Meclis soruşturmasının önemli bir işlev yerine getirdiği ve tüm hükümet işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması noktasında ilgilileri dikkatli olmaya zorladığı belirtilebilir.

Bununla birlikte, bakanların görevleriyle ilgili suçları bakımından bir tür hazırlık soruşturması niteliğinde bir işlem olan Meclis soruşturmasının, bu hazırlık soruşturması işlevini gereği gibi yerine getirebildiğini söylemek zordur. Çünkü, uygulamada, hem Meclis soruşturması önergelerinin verilisinde hem de Meclis soruşturması açılıp açılmamasına ilişkin olarak Meclis Genel Kurulunca verilen kararlarda, siyasi partilere mensup milletvekillerinin parti disiplininin etkisi altında hareket edebildikleri gözlenmektedir. Aynı şekilde, sonuç itibarıyla siyasi birer organ niteliğinde olan Meclis soruşturması komisyonlarında yapılan işlemler ve alınan kararlar da, sözünü ettiğimiz parti disiplini olgusundan ve partizanca yaklaşımlardan etkilenebilmektedir. Nihayet, Meclis soruşturmasının sonunda ilgili bakanın Yüce Divana sevk edilip edilmemesine dair verilen kararlar bakımından da benzer durumlarla karşılaşılabilir. Bu yönleriyle Meclis soruşturmasının değişik aşamaları, siyasi mücadalenin birer aracı haline gelebilmekte ve hem iktidar hem de muhalefet partileri bu hukuki araç üzerinden kendi hesaplarına birtakım siyasi kazançlar temin etmek çabası içine girebilmektedirler. Bu manzara da, haklı olarak, suçun ve suçluluğun ortaya çıkarılması amacıyla kullanılması öngörülen bir hukuki araç olan Meclis soruşturması ile ilgili olarak TBMM'nde alınan kararların hukuki mi yoksa siyasi nitelikli mi olduğu sorusunu ve tartışmalarını ortaya çıkarmaktadır. Bu tartışmalar konusundaki kişisel görüşümüzü kısaca ifade etmemiz gerekirse; en azından bazı örneklerde Meclis soruşturması kurumunun özenle kullanılmadığını, inandırıcılığını yitirdiğini ve siyasallaştığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Yukarıda Meclis soruşturması kurumunun etkili bir şekilde işletilmesine engel olan sebepler üzerinde yaptığımız açıklamalar, Meclis soruşturması kurumunun gereksizliği ya da bir işe yaramadığı şeklinde anlaşılmaya elverişlidir. Buna karşılık, Meclis soruşturmasının bir denetim aracı olarak belli bir fonksiyon ifa ettiği de gözden kaçırılmamalıdır. Her şeyden önce, Meclis soruşturması, yasama meclisi üyelerinin, yürütme yetkisini kullanan bakanlar ve hükümet üzerinde millet adına gerçekleştirecekleri denetimin bir aracıdır. Bir bakan hakkında çeşitli şekillerde ortaya konulan ve kamuoyunda yankı bulan bazı suçlamaların ortaya çıkması üzerine, konunun Meclis tarafından ele alınması ve aydınlatılmaya

çalışılması önemlidir. Bu iddiaların her zaman için bir gerçekliğe karşılık gelmesi ve her Meclis soruşturmasının sonunda ilgili Başbakan veya bakanın Yüce Divana sevk edilmesi elbette zorunlu değildir. Önemli olan, bu iddiaların, yürütme organı karşısında organik anlamda bağımsız olan Meclis soruşturma komisyonlarınca incelenmesi, bunun kamuoyunda yankılanması ve gerektiğinde, hakkında soruşturma icra edilen bakanın yargılanması ihtimalinin, yürütme organı mensuplarını dikkatli ve hukuka uygun davranmak zorunda bırakmasıdır. Bu saydığımız hususlar, Meclis soruşturmasından beklenebilecek yararları ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte, Meclis soruşturmasından beklenen yararların elde edilmesi bakımından diğer denetim araçlarının yetip yetmeyeceği ve bakanların cezai sorumluluklarının araştırılması bakımından siyasal organların yetkilendirilmelerinin isabetli olup olmayacağı sorularının da cevaplandırılması gerekir. Ayrıca, Meclis soruşturmasının gördüğü işlevin başka devlet organlarınca, örneğin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yerine getirilip getirilemeyeceği de tartışılabilir. Bu yazının konusunu Meclis soruşturmasının mevcut durumunu tanıtmaya ayırdığımız ve bu konulardaki düşüncelerimizi ayrı bir yazıda belirtmeyi düşündüğümüz için, sözünü ettiğimiz tartışma alanlarına bu yazı çerçevesinde değinilmemiştir.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Ramazan ÇAĞLAYAN*

GİRİŞ

Yasama erkinin denetimi başka bir deyimle yasaların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi günümüzde çağdaş anayasaların en önemli unsuru haline gelmiştir. Önceleri kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesi yasalardı. Fakat özgürlüklerin yasamaya karşı da korunması gereği belirince, yasama erkinin yargısal denetimi yani yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi için ayrı bir organ olarak Anayasa Mahkemesi kurumu geliştirildi. Bizde de 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi hukukumuzda girmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasaya uygunluğunu denetlerken, hukukun kaynakları açısından da bir yeniliğe yolaçmıştır. Anayasa Mahkemesi de diğer mahkemeler gibi hukuk yaratmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi içtihatları hukukun kaynakları arasına girmektedir. Anayasa Mahkemesi hukuk yaratırken, anayasadaki temel ilkelerin içini doldurmakta, onları somutlaştırmaktadır.

Bu kısa çalışmamızda, anayasada yer alan hukuk devleti ilkesini, Anayasa Mahkemesinin nasıl yorumladığı, bu ilkenin içini nasıl doldurduğu konusu üzerinde durmaya çalışacağız. Ancak Anayasa Mahkemesinin bakış açısını daha iyi belirleyebilmek için, hukuk devleti kavramının teorik çerçevesini belirtmek gerekecektir. Öncelikle teorik çerçeveyi belirleyip sonra Anayasa Mahkemesinin bakış açısını aktarmaya çalışacağız.

I. HUKUK DEVLETİ KAVRAMI

Mülk ve polis devlet anlayışlarından sonra gelinen aşama "hukuk devleti" aşamasıdır¹. Hukuk devleti deyimini hukuk dilinde,

* Atatürk Üni. Hukuk Erzincan Hukuk Fak. İdare Hukuku Arş. Gör.

¹ Hukuk Devleti deyimini ilk defa 19. yüzyılda Almanya'da kullanılmaya başlanmıştır. HATEMİ, Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989, s.7.

polis devlet deyiminin karşılığı olarak kullanılmaktadır. En geniş anlamıyla hukuk devleti, egemenliğin kişilerden uluslara geçmesi ve çeşitli kurumlar eliyle kullanılması yanında, hukuk kurallarının onu koyanlar da dahil olmak üzere her kişi ve kuruluşu bağlamasını ifade etmektedir². Dolayısıyla hukuk devleti kavramının özünü, devlet organlarının hukuka bağlılığı, yani yönetimin eylem ve işlemlerini hukukun içinde kalarak yerine getirmesi oluşturmaktadır. Bunu sağlamanın en etkin yöntemi de yargısal denetimdir³.

Hukuk devleti kişilere hukuk güvenliği sağlayan devlet demek olduğuna göre, bunun gerçekleştirilmesi nasıl olacaktır? Hukuk devletinin varolabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerektiği belirtilmektedir. Bunları şu şu şekilde özetleyebiliriz⁴. Temel hakların güvenceye alınması: Temel hakların güvenceye alınmasının en başta gelen yöntemi, bunların değiştirilmesi zor metinler olan Anayasalarda düzenlenmesidir. Hak ve özgürlüklerin, anayasada belirlenen ilkeler doğrultusunda, yasayla sınırlandırılması da ikinci yöntemi oluşturmaktadır.

Yasaların Anayasaya uygunluğunun sağlanması: Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlandırılabilmesi bir güvencedir fakat yeterli değildir. Yasaların da anayasaya uygun olması, yasama organının da denetlenmesi gerekir. Bunu yapacak kurum Anayasa Mahkemesidir. Devlet güçleri, birden fazla organ arasında paylaşılarak bu şekilde karşılıklı bir denge oluşturulmalıdır.

Yürütme/idarenin hukuka bağlılığı: Hukuk devletinin en önemli gereklerinden birisi de yürütme/idarenin hukuka bağlılığının sağlanmasıdır. Buun sağlanması da idarenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarıca denetlenmesi ile mümkün olabilir.

Yargı bağımsızlığı: Yasamayı ve yürütmeyi denetleyen yargı organlarının, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olmaları gerekir ki denetim gereğince yapılabilsin. Bu ilkeyi

² Hukuk devleti kavramı için bkz: ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 5.B, Ankara 1995, s.89; SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986, s.243; GÖZÜBÜYÜK, A.şeref, Anayasa Hukuku, 4.B, Ankara 1993, s.145; ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.9,57.

³ ÖZAY, age., s.17.

⁴ SOYSAL, age., s.243; GÖZÜBÜYÜK, age., s.146; ÖZER, Ahmet, Hukuk Devlet ve Yargı Denetimi, TYD., İl.64, sy.394, s.2; ÖZBUDUN, age., s.89.

tamamlayan unsur yargıç güvencesidir. Yargıçlarınatamaları, yükselmeleri, ve diğer özlük işleride güvece içinde olmaları gerekir.

Yargı bağımsızlığını tamamlayan diğer bir unsur da tabii hakim ilkesidir. "Suç işlenmesiden öce yasayla belirlemiş yargıç"⁵ şeklide tanımlanabilecek ola tabii hakim ilkesi, hukuk güvenliği sağlayan unsurlardan birisidir. Bu ilke, suça veya sanığa göre mahkeme oluşturmayı engellemektedir.

Son olarak, ceza sorumluluğuna ilişkin temel ilkelerin anayasalarda belirtilmesi gerekir. Suç ve cezada kanunilik, masumiyet karinesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği gibi ilkeler bunların başlıcalarıdır.

II. 1982 ANAYASASINDA HUKUK DEVLETİ

Anayasalarımıza 1961 Anayasasıyla giren hukuk devleti ilkesi, 1982 Anayasasıda da yerini almıştır⁶. Anayasanın 2. maddesinde, devletin insan haklarına saygılı laik, sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtildikten sonra, 5. maddede kişilerin ve toplumun refahını, mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak, hak ve özgürlükler önündeki, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayan, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak devlete bir görev olarak yüklenmiştir.

Hukuk devletinin unsurları da çeşitli maddelerde yerini almıştır. Temel hak ve özgürlükler sayılarak güvenceye alınması(md.17-74), özgürlüklerin, anayasada belirlenen ilkeler doğrultusunda,yasayla sınırlanabilmesi ve bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaması(md13), yargı bağımsızlığı(md.9,138) gibi ilkeler belirlenmiştir. Burada şunu belirtmek gerekir ki, hakim ve savcıların denetiminin Adalet Bakanlığına verilmesi (md.144), ve yargının Hükümeti denilebilecek Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna idareden de üyelerin dahil edilmesi, yargı bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır⁷.

1982 Anayasası, yasamayı denetlemek üzere Anayasa

5 SOYSAL, age., s.248.

6 Türkiye'de Hukuk devletinin gelişimi için KABOĞLU, Ö. İbrahim, "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi", İnsan Hakları Yıllığı, 1990, c.12, s.139.

7 YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, s.188

mahkemesini, yürütme/idareyi denetlemek üzere de Danıştay'ı öngörmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesine dava açabileceklerin sayısının, 1961 Anayasasına göre sınırlandırılmış olması, olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin anayasa yargısına götürülememesi(md.148,150) ve Geçici 15. madde kapsamına giren yargı bağıışıklığı hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu belirtilerek, hukuk devleti gerçekleştirilmek istenmiştir. Ancak Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin ve Yüksek Askeri Şura Kararlarının yargı denetimi dışında tutulması hukuk devletini zedelemektedir⁸.

III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA HUKUK DEVLETİ İLKESİ

1. Hukuk Devleti Tanımı.

Hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası (md.2) devletin laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirtmiştir. Türkiye açısından sözkonusu bu niteliklerin birbirini tamamlayan unsurlar olduğu ve laik ve sosyal niteliğin hukuk devletinin içinde olduğu vurgulanmaktadır⁹.

Anayasa Mahkemesi yasaların anayasaya uygunluğunu denetlerken, hukuk devletini tanımlamıştır. 1963 tarihli bir kararında hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır.

" Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan, bütün faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde, yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğine sahip olması yasa koyucunun faaliyetlerinde her zaman kendisini, anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağı tutması gerekir. Çünkü yasanın da üstünde, yasakoyucunun bozamayacağı temel hukuk kuralları ve anayasa vardır, yasa koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş

⁸ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1993, s.93; KUZU, Burhan, "Hukuk Devleti ve Re'sen Emeklilik", İHFM, c.LIV,1994, s.107.

⁹ ÖZAY, age., s.57 vd.

olur"¹⁰.

1982 Anayasası döneminde verdiği 1986 tarihli bir kararda ise benzer bir tanım ortaya koymuştur.

"Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, her alanda adaletli bir düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına hakim kılan, anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir"¹¹.

Bu düzenli içtihatlardan çıkan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür¹²:

1) Hukuk devleti insan haklarına saygılı olacak ve bunları koruyup güçlendirecektir.

2) Devletin her tasarrufu hukuka uygun olacak ve yargı denetimine açık olacaktır.

3) Her alanda adaletli bir düzen kuracak ve bunu geliştirerek sürdürecektir.

4) Anayasaya aykırı tutumlardan kaçınacak, anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayacaktır.

5) Yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı hukukun genel ilkeleri vardır. Hukuk devleti bu bilinçten ayrıldığında meşruiyetinin kaybolacağını bilecektir.

Şimdi bu ilkeleri tek tek incelemeye çalışalım.

2. Hukuk Devleti- İnsan Haklarına Saygılı Devlet.

Anayasa Mahkemesinin tanımlarından çıkan ilk sonuç, hukuk devletinin insan haklarına saygılı olması gerektiğidir. 1961

¹⁰ AMK. E.63/124, K.63/243, T.11.10.1963, AMKD, sy. 1, s.429; Aynı yönde kararlar için bkz: E.66/11, K.66/44, T.29.11.1966, AMKD.sy.5, s.3; E.75/198, K.76/18, T.18.3.1976, AMKD, sy.14, s.97; E.76/1, K.76/28, T.25.5.1976, AMKD, sy.14, s.189.

¹¹ AMK. E.85/31, K.86/111, T.27.3.1986, RG. 9.5.1986-19102; Aynı Yönde kararlar için bkz: E.88/36, K.89/24, T.2.6.1989, RG.28.10.1989-20296; E.88/24, K.89/26, T.21.6.1989, RG.5.12.1989-20363; E.91/7, K.91/43, T.21.11.1991, AMKD, sy.27/2, s.645; E.91/9, K.91/36, T.8.11.1991, AMKD, sy.27/2, s.593; E.92/39, T.16.6.1992, AMKD, sy.28/2, s.430.

¹² AKAD, Mehmet, Genel Kamu Hukuku Ders Notları, İstanbul 1993, s.95.

Anayasası "insan haklarına dayalı" devlet ifadesini kullanırken, 1982 Anayasası "insan haklarına saygılı" devletten söz etmektedir. Bu iki deyimden temel bir yaklaşım farkı mı, yoksa aynı şey mi olduğu öğretide tartışmalıdır. SOYSAL¹³ ve TANÖR¹⁴ bunun temel bir yaklaşım farkı olduğunu belirtirken, ÖZBUDUN sadece ifade farkından ibaret olduğunu görüşündedir¹⁵.

1982 Anayasasının 2. maddesinde yer alan "toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet" kavramlarının, insan haklarına saygının çerçevesini oluşturup oluşturmadığı da öğretide tartışılmaktadır¹⁶. Anayasa Mahkemesi 1985 tarihli bir kararında;

"1982 Anayasasının 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer verilmek suretiyle, 1961 Anayasasına nazaran devletin ve toplumun çıkarlarına öncelik verilmiştir"

ifadelerini kullanarak¹⁷ bu kavramların insan haklarına saygının çerçevesini oluşturacağı yönünde içtihatla bulunmuştur.

Ancak Yüksek Mahkeme daha sonra tarihli kararlarında anayasayı özgürlükcü okuyabilmiştir. Örneğin 1986 tarihli bir kararında;

" Anayasa özgürlükcü bir görüşü benimsemiştir. Gerçekten de Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir devlet olduğunu belirttiğinden sonra, 5. maddesinde kişinin 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 çalışmasını devletin amaç ve görevleri arasında saymıştır" diyerek bunu ortaya koymuştur¹⁸.

1982 Anayasası devletçi okumaya elverişli olmakla beraber, özgürlükcü okunması hak ve özgürlüklerin korunması bakımından gereklidir. Anayasa Mahkemesi aktarmaya çalıştığımız kararında bunu ortaya koymaya çalışmıştır.

13 SOYSAL, age., s.188.

14 TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s.318.

15 ÖZBUDUN, age., s.74.

16 YÜZBAŞIOĞLU, age., s.74.

17 AMK. E.84/14, K.85/7, t.13.6.1985, AMKD, sy.21, s.173.

18 AMK. E.85/8, K.86/27, T.26.11.1986, AMKD, sy.22, s.365.

Yüksek Mahkeme 1992 tarihli bir kararında, anayasanın özgürlükcü okunmasını daha da belirgin ve evrensel boyutu ile ortaya koymuştur.

"İnsan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum çağımızda insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır"¹⁹.

3. Hukuk Devleti- Hukukun Genel İlkeleri.

1961 Anayasası gibi 1982 Anayasası da hukukun genel ilkelerinden açıkça bahsetmemiştir. Ancak 1982 Anayasasının 138. maddesinde hakimlerin anayasa ve kanun yanında "hukuka" da uygun karar vereceğini belirtmesi, hukukun genel ilkelerini ima ettiği söylenebilir. Fakat böyle bir düzenlemenin olmasının gerekmediği, hukukun genel ilkelerine uygun davranmanın hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu belirtilmektedir²⁰.

Anayasa Mahkemesi de, hukukun genel ilkelerine uygun davranmanın, hukuk devletinin bir gereği olduğunu vurgulamaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme kararlarında,

"hukuk devleti...anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri...bulunduğu bilincine sahip devlettir"

diyerek²¹ hukukun genel ilkelerinin, hukuk devletinin bir unsuru olduğunu açıkça ortaya koymuştur.

Yüksek mahkeme bazı kararlarında, hukukun genel ilkelerinin, anayasadan da önde geldiğini belirten ifadeler kullanmıştır. Örneğin,

" hukuk devletinin, anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir"²²

ifadeleri bunu ortaya koymaktadır.

Hukukun genel ilkelerinin neler olduğunun genel geçer bir

¹⁹ AMK. E.92/8, K.92/39, T.16.6.1992, AMKD, sy.28/2, s.430.

²⁰ ÖZBUDUN, age., s.96.

²¹ Bkz: E.63/166, K.64/76, T.22.12.1964, AMKD, sy.2, s.291; E.85/31, K.86/11, T.27.3.1986, AMKD, sy.22, s.120; E.86/3, K.86/15, T.3.7.1986, AMKD, sy.22, s.174; E.63/124, K.63/243, T.11.10.1963, AMKD, sy.1,s.429.

²² AMK. E.63/166, K.64/76, T.22.12.1964, AMKD, sy.2, s.291; E.85/31, K.86/11, T.27.3.1986, AMKD, sy.22, s.119.

tanımını ortaya koymak zordur. Milletlerarası Adalet Divanı statüsünün 38. maddesinde "uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri" şeklinde tanımlanmıştır²³. Anayasa Mahkemesi de "hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeler" ifadeleri ile benzer bir tanım ortaya koymuştur²⁴.

Anayasa mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarda beliren hukukun genel ilkelerinden bazıları şunlardır: İyi niyet kuralı²⁵, ahde vefa²⁶, kazanılmış haklara saygı²⁷, kanunların geçmişe yürümezliği²⁸, devlete güven ilkesi^{29 30}.

Anayasa Mahkemesi bunlar içinde, kazanılmış haklara saygı ilkesine daha bir önem vermiştir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukuk devletinin bir unsuru olarak, "hukuk güvenliğini" sağlamaktadır³¹. Yüksek Mahkemeye göre "kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır"³².

Anayasa Mahkemesine göre kazanılmış hakkın varlığı için, edinildiği anda yürürlükte olan kurallara uygun şekilde ve bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Yani yasalara aykırı durumlara dayanılarak kazanılmış hak iddiasında bulunulamaz³³.

23 KABOĞLU, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", Anayasa Yargısı, Ankara 1991, s.311.

24 AMK. E.63/166, K.64/76, T.22.12.1964, AMKD, sy.2, s.291; E.85/31, K.86/11, T.27.3.1986, AMKD, sy.22, s.119.

25 AMK. E.84/14, K.85/7, T.13.6.1985, AMKD, sy.22, s.168.

26 AMK. E.86/18, K.86/24, T.9.10.1986, AMKD, sy.22, s.255.

27 AMK. E.84/14, K.85/7, T.13.6.1985, AMKD, sy.21, s.168.

28 AMK. E.83/1, K.83/5, T.26.4.1983, AMKD, sy.20.

29 AMK. E.89/11, K.89/48, T.12.2.1989, RG.22.1.1990-20410.

30 Bu konuda geniş bilgi için bkz: YÜZBAŞIOĞLU, age., s.23 vd.

31 ÖZBUDUN, age., s.97 vd.

32 AMK. E.63/106, K.63/270, T.11.11.1963, AMKD, sy.1, s.473; E.89/35, K.90/22, T.19.7.1990, AMKD, sy.26, s.359; E.91/9, K.91/36, T.8.11.1991, AMKD, sy.27/2, s.593.

33 AMK. E.86/3, K.86/15, T.3.7.1986, AMKD, sy.22, s.175; E.91/9, K.91/36, T.8.10.1991, RG.9.5.1991, s.15; E.85/11, K.86/4, T.25.2.1986, AMKD, sy.22, s.52. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZBUDUN, age., s.97-98.

4. Hukuk Devleti- Sosyal Devlet.

Genel anlamıyla sosyal devlet, vatandaşların sosyal durumlarıyla, refahlarıyla ilgilenip iyileştirmeyi, onlara insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamayı. onları sosyal güvenliğe kavuşturmayı kısaca güçsüzleri güçlüler karşısında korumayı bir ödev bilen devlettir³⁴.

Türkiye Cumhuriyeti, 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasasında da "sosyal bir hukuk devletidir". 1982 Anayasası sosyal devletin bir gereği olarak, sosyal haklara da yer vermiştir (md.41 vd.). Yine 5. maddede devleti "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 çalışmak"la görevli saymıştır.

Anayasa Mahkemesi 1967 tarihli bir kararında sosyal devletin en geniş tanımını ortaya koymuştur.

"Demokratik sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkisini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemleri alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan...devlet demektir"³⁵.

Yüksek Mahkeme 1982 Anayasası döneminde de aynı tanımları tekrarlamıştır³⁶.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, sosyal devletten, hukuk devleti ile birlikte yani sosyal hukuk devletinden bahsetmektedir. Bunun gerekçesini de 1988 tarihli bir kararında şu şekilde izah

³⁴ CÖZÜBÜYÜK, age., s.142; SOYSAL, age., s.229; ÖZBUDUN, age., s.101.

³⁵ AMK. E.63/336, K.67/29, T.27.9.1967, AMKD, sy.6, s.23. Benzer kararlar için bkz: E.67/41, K.67/87, T.25.10.1967, AMKD, sy.8, s.39; E.72/2, K.72/28, T.23.5.1972, AMKD, sy.10, s.412.

³⁶ AMK. E.84/9, K.85/4, T.18.2.1985, AMKD, sy.21, s.59; E.87/16, K.88/8, T.19.4.1988, RG.23.8.1988-19908; E.89/23, K.90/26, T.25.10.1990, AMKD, sy.26, s.445; E.92/11, K.92/38, T.2.6.1992, AMKD, sy.28/2, s.417.

etmektedir.

"Sosyal devlet ilkesi, hukuk devleti ilkesine koşuttur...Sosyal devlet tanımlamasının Anayasanın başlangıç kısmının 8. paragrafında açıklanan, doğuştan sahip olunan onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasını, devletin sosyal adalet gereklerince olanak sağlama yükümlülüğünü anlattığı anımsanırca, sosyal devletin, hukuk devletinin ileri bir aşaması olduğu anlaşılır"³⁷.

Yüksek Mahkeme 1986 tarihli bir kararında sosyal devleti, devletin görevlerini belirleyen 5. maddeyle bağlantılı olarak tanımlamış ve ferdin refah ve huzurunu temin etmek devlet için bir görev olduğunu vurgulamıştır³⁸. Yine 1988 tarihli bir kararda, sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyan ve sosyal adaleti sağlayan devlet olarak tanımlandıktan sonra, hukuk devletinin amacının kişinin korunması olduğunu belirtmiştir³⁹.

Öğretide, sosyal devletin bir hukuk devleti olması halinde bir anlam taşıyacağı⁴⁰, hukuk devletinin amacının kişiliğin korunması, onun maddi ve manevi gelişmesini sağlayacak şartları hazırlamak olduğu vurgulanarak, bunun sosyal devletle mümkün olacağı belirtilmektedir⁴¹. Yine sosyal devletin sosyal adalet ve sosyal güvenlik olmak üzere iki yapısal unsuru olduğu bilinmektedir⁴².

Anayasa Mahkemesi de yukarıda aktardığımız kararlarında, sosyal devletin hukuk devletine koşul olduğunu belirttikten sonra, kişinin korunması ve maddi ve manevi gelişmesinin sağlanması için gerekli şartların hazırlanmasını hukuk devletinin amacı olduğunu ortaya koymuştur. Bu amacın gerçekleştirilmesi ise sosyal devlet ile yani sosyal adalet ve sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesi mümkün olacağını ifade ederek çağdaş bir yorum yapmıştır⁴³

37 AMK. E.87/16, K.88/8, T.19.4.1988, RG.23.8.1988-19908.

38 AMK. E.86/16, K.86/25, T.21.10.1986, AMKD, sy.22, s.190.

39 AMK. E.88/19, K.88/33, T.26.10.88, AMKD, sy.24, s.451.

40 HUBER,E.R., "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", AHFD, c.27, sy.3-4, s.28 (Çev.Tuğrul ANSAY)

41 GÖZE, Ayferi, Liberal, Marxist Faşist ve Sosyal Devlet, 1980, s.165.

42 TUNAYA, T.Zafer, Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler Semineri, İstanbul 1982, 133.

43 AKAD, "İki Aktüel Konu Üzerine Düşünceler", Argumentum , yl.3, sy.28, s.453.

5. Hukuk Devleti- Eşitlik İlkesi.

1982 Anayasasının 10. maddesi eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Buna göre herkes din, dil, siyasi düşünce gibi sebeplerden dolayı ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşittir. Hiç kimseye ve zümreye ayrıcalık tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.

Yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuk devletinin bir unsuru olduğu gibi, aynı zamanda bir temel haktır⁴⁴. Anayasa Mahkemesi 10. maddeyi yorumlarken,

"Anayasanın, yasa önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesindeki kurala aykırı düşen yasa hükmü, cumhuriyetin netileklerini belirleyen Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti karşısında geçerliliğini sürdüremez"

diyerek⁴⁵ eşitlik ilkesinin, hukuk devletinin bir unsuru olduğunu belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi bir çok kararında, eşitliği

"herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez, bu ilke ile güdülen amaç benzer koşullar içinde özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır"

şeklinde tanımlamıştır⁴⁶.

Bu kararlardan çıkan sonuca göre, aynı şartları taşıyanlara aynı işlemin uygulanması, farklı durumlarda olanlara farklı işlemlerin uygulanması eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Farklı durumlarda olanlara farklı uygulama eşitlik ilkesini bozmaz. Zira

"Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin olması halinde farklı uygulamalar imkan veren bir ilkedir"⁴⁷.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine aykırılı denetlerken "haklı neden kriterini" kullanmaktadır. Buna göre farklı uygulamanın haklı odlabilmesi için, bu farklılığın, anlaşılabilir olması, amaçla ilgili olması ve makul ve adil olması gerekmektedir.

44 ÖZBUDUN, age., s.112.

45 AMK. E.91/24, K.91/40, T.31.10.1991, AMKD, sy.27/2, s.627.

46 Bkz: AMK. E.76/3, K.76/23, T.13.4.1976, AMKD, sy.14, s.166; E.91/17, K.91/23, T.19.7.1991, AMKD, sy.27/2, s.473; E.90/18, K.91/4, T.14.2.1991, AMKD, sy.27/1, s.143; E.92/11, K.92/38, T.7.6.1992, AMKD, sy.28/2, s.414.

47 AMK. E.85/11, K.85/20, T.31.12.1986, AMKD, sy.22/2, s.460.

Yüksek mahkemeye göre bir düzenlemenin, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymaması halinde, haklı nedene dayanmaz ve eşitliğe aykırı olur. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz⁴⁸.

6. Hukuk Devleti- Yargısal Denetim.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin tanımını yaparken, devletin bütün eylem ve işlemlerinin yargısal denetime açık olmasını da bir unsur olarak saymıştır. Bazı kararlarında ise, yargı denetiminin, hukuk devleti ilkesinin öteki unsurlarının da güvencesini oluşturan temel öge olduğunu vurgulamıştır⁴⁹.

1982 Anayasası 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olduğunu hükme bağlamış fakat, iki istisna getirmiştir. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile, Yüksek askeri şura kararlarını yargı denetimi dışında tutan bu düzenlemenin hukuk devletine aykırı olduğu açıktır.

Kişi hak ve özgürlüklerinin, yasamaya karşı korunması için Anayasa Mahkemesi getirilmiştir. Ancak, 148. maddede olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin ve Geçici 15. madde kapsamına giren yasaların yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Hukuk devletinde devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemleri yargı denetimine açık olmalıdır. Her ne sebeple olursa olsun, yargı denetimi dışında tutulan bir işlem ya da eylem varsa, hukuk devleti ilkesi zedelenmiş olur⁵⁰.

7. Hukuk Devleti- Özgürlüklerin Sınırlanması.

Sınırsız özgürlükler düzeni düşünülemez. Toplumsal yaşam, özgürlüklerin bir düzene bağlanmasını zorunlu kılar. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1963 tarihli bir kararında sınırsız hürriyetin anarşi doğuracağını belirtirken⁵¹, 1988 tarihli bir kararında da toplumsal yaşamın denge ve düzen içinde olabilmesi için, kişi

48 AMK. E.91/24, K.91/40, T.31.10.1991, AMKD, sy27/2, s.627.

49 Bkz: E.76/1, K.76/28, T.25.5.1976, AMKD, sy.14, s.180; E.76/43, K.77/4, T.27.1.1977, AMKD. sy.15, s.117.

50 KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1993, s.93.

51 AMK. E.63/10, K.63/83, T.8.4.1963, AMKD, sy.1, s.199.

özgürlüklerine bazı sınırlamaların getirilmesinin doğal olduğunu ifade etmiştir⁵².

Burada önemli olan özgürlüklerin nasıl ve ne şekilde sınırlanacağıdır. 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasası da özgürlüklerin Anayasada belirlenen ilkeler doğrultusunda "yasayla" sınırlanabileceğini hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi de kararlarında bunu vurgulamıştır⁵³.

Hak ve özgürlükler nereye kadar sınırlanabilecektir? 1961 Anayasası sınırlamanın sınırı konusunda "öze dokunma kriterini" içeriyordu (md.11). Buna göre bin sınırlama, özgürlüğün özüne dokunuyorsa, bu sınırlama hukuk devletine aykırılık teşkil edecektir. Mahkeme, öze dokunma kriterini şu şekilde yorumlamıştır.

"Bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici, amacına ulaşmayı önleyici ve etkisini ortadan kaldıran hükümler, o hak ve hürriyetin özüne dokunur"⁵⁴.

1964 tarihli bir kararda ise bu ilkeyi tamamlar nitelikte, her hak ve hürriyet için öz kavramının farklı olabileceğini ve bunun takdirinin Anayasa mahkemesine ait olduğuna karar vermiştir⁵⁵.

Buna mukabil 1982 Anayasası "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütünü getirmiştir. Buna göre, bir sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı ise, bu sınırlama hukuk devleti ile bağdaşmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, 1986 tarihli bir kararında, buradaki demokratik toplum düzenini, anayasada yer alan demokratik toplum olarak yorumlamış⁵⁶, fakat aynı yıl verdiği bir başka kararında, bu yorumu terk ederek, klasik batı demokrasilerini, başka bir deyimle "standart demokratik toplum düzeni" tezini benimsemiştir⁵⁷. Yüksek mahkeme daha sonra verdiği kararlarında bu içtihadını sürdürmüştür⁵⁸.

52 AMK. E.88/4, K.88/18, T.14.6.1988, RG.14.7.1988-19872.

53 Bkz: AMK. E.85/21, K.86/23, T.1.10.1986, AMKD, sy.22, s.224; E.86/11, K.86/26, T.4.11.1986, AMKD, sy.22, s.317.

54 AMK. E.62/208, K.63/1, T.4.11.1963, AMKD, sy.1, s.74.

55 AMK. E.63/128, K.64/8, T.28.1.1964, AMKD, sy.2, s.46.

56 AMK, E.85/21, K.86/23, T.6.10.1986, AMKD, sy.22, s.224.

57 AMK, E.85/8, K.86/27, T.26.11.1986, AMKD, sy.22, s.364.

58 Bkz. E.86/17, K.87/11, T.22.5.1987, AMKD, sy.23, s.222; E.88/14, K.88/18,

Anayasa Mahkemesi 1989 tarihli bir kararında, demokratik toplum düzeni ölçütünün içeriğini şu şekilde doldurmuştur.

"Hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen, önleyen uygulamalar, tümüyle geçersiz kılan oluşumlar, demokratik toplum düzeni ile bağdaşmaz. Gütülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde ve ağırlıkta olamaz. Hakkı ortadan kaldıracı nitelikteki, aşırı, ölçüsüz sınırlamalar, anayasaya aykırı ve geçersizdir"⁵⁹.

Yüksek Mahkeme bir çok kararlarında, demokratik toplum düzeni ölçütünü, hakkın özü ölçütüyle belirlemiş ve hakkın özüne dokunan sınırlamaların, demokratik toplum düzeni gerekleriyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir⁶⁰. Böylece 1961 Anayasası dönemindeki içtihadıyla bir paralellik kurmuştur.

SONUÇ

Bu kısa çalışmadan çıkan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür. Anayasa mahkemesine göre hukuk devleti, anayasa ve yasaların yanında, hukukun genel ilkeleri ile bağlı olan devlettir. Yine hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi, insan haklarına saygılı olmasıdır. Yüksek Mahkemeye göre, buradaki insan hakları, evrensel nitelikteki insan haklarıdır.

Hukuk devleti aynı zamanda sosyal bir devlettir. Amacı, kişi onurunun korunması, maddi manevi varlığının geliştirilmesi olduğuna göre, bu amaç sosyal bir devletle sağlanabilir.

Devlet organlarının tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması, hukuk devletinin en hayati unsurudur. Bu unsur diğer unsurların da bir güvencesini oluşturmaktadır. Ancak 1982 Anayasası bizzat kendisi, hukuk devleti ile bağdaşmayan hükümler sevk ederek, belirlenen bu evrensel ilkelere aykırı bir tutum içine girmiştir. Temennimiz, hukuk devletine aykırı bu düzenlemelerin ayıklanarak, evrensel bir hukuk devletine kavuşmaktır.

⁵⁹ AMK. E.89/6, K.89/42, T.7.11.1989, RG.6.14.1990-20484.

⁶⁰ Bkz: AMK. E.86/17, K.87/11, T.22.5.1987, AMKD, sy.23, s.222; E.88/14, K.88/18, T.4.6.1988, RG.14.7.1988; E.88/34, K.89/26, T.21.6.1989, RG.5.12.1989.

1982 ANAYASASI VE KAMU GÖREVLİLERİ KAVRAMI

Arş. Gör. Hayrettin EREN*

GİRİŞ

Günümüzde kamu görevlileri deyimini kamu idaresinin insan unsurunu oluşturmaktadır. Kamu görevlileri kavramının biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamı ile "kamu çalışanı" ya da "kamu hizmeti görevlisi" (1), Cumhurbaşkanından belediye başkanlarına, bağımsız çalışan avukattan ve noterden kamu işyerlerinde çalışan işçilere, memurlardan öğretim üyelerine, silahlı kuvvetler personelinden polislere, hakim ve savcılardan Cumhurbaşkanlığı ve TBMM genel sekreterlikleri personeline kadar çok geniş bir yelpaze oluşturur. Geniş anlamda kamu görevlisi, kamu kesiminde görev yapan ve hukuki durumları birbirinden farklı olan Cumhurbaşkanı'ndan başlayarak fabrikalarda kol gücü ile çalışan işçilere kadar tüm kamu çalışanlarını içine alır (2).

Dar anlamda kamu görevlisi ise, kamu kuruluşlarında belli bir kadroya bağlı olarak çalışan ve özel hukuk hükümlerine bağlı olarak çalışanlar dışında kalan görevlileri içine alır. Kamu kuruluşlarında çalışan işçiler, dar anlamda kamu görevlisi tanımının dışında kalmaktadır. "Dar anlamda kamu görevlileri" ni içine Anayasanın 128 inci maddesinde belirtilen, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişiler girer ki bunlar "devlet memurları" ile "diğer kamu görevlileri" dir (3).

1982 Anayasası kamu görevlileri için genel bir düzenleme

* Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Arş.Gör.

- (1) ONAR, kamu görevlileri kavramı yerine kamu hizmeti personeli kavramını kullanarak, sınıflamaya vatandaşın başlamaktadır. Onar'a göre: "Devletin ve bir kısım amme idarelerinin organlarını teşkil etmek dolayısıyla vatandaşlar bu teşkilat ve hizmetin şahsi unsuru olarak bahis mevzuu olabilirler.". ONAR, Sıddık, Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1966, s.1068.
- (2) GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 1992, s.128.
- (3) ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996, s.209; AKGÜNER, Tayfun, Kamu Personel Yönetimi, İstanbul, 1988, s. 17; GÜNDAY, s.131.

yapmış, devletin çeşitli gelişmeler ve çağın değişimi karşısında gittikçe artan fonksiyonlarını da dikkate alarak, tüm kamu hizmeti görevlilerini "memur" kavramı altında toplamamış, onların kendi içindeki ayırımını kanun koyucunun iradesine bırakmıştır.

I. ANAYASANIN GETİRDİĞİ DÜZENLEME ve KAVRAM SORUNU

1982 Anayasası kamu görevlileri kavramını net bir şekilde ortaya koyamamış, terminolojide karışıklığa yol açabilecek bir biçimde, farklı ifadeler kullanmıştır. Örneğin, 13. maddede, dernek kurma hürriyetini düzenleyen 33. maddenin 7. fıkrasında ve 121. maddede ifade edilen "kamu hizmeti görevlileri", 71. maddede "kamu hizmetine girenler", 76. maddede "memur statüsündeki görevliler ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri", 39. maddede "kamu görev ve hizmetinde bulunanlar", 128 ve 129. maddede "memurlar ve diğer kamu görevlileri", kanunsuz emre ilişkin 137. maddede "kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, 68. maddenin son fıkrasında, "yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri" ve 40. maddede "resmi görevliler" ifadeleri. Anayasadaki bu farklı ifadelerin hangi grupları kapsama aldığı açık olarak bilinmemektedir (4). 39. madde, kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanığa isnadın doğruluğunu ispat imkanı tanımaktadır. Maddede yer alan kamu görev ve hizmetinde bulunanlar ibaresi geniş anlamlıdır. 40. maddede, bireylerin, resmi görevlilerin haksız işlemleri sonucu uğradıkları zararların Devletçe tazmin edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddede geçen resmi görevliler, kamu kesiminde görevli herkesi kapsamaktadır. TBMM. üyeliğiyle bağdaşmayan işleri gösteren 82. maddede kamu görevlisi kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. 121. maddede, kamu hizmeti görevlilerine olağanüstü hallerde ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağından söz edilmektedir. Bu maddede kamu kesimindeki tüm görevlilerin kastedildiğini söyleyebiliriz. 137. madde, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kişiler diyerek, tüm görevlileri kapsayacak bir ifade kullanmıştır. Anayasa, toplu iş

(4) GÜRAN, Sait, "Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Anayasa Yargısı, Ankara 1989, s. 39, 43.

sözleşmesi hakkını düzenleyen 53. maddedeki kamu görevlileri kavramını; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme zorunluluğu bulunmadığını hükme bağladığı 135. maddedeki çalışanlar kelimesini 128. madde kapsamında düzenlemiştir (5). Anayasada ifade edilen terimler içerisinde en geniş kapsamlı olanı, 128 ve 129. maddelerin başlığında da yer alan "kamu hizmeti görevlileri" kavramıdır. Bu kavram aynı zamanda işçileri de kapsayan "kamu çalışanları" terimine eşdeğer bir görüntü vermektedir (6).

Anayasada kullanılan kavram ve deyimlerin sistematik olmaması ve anlamlarının Anayasa koyucu tarafından açıklanmaması oldukça karmaşık ve çetin sorunlar ortaya çıkarmaktadır (7). Anayasada, kamu hizmetlerini yerine getirmekte olan görevlileri isimlendirmek açısından, yukarıda da ifade edildiği gibi bir terim birliği yoktur. Anayasada, bir takım kelimelerin, kavramların, ifade ve ibarelerin, belirsizlik ve kapalılıktan uzak; kolay anlaşılır, hatta, gerektiğinde fevkalade somut olması gerekirken, yer yer tartışmayı aşır karışıklığa yol açacak biçimlerde, tertiplerde kullanılması terminoloji sorunu doğurmuştur (8). 1982 Anayasası "personel rejimi açısından", soruna çözüm getirememiş, kamu görevlileri arasında karışıklığa ve belirsizliğe yol açmıştır (9).

-
- (5) YILDIRIM, Turan, Kamu Personeli, Kürsü Üstü Ders Notları, İstanbul, 1997, s. 2, 3.
 - (6) SERİM, Bülent, Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut, Ankara, 1995, s.8.
 - (7) DURAN, Lütfi, "Anayasa'nın 128 ve 129.Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu ile İlgili Yorumu", Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s.201.
 - (8) GÜRAN, Sait, "Anayasanın 128. ve 129. maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 195.
 - (9) Kamu kesiminde, uzun yıllardan beri kararlı, tutarlı, özendirici, güvenli ortamdan uzaklaşılması, ayrıca, tarafsızlık, siyasi-gayri siyasi bağımsızlık, "işe göre adam" anlayışı yerine "adama veya adamına göre iş" anlayışının toplumu sarması,özetle; liyakatin yerini kayırmanın alması personel rejimindeki genel karmaşanın sebeplerindendir. Başka bir önemli sebepte, Kamu personeli, kamu kesimi işçileri de dahil, son yıllarda, sanki ekonomi ve yönetimin gereği imişcesine, sözleşmelileştirme sürecinden ve süzgecinden geçirilmesidir. Bunun yanı sıra özellikle Doktrin ve İctihadın, oybirliği ile "hukuken olmaz" dediği hususlarda, Hükümetin, kanun hükmünde kararname metodundan yararlanarak, bir takım düzenlemelere gitmesi var olan karmaşayı daha da artırmaktadır. Bkz. GÜRAN, Personel, s. 39.

Anayasanın, kamu personel rejimiyle ilgili getirdiği düzenlemelerin, uygulamanın zorunlu bir neticesi olduğunu söylenebilir. Gerçekten de 1961 Anayasası tek bir personel türü öngörmüştü, oysa uygulamadan gelen sosyal ve ekonomik zorunluluklar nedeniyle bu modelden sapılmış, farklı hukuki statüler ortaya çıkmıştır. Bu durumda iki tercih yapılması gerekli idi; ya uygulama kendisini mevzuattaki modele göre ayarlamalı ya da Anayasal model uygulamadan gelen etkiyle değişmeliydi; Anayasal model değişti ve bu günkü karmaşık yapı ortaya çıktı (10).

1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasalarına göre tüm kamu görevlileri ile ilgili olarak çok daha geniş düzenlemeler getirmiştir. 1982 Anayasası'nın 128. maddesinin başlığı "kamu hizmeti görevlileri"dir. Bundan, Anayasa Koyucunun 128. maddeyi, işçiler dışında tüm kamu çalışanlarını kapsayan bir şemsiye madde olarak düzenlediği sonucunu çıkarabiliriz. 128. maddede şu ifadeler yer almaktadır:

"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, ödevleri ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."

Bu düzenlemede, 1961 Anayasasının 117 nci maddesinden farklı olarak dikkatimizi çeken ilk nokta; "kamu iktisadi teşebbüsleri"nin, "devlet" ve "diğer kamu tüzel kişileri" yanısıra üçüncü bir kuruluş türü olarak maddeye eklenmiş olmasıdır. Bu ilave Milli Güvenlik Konseyi'nce, genel idare esaslarına göre yerine getirilmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin yalnızca devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde değil, KİT'lerde de bulunduğu gerekçesiyle yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise bu ilaveyi, kamu iktisadi teşebbüslerinin personel rejimini hukuki güvence altına almak şeklinde yorumlamaktadır (11). İkinci nokta ise; 1961

(10) AKILLIOĞLU, Tekin, "Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri", AİD.,C.20, S.3, Eylül 1987, s.21-22.

(11) "...Anayasa'nın 128.maddesinin karşılığı olan 1961 Anayasası'nın

Anayasasının, yönetim hukukuna bağlı tek personel türü olarak memurları öngörmesine karşın (12), 1982 Anayasası, özellikleri belirtilen görevleri yerine getirecek tek personel türü olan "memurlar"a, "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilen bir başka personel türünün eklenmiş olmasıdır.

II. MEMURLAR ve DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

1982 Anayasasında memurun tanımına ilişkin bir kural bulunmama ile beraber (13) 128. maddede Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmek suretiyle memurların yerine getirecekleri görevlerin genel bir tarifi yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu madde mevcut içeriğiyle Türk Personel Hukukunun temel taşı konumundaki anahtar hükmüdür (14).

128. maddenin anlaşılabilmesi için kamu hizmeti kavramı ve

117.maddesinde "kamu iktisadi teşebbüsleri" ve "diğer kamu görevlileri" ibaresinden söz edilmemekteydi. KİT'lerin aslında bu nitelikleriyle...diğer kamu tüzel kişileri kapsamında oldukları, bu nedenle madde metninde ayrıca sayılmalarının gereksiz bulunduğu yolundaki eleştirilerin ilginçliği ve haklılık payı küçümsenemez. Ancak; Anayasa Koyucunun "haşiv"e yer verdiği düşünülmemeyeceğine göre, atılan bu yeni iki kavramın 1982 Anayasası'nın 128.maddesine dahil edilmelerinde gereksinmelerden kaynaklanan, deneyimlerle belirginleşen hukuksal, yönetsel, sosyal ve ekonomik nedenlerin bulunduğunu kabulde yarar vardır. 233 sayılı KHK'nin 1.maddesinde açıklanan amaçlar dışına çıkacak, özellikle bu maddenin 2.bendinin (c) fıkrasında ifadesini bulan "...kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütmeleri..." ilkesi ile bağdaştırılamayacak, kaynak israfına yol açacak, keyfi, partizanca ve kayırcı personel istihdamına kapı aralayacak yönetsel taktir ve işlemleri önlemek için anayasal düzeyde ve bağlayıcı bir güvence mekanizması oluşturulmuştur..." AYM,22.8.1988, E.88/5, AMKD., S.24, 1989, s.496.

(12) AKILLIOĞLU, Ölçüler, s.21.

(13) Her ne kadar 1982 Anayasasının 128.maddesinin gerekçesinde, memurun tanımının yapılmasından kaçınılmış olduğu yazılmışsa da, aslında metnin kendisinin yapılmadı denilene yaptığı ve memur tanımını vermiş olduğu söylenebilir. Çünkü aynı ifadeler, Ön Tasarı'nın 148. ve 1961 Anayasasının 117. maddesinde memurun tanımını olarak kullanılmış bulunmaktadı. GÜRAN, Personel, s.53.

(14) GÜRAN, Personel, s.40.

kamusal yönetim usulü-özel yönetim usulü sorununa değinilmesi gerekir.

A. Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmeti, kamu hukukunun (15), idare hukukunun temel kavramlarından birisidir (16). Bilindiği gibi, idare hukukunun alanını belirtmekte kullanılan ölçütlerden biri de kamu hizmeti ölçütüdür. Diğer yandan, idare hukuku esaslarının temel başlıklarından birisi de kamu hizmetidir (17). Her ne kadar kamu hizmeti kavramının belirsizliğinden ve tanımının güç olduğundan söz edilmekte (18); idare hukukunun "her konusunu ve sorununu açıklamaktan ve çözümlenmekten uzak" (19) bulunduğu belirtilmekteyse de, idare hukukunun temel konularından birini kamu hizmeti oluşturmaktadır. Ayrıca, kamu hizmeti kavramının tanım gücünün iddiası, idare hukuku eserlerinde var olan ve hemen hemen aynı unsurları içeren tanımlamalar karşısında inandırıcılığını yitirmektedir (20).

Onar, kamu hizmetini şöyle tanımlamıştır: "Devlet veya diğer amme hükmi şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumi ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme (kamu) hizmeti denilmektedir. " (21).

Balta'ya göre kamu hizmeti: "Bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında olarak özel girişim (teşebbüs) eliyle kamuya sağlanan hizmettir. " (22).

-
- (15) ULER, Yıldırım, "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", Anayasa Yargısı 15, Ankara, 1998, s.252.
- (16) Kamu hizmeti kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz; GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD., Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, Ş.1-3, Y.9, 1988, s.147-159.
- (17) ONAR, C.II; DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982; ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, 1992; GÖZÜBÜYÜK, A.şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 1995.
- (18) ONAR, C.I, s.14; BALTA, Tahsin, Bekir, İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970, s.16.
- (19) DURAN, İdare, s.311.
- (20) YILDIRIM, Notlar, s.18.
- (21) ONAR, C.I, s.13.
- (22) BALTA, s.16.

Duran, kamu hizmetini, "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, toplumun, halkın, umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı türlü faaliyetler" olarak tanımlamaktadır (23).

Yayla'ya göre ise, kamu hizmeti, "Belli bir zamanda ve belli bir yerde kendini hissettiren toplumsal bir ihtiyacın karşılanması amacıyla yürütülen faaliyettir" (24).

Gülan'a göre ise, kamu hizmeti, "Toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir" (25).

Görüldüğü gibi, öğretilerde kamu hizmeti, kamu yararını sağlamak amacıyla, genel bir toplumsal ihtiyacın karşılanması için, idare tarafından ya da idarenin denetimi altında, özel kişilerce yürütülen faaliyetleri deyimlemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti tanımı da aynı doğrultudadır (26).

(23) DÜKAN, İdare, s.307.

(24) YAYLA, s.64.

(25) GÜLAN, s.148.

(26) Anayasa Mahkemesi'ne göre, "En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez...

Öğretilerde, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

Kamu hizmeti, doktrinde, çeşitli bakış açılarına göre türlere ayrılmaktadır. Örneğin, tekel şeklinde görülen-özel kişilere de açık olan kamu hizmetleri; idari, iktisadi, sosyal, bilimsel, kültürel kamu hizmetleri gibi. Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi veya kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma çerçevesinde son yıllarda ülkemizde görülen bazı uygulamalar Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş. Yüksek Mahkeme, İmar Kanunu'nun bazı maddelerini iptal eden kararında, ruhsat ve yapı kullanma izni verme işinin, ancak memur ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilebilecek bir kolluk faaliyeti, hizmeti olduğundan hareketle bu hizmetin özel kişilere devredilemeyeceğine hükmetmiştir (27). Maden Kanunu'nun bazı hükümlerini iptal eden kararında (28) ve Yeminli Mali Müşavirler ile ilgili kararında (29) ise, kamu hizmeti-kolluk ayrımı yapmayarak, yalnızca kamu hizmeti kavramı kullanarak, yeminli teknik büroların ve yeminli mali müşavirlerin tasdik işleminin bir kamu hizmeti sayılacağına ve özel kişilerce görülebileceğine karar vermiştir. Kolluk faaliyeti geniş anlamda kamu hizmeti içinde ele alınırsa da, aralarındaki bazı farklılıkları gözardı etmek mümkün değildir. Kolluk faaliyetleri doğrudan doğruya idare tarafından yerine getirilir ve idare kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçemez (30). Kolluk yetkisi, sözleşme hukuki aracı ile kamu hizmeti veya kamu maliyesi yararına bile olsa, gelir sağlamak amacıyla kullanılamaz. Kolluk faaliyetleri, genel anlamda kamu düzenini sağlamak ve korumak amacıyla, temel hak ve özgürlüklere yönelik olduğundan, kamu hizmetlerinin kolaylaştırılmasını veya iyileştirilmesini veya devlete mali çıkarlar sağlamasını gaye edinemez (31). Kamu hizmetleri, özel yönetim

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim Anayasa'nın 47.maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir" denilirken, özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir..." AYM., 9.12.1994, E.94/43, K.94/42-2, RG.24.1.1995, S.22181, s.11-24.

(27) AYM., 11.12.1986, E.85/11, K.86/29, RG.18.4.1987, S.19435, s..20-41.

(28) AYM., 24.12.1986, E.85/20, K.86/30, RG.15.3.1987, S.19401, s.38-52.

(29) AYM., 19.3.1987, E.86/5, K.87/7, RG.12.11.1987, S.19632, s.38-56.

(30) TAN, Turgut, "Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine", Türk İdare Dergisi, Y.60, S.378, Mart 1988, s.85.

(31) DURAN, Lütfi, "Peştemallık ve Utüfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya

usulü ile de görülebilmeye karşın, kolluk etkinlikleri salt kamusal yönetim usulüyle gerçekleştirilebilir. Kolluk tedbir ve kararları, devletin tek yanlı işlemleri ile alınır ve ilgililerin rıza ve muvafakati aranmaksızın, bazen dirençlerine karşın uygulanır ve yerine getirilir. Kolluk yetkisi bu niteliğinden ötürü sözleşme konusu yapılamaz ve ilgililerle pazarlık, anlaşma ve uzlaşma yolu ile kullanılamaz (32).

Konumuzu ilgilendiren ve Anayasanın 128. maddesinde de yer alan bir diğer ayırım ise, özel yönetim usulüyle görülen kamu hizmetleri ve kamusal yönetim usulüyle görülen kamu hizmetleridir. Anayasa, kamusal yönetim usulü yerine genel idare esasları kavramını kullanmıştır. Kamu hizmeti kavramının, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşın ve yapılan bir kapsamı olduğu ve kapsamının da gittikçe genişlediği bir gerçektir (33). Bu durumda kamu hizmeti kavramının dışında ayrıca genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerin neler olduğunun açıklanması gerekmektedir.

B. Genel İdare Esasları

Genel idare esasları, bir kısım kamu hizmetlerinin hukuki rejimlerini belirleyen bir kavramdır. Fakat, kamu hizmetleri arasında, bu kavram dikkate alınarak, ne öğretide ne de yargı kararlarında bir ayırım yapılmadığı gibi, "genel idare esasları"nın ne anlaşılması gerektiği net bir şekilde ortaya konmamıştır. "Genel idare esasları" kavramından ne anlaşılması gerekir? Öncelikle genel idare esaslarının, "Genel İdare" kavramından farklı olduğunu belirtmek gerekir. Genel İdare, organik bir kavram olup, devlet adına yürütülen ve bakanlık çatısı altında toplanmış örgüt ve birimleri ifade eder, "merkezi idare" ya da "devlet idaresi"ne eş anlamda kullanılır (34). Fakat genel idare esasları, formel bir kavram olup, kamu hizmetlerinin "kamusal yönetim" biçimini ifade eder.

Genel idare esasları, kamu gücü kavramından öte anlam içermektedir. Kamu gücü, devletin emretme, tek yanlı iradesini ilgililere kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneğidir (35). Genel idare esasları ise, idarenin, tapudan

Çevrilmesi", AİD., C.20, S.1, Mart 1987, s.3.

(32) DURAN, Kolluk, s.12.

(33) YILDIRIM, Notlar, s.19.

(34) DURAN, İdare, s.77.

(35) DURAN, İdare, s.23.

kolluk faaliyetlerine kadar klasik kamu hizmetlerinde kullandığı yöntemdir ve kamu gücünün kullanılması da bu yöntemlerden biridir (36). Genel idare esasları dediğimiz bu hukuki rejimin kapsamına, idarenin mallarının kamu malı sayılması, amaçları, personelin bağlı olduğu farklı hukuki statü, kamu hizmetlerinin işleyişine egemen olan süreklilik, eşitlik ve uyarlanma ilkeleri, bütçe kuralları, denetimleri, finansmanları, kamulaştırma, ceza kesme, kamu alacaklarının tahsili yöntemine başvurma, idari işlem ve sözleşmeler yapma, genel muhasebe, arttırma, eksiltme ve ihale yöntemine başvurma gibi çeşitli kamusal yetkiler girmektedir (37).

İdarenin faaliyetinin hukuki rejimine bakılarak, özel teşebbüs ve faaliyetlerin tabi olduğu hukuki rejimden farklı, idarenin ayrıcalıklarına ve üstün yetkilerine dayalı usullerle yapılan hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmeti olduğu söylenebilir (38). Örneğin, Anayasa Mahkemesi, Eximbank'ı özel idare esaslarına göre yürütülen bir hizmetin örgütü olarak değerlendirirken, şu gerekçeye dayanmıştır: "Bilindiği gibi, kamu bankaları, toplu bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi yoğun rekabet ortamı içinde çalışmaktadır. Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir. . . Bu nedenle, banka personelinin hizmetini genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerden saymaya imkan yoktur." (39)

Hizmetin niteliğine bakılarak, önem ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri içindeki hizmetlerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler olduğu kabul edilebilir (40). Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetlerini bu tarz hizmetlere örnek olarak göstermektedir (41). Kolluk hizmetlerinin dahi özel kişilerce görülmesine olanak tanındığı günümüzde, eğitim ve sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesine uğraşılan bir ortamda, Devletin başlıca görevlerinin neler olduğunu söylemek daha da güçleşmektedir (42).

(36) BAKIRCI, Kadriye, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Sorunu, İstanbul, 1992, s.38.

(37) BAKIRCI, s.39.

(38) UM., 29.9.1997, E.1997/43, K.1997/42, RG., 30.10.1997, S.23155, s.25.

(39) AYM., 21.1.1988, E.87/11, K.88/2, RG.29.3.1988, S.19769, s.44-53.

(40) CÖZÜBÜYÜK A. şeref, Türkiyenin İdari Yapısı, Ankara, 1969, s.69.

(41) AYM.,19.4.1988, E.88/16, K.88/8, R.G.23.8.1988, S.19908, s.34-57.

(42) YIDIRIM, Notlar, s.20.

Bu ölçüt tek başına yeterli olamadığı için, Anayasa Mahkemesi, hizmetin niteliği ölçütünü şu şekilde kullanmaktadır: "Önemi ve değeri nedeniyle devletin başlıca görevleri içindeki hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir. Kadro tahsisi genel idare hizmetlerinin karakteristiğidir. Genel idare hizmetlerinin yapısal ve işlevsel özellikleri onu öbür hizmetlerden ayırır. " (43). Oysa hangi hizmetlerin Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer herhangi bir kamu tüzel kişinin başlıca görevleri arasında yer aldığını saptamak pek kolay değildir. Anayasa'da Devlete görevler yükleyen pek çok maddenin bulunması karşısında (44) hangi görevlerin "başlıca", hangilerinin ikincil veya üçüncül olduğunu söylemek ve böyle bir ayrımı, başka bir kavramın ölçütü olacak kesinlikte yapabilmek çok zordur (45).

Anayasa Mahkemesi'nin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetleri açıklayan ayrıntılı bir görüşü ise şu şekildedir: "... Genel idare esasları deyimi kamu görevinin Anayasal dayanağıdır.

Devletin Anayasa'nın 5. maddesiyle belirlenen temel amaç ve görevleriyle sonraki maddelerde gösterilen yükümlülükleri yerine getirirken bu esasların gözönünde bulundurulması, yasal düzenlemelerin de buna uygun olması gerekir. . .

Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri "genel idare esasları" na göre yürütülmektedir.

"Genel idare esasları"na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri, onu diğer hizmetlerden ayırır. Bu görevlerde bulunan kimseler, yasaların güvencesi altındadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün

(43) AYM.,19.4.1988, E.88/16, K.88/8, R.G.23.8.1988, S.19908.

(44) Sosyal ve ekonomik haklar listesi; Anayasa'nın 5.maddesi; güçlü yerel yönetim anlayışını vurgulayan 127.madde; madenler başta olmak üzere doğal kaynak ve servetlerin aranması ve işletilmesi hakkını Devlete ait kabul eden 168.madde; Devlete kendi ormanlarını işletme görevi yükleyen 169.madde; kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve kamu yararını da zorunlu kıldığı için, özel teşebbüslerin devletleştirilerek, bir kamu tüzel kişisi şeklinde İdare Cihazına ithalini öngören 47.madde.

(45) GÜRAN, Personel, s.49.

kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir. . . " (46).

Doktrinde, ekonomik kamu hizmetlerinin, kuruluş ve işleyiş usulleriyle özel tüzel kişiler şeklinde ortaya çıktığı gözönünde bulundurulur, ayrı bir iktisadi ve ticari, sınai kamu hizmetleri kategorisi ortaya konmuştur (47). Genellikle kamu iktisadi teşebbüsleri olarak örgütlenen bu hizmetler, özel hukuk kurallarına tabi olarak yürütüldükleri için genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerden sayılmazlar. Ancak, her ne kadar özel hukuk kurallarına tabi oldukları belirtilse de, idarece yürütülen ekonomik hizmetlerde, özel hukuk ilişkisini aşan unsurların bulunduğunu, kuruluşlarının özel hukuk tüzelkişileriyle aynı kurallara tabi olmadığını biliyoruz (48). Bir başka ifadeyle, kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetleri "salt özel idare esasları" uyarınca değil, kamusal-özel karışımı bir yöntemle yürütülmektedir (49). Bu sebeple özel hukuk esasları-genel idare esaslarına göre yürütülen hizmet ayrımını yapmak sanıldığı kadar kolay olmamaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, önceki kararından farklı olarak Ziraat Bankası, Emlak Bankası gibi kamu bankalarını; "Ziraat Bankası, kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadi teşebbüslerinden biridir. Doğrudan kanun ile veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak yürütme organı tasarrufu ile bu kuruluşa Devlete ilişkin kamu hizmetlerinin yürütülmesi görevi verilebilir." (50) diyerek devlete verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlar arasında saymıştır.

Ayrıca, ekonomik boyutlu bir hizmetin toplum için önemi, bu

(46) Kararda, merkezi idare ile statüer ilişkiden söz edilmektedir. Merkezi idare kavramı yanlışlıkla konulmuş olsa gerektir. Aksi takdirde, merkezi idare dışındaki görevlilerin memur ya da diğer kamu görevlisi olarak kabulü (Anayasa Mahkemesi'ne göre) mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, karardaki ifadeyi "idare ile statüer ilişki" olarak anlamak icab eder. AYM., 9.2.1993, E.92/44, K.93/7, AMKD., S.29, C.1, 1994, s.275.

(47) ONAR, s.33.

(48) Örneğin KİT, özel idare esaslarına göre faaliyet göstermelerine izin vermeyecek bazı kanunlardan ayırık tutulmuşlar, Genel Muhasebe Kanunu ve Devlet İhale Kanunu kapsamı dışında tutulmuşlar, genel ve katma bütçeler dışında özerk bütçeye sahiptirler, Sayıştay denetimi yerine, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'na denetlenirler. Diğer yandan ise KİT, kamulaştırma, ceza kesme, kamu alacaklarının tahsili yöntemine başvurma, idari işlem ve sözleşme yapma gibi kamusal yetkiler kullanırlar. DURAN, İdare, s.319.

(49) BAKIRCI, s.39.

(50) AYM., 8.9.1989, E.1988/37, K.1989/36, RG., 18.1.1990, S.20406, s.55.

hizmeti tamamen özel usullere tabi kılınmasını engelleyebilmektedir. Örneğin, Türkiye Elektrik Kurumu'nun özelleştirilmesiyle ilgili davada Anayasa Mahkemesi, TEK'nun gördüğü hizmeti "elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan. . ." bir faaliyet olarak nitelendirmiştir (51).

Uygulamada, yasalar ve düzenleyici işlemlerle bazı hizmetlerin genel idare esaslarına göre yürütüldüğünün belirtildiğini de görmekteyiz. Örneğin, DMK'nun 4. maddesini değiştiren, 1897 sayılı Kanun, hangi kurumların asli ve sürekli nitelikte kamu hizmeti gördüğünün belirlenmesini Bakanlar Kuruluna bırakmış, Bakanlar Kurulu, 15. 5. 1975 tarihli, 1897 sayılı kararla, "Kurumlardan hangilerinin Devlete verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduklarını. . . hangilerinin bu nitelikte bulunmadıklarını. . ." tesbit etmiştir (52). Kamu iktisadi teşebbüsleri personel rejimini düzenleyen 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/b. maddesinde de asli ve sürekli görevler belirlenmektedir. Buna göre, "Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin karlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev ünvanı itibariyle kuruluşunun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulama ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütülür. Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri; genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro ünvanları gösterilen diğer personel eliyle gördürülür. "

Toparlamak gerekirse, Devletin gördüğü bir hizmetin genel idare esaslarına göre görüldüğünü söyleyebilmek için hizmetin, özel hukuk kurallarını aşan usullerle görülüp görülmediğine, niteliği itibariyle, Devletin başlıca görevleri arasında sayılıp sayılmayacağına ve mevzuattaki nitelenmesine bakmak gerekmektedir. Ayrıca idare ile personel arasındaki statüer ilişki de bir hizmetin genel idare esaslarına göre yürütüldüğüne işaret

(51) AYM., 9.12.1994, E.94/43, 94/42-2, RG.24.1.1995, S.22181.

(52) KANTARCIOĞLU, S., Devlet Personel Rejimi, Ankara, 1977, s.247.

etmektedir (53).

C. Diğer Kamu Görevlileri

Personel hukukumuzun "genel kural"ı diyebileceğimiz 128. madde de "memurlar"ın yanında "diğer kamu görevlileri"ne de yer verilmiştir. 128. maddede ki düzenleme, öteden beri içinden çıkılamayan "memur nedir?" sorusunun yanı sıra "öteki kamu görevlileri nedir?" sorusunu da ortaya çıkarmıştır (54).

1961 Anayasası'nın memur dışında başka bir kamu görevlisi (genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler için) statüsünden söz etmemesi, hakimlerin, silahlı kuvvetler mensuplarının, öğretim üyelerinin memur sayılıp sayılmayacağı sorununu ortaya çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında hakimleri memur saymamıştır (55). Öğretim üyeleri Anayasa Mahkemesi'nce memur olarak nitelendirilmemekle beraber, memurlar için getirilen Anayasal kuralların ilke olarak öğretim üyeleri açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir (56). Bir diğer kararda 657 sayılı DMK'nun hemen hemen tamamına yakın bir kısmının üniversite öğretim üyeleri ile yardımcıları hakkında uygulanmasına imkan tanıyan yasal

(53) YILDIRIM, Notlar, s.21.

(54) AKILLIOĞLU, Tekin, Karar İncelemesi, AİD., C.21, S.3, Eylül 1988, s.171.

(55) "...şu duruma göre önce "memur" ve "memuriyet" kavramlarının, hakimleri kapsayıp kapsamadığı yönünden incelenmesi zorunludur.

Genel, salt ve yuvarlak bir tanımlama ile "memur" kavramını "kamu hizmeti görevlileri" gibi bir deyimle karşılamak ilk bakışta mümkün ve akla yakın görülebilir. "Hakim" deyiminin böyle bir kavramın içinde yeri olabileceğinde de kuşku yoktur. Bu genişlikte bir yorum, tabiatıyla subayları da memur kapsamı içinde görmek zorundadır. Şu durum ise 1046 sayılı Yasadan subayların da yararlanması ve böylece sözgelimi binbaşı rütbesinde iken ordudan çekilip yasama meclislerine üye olmuş bir kimsenin bir süre sonra yeniden seçilememek dolayısıyla ve general olarak Silahlı Kuvvetlere dönmesi gibi askerlik gerekleriyle bağdaşamayacak ve Yasa Koyucunun güttüğü erekten düpedüz uzaklaşan bir uygulamaya yol açar...

Kimi yasalarda "memur" deyimine "hakim"lerin girdiğinin veya girmediklerinin açıklanmasının gerekli görülmesi de memur kavramının hakimleri kapsamadaki yetersizliğini ve yanlış uygulamalardan kaçınma kaygısını gösterir. Ancak, kimi konularda yasaların hakimlerle memurları aynı kurallara bağlı tutmasının memur kavramını değiştiremeyeceği ve hakimlerin memur sayılmalarına yol açmayacağı da ortadadır..." AYM., 27.11.1969, E. 68/44, K. 69/68, RG..22.7.1970, S.13556, s.5.

(56) AYM., 25.5.1976, E.76/1, K.76/28, RG.16.8.1976, S.15679, s.4-8.

düzenleme, üniversite özerkliğine aykırı bulunmuştur (57).

1982 Anayasası'nın "diğer kamu görevlileri" deyimini, kamu iktisadi teşebbüslerindeki işçi-memur ayırımı, hakimler, silahlı kuvvetler mensupları, öğretim üyelerinin memur sayılıp sayılmayacakları gibi sorunları çözmek için getirdiği söylenebilir. Ama sık sık vurgulandığı üzere, uygulama çok daha karmaşık sorunlar doğurmuştur. Özellikle sözleşmeli personel uygulaması, kamu iktisadi teşebbüslerinde güvencesiz, özelleştirmeyi kolaylaştırıcı personel sınıfı yaratmakta kullanılmış, diğer kamu görevlisi olarak bir çok idari birimde, Başbakanlık da dahil olmak üzere, sözleşmeli adı altında personel istihdam edilmiştir (58).

Anayasanın 128. maddesinde memur ya da "diğer kamu görevlisi" sayılmanın unsurları olarak belirtilen "asli ve sürekli" olma niteliği, çalışanın kişiliğine ve durumuna değil, yaptığı göreve bağlı koşullardır (59). O halde, hangi görevin asli ve sürekli olduğunun ve bunun sonucunda kimin memur, kimin diğer kamu görevlisi sayılacağı belirlenmesinde dikkatin kişi yerine önce görevde toplanması gerekir. Başka bir anlatımla, asli-sürekli olmak personelin değil, görevin niteliğidir (60). Bu nedenle bir kamu hizmetinde personelin geçici olarak çalıştırılması yapılan görevin süreklilik niteliğini değiştirip kaldırmaz (61).

128. madde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin hepsinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetlerin bulunduğunu ve sadece genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerin kamu hizmeti olacağını varsaymıştır. Oysa kamu hizmetleri nitelik yönünden farklılık taşır. Dolayısıyla maddede yer alan "genel idare esasları", sadece Devletin merkezi idare düzen ve örgütünü ifade eden genel idare anlamında olmayıp, kamusal yönetim biçimini deyimlemekte ve dolayısıyla tüm kamu kesimini kapsayan bir idare yöntemini anlatmaktadır (62). Tüm asli ve sürekli kamu hizmetlerinin, genel yönetim ilkelerine göre yürütülen görevleri oluşturduğu söylenebilir.

(57) AYM., 4.2.1966, E.65/32, K.66/3, RG.8.6.1966, S.12317, s.2-7.

(58) YILDIRIM, Notlar, s.22.

(59) DURAN, Lütfi, "Anayasa Mahkemesi'ne göre Türkiyenin Hukuk Düzeni II", AİD, C.19, S.2, Haziran 1986, s.17.

(60) GÜRAN, Personel, s.50; DURAN, Düzen, s.17.

(61) DURAN, Düzen, s.17.

(62) GÜRAN, Personel, s.48.

Genel yönetim ilkelerine göre yürütülen kamu hizmetlerini tek tek saymak imkansızdır. Ancak belirleyici öğeleri ortaya koymak mümkündür: Genel yönetim ilkeleriyle yürütme, kamu gücü/otoritesi kullanarak hizmet görmeyi anlatmaktadır. Buna göre, asli ve sürekli kamu hizmetinden kamu gücü/otoritesi kullanarak çalışanlar ile bu gücün kullanılmasında katkıda bulunanlar ya da kamu gücü kullananlar ile işbirliği içinde olanlar, kamu görevlisi sayılmalıdır (63).

Anayasanın 128. maddesi ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir başka nokta, maddede sayılan görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlilerince yürütülmesine izin verilirken, memursuz bir örgütlenmenin kast ve ifade edilmiş olmadığıdır (64). "Diğer kamu görevlileri", maddenin mantığına göre memurların tamamlayıcısı, onlarla birlikte ve onlardan sonra düşünülen kamu ajanlarıdır (65) ve memurlara özgülenmiş görevleri paylaşacaklardır (66).

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında kimlerin diğer kamu görevlisi sayılmayacağını açık-kesin dille ifade etmiştir: Anayasa Mahkemesi bir kararında geçici köy korucularının, genel idare esaslarına tabi kolluk görevi yerine getirdiklerini, fakat yaptıkları işin sürekli görev niteliğinde olmadığını kabul etmiştir (67).

Yüksek Mahkeme, bir başka kararında, İl Özel İdarelerini, kamu tüzel kişiliğine sahip ve görevlerini kamusal nitelikli kabul etmesine karşın, il genel meclisi üyelerini ise: hizmetle kaynaşmış, kaybolmuş bulunmayıp, hizmet kadrosuna sürekli girmemiş, birleşmemiş, bağımsız kaldıklarından, genel veya mesleki statülerine tabi saymıştır. Ayrıca, il genel meclisi üyelerinin, sadece toplandıklarında resmi sıfat ve statü kazanacakları hükmüne varmıştır. İl genel meclisi üyelerini için, kamu hizmetine geçici ve arazi katıldıkları,

(63) SERİM, Hukuksal Boyut, s.10.

(64) 128 inci maddede "ve" bağlacı kullanılmasından; devlet, KİT'ler ve öteki kamu tüzel kişileri, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri, ne yalnızca "memurlar", ne de yalnızca "diğer kamu görevlileri" eliyle gördürülebileceği sonucu çıkarılabilir. Sadece birinin çalıştırılabilmesi için "veya" bağlacı kullanılması gerekirdi. Dolayısıyla, kamu hizmeti görevlilerinin bu iki türünün birlikte çalıştırılmasının zorunlu olduğu söylenebilir. GÜLMEZ, Mesut, "Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar" AİD., C.21, S.4, Aralık 1988, s.28.

(65) GÜRAN, Personel, s.55.

(66) GÜRAN, Personel, s.46

(67) AYM., 10.12.1985, E.85/5, K.85/23, RG.21.1.1986, S.18995, s.47,48.

örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı; iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alanda ve ölçüde uzmanlaşmadıkları için, memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur sonucuna varmıştır (68).

Anayasa Mahkemesi, İmar Kanunu'nun bazı maddelerini iptal eden kararında (69), bu Kanuna göre kurulan yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarında çalışan elemanların, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlileri kapsamına girmeyeceğini belirtirken şu gerekçeye dayanmaktadır: Bürolar esas itibarı ile serbest meslek icra etmektedirler. Yeminli bürolar bu özellikleri nedeniyle, merkezi idarenin denetim ve gözetimi altında, onun bir birimi değildir. Büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki yoktur.

Oysa Yüksek Mahkemenin, Maden Kanunu'nun bazı hükümlerini iptal eden kararında (70), bu Kanuna göre kurulacak yeminli teknik büroların, kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmadığı kabul edilmiş, bu nedenle büro personelinin "diğer kamu görevlisi" sayılması gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Yeminli Mali Müşavirler ile ilgili olarak da, yeminli mali müşavirlerin, ücretle çalışan serbest meslek sahibi olduklarını; kamu yetkisi kullandıklarını, kamu hizmeti yaptıklarını; ve bu kişilerin görev itibarıyla idarenin bütünlüğü içinde yer aldıklarını. . . ve öte yandan, Devletle bunlar arasındaki ilişkinin bir kamu hukuku ilişkisi olduğunu kabul ederek; kendilerine görevin kanunla verilmiş olup, sahip oldukları tasdik yetkisinin mahiyeti nedeniyle kamu görevlisi sayılması gerektiğine hükmetmiştir (71).

Yüksek Mahkeme'ye göre; "Avukatlık Kanunu avukatlığı kamu hizmeti saymıştır. Fakat serbest avukat, işi seçmek, dilediğini kabul etmek, dilediğini reddetmek hakkına sahiptir. Vekalet veren ile alan arasındaki ilişkileri özel hukuk kuralları düzenler. Buna karşılık hazine avukatlığı memur avukatlık şeklinde bir meslek olup devlet memurları statüsü içindedir. " (72).

Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetlerine ilişkin kararında, serbest meslek ve özel hastane doktorlarını, sağlık kamu hizmeti

(68) AYM., 22.6.1988, E.87/18, K.88/23, RG.26.11.1988, S.20001, s.11-17.

(69) AYM., 11.12.1986, E.85/11, K.86/29, RG.18.4.1987, S.19435, s.20-41.

(70) AYM., 24.12.1986, E.85/20, K.86/30, RG.15.3.1987, S.19401, s.38-52.

(71) AYM., 19.3.1987, E.86/5, K.87/7, RG.12.11.1987, S.19632, s.38-56.

(72) AYM., 28.12.1968, E.68/10, RG., 24.12.1969, S.13382, s.3,4.

gördüklerini kabul etmekle beraber, memur ve diğer kamu görevlisi saymamıştır. Fakat, resmi hastanelerde sözleşmeli olan doktorları "diğer kamu görevlileri"nden saymıştır. Kararda, diğer kamu görevlisi kavramının öğelerini kısaca ve kalın çizgilerle olsa da şöyle sıralamıştır: Kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde çalışan, memur ve işçiden ayrı, İönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağı olan ve sonuç olarak da haklarında özel kurallar uygulanan personeldir (73).

Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, KİT'lerde çalıştırılacak sözleşmeli personelin Anayasanın 128. maddesi anlamında, diğer kamu görevlisi sayılamayacağını, 308 sayılı KHK dolayısıyla verdiği bir kararında şu gerekçeye dayandırmıştır; ". . . Söz konusu KHK'lerin getirdiğı sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlileri" kapsamında sayılabileceğine ilişkin bir yorumu, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve memurlara olduğı kadar, diğer kamu görevlileri için de uygulanması zorunlu "atama" koşulu ile bağdaştırma olanağı yoktur. . . Sözleşmeli personel istihdamında ise "akdi" bir durum söz konusudur ve atamadan tamamen başkadır. Genelde sözleşmenin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade uyumu esastır. . . şu halde, kamu iktisadi teşebbüslerinde çalıştırılan ve KHK'de bir hizmet sözleşmesine tabi olduğı belirlenen sözleşmeli personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan ve atamaya tabi "diğer kamu görevlileri" kapsamına dahil edilmelerine Anayasal olanak yoktur." (74).

Yüksek Mahkeme, yeni tarihli bir kararında, diğer kamu görevlileri kavramının, memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiğı asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsadığına hükmetmiştir (75).

Görüldüğü gibi; Anayasa Mahkemesi, önüne gelen davalarla ilgili olarak verdiği kararlarda, çözümlenmesi istenen somut hukuki uyuşmazlık üzerine eğilmekte, onu çözümlenmekte, fakat buradan hareketle, 128. maddeyi ve kavramları sistemli bir şekilde yerli yerine oturtan bir yol izlememektedir. Mahkeme, önüne gelen davalar dolayısı ile ilke koymaktan çok, Anayasa'ya aykırılık iddialarını birel bir uyuşmazlık gibi ele almaktadır (76). Anayasa Mahkemesi'nin

(73) AYM., 19.4.1988, E.87/16, K.88/8, RG.23.8.1988, S.19908, s.34-57.

(74) AYM., 22.12.1988, E.88/5, K.88/55, RG., 25.7.1989, S.20232, s.26, 27.

(75) AYM., 13.12.1995, E.95/11, K.95/63, AMKD., S.32, C.1, 1997, s.481.

(76) GÜRAN, Personel, s.46.

128. maddeden ne anladığı veya maddeye ne anlam verdiğinin henüz tam olarak netleşmiş olmadığı söylenebilir (77).

Yargıtay, bir kararında memur ve kamu görevlisini, "...Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin veya diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli kişidir." şeklinde tarif etmiştir (78). Yargıtay'ın bir kararına göre, kamu görevlisi deyimi iki ana unsurunu kapsamaktadır. Bunlardan ilki görevlinin bir kamu hizmeti yüklenmiş olması, ikincisi ise bu görev karşılığı olarak devletten maaş, ücret, ödenek vb. gibi her ne ad altında olursa olsun, görevliye maddi bir miktarın verilmesidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlileri" kapsamında olduğu görüşündedir (79).

Yargıtay, bir kararında diğer kamu görevlileri kavramına verilecek anlam ile ilgili açıklamalar yapmaktadır; "... "Diğer kamu görevlileri" deyimi, Anayasada bir terim olarak yer almıştır. 68.maddede açıkça (yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan "diğer kamu görevlileri") biçimindeki sözcük dizisiyle terim tanımlanmış ve buna özdeş olarak 76.maddede tanım yinelenmiştir. Bir bütünlük gösteren 129.maddenin son paragrafı, "memurlar ve (diğer kamu görevlileri) hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır" biçimindedir. Öyleyse "diğer kamu görevlileri" kovuşturma bakımından idari izine bağlıdır. Öte yandan 129.maddeyle bağlantılı 128.maddede "memurların ve (diğer kamu görevlilerinin) nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" denilmektedir. İşçilerin "atanmaları" değil, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile işe alınmaları söz konusudur. "Diğer kamu görevlileri"nden amacın, seçimle göreve gelenler ve bu arada TRT Yüksel Kurulu Başkanı, Üniversite Rektörü, Senato Üyesi gibi kişiler olduğu yargısal kararlarla belirlenmiştir. Bakan da bunlardandır. "İstisna" anılanlar için söz konusudur. Memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında, en azından "yetki" ve "aylık" konusunda benzerlik vardır; dolayısıyla, işçiler diğer kamu

(77) GÜBAN, Personel, s.47.

(78) YİBBGK., 2.1.1986, E.1985/6, K.1986/1, RG., 10.3.1986, S.19043, s.5-10.

(79) YHGK., 14.9.1983, E.1980/4-1714, K.1983/803, YKD., C.IX, S.11, Kasım 1983.

görevlileri kümesinin dışında yer alırlar" (80).

D. Sözleşmeli Personel

İdarenin, kamu hizmetlerini yürütürken karşılaştığı sıkıntılardan birisi kaliteli, iyi yetişmiş eleman ihtiyacını karşılayamamasıdır. 657 sayılı DMK. , sözleşmeli personel uygulamasını getirerek bu alanda karşılaşılan sıkıntıyı gidermek istemiştir. Kamu personeline ilişkin kanunlara (657, 926, 2547, 2914) bakıldığında, memur statüsünün asıl olduğu, sözleşmeli personel uygulamasına istisna olarak yer verildiği görülmektedir (81).

Kamu hizmetleri çeşitli alanlarda ve değişik hizmet gruplarına ait personel tarafından kanunların getirdiği sınırlamalar içerisinde yürütülmektedir. Kamu kesiminde ücretin yetersiz olması kalifiye personelin özel kesime geçmesine neden olmaktadır. Kamu kesiminde dolgun ücretle ve geçici olarak çalıştırılmak üzere sözleşmeli personel uygulamasına DMK. 'nın 4 üncü maddesiyle kanuni dayanak sağlanmıştır.

Sözleşmeli personel, hizmet akdiyle çalışan kişileri çağırılmaktadır. Ancak hizmet akdinden, işverene bağımlılık ilişkisiyle ve özel hukuk karakterli sözleşmeyle tabi olanlar anlaşılmaktadır. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde durum farklıdır. Sözleşmelerde taraflardan birisi idare, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin ifası ve sözleşme ilişkisinde idare üstün ve ayrıcalıklı bir konumda ise sözleşmeler idari niteliktedir (82). Kuşkusuz idarenin eşitler arası işlemler olarak yaptığı kira, alım-satım sözleşmesi gibi işlemler idari nitelikte değildir. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların taraf oldukları sözleşmeler idari nitelikte olduğundan, idari sözleşme olmanın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Fakat, KİT çalışanlarının taraf olduğu ve özel hukuk karakterli olarak gösterilmeye çalışılan sözleşmelerin niteliği tartışma konusudur (83).

(80) YHGK, 8. 2. 1995, E.1994/10-774 K.1995/45, YKD., C.21, S.5, Mayıs 1995, s.705 vd.

(81) SERİM, Bülent, "Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü", AİD, C.21, S.1, Ankara, 1988, s.135.

(82) DURAN, İdare, s.428-430; DÜNDAR, Erol, "İdari Sözleşmeler Hakkında Kısa Bilgi (I-II)", Sayıştay Denetçileri Derneği Meslek Dergisi- Mali Hukuk, Y.3, S.15-16, Temmuz-Eylül 1972, s.18; BİLGİN, Pertev, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul 1970, s.112-131.

(83) Zabunoğlu, sözleşmenin eşitler arası olmayan bir özel hukuk işlemi olduğu

1. Sözleşmeli Personelin Kamu Görevlileri İçindeki Yeri ve Hukuki Statüsü

Sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlileri" kavramına girip girmediğinin irdelenmesi bir çok problemin çözümü bakımından önemli olmaktadır. 1982 Anayasası, "memurlar"la "diğer kamu görevlileri"ni, "kamu hizmeti görevlileri" olarak tek bir personel kategorisinde kaynaştırmış görünmektedir (84).

1961 Anayasasında yer almayan "diğer kamu görevlileri" kavramına 1982 Anayasasının 128. maddesinde yer verilmesiyle, memurlar dışında kamu hizmeti gören kişilerin sınırlanıp sınırlanmadığı tartışması doğmuştur. Anayasada yer alan "diğer kamu görevlilerinin" YÖK, Silahlı Kuvvetler Personeli, Hakim ve Savcılar gibi Anayasada sayılan personel olduğu savunulmuşsa da (85), Anayasanın 68, 76 ve 129. maddelerinde sözü edilen personel sayma yoluyla belirlendikten sonra "yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliğini taşımayan diğer kamu görevlileri" denmesi, bizi Anayasanın, diğer kamu görevlilerini sınırlamak düşüncesinde olmadığı sonucuna götürür. Yapılacak düzenlemeler Anayasanın aradığı koşullara uydukça, sözleşmeli personelin diğer kamu görevlisi sayılacağı söylenebilir (86).

Anayasa Mahkemesi, devlet ya da diğer kamu tüzel kişiliklerinde kamu hukuku esaslarına bağlı olarak çalışanların, çalışma biçimi sözleşmeli de olsa, kamu görevlisi sayılmaları

görüşündedir. ZABUNOĞLU, Yahya, Cumhuriyet Gazetesi, 14 Nisan 1986, s.2; Bazı yazarlar, sözleşmenin, taraflara tanınan fesih hakkı, sözleşme imzalama serbestisi gibi nedenlerle özel hukuk karakterli olduğu görüşündedir. CAN, Tuncay, Çimento İşveren Dergisi, Ankara, Mart, 1988, s.14; ULUCAN, Devrim, "233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Açısından Sözleşmeli Personel ve Yarattığı Sorunlar", Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, İstanbul, 1987, s.111-115; Reisoğlu ise KİT'lerde çalışan sözleşmeli personelin idari hizmet sözleşmesiyle çalıştıkları görüşündedir. REİSOĞLU, Seza, "308 sayılı KHK ile Değiştirilen 233 sayılı KHK Açısından KİT'lerde ve Bağlı Ortaklıklarda Çalışanların Hukuki Durumu", TÜHİS, 1988, S.5, s.7-8.

(84) DURAN, Düzen, s.18.

(85) SERİM, Bülent, Öğretide, Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel Uygulaması, Ankara, 1987, s.97.

(86) SERİM, Statü, s.136; CAN, s.22; KUTAL, Metin, "Kamu Kesiminde Sözleşmeli Personel Rejimi Uygulaması ve İşçi-Memur Ayırımının Güncel Sorunları", ORHİM 5, s.8.

gerektiğini kabul etmiştir (87). Yüksek Mahkeme yeni tarihli bir kararında da sözleşmeli personelin kamu görevlisi olduğuna hükmetmiştir (88).

Uyuşmazlık Mahkemesi'nce varılan sonuç da, sözleşmeli personelin bir kamu görevlisi olduğu yolundadır (89). Uyuşmazlık Mahkemesi, 1982 Anayasasının yürürlüğünden sonra, gerekçesini Anayasada yer alan hükümlerle güçlendirerek görüşünü sürdürmüştür (90). Uyuşmazlık Mahkemesi, Halk Bankasında sözleşme ile çalışan personelle ilgili kararında, idari sözleşmelerin genel niteliğinin Anayasa Mahkemesi kararları ve öğretide "kamu tüzel kişisi tarafından, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacı ile idare tarafından düzenlenen yazılı tip sözleşmeler olarak" belirlendiğini söyledikten sonra "İdare mahkemeleri, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözmekle görevli olduğundan, idari sözleşmenin idare tarafından feshinden doğan anlaşmazlığın görüm ve çözümü de idari yargı yerine ait olması gerekir" sonucuna varmaktadır (91). Uyuşmazlık Mahkemesi, K.İ.T.'lerde çalışan sözleşmelileri(92), kamu kurumlarında çalışan sözleşmelileri (93), Milli Eğitim Bakanlığında sözleşmeli statüde çalışan kişiyi (94), belediyenin sözleşmeli avukatını (95), Emniyet Genel Müdürlüğü'nde sözleşmeli statüde

-
- (87) AYM., 25.5.1976 tarih, E.1976/1, K.1976/28, SERİM, Statü, s.137.
 (88) AYM., 13.12.1995, E.95/11, K.95/63, AMKD., S.32, C.1, 1997, s.481, 485, 498.
 (89) UM., 5.11.1975, E.1974/112, K.1975/215; UM., 27.4.1977, E.1976/52, K.1977/34; UM., 18.10.1978, E.1978/31, K.1978/33; 26.1.1977, E.1975/112, K.1977/8; UM., 27.1.1973, E.1970/38, K.1973/1; UM., 9.10.1977, E.1977/14, K.1977/54; UM., 18.10.1978, E.1978/19, K.1978/22, SERİM, Statü, s.137.
 (90) UM., 18.3.1985, E.1985/2, K.1985/8; UM., 13.10.1986, E.1986/41, K.1986/45; UM., 10.7.1985, E.1985/12, K.1985/18, SERİM, Statü, s.137; UM., 23.12.1996, E.1996/50, K.1996/100, RG., 21.1.1997, S.22884.
 (91) UM., 27.11.1989, E.1989/28, K.1989/32, RG., 24.12.1989, S.20382, s.22 vd. Yüksek Mahkeme, Emlak Bankasını kamu tüzel kişisi kabul ederek, aynı gerekçelerle bankada çalışan sözleşmeli personelin kamu görevlisi olduğu görüşünü devam ettirmiştir. UM., 3.7.1995, E.1995/37, K.1995/37, RG., 31.7.1995, S.22360, s.31.
 (92) UM., 20.5.1996, E.1996/28, K.1996/71, RG., 17.6.1996, S.22669, s.39; UM., 22.1.1996, E.1995/1, K.1996/1, RG., 1.3.1996, S.22567, s.19-24.
 (93) UM., 23.12.1996, E.1996/50, K.1996/104, RG., 21.1.1997, S.22884, s.8.
 (94) UM., 17.6.1996, E.1996/32, K.1996/75, RG., 8.7.1996, S.22690, s.7.
 (95) UM., 8.7.1996, E.1996/42, K.1996/85, RG., 23.7.1996, S.22705, s.38.

çalışan kişiyi (96) kamu görevlisi kabul etmiştir.

Danıştay da çeşitli kararlarında sözleşmeli personelin kamu görevlisi olduğunu, idare ile personel arasındaki sözleşmenin kamu hukuku alanını ilgilendirdiğini kabul etmektedir (97).

Yargıtay bir kamu hizmeti yürüten ve bunun karşılığında devlet bütçesinden (aylık, ücret, ödenek vb. gibi her ne ad altında olursa olsun) para alan personeli kamu görevlisi saymaktadır. Yargıtay, sözleşmeli personel ile çalıştığı kurum arasındaki ilişkinin kamu hukukundan kaynaklandığı görüşündedir (98).

İdarenin yürütmek zorunda olduğu asli ve sürekli kamu hizmetlerini, idarenin gözetim, denetim ve sorumluluğu altında yürüten, karşılığında düzgün aralıklarla kendisine (aylık, ücret vs.) ödeme yapılan kimseler, "diğer kamu görevlileri" kapsamındadır. Diğer bir ifadeyle, kamu idare ya da kurumunda çalışıp da işçi statüsünde bulunmayan personel, 128. madde kapsamındadır (99).

2. Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Çalışan Sözleşmeli Personelin Durumu

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, KİT. 'leri 128 inci madde kapsamına almış, ayrıca memurların yanında diğer kamu görevlilerine maddede vermiştir. Bunun iki amacı olabilir:

- KİT. personeli için özel bir personel kanunu çıkarılmasını zorunlu kılmak ve aynı zamanda buna Anayasal temel hazırlamak,
- Kamu kurum ve kuruluşlarında istisnaen de olsa var olan memur ve işçiler dışındaki çalışanlar grubuna Anayasal temel oluşturmaktır.

233 sayılı KHK. ile KİT. 'ler üst kuruluş olarak düzenlenmiştir. Yine aynı KHK. 'ye göre KİT. 'ler, iktisadi devlet teşekkülleri (İDT) ve kamu iktisadi kuruluşlarından (KİK) oluşmaktadır. Özellikle KİK. 'ları, genel idare esasına göre asli ve sürekli kamu hizmeti yürüten

(96) UM., 17.11.1997, E.1996/49, K.1996/49, RG., 14.12.1997, S.23200, s.18,19.

(97) Dan.5.D., 29.3.1971, E.1969/312, K.1971/1601; 24.5.1978, E.1977/2482, K.1978/1916; 28.2.1978, E.1977/104, K.1979/504; Dan.8.D., 15.1.1964, E.1963/9879, K.1964/121; Dan. YBK., 4.7.1964, E.1964/664, K.1964/344, SERİM, Statü, s.137.

(98) Y.9.H.D., 19.1.1989, E.88/10500, K.89/165, KUTAL, Metin, "KİT'lerde Sözleşmeli Personel Statüsü ve Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı (I)", İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXXVI, S.8, Ağustos 1989, s.338.

(99) DURAN, Yorum, s.205.

kuruluşlardır (100). 308 sayılı KHK. , ondan önceki 233 sayılı KHK. 'yi değiştirmiş, getirdiği düzenleme ile kamu hizmeti gördüklerinde kuşku bulunmayan KİK. 'nda bile memur çalıştırmaya son vermiş, sonuçta sözleşmeli personeli Anayasa'nın 128 inci maddesi anlamında diğer kamu görevlileri kapsamından çıkarmaya çalışmıştır (101).

233 sayılı KHK. 'nin 308 sayılı KHK. ile değiştirilen 42 nci maddesinde; sözleşmeli personel, "bir hizmet sözleşmesi ile çalışan ve işçi statüsünde olmayan personel" olarak tanımlanmaktadır. Burada "hizmet sözleşmesi ile çalışan" denilerek, personel ile idare arasındaki hukuki ilişkinin "özel hukuk ilişkisi" olması sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak KHK. 'de sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelenmesi, sözleşmeli personelin kamu görevlisi olma niteliğini değiştirmeye yetmez. Çünkü taraflar arasında eşitlik yoktur. 308 sayılı KHK. , hukukumuzda hizmet akdi ile çalışan geniş bir kesimi işçi statüsünden çıkararak ilk düzenlemedir. Burada amaç işçi haklarının geçersiz kurulduğu bir KİT. düzeni ortaya koymaktır (102).

KİT'lerde istihdam şekilleri ile ilgili düzenlemeler de içeren 399 sayılı KHK(103), 233 sayılı KHK'nin 42.maddesini yürürlükten kaldırmıştır. 399 sayılı KHK.'nin 5.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanunla değişik 3.maddesinde (104) istihdam şekilleri düzenlenmiş, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle görüleceği belirtilmiştir. 399 sayılı KHK, sözleşmeli personel ile ilgili ikili bir yaklaşım sergilemiştir: Genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevi yapan sözleşmeli personel (m.3/b) ve genel idare esasları dışında hizmet yürüten sözleşmeli personel (m.3/c). KHK.'de geçen sözleşmeli personelin, genel idare esasları dışında hizmet yürüten sözleşmeli personel (m.3/c) olduğu ayrıca vurgulanmıştır. Genel idare

(100) CAN, s.22.

(101) DURAN, Düzen, s.18; SERİM, Sözleşmeli, s.31.

(102) SERİM, Statü, s.141.

(103) RG., 29.1.1990, S.20417, Mükerrer.

(104) Bu değişiklik, 399 sayılı KHK, 3/b. fıkrasının, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevi yapanların bir kısmının sözleşmeli bir kısmının memur olarak çalıştırılabileceğini öngören düzenlenmesinin, Anayasa Mahkemesince, eşitlik ilkesi yönünden Anayasanın 10.maddesine aykırı bulunması üzerine yapılmıştır. Karar için bkz.; AYM., 4.4.1991, E.1990/2, K.1991/7, AMKD., S.27, C.1, 1993, s.222, 223.

esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevi yapan sözleşmeli personel Anayasanın 128.maddesinde yer alan diğer kamu görevlileri kapsamındadır. Fakat genel idare esasları dışında hizmet yürüten sözleşmeli personel ise, 399 sayılı KHK'nin kapsamında sözleşme yapan, işçi sayılmayan, dolayısıyla Anayasanın 128.maddesinde yer alan diğer kamu görevlileri kapsamında sayılmayan sözleşmeli personeldir (105).

Kamusal idare usullerine göre yürütülecek asli ve sürekli görevlerin önce kural olarak memurlar eliyle yürütülmesi, diğer kamu görevlilerinin bu kuralın istisnası olarak kabul edilmesi ve kamu hizmetlerinin geçici işler veya uzman personel ihtiyacı hallerinde sözleşmeli personele gördürülebileceği kabul edilmektedir (106). Ancak sözleşmeli personel uygulaması, KİT.'lerin sorunsuz özelleştirilmesi ve sorumluluğa uygun ücret verme gerekçeleriyle, özelleştirilecek kuruluşlarda tüm personel için yapılmıştır. Memur ve işçilerin sahip olduğu kanuni güvencelerin özelleştirme faaliyetlerini engelleyeceğini düşünülerek, KİT.'lerin özel kesime devrinde sorun çıkarmayacak, sendikal haklardan yoksun, iş güvencesi olmayan yeni bir çalışanlar sınıfı olarak sözleşmeli personel uygulaması yapılmıştır (107). Kanun koyucunun ayrı statüde çalıştırdığı kişilere ayrı haklar tanınması doğaldır. Ancak, aynı işi yapan ve aynı sorumlulukları taşıyan ve kamu hukuku ilişkisi içinde çalışan kişilerin aynı statüde bulunmaları gerekirken, bunların ayrı statülerde ve farklı ücretlerle çalıştırılmalarında isabet bulunmamaktadır. Bu durum Anayasanın 10.maddesine aykırılık oluşturur (108). Anayasa Mahkemesi de bir kararında "aynı işte

-
- (105) YILDIRIM, s.24; Reisoğlu, 399 sayılı KHK'nin 3.maddesini şöyle yorumlamaktadır: 399 sayılı KHK.'de işçilerin sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri konusunda herhangi bir hükme yer verilmemekle beraber, KİT.'nde işçi olarak çalışmakta olan kişilerin yaptıkları işler, bir idari sözleşmenin ölçütlerine sahipse, bu kişilerin sözleşmeli personel olarak çalıştırılmalarında kanuni bir engel bulunmamaktadır. Ancak idari sözleşmeye ilişkin ölçütlere uymayan bir sözleşme, İş Kanunu'na bağlı bir hizmet akdi sayılacak ve adına sözleşmeli personel denilse de bu çalışan kişi, işçi sayılacaktır. REİSOĞLU, Safa, "Anayasa Mahkemesi Kararı ve 399 sayılı KHK Açısından Sözleşmeli Personelin Durumu", TÜHİS, C.11, S.12, Şubat 1990, s.9.
- (106) GÜRAN, Sait, "Devlet Personel Rejiminin Genel Görünümü ve Güncel Sorunları", ORHİM Kongre-Kültür Turizmi Serisi, S.5, Ekim 1986, s.9.
- (107) EKE, Abdülhalim, "Sözleşmeli Personel Uygulaması ve Anayasa Mahkemesi Kararı", AİD., C.22, S.4, Aralık 1989, s.70; SERİM, Statü, s.141.
- (108) BAKIRCI, Kadriye, "399 sayılı KHK açısından KİT'lerde Sözleşmeli Personel

sözleşmeli statüye geçilerek işçilere anayasaca tanınan hakları kaldırmaya yönelik uygulamalar anayasaya açıkça aykırı düşereşitlik ilkesiyle güdülen amaç, aynı koşullar içinde bulunan özdeş nitelikteki durumların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamaktır." (109).

Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetlerine ilişkin bir kararında (110), Anayasanın 5.maddesinden yola çıkarak serbest piyasa ekonomisi içinde iktisadi devlet teşekküllerinin yaptıkları hizmetleri kamu hizmeti saymıştır. Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı tekel niteliğine giren hizmetler yönünden söz konusu olmalıdır. Çünkü, aynı işi gören örneğin, Çay-Kur ve Akfa'nın birinin yaptığı işin kamu hizmeti, diğerininkini özel hukuk işlemi saymak Anayasanın eşitlik kuralına aykırıdır. KİT'ler mali imkansızlık veya hizmetin kamu hizmeti, tekel gibi vasıfları taşıması nedeniyle vatandaşların yatırım yapamadıkları alanlarda faaliyet göstermek üzere kurulmuşlardır. Ancak özel kesimde teşebbüsçülerin sayısının artmasına bağlı olarak aynı alanlarda özel kesim faaliyette bulunmaya başlamıştır. Bu sebeple tekel niteliğinde olan çay üretim ve dağıtım gibi konular tekel niteliğini kaybetmiştir. Bu gibi sebepler KİT'lerin gördükleri hizmetlerin pek çoğunun kamu hizmeti olmadığı kuşkusunu doğurmaktadır. Çünkü KİT'ler özel hukuk tüzel kişileri gibi kar ve verimlilik amacına yönelmiş bulunmaktadır (111).

Anayasa Mahkemesi, 399 sayılı KHK.'nin bazı maddelerini iptal ettiği kararında; 399 sayılı KHK. ile sözleşmeli personelin yasal güvenceye kavuşturulmuş olduğunu ve sözleşmeli personel ile kamu iktisadi teşebbüsleri arasındaki ilişkinin idari yargı denetimine bağlı bir kamu hukuku ilişkisi niteliğini taşıdığını, 233 ve 308 sayılı KHK'lerde olduğu gibi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmediğini, sözleşmenin çerçevesinin 399 sayılı KHK ile belirlenen statü kuralları olduğunu, dolayısıyla sözleşmenin idari bir sözleşme sayılması gerektiğini vurgulamıştır. Fakat aynı kararda, 399 sayılı KHK'de sözü geçen sözleşmeli personelin, Anayasanın 128.maddesinin kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir (112).

Çalıştırma", İBD., C.64, S.10-11-12, İstanbul, 1990, s.111 vd.

(109) AYM, 22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55, RG., 25.7.1989, S.20232, s.44-60.

(110) AYM., 19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8, RG., 23.8.1988, S.19909, s.52.

(111) SERİM, Sözleşmeli, s.17.

(112) AYM., 4.4.1991, E.1990/2, K.1991/7, AMKD., S.27, C.1, 1993, s.218-225.

Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararına katılarak, "kamu iktisadi teşebbüslerine görev yapan memurlar ile sözleşmeli personel arasında kamu görevlilerinin sahip olduğu temel yasal güvence açısından farklılık olmadığı" nı vurgulamıştır (113).

Uyuşmazlık Mahkemesi de, KİT'lerde sözleşmeli çalışanların, sözleşmelerinin idari nitelikte olduğu, kamu görevlisi sayılabileceği görüşündedir (114).

KİT'ler ile ilgili düzenlemelerde, KİT'lerde çalışan sözleşmeli personel, farklı bir kapsamda ele alınmaya çalışılmıştır. Sözleşmeli personel sanki, hizmet akdiyle veya bu çerçevede çalışan kişi gibi görülmek istenmiştir. Ancak hizmet akdinden, işverene bağımlılık ilişkisiyle ve özel hukuk karakterli sözleşmeyle tabi olanlar anlaşılmaktadır. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde durum farklıdır. Sözleşmelerde taraflardan birisi idare, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin ifası ve sözleşme ilişkisinde idare üstün ve ayrıcalıklı bir konumda ise sözleşmeler idari niteliktedir (115). Kuşkusuz idarenin eşitler arası işlemler olarak yaptığı kira, alım-satım sözleşmesi gibi işlemler idari nitelikte değildir. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların taraf oldukları sözleşmeler idari nitelikte olduğundan, idari sözleşme olmanın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Sözleşmeyi idari nitelikte kılaacak özellikler öğreti ve yargı kararlarında(116) belirtilmiştir; Taraflardan birinin kamu idaresi ya da kurumu olması, sözleşme konusunun bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin bulunması, bir yanı oluşturan idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler

(113) D.5.D., 11.11.1992, E.1992/1223, K.1992/2943, DD., Y.23, S.87, 1993, s.267.

(114) UM., 18.3.1996, E.1996/7, K.1996/54, RG., 10.4.1996, S.22607, s.38.

(115) DURAN, İdare, s.428-430; DÜNDAR, Erol, "İdari Sözleşmeler Hakkında Kısa Bilgi (I-II)", Sayıştay Denetçileri Derneği Meslek Dergisi- Mali Hukuk, Y.3, S.15-16, Temmuz-Eylül 1972, s.18; BİLGİN, Pertev, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970, s.112-131.

(116) Anayasa Mahkemesi KİT'lerde çalışan sözleşmeli personel ile ilgili bir kararında ölçütleri şu şekilde ifade etmiştir: ".....Taraflardan biri ve kamu ilişkisine dayalı konunun sahibi kamu yönetimidir, çalıştırılan birey ya da bireylere karşı daha üstün söz hakkı vardır. Kamu yönetimince hazırlanan "tip sözleşmeler" uygulandığı için statüer özellik ağır basmaktadır.", AYM, 22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55, RG., 25.7.1989, S.20232, s.44-60; UM., 9.2.1998, E.1997/67, K.1998/1, RG., 9.3.1998, S.23281, s.28; UM., 17.11.1997, E.1997/49, K.1997/49, RG., 14.12.1997, S.23200, s.19.

kullanabilmesi(117), sözleşmenin ilişkin bulunduğu hizmetin sürekli olmasıdır (118).

Fakat, KİT çalışanlarının taraf olduğu ve özel hukuk karakterli olarak gösterilmeye çalışılan sözleşmelerin niteliği tartışma konusudur (119). KİT'lerde çalışanların imzaladıkları sözleşmelerin niteliğini tespit, öncelikle görülen işin niteliğinin tayinine bağlıdır. 1961 Anayasasında bir hüküm bulunmamasına karşılık 1982 Anayasasının 128.maddesinde KİT'lerin gördükleri hizmetler kamu hizmeti olarak kabul edilmiştir. 1982 Anayasasının İstanbul Komisyonu Taslağında KİT'ler için öngörülen "özel idare esasları" Kurucu Meclisce metne alınmamıştır. KİT'ler kamu kesiminde yer almakta ise de, yönetim biçimleri tamamen "genel idare esasları" uyarınca değil, kamusal-özel karışımı karma bir yöntemi içermektedir. Bu kuruluşlar dış ilişkilerinde özel hukuk kural ve usullerine uymakla birlikte iç düzen ve etkinliklerinde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı bulunmaktadır (120). Buna göre, hukukumuzda kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan sözleşmeli personel, Anayasanın 128.maddesinde belirtilen "diğer kamu görevlileri" kapsamı içinde yer alır.

III. DOKTRİNİN KONUYA BAKIŞI

1982 Anayasasının "diğer kamu görevlileri" tabirinden ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde de bir fikir birliği yoktur. Bu kavramın kamu kesiminde çalışan bütün personeli kapsadığını söyleyenler olduğu gibi (121), bu terimle, yaptıkları hizmet bakımından statüleri memurlarinkinden farklı olup da, kendi

(117) Bu yetkiler; Sözleşme hükümlerini kamu hizmetinin zorunluluk ve gereklerine göre tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisi, Sözleşmeliye emir ve direktifler verebilme ve ona karşı zorlayıcı önlemler alabilme yetkisi, Sözleşmeyi süresi bitmeden önce ve tek taraflı olarak feshedebilme yetkisidir. DÜNDAR, s.15.

(118) SERİM, Statü, s.151.

(119) Zabunoğlu, sözleşmenin eşitler arası olmayan bir özel hukuk işlemi olduğu görüşündedir. Cumhuriyet, s.2; Bazı yazarlar, sözleşmenin, taraflara tanınan fesih hakkı, sözleşme imzalama serbestisi gibi nedenlerle özel hukuk karakterli olduğu görüşündedir. TUNCAY, s.14; ULUCAN, s.111-115. Reisoğlu ise KİT'lerde çalışan sözleşmeli personelin idari hizmet sözleşmesiyle çalıştıkları görüşündedir. REİSOĞLU, Seza, "308 sayılı KHK ile Değiştirilen 233 sayılı KHK Açısından KİT'lerde ve Bağlı Ortaklıklarda Çalışanların Hukuki Durumu", TUHİS, S.5, 1988, s.7-8.

(120) DURAN, Lütfi, Cumhuriyet Gazetesi, 12.12.1988, s.11.

(121) DURAN, Düzen, s.18.

personel kanunlarına tabi olan, silahlı kuvvetler personeli ile hakim ve savcılar kastedilmektedir fikrini ileri sürüp kavramın kapsamını bir hayli daraltanlar da bulunmaktadır (122).

Güran "diğer kamu görevlileri"nin kapsamının oldukça dar olduğunu kabul etmektedir. Çünkü 128. maddede her ne kadar memurun tanımı açıkça yapılmamışsa da, bu maddenin 1. fıkrasındaki satırlar memurun kabul görmüş tanımı olmaktadır. Güran'a göre, 128. maddedeki görevler, hem genel idare, yani "kamusal yönetim" veya "kamusal-özel yönetim karışımı" (123) esaslarına-usullerine göre yürütülen, hem de aslilik ve süreklilik (124) arz ettiklerinden ve öncelikle memurlar tarafından yerine getirildiklerinden (128/1'in tanımı gereği), "diğer kamu görevlileri" kavramının bu esaslar çerçevesinde belirlenmesi gerekir (125). Buna göre, 128/1'deki diğer kamu görevlileri, ancak idare ile 'kamu hukuku' ilişkisi bulunan ve hizmetin 'asli elemanı' sayılabilecek türde bir görevde çalışanlar olabilir (126).

Duran, 128. maddede memur tanımının yapılmadığını, "genel idare esasları" ile "özel yönetim usulü" nün birbirine karıştırıldığını kabul etmekte; ancak, 128. madde hükmünün, kamu kesiminde çalışanların tümünü "kamu görevlisi" kapsamı içinde düşündüğünü ifade etmektedir (127). Anayasa, "kamu hizmeti görevlileri" nin tümünü, yani "memur ve diğer kamu görevlileri"ni tek bir personel kategorisi içinde kaynaştırarak aynı genel kurala tabi kılmıştır. Memurlarla öteki personel arasında ayrıma yer olmadığı gibi, "genel idare esasları" veya "özel yönetim yöntemleri" ne göre yürütülen kamu hizmetlerinde çalışanlar arasında da bir fark kalmamıştır (128). Duran'a göre, "genel idare esasları" tabiri kamusal ve özel yönetim biçimini ifade etmekte olduğundan, madde 128/1 ile, bu şekilde idare edilen kurum ve kuruluşların

(122) BAŞ, Hasan, "Denetim Elemanları ve Sözleşmeli Personel Statüsü", Denetim Dergisi, S.4, Nisan 1986, s.3; MERİÇ, Osman, "Kamu Görevlileri Kavramının Seçim Hukukundaki Kapsamı ve Anlamı ile Belediye Başkanlarının ilişkisi", AİD., C.24, S.3, 1991, s.191; AKGÜNER, s.17; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, Ankara, 1995, s.148; GÜRAN, Bakanlar, s.199.

(123) GÜRAN, Bakanlar, s.199; GÜRAN, Personel, dipnot: 17, s.46.

(124) GÜRAN, Personel, s.50.

(125) GÜRAN, Bakanlar, s.199.

(126) GÜRAN, Personel, dipnot: 17, s.46.

(127) DURAN, Düzen, s.18.

(128) DURAN, Düzen, s.18.

"asli ve sürekli görevlerinde" çalışanlar memur sayıldığı gibi; işçi niteliği taşımayan bütün öteki personel "diğer kamu görevlileri" arasına girmektedir (129). Böylece, "devlet memuru" kavramı özelliğini yitirmekte ve "kamu görevlisi" terimi de tüm "idare ajanlarını" kapsar görünmektedir. Sadece işçiler bu kavramın içinde değildirler (130). Ozansoy'da bu görüşleri paylaşmaktadır (131)

Baş'a göre "diğer kamu görevlileri", kamu birimlerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli hizmetleri görmekle ve bu haliyle memur olmakla beraber 657 sayılı Kanun kapsamı dışında bulunan, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personeli Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa tabi personeldir (132).

Zabunoğlu, 1982 Anayasasının öncekinden farklı olarak, KİT'in genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli buldukları kamu hizmetlerinin gerekli kıldığı asli ve sürekli görevleri ifa edecek personelinin mutlaka memur veya en azından "diğer kamu görevlisi" statüsünde bulunmasını emrettiğini; bu görevlerin idari üst düzey görevleri olduğunun açık bulunduğunu; bu nedenle söz konusu kuruluşlarda asli ve sürekli görev ifa edenlerin sözleşme ile istihdam edilemeyeceğini belirtmektedir (133). Bu açıklamalar Zabunoğlunun, sözleşmeli personeli "diğer kamu görevlileri" kapsamında görmediğini ortaya koymaktadır.

Ulucan da, Zabunoğlu'na benzer bir yaklaşımla, KİT'nde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin, müessese müdürlüğü, fabrika müdürlüğü, yönetim kurulu üyeliği gibi idari üst düzey görevler olduğundan hareketle, ancak bu görevlerde diğer kamu görevlisi çalıştırılabileceğini kabul etmekte ve sözleşmeli personeli diğer kamu görevlilerinden saymamaktadır (134).

Özay, idare alanında "memur"lar ve "diğer kamu görevlileri"ni, "asli ve sürekli görevler"i yürüten iki büyük kategori olduğunu

(129) DURAN, Yorum, s.205.

(130) DURAN, Yorum, s.201.

(131) OZANSOY, Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, 1989, s.316.

(132) BAŞ, s.3.

(133) ZABUNOĞLU, Yahya, K., "Kamu Kesiminde Sözleşmeli Personel", Cumhuriyet Gazetesi 14.5.1986.

(134) ULUCAN, s.105.

belirttikten sonra “diğer kamu görevlileri”ni şöyle belirliyor:“Anayasa’da diğer kamu görevlileri olarak nitelenenler işçi, sözleşmeli, fahri ajan ve yükümlüler gibi çeşitli isimler altında anılan personeldir.”(135).

Serim’e göre “diğer kamu görevlileri” deyimi; memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, yönetime bir kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan tüm kamu personelini içermektedir (136). İşçiler dışındaki kamu hizmeti görevlileri, süreklilik gösteren ve dayanağını kamu gücünde bulan bir hizmet ile görevlendirilenlerdir. Bu gibiler, kamu tüzelkişiliğinde, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde çalışırlar; yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlıdırlar; bu ilişkinin doğal sonucu olarak kendilerine bütçeden ödeme yapılır ve haklarında kanunlarla belirlenen özel kurallar uygulanır. Çoğu kez durumları “kamu kanunları”ile düzenlenir. Kanunların çizdiği çerçeve içinde kimi konuların, yürütmenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenmesi mümkündür. Sözleşmeli personel modeli bunun en çarpıcı örneğini oluşturur (137).

Anayasa, “diğer kamu görevlileri”ne yer vermekle “memur” kavramını gerçek anlamına özgülemiş olmaktadır (138). Kanun koyucu, memurlarda olduğu gibi, “diğer kamu görevlileri”nin de statülerini Anayasanın 128. maddesi ve genel ilkeler çerçevesinde serbestçe düzenleyebilir ve yeni kamu görevlisi kategorileri yaratabilir (139).

Anayasa’nın 128. maddesinde sözü edilen memur ve diğer kamu görevlilerinin kimler olabileceği konusunda bir tanım vermek gerekirse: Memur ve diğer kamu görevlileri, idari teşkilat bünyesinde bir birimde, genel idare esaslarına göre görülen asli ve sürekli bir kamu hizmetini meslek olarak seçmiş olan, idare kadroları ve hiyerarşisi içinde yer alan; atanmaları, görevleri, yetkileri, sorumlulukları, hakları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri yasalarla düzenlenen personeldir (140). Anayasa Mahkemesi

(135) ÖZAY, s.209.

(136) SERİM, Bülent,“Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve KİT Personeli”, AYD.,C.22,S.3,Eylül 1989, s.61.

(137) SERİM, Hukuksal Boyut, s.11.

(138) KANLIGÖZ, Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, AÜHFĐ., C.43, S.1-4, s.189.

(139) KANLIGÖZ, s.192.

(140) YILDIRIM, Notlar, s.24.

bir çok kararında, memur ve diğer kamu görevlilerinin atanmaları, görevleri, yetkileri, sorumlulukları, hakları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasalarla düzenlenmesi gerektiğinin önemini vurgulamış, bu konuların KHK ile düzenlenemeyeceğini belirtmiştir (141). Memurlar dışında kalan ve 657 sayılı DMK'nun 1. maddesinde belirtilen üniversite öğretim üyeleri, yargıçlar ve askerler gibi ayrı personel kanunları ve rejimi bulunan görevliler, diğer kamu görevlileri deyimi içine girmektedir (142). Geçici köy korucusu, belediye, il genel meclisi üyeleri, belediye başkanları, muhtarlar, süreli atanan yardımcı doçentler, kısmi zamanlı doçentlerle profesörler, KİT yönetim veya danışma kurulu üyeleri, diğer kamu görevlisidir (143). 399 sayılı KHK'nin 3/b. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri ifa edecek personel de diğer kamu görevlisi kavramı içinde düşünülmelidir (144).

SONUÇ

1982 Anayasası kamu görevlileri için genel bir düzenleme yapmış, devletin çeşitli gelişmeler ve çağın değişimi karşısında gittikçe artan fonksiyonlarını da dikkate alarak, tüm kamu hizmeti görevlilerini "memur" kavramı altında toplamamış, onların kendi içindeki ayrımını kanun koyucunun iradesine bırakmıştır. 128. madde de yer alan "diğer kamu görevlileri", maddenin mantığına göre memurların tamamlayıcısı, onlarla birlikte ve onlardan sonra düşünülen kamu ajanlarıdır ve memurlara özgülenmiş görevleri paylaşırlar.

Kamu görevlileriyle ilgili, Anayasanın değişik maddelerinde, bir takım kelimelerin, kavramların, ifade ve ibarelerin, belirsizlik ve kapalıktan uzak; kolay anlaşılır, hatta, gerektiğinde fevkalade somut olması gerekirken, yer yer tartışmayı aşır karışıklığa yol açacak biçimlerde, tertiplerde kullanılması terminoloji sorunu doğurmuştur. 1982 Anayasası "personel rejimi açısından", soruna çözüm getirememiş, kamu görevlileri arasında karışıklığa ve belirsizliğe yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi de kavram kargaşasını

-
- (141) AYM., 1.2.1990, E.88/64, K.90/2, AMKD., S.26, 1992, s.68, 74;
 AYM., 12.12.1991, E.91/27, K.91/50, AMKD., S.27, C.2, 1993, s.698, 699;
 AYM., 31.12.1992, E.92/40, K.92/55, AMKD., S.28, C.2, 1993, s.576-581;
 AYM., 25.11.1993, E.93/50, K.93/52, AMKD., S.29, C.2, 1994, s.830-832.
- (142) AKGÜNER, s.17; KANLIGÖZ, s.182.
- (143) GÜRAN, Personel, s.52.
- (144) UM., 17.11.1997, E.1997/60, K.1997/58, RG., 14.12.1997, S.23200, s.33.

ortadan kaldıracak içtihatlarda bulunamamıştır.

Sonuç olarak bir tanım vermek gerekirse; Kamu görevlileri, idari teşkilat bünyesinde bir birimde, genel idare esaslarına göre görülen asli ve sürekli bir kamu hizmetini meslek olarak seçmiş olan, idare kadroları ve hiyerarşisi içinde yer alan; atanmaları, görevleri, yetkileri, sorumlulukları, hakları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri yasalarla düzenlenen personeldir.

1961 ve 1982 ANAYASALARINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

* Murat ŞEN

GİRİŞ:

Bir devletin ana kuruluşunu ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini belirleyen kurallar bütünü, o devletin anayasal düzenini oluşturur (1). Günümüzde az sayıdaki istisnalar bir tarafa bırakılacak olursa, hemen bütün devletlerde anayasal düzenin yazılı bir anayasaya dayandığı görülmektedir (2). Anayasal düzenin yazılı bir anayasaya dayanmadığı ülkelerde de anayasal düzene ilişkin bazı yazılı belgeler bulunabilir (3). Fakat bunlar, ya İngiltere örneğindeki gibi bazı yazılı belgelerin yanında çok sayıda anayasal teamül ve anayasal uygulamalarda görüldüğünden; ya da İsrail örneğindeki gibi farklı tarihlerde yürürlüğe konmuş birbirinden farklı metinlerde yer alan anayasal kuralların varlığından dolayı, yazılı anayasaya sahip olmayan ülke kabul edilmektedir (4).

Yazılı anayasaların yaygın bir hale gelmesinin temelinde, değişen iktidar ilişkilerinin yeni biçiminin yazılı kurallarla belirtilmesi ihtiyacının yanında, federal yapılı devletlerin ortaya çıkması sonucu federal otorite ile yerel otoritelerin yetki bölüşümünü yazılı bir biçimde düzenlenmesi yatmaktadır. Devletin ana kuruluşunu yazılı bir biçimde belirleyip güvence altına almak ihtiyacı, bu kuralların değiştirilmesinin çeşitli düzenlemelerle zorlaştırılması düşüncesini

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

- (1) Turhan Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Ankara 1951, s. 6-7; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, İstanbul 1986, s. 143; Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s. 1; Hasan Tunç, Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Erzincan 1992, s. 1.
- (2) Cem Eroğul, Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi), Ankara 1974, s.81, 89. Eroğul, inceleme dolayısıyla ele aldığı 137 ülkenin sadece 12 tanesinin anayasasının teamüli anayasa (tedvin edilmemiş

de beraberinde getirmiştir (5).

Anayasanın değiştirilmesi, sıradan kanunların değiştirilmesine göre hiçbir fark içermiyorsa yumuşak anayasadan; sıradan kanunların değiştirilmesine göre zorlaştırılmış ise, katı anayasadan söz edilir (6). Bu ayırım, sadece teorik bir önem taşır. Çünkü kural olarak, her iki tür anayasanın da değiştirilmesi diğer kanunlara göre az veya çok zorlaştırılmıştır (7). Bu zorlaştırıcı olan düzenlemeler arasında, değişiklik için gerekli teklif ve kabul yeter sayılarının yükseltilmesi ve değişiklik süresinin uzatılması gibi durumlar sayılabilir.

Anayasaların değiştirilmesini bu tür düzenlemelerle zorlaştırmanın ötesinde, kurucu iktidar, bazı maddelerin değiştirilmesini tamamen yasaklayarak maddi bir katılık da oluşturmuş olabilir (8). Bu gibi durumlarda, anayasayı değiştirme yetkisine getirilen sınırlamalarla, milletin bir bakıma o alandaki düzenleme için egemenliğinden vaz geçmiş sayılacağı da düşünülebilir (9). Ayrıca, anayasa değişikliği için hukukî yolların tıkanması ihtilalci girişimlere de yol açabilir (10). Buna rağmen yine de çeşitli anayasalarda bazı maddelerin değiştirilmesinin yasaklandığı görülmektedir (11).

Bu çalışmada, 1961 ve 1982 Anayasalarına göre anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi incelenecektir. Konu incelenirken, öncelikle 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi, ilk şeklindeki durum ve 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş durum olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınacaktır. Sonra ise, 1982 Anayasasında anayasa

(5) Onar, s. 2.

(6) Coşkun San, *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara 1974, s. 33- 34; Teziç, s. 163-164; Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Umumi Esaslar*, C. I, İstanbul 1978, s. 213, 216.

(7) Eroğul, s. 177.

(8) Onar, s. 3; Eroğul, s. 20.

(9) Teziç, s. 169; Onar, s. 4.

(10) Teziç, s. 171.

(11) San, s. 80- 81; Teziç, s. 170. Örneğin, Fransa'da şu an yürürlükte olan 1958 tarihli 5. Cumhuriyet Anayasasının 89. maddesi, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin kuralın değiştirilmesini yasaklamıştır (Teziç, s. 170). Benzeri düzenleme Türkiye için de söz konusudur. 1982 Anayasasının 4. maddesine göre, "Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez".

değişikliklerinin yargısal denetimi, denetimin türü ve kapsamı ile denetim yolları başlıkları altında ayrı ayrı tetkik edilecektir.

Ş 1. GENEL OLARAK ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin mümkün olduğu ülkelerde, anayasa değişikliklerinin de bu denetime tâbi olup olmayacağı hususu bir takım sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Gerçekten, kanunların yargısal denetiminde, hiyerarşik bakımdan onlara göre daha üstün durumda olan Anayasa normları ölçüt alınacağına göre, bu yargısal denetimin mantığı anlaşılabilir (12). Ancak yargısal denetimin konusu, kanunların anayasaya uygunluğu değil de, anayasanın kendi normlarının değişikliklerine ilişkin olursa, bu durumda değişikliğin, şekil denetimi (13) açısından da ortaya bir sorun çıkarmaması beklenir (14). Çünkü, anayasa değişiklikleri de, biçimsel olarak birer kanundur (15). Dolayısıyla, bir anayasa değişikliği teklifinin kabul edilip anayasanın yeni bir normu haline gelebilmesi, her şeyden önce, bu değişikliğin anayasada öngörülen usule uygun olarak yapılmış olmasına bağlıdır. Bu nedenle de, anayasada değişiklik öngören bir kanunun, anayasada öngörülen usul ve şekil şartlarına uygun olarak kabul edilip edilmediğini belirleyecek olan şekil denetimini Anayasa yargısının yetkisi içinde görmek gerekecektir (16). Kaldı ki, kanunların

(12) Metin Kırathı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara 1966, s. 8; Feyzioğlu, s. 1-77.

(13) Bilindiği gibi şekil denetimi, değişikliğin anayasada öngörülen usule uygun olarak yapıp yapılmadığının denetimi anlamına gelir (Servet Armağan, *Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi*, İstanbul 1967, s. 105). Teziç, "burada teknik açıdan şekilden çok "usul"den sözemenin daha doğru olacağını; çünkü bir kanunun yapılışında, anayasa ve içtüzükte öngörülen kurallara uyulmasının bir usul sorunu olduğunu; buna karşılık kanunun, yazılı bir metin halinde Resmî Gazete'de yayınlanmasının şekil ile ilgili bir konu olduğunu" belirtmektedir. Bkz. Teziç, s. 183.

(14) Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986, s. 126; Onar, s. 131.

(15) Özbudun, s. 126.

(16) Kırathı, s. 104-105'de, "bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde, anayasa seviyesinde kanunlar kabul edilmiştir. Bunlar anayasayı değiştirmemekle beraber, anayasa alanına giren bir konuyu düzenlerler ve "anayasasal kanun" veya "anayasa kanunu" diye adlandırılırlar. İşte bu anayasasal kanunlar veya anayasa değişiklikleri de, diğer kanunlar gibi, anayasaya uygunluk

anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkeme, anayasada açık bir hüküm olmasa bile, anayasa değişikliklerinin anayasada belirtilen usul ve şekil şartlarına uygunluğunu denetleme yetkisini kendinde görebilir (17).

Buna karşın aynı şeyi, anayasa değişikliklerinin esas açısından denetimi için söyleyebilmek kolay değildir. Anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluğunun denetimi, tamamen farklı bir sorundur. Esas bakımından denetim, birçok problemin ve tartışmanın kaynağı olmuştur (18). Çünkü, usulüne göre yapılan bir değişiklikten sonra yürürlüğe girmiş olan yeni bir anayasa normunun, esas açısından yapılacak denetiminde ölçüt olarak ne alınacaktır (19)? Bu yeni norm da artık anayasanın bir parçası, bir normu olduğuna göre, bunun esas açısından denetime tabi tutulmasını savunabilmek için, ancak anayasa üstü bazı ilkelerin varlığı veya anayasanın bazı normlarının, hiyerarşik bakımdan diğerlerine göre daha üstün olduklarının kabulü gerekir (20). Çünkü, usulüne uygun olarak yapılmış bir anayasa normunun, kendisiyle eşdeğerli olan bir başka anayasa normuna uygun olup olmadığını denetlemek, mantıken mümkün görünmemektedir (21). Ancak, sözünü ettiğimiz gibi, anayasa üstü bir takım hukuk normlarının bulunması durumunda, anayasanın yeni normunun getirdiği düzenlemenin, anayasa üstü ilkelere veya anayasanın üstün normlarına uygunluğunun yargısal denetimi söz konusu olabilir (22).

Bu durumda da, hangi ilke ve normların, denetimde ölçüt olarak alınacağı sorunu ortaya çıkabilir (23). Nitekim, ülkemizde anayasa

bakımından denetlenebilir mi? Avusturya ve İtalya'da anayasa değişikliklerinin ve anayasasal kanunların maddi bakımdan anayasaya uygunluğu denetlenemez. Fakat şekli bakımdan, yani anayasada yazılı usul ve şartlara uygun olarak meydana gelip gelmedikleri denetlenebilir...Türkiye'ye gelince, "anayasasal kanun" kavramı, Türk hukukunda kabul edilmemiştir... Anayasa değişikliklerinin şekli bakımından...diğer ülkelerdeki gibi denetleneceğine şüphe yoktur" demektedir.

(17) Özbudun, s. 126.

(18) Eroğul, s. 164.

(19) Özbudun, s. 126; Onar, s. 133.

(20) Feyzioğlu, s. 6, 231-234; Armağan, Kazaî Murakabe, s. 123-124; Eroğul, s. 165; Özbudun, s. 126.

(21) Özbudun, s. 126.

(22) Eroğul, s. 164-165.

(23) Onar, s. 135.

yargısına ilk kez yer vermiş olan 1961 Anayasası (24) döneminde, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi, bu tür tartışmalara yol açmış ve bu nedenle konu, 1982 Anayasasında daha değişik bir biçimde düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasası anayasa değişikliklerinin hem şekil hem de esas bakımından yapılmasını aramışken, 1982 Anayasası bunun sadece şekil bakımından yapılacağını öngörmüş bulunmaktadır.

1961 ve 1982 Anayasalarının, anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetimleri farklı düzenlemiş olmalarından dolayı, konu, burada, her iki anayasaya göre ayrı ayrı ele alınacaktır.

Ş 2. 1961 ANAYASASINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

1961 Anayasasının anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetimini, ilk şeklindeki durum ve 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla yapılmış değişiklikten sonraki durum olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemekte yarar vardır.

I. 1961 Anayasasının ilk Şeklindeki Durum

09.7.1961 tarihinde 334 sayılı kanunla kabul edilmiş olan 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen 147. maddesinin birinci fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler" hükmünü getirerek, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunun denetiminden söz etmekte, anayasa değişikliklerinin denetimine ise yer vermemekteydi (25).

Ancak, bu dönemde Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin de bir kanun olmasından hareket ederek, kendisinin bunları denetlemeye yetkili görmüş ve bu denetimin kapsamını, hem şekil hem de esas bakımından denetim olarak belirlemiştir (26).

-
- (24) Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4. B., İstanbul 1982, s. 356; Hasan Tunç, "Anayasa Mahkemesinin Siyasi Yapısı", İÜHFD, C. II, S. 2, Konya 1988, s. 230; Tunç, *İtiraz Yolu*, s. 1, 12.
- (25) İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, bu. 1962, s. 434; Onar, s. 135.
- (26) Özkan Tikveş, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku*, İzmir 1982, s. 389, dn. 50; 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"da da 1961 Anayasasındaki gibi, Anayasa

a- Şekil Denetimi

Bilindiği gibi, anayasa değişikliklerine ilişkin şekil denetimi, değişikliği öngören kanunun şekil yönünden denetimidir ve bu, kanunun Anayasada belirtilmiş usul ve şekil kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığının araştırılmasını kapsar (27).

1961 Anayasası, anayasa değişikliklerine ilişkin denetimini hem şekil hem de esas bakımından sürdürmüştür. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, bu dönemde önüne gelen ilk anayasa değişikliğinin iptali isteminde,

“1961 Anayasasında yapılacak değişikliklerin, Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan usul ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceği ortadadır...

Anayasa'da değişikliği öngören bir kanunun, ...mevcut bir Anayasa ilkesini değiştirebilmesi, kaldırabilmesi veya yeni bir Anayasa ilkesi koyabilmesi için, o kanunun Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan hükümlere uygun olarak teklif edilmiş olması ve yasama meclislerinde de yine aynı hükümlere uygun biçimde görüşülüp kabul edilmiş bulunması gerektiğinde kuşku yoktur...

Şu halde anayasa değişikliğini öngören kanunların da teklif ve kabullerinde 155. maddedeki usul ve şartlara uyulmuş bulunulup bulunmadığı açısından, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulmaları zorunludur”

gerekçesiyle verdiği kararında (28), anayasa değişikliklerinin şekil açısından Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğini belirtmekteydi.

mahkemesi tarafından yapılacak olan kanunlar ve içtüzüklerdeki anayasaya uygunluk denetiminin şekil ve esas bakımından yapılacağına dair bir düzenleme mevcut değildir. Böyle bir ayırma, Anayasa mahkemesinin kararlarında rastlanmaktadır. Nitekim, 16.11.1965 t. ve E. 1964/38, K. 1965/59 sayılı kararında, “...Anayasa...kanunların yargı denetimine bağlı tutulmasını 147 nci maddesinde kabul etmiştir. Bu maddede, Anayasa Mahkemesinin, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceği açıklanmıştır. Mutlak olan bu hüküm, kanunların gerek şekli ve gerek esas bakımlarından Anayasa'ya uygunluğunun Mahkememizce denetlenmesini kapsamaktadır...” demektedir. (Bkz. AMKD, S.3, s. 283-284).

(27) Özbudun, s. 365.

(28) Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 t., E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı kararı. Bkz. AMKD, S. 8, s. 322-323).

b- Esas Denetimi

Bilindiği gibi esas denetimi, kanunun veya Anayasada sayılan diğer normların muhtevasının Anayasa hükümleri ile çatışıp çatışmadığının denetlenmesi anlamına gelir (29). Başka bir ifadeyle, esas bakımından Anayasaya uygunluk, normun orjinal hükmünün, maddi hukuk açısından, Anayasa hükümlerinin dış hududunu aşmaması demektir (30). Denetlenen normun Anayasaya aykırılığı çok çeşitli sebeplerle ortaya çıkabileceği için, esas yönünden Anayasaya aykırılık durumlarını tam olarak tanımlamak ve sınıflandırmak güçtür (31).

Anayasanın 147. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri belirtilirken, yapılacak denetimin türünden söz edilmemekteydi. Fakat Mahkeme, 1965 yılında verdiği bir kararında (32),

“Anayasanın, değiştirilme şekli ve şartları 155 inci maddesinde gösterilmiştir. Oradaki usullere uyularak, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm hariç olmak üzere, Anayasa hükümlerinin değiştirilebileceğinden şüphe edilemez.

Ancak Anayasa'nın bu maddesinde (değiştirilme) den söz edilmesi sebepsiz değildir. Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve (hürriyete, adalete, fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet) etmiş bulunan Türk Milletinin Anayasa'nın ve niteliklerini belirttiği hukuk devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin getirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155 inci maddenin, Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasa'nın ruhuna uygun değişmelere imkan sağlamak maksadıyla kabul edilmiş olduğu söz götürmez bir gerçektir. Ancak Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir kelime ile 1961 Anayasa'sının özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasa'nın devredilmesini öngören maksatların, sözü geçen 155 inci

(29) Özbudun, s. 361.

(30) Özçelik, s. 108.

(31) Özbudun, s. 361.

(32) Anayasa Mahkemesinin 26.9.1965 t., E. 1963/173, K. 1965/40 sayılı kararı. AMKD, S. 4, s. 329.

maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir”

diyerek, bir anayasa değişikliğinin hukuken geçerli olabilmesi için yalnızca değiştirme usulüne uyularak yapılmasının yeterli olmadığını; bu değişikliğin aynı zamanda “Anayasanın ruhuna uygun” bulunması, “Anayasanın özünü ortadan kaldırıcı” nitelikte olmaması gerektiğine de işaret etmiş ve böylece esas bakımından da denetim yaptığını vurgulamıştır. Daha sonraki kararlarında Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin esas denetimi için kullandığı bu ölçütleri biraz olsun netleştirmiştir (33). Mesela, Anayasa Mahkemesi bir başka kararında (34),

“1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez).

Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa'da (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa'nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa'nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, “Cumhuriyet” sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan “Cumhuriyet” sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.

Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle

(33) Onar, s. 139.

(34) Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 t., E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı kararı. AMKD, S. 8, s. 323.

doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.

Görülüyor ki Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır.

Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir."

diyerek, 1961 Anayasasının 9. maddesinde yer alan "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif olunamaz" düzenlemesinden yola çıkmış; ve bu maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının Cumhuriyet sözcüğünü değil, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç kısmında yer alan ilkelere dayanan Cumhuriyet rejimini korumak olduğunu belirtmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini esas yönünden de inceleme yetkisinin bulunduğunu bu kararında da belirtmiştir (35).

II. 1971 Değişikliğinden Sonraki Durum

1961 Anayasasının 147. maddesinin birinci fıkrası, 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla (36), değiştirilmiştir (37). Söz konusu değişiklikle maddenin birinci fıkrası, "Anayasa Mahkemesi,

-
- (35) Anayasa Mahkemesinin bu konudaki başka kararları da vardır. Bunlardan Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 t., E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı kararı için bkz. AMKD, S. 9, s. 428-429.
- (36) Söz konusu kanunla yapılan değişiklik, muhtemelen, Anayasa Mahkemesinin "anayasa değişikliğini öngören kanunların, gerek biçim gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmesini" ihtiva eden 16.6.1970 t., E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı kararına karşı bir tepki olarak gerçekleştirilmiştir (Özbudun, s. 128).
- (37) Bu değişikliğin gerekçesinde, "Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir... Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği... tesbit olunmuştur" denilmektedir (Özbudun, s. 128).

kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya; Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler" şekline dönüşmüştür. Böylece, daha önceden Anayasada yer almadığı halde Anayasa Mahkemesinin kendisini yetkili bulduğu anayasa değişikliklerinin denetimi, artık doğrudan Anayasada düzenlenmiştir. Ancak, maddede anayasa değişikliklerinin denetiminin sadece şekil açısından yapılabileceğinin belirtilmesiyle, Anayasa Mahkemesinin o güne kadar kendisinde gördüğü anayasa değişikliklerinin şekil ve esas açısından denetleme yetkisi daraltılmıştır (38).

Ne var ki, anayasa değişikliklerine ilişkin denetimin sadece şekil bakımından yapılabileceğini öngören 147. maddedeki bu yeni düzenlemeye karşın, Anayasa Mahkemesi yine anayasa değişikliklerini, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyet'in niteliklerine ve başlangıçtaki ilkelere uygunluğu açısından denetlemeye devam etmiştir (39). Anayasa Mahkemesi, bu kez esas denetimi yapmaya devam etmesi sonucuna farklı bir gerekçe ile ulaşmış ve daha önce esas denetimi olarak değerlendirdiği faaliyetini, bu sefer şekil denetimi olarak ele almıştır (40). Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararlarında, Anayasanın değiştirilen 147'nci maddesi karşısında anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetiminin mümkün olmadığını kabul etmekle beraber, değişmezlik ilkesinin amacının sadece Cumhuriyet kelimesi değil, Anayasada nitelikleri belirtilmiş, Cumhuriyet rejimini korumak olduğu yolundaki eski görüşünü tekrarladıktan sonra, 9'uncu madde hükmünün "içeriği bakımından biçime ilişkin bulunan iki yönlü bir kuraldan oluş"tuğunu ileri sürmüştür. Bu iki yön, değişmezlik kuralı ve teklif yasağıdır (41). Anayasa Mahkemesine göre, bu kurallar birer şekil kuralıdır.

Anayasa Mahkemesinin bu yeni yaklaşımının ifadesini bulduğu karar şu şekildedir:

(38) Servet Armağan, "1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi", İÜHFİM, C.XXXVII, İstanbul 1972, S. 1-4, s. 125-126; Tikveş, s. 389-390; Onar, s. 142; Özçelik, bu düzenlemeyle, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerinde şekil bakımından, yargısal denetim yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin, önceden varolan bazı şüphe ve tereddütler de giderilmiştir, görüşündedir (Özçelik, s. 255).

(39) Onar, s. 144; Özbudun, s. 128-129.

(40) Teziç, s. 71-72; Onar, s. 144.

(41) Özbudun, s. 128-129.

“Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak (42) teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yaşama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır... 9’uncu maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, “dava konusu olan Anayasa değişikliği”, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir” (43).

Anayasa Mahkemesi, bu görüşten hareket ederek, çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda dört Anayasa değişikliğini iptal etmiştir (44).

Böylece, Anayasa Mahkemesi sanki 1971 değişikliği hiç yapılmamış gibi, yine anayasa değişikliklerine ilişkin denetimini, hem şekil hem de şekil görüntüsü altında esas yönünden sürdürmüştür (45).

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararları, doktrinde ilginç tartışmalara neden olmuştur. Bazı yazarlar, Anayasa Mahkemesinin bu tutumunu onaylarken, diğer bazı yazarlar ise, söz konusu kararları Anayasa Mahkemesinin yetki alanı dışında bularak eleştirmişlerdir (46).

(42) Onar, burada “hak” yerine “yetki” sözcüğünün kullanılması gerektiğini söylemektedir (Onar, s. 145, dn. 20).

(43) Anayasa Mahkemesinin 15.4.1975 t., E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı kararı (AMKD, S. 13, s. 430-431).

(44) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özbudun, s. 129-130; Onar, s. 147-148 dn.26.

(45) Teziç, s. 71-72; Özbudun, s. 130; Onar, s. 148.

(46) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özbudun, s. 130-131; Onar, s. 145-146.

Ş 3. 1982 ANAYASASINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

I. Genel Olarak

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinin birinci fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler..."

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır" diyerek 1961 Anayasasının 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş hükmünün aksine, şekil denetiminin sınır ve kapsamını belirten bir düzenleme getirmiştir (47). Bu açık hüküm karşısında, artık Anayasa Mahkemesinin, bir anayasa değişikliğini Cumhuriyetin özüne uygunluk açısından denetlemesi mümkün değildir (48).

II. Yargısal Denetimin Türü ve Kapsamı

a- Denetimin Sadece Şekil Açısından Yapılabilmesi

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceğini 148. maddesinin birinci fıkrasında hükme bağlamıştır. 148. maddenin ikinci fıkrasında ise, şekil bakımından yapılacak denetimin kapsamı belirlenmiştir: "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır..."

Aynı hüküm, 10.11.1983 tarihli 2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un (49) 21. maddesinin birinci fıkrasında da yer almaktadır: "Anayasa Mahkemesinin şekil bakımından denetimi, kanunlarda son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa

(47) Özbudun, s. 131-132.

(48) Özbudun, s. 132.

(49) Söz konusu kanunun metni için bkz. Tunç, İtiraz Yolu, s. 89 vd.

değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlıdır”.

Demek ki, Anayasa Mahkemesi, kanunları şekil bakımından denetlerken, yalnız son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını; anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartına uyulup uyulmadığını dikkate alabilecektir. Burada belirtilen, teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarının ayrı ayrı açıklanmasında yarar vardır.

aa- Teklif Çoğunluğu

1982 Anayasasının, Anayasanın değiştirilmesi kenar başlığını taşıyan 175. maddesi 17.5. 1987 tarihli ve 3361 sayılı yasa ile değiştirilmiştir. Değişikle, madde kenar başlığı “Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma” şekline dönüşmüştür.

Söz konusu 175. maddenin birinci fıkrası, 1987’de yapılan değişiklikten önce şöyleydi: “Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez...”.

17.5.1987 tarihinde 3361 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra madde şu şekli almıştır: “Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür...”.

17.5.1987 değişikliğinden önce ve sonra 175. maddenin birinci fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini denetlerken bakabileceği hususlardan biri, değişiklik teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından ve yazıyla yapılıp yapılmadığıdır. Söz konusu teklif yetersayısı, bir anayasa değişikliği sürecini başlatabilmek için aranmaktadır (50). Bu süreç bir kez başladıktan sonra, değişiklik teklifinin görüşülmesi Anayasada öngörülen usule göre sürerken, gerek komisyon incelemesi sırasında, gerek Genel Kuruldaki görüşmelerde, değişiklik teklifi üzerine yapılması önerilen bazı değiştirmeler için, artık Meclis üye tamsayısının üçte birinin imzasının aranmasına gerek yoktur. Ancak bu değiştirme

(50) Onar, s. 45.

istemlerinin, görüşülmekte olan değişiklik teklifi ile ilgili olması gerekir. Eğer, değiştirme istemlerinin, görüşülmekte olan değişiklik teklifi ile hiç bir ilgisi yoksa; bu istemlerin kabul edilmesi durumunda, söz konusu değişikliğin, teklif yetersayısı açısından Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir (51). Aynı bu durum gibi, Cumhurbaşkanınca bir kez daha görüşülmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne geri gönderilen bir anayasa değişikliğinde, Cumhurbaşkanı, incelemiş olduğu metinle hiç ilgisi olmayan bir değiştirmenin yapılmasını istiyorsa, bu durumda da, anayasa değişikliğinin teklif yetersayısı açısından sakat olacağı savunulabilir.

bb- Oylama Çoğunluğu

Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini denetlerken teklif yetersayısından başka dikkate alacağı bir diğer husus, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte üç çoğunluğuyla kabul edilmiş olup olmadığıdır.

Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi, "Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür" hükmü ile bu durumu düzenlemiş bulunmaktadır. Bu beşte üç çoğunluk, değişiklik teklifinin tâbi tutulduğu her aşamadaki oylamada aranmaktadır (52). Bu sebeple de Anayasa Mahkemesi, bir anayasa değişikliği kanununun gerek maddelerine geçilmesi sırasında, gerek maddelerinin kabulünde, gerekse kanunun tümü üzerindeki son oylamada, beşte üçlük yetersayısının sağlanmış olup olmadığını denetleyebilecek demektir.

Nitekim, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminin sınırlarını belirleyen 148. maddenin ikinci fıkrası, kanunların denetiminde sadece "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı"nın dikkate alınacağını belirtirken; anayasa değişikliklerinde "son oylama"dan değil, "oylama çoğunluğu"ndan söz edilmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinde sadece son oylamayı değil, anayasa değişikliğine dair kanunun maddelerine geçilmesi ve maddelerinin kabulü aşamalarındaki oylama çoğunluğunu da denetleyebilecektir.

Bu arada belirtmek gerekir ki, Anayasanın 175. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, Cumhurbaşkanınca bir kez daha incelenmesi için Meclise geri gönderilen bir anayasa değişikliğinde, Meclisin,

(51) Onar, s. 151-152.

(52) Onar, s. 152.

Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesini benimsemeyip, kendi ilk metnini aynen kabul edebilmesi için Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu gerektiğine göre; Anayasa Mahkemesi de bunu (aynen kabul edilmiş anayasa değişikliğini) oylama çoğunluğu açısından denetlerken, üçte iki çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığına bakacaktır.

cc- İvedilikle Görüşülememe Şartına Uyulup Uyulmadığı

1982 Anayasasının 175. maddesinin 1987 senesinde 3361 sayılı kanunla yapılan değişikliğinden önce, birinci fıkrasının üçüncü cümlesi, "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez" hükmünü ihtiva ederken, bu ifade, 3361 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra, "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurul'da iki defa görüşülür" şekline dönüştürülmüştür.

Bilindiği gibi, ivedilikle görüşme, teklifin "yalnız bir defa görüşülmesi"ni ifade eder (53). Başka bir ifadeyle, ivedilik usulü, kanun tasarı ve tekliflerinin Meclis Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında normal olarak izlenen iki defa görüşme kuralından Meclis kararıyla sapılarak tek görüşme ile yetinilmesini ifade etmektedir (54).

Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, anayasa değişikliklerinin şekil denetiminin kapsamı belirtilirken, "ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı" da sayıldığına göre, anayasa değişikliğini öngören kanun teklifleri, ivedilikle yani yalnız bir defada görüşülemeyecektir. Bu durum, 1987 değişikliğinden sonra 175. maddede de "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür..." hükmüyle açıklanmıştır. Başka bir ifadeyle, 148. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini denetlerken dikkate alacağı son bir husus olarak belirtilen "ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı" ibaresinden, anayasa değişikliği teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda iki defa görüşülüp görüşülmediğinin denetlenmesinin anlaşılması gerekir.

Anayasanın, anayasa değişikliklerinin görüşülmesinde ivedilik kararı alınmasını yasaklamasının, başka bir ifadeyle, genel kurulda iki defa görüşülmesinin istenmesinin amacı, anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmemesi, konu üzerinde daha titizlikle durulması ve iki

(53) Teziç, s. 36.

(54) Özbudun, s. 124.

görüşme arasında kamuoyunun çeşitli yollardan ifade bulabilmesinin sağlanmasıdır (55).

Anayasa değişikliklerinin ivedilikle görüşülememesine karşılık, bunların "öncelikle" görüşülmesini yasaklayan bir Anayasa hükmü yoktur (56). Bilindiği gibi, öncelikle görüşme, bir tasarı ya da teklifin, meclis gündeminde yer alan başkaca konulardan daha önce görüşülmesi demektir (57). Öncelikle görüşmenin yapılabilmesi için, hükümetin ya da ilgili komisyonun (58) yazılı gerekçe belirtmesi şartı aranmaktadır (59). Anayasa Mahkemesi de bir kararında (60), öncelik ve ivediliğin hukuksal nitelik ve amaçları yönünden ayrı kurumlar olduklarını, bunların tek ortak yanının görüşmelerde çabukluk sağlamaktan ibaret bulunduğunu, eğer Anayasa koyucu anayasa değişikliklerinin öncelikle görüşülmesini de yasaklamak istemiş olsaydı bunu açıkça belirtebilecek olduğunu, dolayısıyla ivedilikle görüşme yasağının öncelikle görüşmeyi kapsamadığını belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, bir anayasa değişikliğini şekil açısından denetlerken, onun izlemesi gereken süreçte ortaya çıkan her türlü aksaklığı dikkate alamayacak, sadece teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarına uygun hareket edilip edilmediğini incelemekle yetinecektir.

b- Değiştirilmesi yasaklanmış olan maddelerin durumu

1982 Anayasasının 4. maddesi, "Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" diyerek, 1., 2. ve 3. maddelerinin değiştirilmesini ve değiştirilmesinin teklif edilmesini yasaklamıştır.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen 148. maddesi de, anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesince sadece şekil açısından denetlenebileceğini

(55) Özbudun, s. 124.

(56) Eroğul, s. 147-148; Özbudun, s. 124.

(57) Teziç, s. 36.

(58) Öncelik teklifinde bulunma yetkisi, İçtüzük'ün 74/II. maddesine göre, sadece hükümet ve ilgili komisyona aittir. Dolayısıyla, yasama üyelerinin böyle bir teklifte bulunma yetkileri yoktur (Eroğul, s. 147, dn. 50).

(59) Teziç, s. 36.

(60) Anayasa Mahkemesinin 15.4.1975 t., E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı kararı, AMKD, S. 13, s. 452-454.

öngörmekte ve bu şekil denetimini, teklif ve kabul çoğunluğu ile değişikliğin ivedilikle görüşülüp görüşülmediği hususları ile sınırlandırmaktadır. Böyle olunca, Anayasanın bu iki maddesi, ortaya çelişkili bir durum çıkarmaktadır (61). Şu halde, teklif ve kabul yetersayısında eksiklik olmayan ve ivedilikle de görüşülmeyen bir anayasa değişikliği, değiştirilmesi yasaklanan maddelerden birine aykırı olan düzenleme getiriyorsa ne olacaktır (62)? Anayasa Mahkemesi, bu değişikliği, Anayasada değiştirilmesi yasaklanmış maddelerden birini değiştirdiği için iptal mi edecektir, yoksa, ortada denetleyebileceği bir şekil aksaklığı olmadığı için bu konuda kendisini yetkisiz mi bulacaktır?

Bu soruna doktrinde iki farklı şekilde yaklaşılmaktadır:

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, değiştirilmesi yasaklanmış bir konuda yapılan anayasa değişikliği yok hükmündedir (63) ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesi böyle bir anayasa değişikliğini denetleyebilir, onun yokluğunu belirleyebilir (64).

(61) Özbudun, s. 132.

(62) Kaneti, Anayasada değiştirilmesi yasaklanmış maddelerin, diğer maddelerde yapılacak değişikliklerle, dolaylı olarak değiştirilebileceğine dikkat çekip, bu konuda Anayasada "örtülü bir boşluk" olduğunu ileri sürmekte ve değişmez maddelerin bu yoldan değiştirilebilmelerini önleyecek bir hukuksal güvenceye ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir (Selim Kaneti, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması", Anayasa Yargısı, 8, Ankara 1991, s. 81.

(63) İdarî bir kararın mevzuata, hukuka -herhangi bir cihetten- aykırılığı, bazı hallerde, bir yokluk sebebi teşkil eder. Yani karar yoklukla malûl sayılır. Bir kelime ile, karar gayrimevcut, keenlemeyekün, yok farzolunur. İptal ile yokluk arasında önemli farklar vardır: i- Yokluk iptalden daha ağır bir müeyyidedir. ii- Yoklukla malûl bir karar hiç doğmamış olduğu için, bunun idareye isnadı ve izafesi mümkün değildir, bu idarî bir karar sayılmaz. Halbuki iptale mahkum bir karar hukuken doğmuş, dünyaya gelmiştir, bu idarî bir karardır, iptal sebeplerinden biriyle malûldür, iptali istenebilir. iii- Yokluk, çok ağır ve kuvvetli bir müeyyide olduğundan, ancak çok ağır ve bariz aykırılık hallerinde söz konusu olur ki bu haller belirli ve sınırlıdır. Bir idarî karar, salahiyet gasbı, fonksiyon gasbı ve ağır ve bariz salahiyet tecavüzü durumlarında yoklukla malûldür. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Ragıp Sarıca, İdarî Kaza, İstanbul 1949, s. 55-60.

(64) Örneğin, Yayla, Anayasa Mahkemesinin değiştirilmesi yasaklanmış maddeler üzerinde yapılacak değişiklikleri denetleyebileceği ve varsa "yokluk benzeri sakatlık"ı, tesbit edebileceği görüşündedir (Yıldızhan Yayla, "1982 Anayasasına Göre Devletin Özü" İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 4, 1983, S. 1-3, s. 133-149)

Diğer bir görüşe göre ise, değiştirilmesi yasaklanmış maddelere yönelik değişiklikler üzerinde, Anayasa Mahkemesinin 148. maddede öngörülen şekil denetimi dışında ayrı bir denetim yetkisi yoktur (65). Anayasanın 148. maddesi, denetimin sadece şekil açısından yapılmasına izin verip, esas açısından denetleme yetkisi vermediğine göre, Anayasa Mahkemesinin, bir anayasa değişikliğinin değiştirilmesi yasaklanmış maddelere aykırı olup olmadığını denetleyememesi gerekir.

1982 Anayasasını hazırlayan kurucu iktidar, Anayasadaki değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin kapsamını genişletirken, bu değiştirme yasağına uymayı sadece yasama organının takdirine bırakmayıp, Anayasa Mahkemesine bu maddeler üzerinde yapılacak değişiklikleri denetleme yetkisi vererek yargısal güvence altına alsaydı, şüphesiz ki, daha tutarlı davranmış olurdu (66).

III. Denetim Yolları

Anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasında, "iptal davası" ve "def'i" olmak üzere iki yol vardır. Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi açısından bunlardan sadece iptal davası söz konusudur. Def'i yoluyla denetim ise Anayasa tarafından yasaklanmıştır. Bu iki denetim yolu ayrı ayrı ele alınmalıdır.

a- İptal Davası

aa- Genel Olarak

Anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasında birinci yol, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmasıdır. İptal davası yoluna, "soyut norm denetimi" de denmektedir (67).

İptal davası yoluyla, Anayasaya şekil bakımından aykırı olan kurallar iptal edilerek hukuk düzeni artırılmakta ve uygulamada Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesine çalışılarak kamu

(65) Onar, s. 162; Özbudun, "1982 Anayasası, anayasayı değiştirme yasağının kapsamını genişletirken, Anayasa Mahkemesinin bu konuda bir denetim yapması imkanını da ortadan kaldırmıştır. Bu durumda, değiştirme yasağının gerçek bir hukukî müeyyideden yoksun olduğu, bunun ancak Türkiye Büyük Millet Meclisine hitap eden manevi bir müeyyidesinin bulunduğu sonucuna varılabilir", demektedir (Özbudun, s. 132).

(66) Onar, s. 164.

(67) Yılmaz Aliefendioğlu, "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 105.

yararı amacı güdülmektedir (68). Bu açıdan usulüne uygun olarak açılan bir iptal davasından vazgeçilmesi, ya da davayı açanın ölmesi davanın Anayasa Mahkemesi'nce incelenip karara bağlanmasını engellemez (69).

bb- İptal Davası Açmaya Yetkili Olanlar

1982 Anayasasının 148. maddesinin ikinci fıkrası, "...şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir." diyerek, kanunlar ve anayasa değişiklikleri için şekil bakımından anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davasının, Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin beşte biri tutarındaki üyelerince açılabileceğini öngörmüştür.

Anayasanın, iptal davası kenar başlığını taşıyan 150. maddesi, "Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanı, iktidar ve anamuhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir..." hükmünü getirmiş; 151. madde de, dava açma süresini, "Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname veya İçtüzüğü'nün Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer" diyerek düzenlemiştir.

Böylece, 148. maddede getirilen düzenlemeyle, anayasa değişiklikleri ve kanunlar için şekil bakımından dava açabilecek olanlarla dava açma süresi, iptal davasına ilişkin genel kuraldan ayrılmış bulunmaktadır. Bunlardan dava açma süresi bir sonraki alt başlıkta ele alınacağı için burada sadece kimlerin dava açabileceğine yer verilecektir.

Bu arada belirtmek gerekir ki, 10.11.1983 tarih ve 2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un 20. maddesinin son fıkrasına göre, "İktidar ve Anamuhalefet partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bozuklukları iddiasıyla iptalleri için dava açamazlar". Bu hükümle, Anayasanın 148. ve 150.

(68) Aliefendioğlu, s. 105.

(69) Aliefendioğlu, s. 105.

madde hükümleri uzlaştırılmış ve anayasa değişikliği hakkında şekil aykırılığı iddiasıyla sadece Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin en az beşte bir tutarındaki üyelerinin iptal davası açabileceği ortaya konulmuştur.

Ancak, anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil açısından Anayasaya aykırı olduğu için iptal davası açabilecek olanlarla, bir kanun hakkında esas açısından Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açabilecek olanlar arasında "niçin böyle bir ayırım gözetilmiş olduğunu anlamak kolay değildir" (70). Mamafih uygulamada iktidar ve anamuhalefet partileri, elbette beşte bir tutarındaki kendi üyelerine dava açtırmak suretiyle aynı sonucu sağlayabilirler (71). Başka bir ifadeyle, anamuhalefet partisinin Meclis üye tamsayısının beşte birine sahip olduğunda kendi üyelerine dava açtırmak şekil aykırılığı olan anayasa değişikliğini Anayasa Mahkemesi önüne götürmesi düşünülebilirse de; iki büyük partinin koalisyon hükümeti kurduğu hallerde, anamuhalefet partisinin beşte bir milletvekiline sahip olamaması ihtimalini de gözden uzak tutmamak gerekir. Bu nedenle de, en azından anamuhalefet partisi meclis grubuna da dava açma yetkisinin, tanınması gerekirdi (72).

Buna göre, anayasa değişiklikleri için şekil bakımından iptal davası açabilecek olanlar, Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biridir. Anayasa değişikliklerine ilişkin şekil yönünden iptal davası açabilecekler hakkındaki bu sınırlama, sadece kanunların ve bir kanun biçiminde gerçekleşen anayasa değişikliklerinin denetimi bakımındandır. Kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, söz konusu sınırlamaya tâbi değildir (73). Dolayısıyla bunlar hakkında, iktidar ve anamuhalefet partileri Meclis grupları da iptal davası açabilirler.

aaa- Cumhurbaşkanı

Anayasa değişikliklerine ilişkin şekil yönünden iptal davası açabilecek olanlardan birincisi, Cumhurbaşkanıdır. Bu Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ifadesini bulmuştur. Buna göre, "...şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir". şekil bakımından denetleme isteğinin ancak

(70) Özbudun, s. 373.

(71) Onar, s. 168; Özbudun, s. 373.

(72) Onar, s. 168.

(73) Aliefendioğlu, s. 111.

iptal davası yoluyla yapılabilmesinde kuşku yoktur. Nitekim, maddede bu hükmü takip eden cümlede, "...şekil bozukluğuna dayalı iptal davası..." ibaresi mevcuttur (74).

Cumhurbaşkanı iptal davası açabilmek için, Başbakan ve ilgili bakanların karşı-imzasına muhtaç değildir. Bu, niteliği gereği olarak, Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği bir yetkidir (75). Gerçekten, anayasa değişikliğinin kabul edilmesinde en önemli rolü, çoğunluk partisi oynayacağına ve Bakanlar Kurulu da büyük bir ihtimalle bu parti tarafından kurulacağına göre, Başbakan ve ilgili bakanın kendi partilerinin oyuyla kabul edilmiş olan bir anayasa değişikliği için Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmasına izin vermeleri herhalde düşünülemez. Nitekim, 98. maddesinde "Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır" hükmünün yer aldığı 1961 Anayasası döneminde bile, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının bu yetkisini tek başına kullanabileceğine karar vermiş bulunuyordu (76). Cumhurbaşkanının, bazı kararları karşı-imza aranmaksızın tek başına alabilmesine imkan tanımış olan 1982 Anayasasına göre, bu konuda bir sorun olmaması gerekir (77). Zaten uygulamada da, Cumhurbaşkanı bu yetkisini tek başına kullanmaktadır (78).

bbb- Türkiye Büyük Millet Meclisinin En Az Beşte Biri Tutarındaki Üyeleri

1982 Anayasası, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine belli bir oranı sağlamak şartıyla Anayasa Mahkemesi'nde, anayasa değişikliklerine ilişkin şekil bakımından iptal davası açma yetkisi

(74) Aliefendioğlu, s. 109.

(75) Özbudun, s. 373; Yavuz Atar, "Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açma Yetkisi", SÜHFD., C. I, S. I, s. 115-119; Aliefendioğlu, s. 109; Karşı görüş için bkz. Armağan, Kazat Murakabe, s. 38-39.

(76) Anayasa Mahkemesi, 16.3.1976 t., E. 1975/183, K. 1976/15 sayılı kararında, "...Öte yandan Anayasa; Cumhurbaşkanına, yürütme organının başı olması yönünden değil, ...tarafsız bir baş olması yönünden de kimi görevler vermiştir. Bunlardan biri de Anayasa'nın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır. Çünkü böyle bir durumda, bu yetki, ancak Başbakan veya ilgili Bakanca uygun görülmesi halinde kullanılabilir...Hemen eklemek gerekir ki, Anayasa'nın 149. maddesi iptal davası açacakları göstermiş ve bunlar arasında yürütmü organına yer vermemiştir" demekteydi (AMKD, S. 14, s. 68).

(77) Aliefendioğlu, s. 109.

(78) Onar, s. 169.

vermiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi 550 milletvekilinden kurulu (m.75) olduğuna göre, bu üyelerin en az beşte biri olan 110 üye ile Anayasa Mahkemesi'ne, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi için iptal davası açılabilir.

Anayasa Mahkemesi, dava dilekçesinde imzası bulunan üyelere bir bölümünün dilekçeyi yanılarak imzaladıklarını ileri sürmeleri halini davanın görülmesine, şu gerekçeyle engel saymamıştır:

“Bu dilekçeyi imzalayanlar sıradan kimseler değildir... Bir milletvekilinin imzaladığı belgeyi, hele söz konusu olan bir iptal davası dilekçesi ise, bilmemesi veya bilmeden imzalaması... düşünülemez. Onun içindir ki dava dilekçesinin sehven veya bilmeyerek imzalandığı yolundaki soyut iddianın, yanılmanın niçin ve nasıl olduğunu ayrıntılarıyla ortaya koyacak bir açıklama, başka bir deyimle olağandışı bir durumun varlığı ile desteklenmedikçe, dinlenme değeri ve böyle bir iddianın üzerinde durulma ve araştırılmasına gidilme gereği yoktur” (79)

(80).

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Millet Meclisi üyeleri tarafından açılan iptal davasında, dilekçede imzası bulunan üyelere birinin imzasını geri aldığını açıklamasını da, önemsiz saymıştır:

“Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma hakkı... Anayasa'ya uygunluk denetiminin sağlanmasını öngören yollardan biridir ve bundaki kamusal erek ve nitelik ortadadır. Böyle bir dava bir kez açıldı mı artık ondan vazgeçilemez ve vazgeçme iddiası dinlenemez” (81)

Türkiye Büyük Millet Meclisinin beşte biri tutarındaki üyelerin, çeşitli partilere mensup milletvekillerinden ve bağımsızlardan da oluşabileceğinde şüphe yoktur (82).

cc- İptal Davası Açma Süresi

Anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya

(79) Anayasa Mahkemesinin 03.02.1972 t., E. 1971/52, K. 1972/1 sayılı kararı, AMKD, S. 10, s. 87.

(80) Atar, 124.

(81) Anayasa Mahkemesinin 03.02.1972 t., E. 1971/52, K. 1972/1 sayılı kararı, AMKD, S. 10, s. 88.

(82) Özbudun, s. 373.

aykırılıkları iddiası ile iptal davası açma hakkı, bunların Resmî Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak on gün sonra düşer. Bu durum 2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun"un 22. maddesinde, "Anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılıkları iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazetede yayımlanmalarından başlayarak on gün... sonra düşer" denilerek belirtilmiştir.

Ayrıca, anayasa değişikliklerine ilişkin olarak açılacak olan iptal davasının açılma süresi, "Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz" hükmünü getiren 148. maddenin ikinci fıkrası ile de hükme bağlanmıştır. Buna göre, Cumhurbaşkanı veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte birinin, bir anayasa değişikliğine ilişkin iptal davasını, bu değişikliğin Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak on gün içinde açmaları gerekir.

Bu arada belirtmek gerekir ki, Anayasanın 148. maddesi ile 150 ve 151. maddeleri arasındaki süre bakımından ortaya çıkan çelişkili durum, anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından anayasaya aykırılıklarının incelenmesi için Danışma Meclisinin benimsediği bir çeşit ön denetim kurumunun, Milli Güvenlik Konseyince kabul edilmemesinden kaynaklanmaktadır (83). Bu çelişkili düzenleme karşısında yapılması gereken şey, anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılacak iptal davalarında, 148. maddenin ikinci fıkrasındaki özel hükmün uygulanmasıdır (84).

Şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açmak için belirlenen bu on günlük süre bir hak düşürücü süredir (85) ve Anayasada, "yayımlandığı tarihten itibaren", 2949 sayılı Kanunda da, "Resmî Gazetede yayımlanmalarından başlayarak" dendiğine göre; söz konusu sürenin hesabında, değişikliğin Resmi Gazetede yayımlandığı günün de dikkate alınması gerekir (86). Dava açma

(83) Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1987, s. 373; Onar, s. 165.

(84) Soysal, s. 374.

(85) Onar, s. 171.

(86) Nitekim, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında, dava açma süresinin saptanmasında, kanunun Resmi Gazetede yayımlandığı günün de hesaba katılacağını belirtmektedir. 03.7.1964 t., E. 1964/22, K. 1964/54 sayılı kararında, "...Anayasa Mahkemesinde doğrudan

süresinin son gününün resmi tatile rastlaması durumunda ise, tatili izleyen ilk iş gününde dava açılabilmesine imkan tanınmalıdır (87).

Gerek Anayasanın 148. maddesi, gerek 2949 sayılı kanunun 22. maddesi uyarınca, iptal davası açılmasına ilişkin sürenin başlangıcı olarak anayasa değişikliği hakkındaki kanunun yayımlandığı tarih dikkate alınacağı ve bu konuda anılan kurallarda bir ayırım da yapılmadığı için; anayasa değişikliğine ilişkin bir kanunun Resmî Gazetede yayımlanmasının, onun Cumhurbaşkanıca onaylanıp yürürlüğe sokulması amacıyla mı, yoksa halkoyuna sunulması nedeniyle mi yapılıyor olmasının durumu değiştirmemesi gerekir (88).

Gerçekten, Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliğine ilişkin bir kanunu, o kanunun yasama organında sağladığı kabul çoğunluğuna da bağlı olarak, ya onaylayıp yürürlüğe sokabilmekte, ya da takdiri veya zorunlu olarak halkoyuna sunabilmektedir. Anayasanın 175. maddenin 17.5.1987 tarihli ve 3361 sayılı kanunla değiştirilen şekli (89),

“Cumhurbaşkanı anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis geri gönderilen kanunu üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu kanunu halk oyuna sunabilir.

Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az

doğruya iptal davası açma hakkının iptali istenen kanunun... Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak doksan gün sonra düşeceği yazılıdır. Bu hüküm hiç bir tereddüde yer vermeyecek kadar açıktır...” (AMKD, S. 2, s. 207) denilerek, kanunun Resmî Gazetede yayımlandığı günün de iptal davası süresi için hesaba katılacağı belirtilmektedir. Ayrıca bkz. 08.12.1966 t., E. 1964/5, K. 1966/45 sayılı karar, AMKD, S. 4, s. 277-278.

(87) Anayasa Mahkemesi de, dava açılması için belirlenen sürenin son gününün resmi tatile rastlaması durumunda, onu izleyen ilk iş günü açılan davayı, “süresi içinde” açılmış kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 15.4.1975 t., E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı kararynda, “iptal davası...sürenin son gününün Pazara rastlaması nedeniyle, sonraki ilk iş günü... dava dilekçesinin...havale edilmiş olması karşısında, davanın süresinde açıldığı anlaşılmıştır” (AMKD, S. 13, s. 424), diyerek bu yönde karar vermiştir.

(88) Onar, s. 172.

(89) 1982 Anayasasının 17.5.1987 tarihli ve 3361 sayılı kanunla değiştirilen 175. maddesinin üçüncü fıkrasının değişiklikten önceki metni şu şekildedir: “Cumhurbaşkanı anayasa değişikliklerini Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderdikten sonra, Meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu kanunu halk oyuna sunabilir”.

oyla kabul edilen anayasa değişikliği hakkındaki kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoyulamasına sunulmayan anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır”

demek suretiyle, halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerini de, henüz onaylanıp yürürlüğe girmiş olmamalarına rağmen “kanun” olarak isimlendirmekte ve bunların da Resmi Gazetede yayımlanacağını öngörmektedir.

Bu durumda, şekil bozukluğuna dayalı iptal davasının düzenlendiği Anayasanın 148/II. maddesi ve 2949 sayılı Kanunun 22. maddesi, bir ayırım yapmadan, kanunun yayımından on gün sonra dava açma hakkının sona ereceğini belirttiğinden; henüz onaylanıp yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen, halkoyuna sunulan anayasa değişikliğine ilişkin bir kanun için de, söz konusu sürede dava açılabilmesi gerekir (90). Böylelikle, halkoyunda kabul edilmiş olan bir anayasa değişikliğini Anayasa Mahkemesinin artık denetleyemeyeceği de dikkate alındığında, yasama çokluğu ile Cumhurbaşkanının uyum içinde olduğu hallerde, bazı şekil aykırılıklarına rağmen bir anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulması ve bu aykırılıkların halkoyulamasında sağlanacağı düşünülen kabul sonucu ile giderilmesi beklentisinin de önüne geçilebilecektir. Bu nedenle, ister yürürlüğe sokulmak, isterse halkoyuna sunulmak için olsun, Resmi Gazetede yayımlanmasıyla birlikte, söz konusu dava açma süresi de başlayacak demektir (91).

Anayasa Mahkemesinin, halkoyuna sunulan kanunla ilgili kararını, halkoyulamasının yapılmasından önce vermesi durumunda, denetlenen kanunun halkoyuna sunulmuş olması bir sorun ortaya çıkarmayacaktır. Çünkü, Mahkeme denetlediği kanunu iptal etmişse, halkoyulamasına da gidilmeyecek; iptal istemini reddetmişse, halkoyulaması usulüne göre sürecektir.

Buna karşılık, Mahkeme, halkoyulamasının yapıldığı tarihe kadar kararını vermemişse, bu durum bir takım sorunlar ortaya çıkarabilir.

(90) Onar, s. 172.

(91) Onar, s. 172;

Mesela, Anayasa Mahkemesinin, halkoyuna sunulmuş ve kabul edilmiş olan anayasa değişiklikleri üzerinde denetime devam edip etmeyeceği sorulabilir. Bu durumda, eğer anayasa değişikliği halkoylamasında kabul edilirse ve Mahkeme de şekilden dolayı değişikliği iptal etmişse ne olacaktır? Anayasa değişikliği halkoylamasında kabul edilse bile Anayasa Mahkemesince iptal edilebilecek midir; yoksa, kurucu iktidarın aslı sahibi olan halk iradesinin onayı, anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşülmesi safhasında uğramış olabileceği şekil sakatlıklarını ortadan kaldırmıştır (92) mı denilecektir. Gerçekten, bir anayasa değişikliği için başvuru halkoylamasında milyonlarca seçmenin katılımıyla sağlanmış olan "kabul" sonucunun; şayet şekil sakatlığı varsa bunu gidermesi beklenir (93). Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin, halkoylamasında kabul edilmiş olan bir anayasa değişikliği üzerinde, artık denetimde bulunamaması gerekir (94).

b- Def'i Yolu

Anayasaya aykırılığın yargısal denetimini sağlama yollarından bir diğeri de, ilk derece mahkemelerinin, Anayasa Mahkemelerine gönderdiği aykırılık itirazlarıdır. Bu, mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin kendisine uygulanacak olan kanun hükmünün, Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmesi halinde işlemeye başlayan bir denetim yoludur (95). Anayasa yargısında def'i yolu ile denetime, "itiraz yolu ile denetim" veya "somut norm denetimi" de denir (96) ve bu teknik anlamda def'i olmayıp, aslında

-
- (92) Özbudun, "Anayasada açıklık olmamakla beraber, en üstün kurucu iktidar olan halk iradesinin belirmesinden sonra, artık Anayasa Mahkemesinde bir şekil denetiminin mümkün olamaması gerekir" demektedir (Özbudun, s. 133).
- (93) Onar, s. 174.
- (94) Aliefendioğlu, s. 111-112; Erdoğan Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", Anayasa Yargısı, 3, Ankara 1987, s. 104-105.
- (95) Kıratlı, s. 35; Tunç, İtiraz Yolu, s. 17; Aliefendioğlu, s. 115; Özbudun, s. 375.
- (96) Hasan Tunç, "1982 Anayasasının Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yoluna Getirdiği Yenilikler", SÜHFD, C. 1, S. 1, Konya 1989, s. 107; Tunç, İtiraz Yolu, s. 17; Teziç, s. 201; Anayasa yargısı, iptal davasında salt soyut kuralları üstün normlarla karşılaştırmak, yorumlayıp değerlendirmek durumunda bulunduğu halde; def'i yoluyla denetimde, aykırılık iddiasının ileri sürülmesine neden olan öznel nitelikteki esas davayı da göz önüne almak zorunda olduğundan, bunun somut öğelerinin etkisinden kaçınmaz (Lütfi Duran, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 72). Bundan ötürü, def'i yoluyla denetime "somut norm

bir "itiraz"dır (97). Çünkü, bir davada def'i taraflarca ileri sürülmediği takdirde, mahkeme bunu kendiliğinden (re'sen) dikkate alamaz. Oysa "itiraz"da, tarafların ileri sürmediği savunma olanaklarını, mahkeme kendiliğinden dikkate alır (98).

1982 Anayasasının 148. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, "Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez" hükmünü getirerek, anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırılığının, görülmekte olan dava sırasında mahkemelerde ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Aynı husus, 2949 sayılı kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrasında, "şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemelerde ileri sürülemez" denilerek düzenlenmiştir.

1961 Anayasası döneminde ise, Anayasada açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamada, kanunlar gibi anayasa değişikliklerinin de, şekil açısından anayasaya aykırılığı iddiası, def'i yoluyla, başka bir ifadeyle, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilebilmesi mümkün görülmekteydi (99).

1982 Anayasası'nda ise, anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetlenmesi, sadece teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe hususları ile sınırlı olduğundan, bu sınırlı sayıdaki şekil aykırılıklarının def'i yoluyla ileri sürülememesi, bir eksiklik

denetimi" de denir.

(97) Teziç, s. 203.

(98) Başka bir ifadeyle, bu denetim türü yalnız tarafların aykırılık itirazları ile değil, mahkemenin ilgili kanun hükmünü re'sen Anayasa'ya aykırı görmesi ile de işlemeye başlar (Özbudun, s. 375; Tunç, İtiraz Yolu, s. 17-18). Bu sebeple, doktrinde bazı yazarlar, bu yola, def'i veya itiraz yolu da denemeyeceği görüşündedirler. Hatta bazı yazarlar, "re'sen sevk"i bağımsız bir yol olarak kabul etmektedir (Tunç, İtiraz Yolu, s. 16-17).

(99) Mesela, Anayasa Mahkemesi, 23.3.1976 t. ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı kararında, "...Anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya aykırılıkları konusunda, ellerindeki davaları görmek ve çözümlenmekle yükümlü mahkemelerin, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurma yetkilerinin bulunup bulunmadığı sorunu üzerinde de durulmuş; ...dava mahkemelerinin de itiraz yoluyla Anayasa değişikliklerini Anayasa'da gösterilen biçim koşullarına uygunluk denetiminden geçirilmesini sağlamak ereğiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkili oldukları sonucuna varılmıştır" (AMKD, S. 14, s. 129) diyerek, Anayasa'nın değişik 38. maddesini görülmekte olan bir davada uygulayan mahkemenin, bu maddenin biçim açısından Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini belirtmekteydi.

olarak görülmemelidir. Kaldı ki, şekil açısından Anayasaya aykırılık iddiası on gün ile sınırlandırıldığına göre, Anayasa koyucu, bunun uzun süre gündemde kalmamasını istemiş olabilir (100). Buradan hareketle, “şekil bozukluğunun def’i yoluyla ileri sürülememesi, bu tür aykırılıkların sür’atle giderilmesi amacıyla, ancak on gün içinde iptal davasına konu olabileceği kabul edildiğine göre, süresiz olan itiraz yolu ile incelenip tartışılmaması tutarlı bir düzenlemedir” (101) de denilebilir.

IV. İptal İsteminin Karara Bağlanması

1982 Anayasası'nın, 149. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulünü düzenlemiş ve söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, “şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır” hükmü getirilmiştir.

Bu düzenleme de, şekil açısından iptal davası açma süresinin kısa tutulması ve şekil aykırılıklarının def’i yoluyla ileri sürülememesine ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi, Anayasa koyucunun, şekil aykırılığına yönelik iddiaların uzun süre gündemde kalmamasını istediğini göstermektedir (102).

Bundan başka, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri hakkındaki kararını üçte iki çoğunlukla verebileceğine ilişkin husus da dikkat çekicidir. 1982 Anayasası'nın 149. maddesinin birinci fıkrasında, “Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi için üçte iki oy çokluğu şarttır” denilerek, anayasa değişiklikleri için verilecek iptal kararı, Mahkemenin vereceği diğer kararlardan ayrı tutulmuştur. Böylece, anayasa değişiklikleri için verilecek iptal kararlarında, nitelikli çoğunluk aranmıştır.

Danışma Meclisince kabul edilen Anayasa Tasarısında, kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belli hükümlerinin iptaline karar verilebilmesi için, üçte iki çoğunluk şart koşulmuştu (103). Buna gerekçe olarak, “iptal kararlarının salt çoğunluğun sonucu olarak bir oy farkıyla verilebilmesi kamuoyunda tepkilere yol açmış, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yasal tasarrufunun mahkemede tek oy

(100) Onar, s. 176-177.

(101) Duran, s. 68.

(102) Onar, s. 177-178.

(103) Özbudun, s. 399.

farkıyla iptal edilebilmesi doyurucu olamamıştır” tarzında, gerçekte hiç “doyurucu” olmayan bir görüş ileri sürülmüştü (104). Eğer kabul edilmiş olsaydı, Anayasaya uygunluk denetiminin etkinliğini pek büyük ölçüde azaltacak olan bu hüküm, Milli Güvenlik Konseyince çıkarılmış ve Mahkemenin, normal olan mutlak çoğunlukla karar vermesi kabul edilmiştir (105).

Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişiklikleri dışında kalan diğer normların iptaline salt çoğunlukla karar vermesi; anayasa değişiklikleri hakkında vereceği iptal kararları için de yeterli sayılıyorsa, daha isabetli davranılmış olurdu (106). Çünkü, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerine ilişkin şekil denetimi yapmakta; esas denetimi ise yapamamaktadır. Eğer, anayasa değişikliklerinin, Anayasada değiştirilmesi yasaklanan maddelere uygun olup olmadığını belirleyen bir esas denetimi yapabilseydi, bu durumda nitelikli çoğunluk aranmasının bir anlamı olabilirdi. Oysa, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişiklikleri üzerindeki denetimi sadece şekil açısından yapabildiğine ve bu denetimin de teklif ve kabul yetersayısı ve ivedilikle görüşülememe hususları ile sınırlı olduğuna göre, nitelikli çoğunluk aranmasının bir anlamı yoktur, denilebilir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerine ilişkin iptal kararlarında da salt çoğunluğun yeterli bulunması yerinde olurdu (107).

SONUÇ

Bu çalışmada, 1961 ve 1982 Anayasalarına göre Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ele alınmıştır. Konu öncelikle, 1961 Anayasası açısından ele alınmış, 1982 Anayasasına göre de ayrıntılı olarak incelenmiş ve gerekli yerlerde karşılaştırma da yapılmıştır.

1961 Anayasası ilk hali itibariyle, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ait bir hüküm ihtiva etmemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasada böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen, anayasa değişikliklerini, bunların da bir kanun olmasından hareketle, hem şekil hem de esas bakımından denetlemiştir. Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye

(104) Özbudun, s. 399.

(105) Özbudun, s. 399.

(106) Onar, s. 180.

(107) Onar, s. 180.

devam etmesinin bir sonucu olarak, 1971 yılında Anayasada yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceği öngörülmüştür. Ne var ki, anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenebileceğini öngören Anayasanın bu 147. madde hükmüne rağmen, Anayasa Mahkemesi, denetimini, hem şekil hem de esasın şekil adı altında denetlenmesi biçiminde sürdürmüştür. Demek ki, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerine ilişkin yargısal denetimini hem şekil hem de esas bakımından devam ettiregelmiştir.

1982 Anayasası ise, 1961 Anayasasının 1971 yılında yapılan değişiklikleri ile getirilen düzenlemesinde olduğu gibi, Anayasa değişikliklerinin sadece şekil açısından denetlenebileceğini 148. maddesinde hükme bağlamıştır. Ancak, 1982 Anayasası aynı maddede, anayasa değişiklikleri için yapılacak şekil denetiminin kapsamını da belirleyerek denetime bir sınır getirmiştir. Bunlar, teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarıdır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, bir anayasa değişikliğini şekil açısından denetlerken, sadece teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartına bakabilecektir.

Anayasa değişikliğinin sadece şekil açısından sınırlı bir şekilde denetlenebilmesini öngören bu düzenlemeye karşın, değiştirilmesi yasaklanmış maddelerin 1961 Anayasasına göre çoğaltılmış olması çelişiklik arz etmektedir. Gerçekten 1982 Anayasası, bir yandan şekil denetiminin kapsamını sınırlandırmakta; diğer taraftan da, Anayasanın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin nitelikleriyle, 3. madde hükümlerinin de, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğunu belirleyen 1. madde gibi değiştirilmelerini yasaklamaktadır. Değiştirilmesi yasaklanmış maddelerden birine aykırı bir düzenleme getiren fakat şekil bakımından da herhangi bir eksikliği bulunmayan yani teklif ve oylama çoğunluğu açısından bir eksikliği olmayıp ivedilikle de görüşülmeyen bir anayasa değişikliği söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi bunu denetleyebilecek midir? Bu durumda, 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliğini esas açısından denetleme yetkisi vermediği ve şekil bakımından denetimi de sözü edilen üç hususla sınırlandırdığı için; böyle bir durumda Anayasa Mahkemesinin bu tür değişikliği denetleme yetkisinin olmadığı sonucuna ulaşılacaktır.

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisini sadece kapsam açısından sınırlandırmakla kalmamış; bu konuda dava açabilecek olanlarla,

dava açma süresini de daraltan bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, gerek kanun ve gerekse anayasa değişiklikleri için şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açma yetkisi, 148. madde hükmü gereği, sadece Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte birine tanınmış bulunmaktadır. Bu yetkililer, iptal davasını, değişikliğin Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak on gün içinde açmak durumundadırlar. Anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil açısından Anayasaya aykırı olduğunun, def'i yoluyla mahkemelerde ileri sürülemeyeceği de, 1982 Anayasasında dikkat çeken başka bir husustur.

Nihayet, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri dışındaki bütün kararlarını salt çoğunlukla alabilmesine rağmen, anayasa değişikliklerine ilişkin iptal kararında üçte iki oy çokluğunun aranması, yapılan denetimin sadece bir şekil denetimi olması sebebiyle isabetli gözükmemektedir. Bunda da salt çoğunluk aranması daha isabetli olurdu.

YARARLANILAN KAYNAKLAR *

- ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. B., İstanbul 1982
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984
- ARMAĞAN, Servet: "1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi", İÜHFİM, C.XXXVII, İstanbul 1972, S. 1-4
- ARMAĞAN, Servet: Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi, İstanbul 1967 (Kazaî Murakabe)
- ARSEL, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, byy. 1962
- ATAR, Yavuz: "Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açma Yetkisi", SÜHFD., C. I, S. I,
- DURAN, Lutfi: "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984
- EROĞUL, Cem: Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli

(*) Bir eserden birden çok yerde faydalanıldığında "kısaltma" kullanılmış olup; bu kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- Hukuk İncelemesi), Ankara 1974
- FEYZİOĞLU, Turhan: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazâî Murakabesi, Ankara 1951
- KANETİ, Selim: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması", Anayasa Yargısı, 8, Ankara 1991
- KIRATLI, Metin: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Ankara 1966
- ONAR, Erdal: 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986,
- ÖZÇELİK, Selçuk: Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Umumi Esaslar, C. I, İstanbul 1978
- SAN, Coşkun: Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Ankara 1974
- SARICA, Ragıp: İdarî Kaza, İstanbul 1949
- SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1987,
- TEZİÇ, Erdoğan: "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", Anayasa Yargısı, 3, Ankara 1987
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 1986
- TİKVEŞ, Özkan: Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982
- TUNÇ, Hasan: "1982 Anayasasının Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yoluna Getirdiği Yenilikler", SÜHFD, C. I, S. 1, Konya 1989
- TUNÇ, Hasan: "Anayasa Mahkemesinin Siyasi Yapısı", SÜHFD, C. II, S. 2, Konya 1988
- TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Erzincan 1992 (İtiraz Yolu)

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGILAMA USULÜNDE RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİ

* Yücel UĞURLU

GİRİŞ

İdarenin işlem ve eylem yaparken açıkladığı irade, özel hukukta açıklanan eşit iradelerden farklıdır. Kamu hukuku denildiğinde devletin üstün iradesi akla gelmektedir. İdare, sahip olduğu bu üstün güç ve yetkiyi, kamu gücü ve kamu yararına dayandırmaktadır(1). Bu nedenle idarenin aldığı kararlar tek yanlıdır ve muhatabın iradesine bakılmaksızın oluşarak sonuçlarını doğurur. Kamu gücü ve kamu yararına dayanan bu işlemler re'sen ve cebren uygulanma üstünlüğüne sahiptirler(2).

"Kanunilik karinesi" gereğince İdarenin yaptığı işlem ve eylemlerin hukuka uygun oldukları varsayılır(3). Kendisi hakkında ya da kendisini ilgilendiren işlem ya da eylemin hukuka aykırı olduğu düşüncesinde olan kişi, işlemin kaldırılması için idareye başvurabilir. Bu başvuru, hukuka uygun olmayan bir uygulamaya maruz kaldığını düşünen bireyin idare karşısında ilk sığınağı olmaktadır. Ancak işlemin mimarı olan idare, genellikle kendi aleyhine sonuçlar doğurabilecek olan bu yolu her zaman birey lehine harekete geçirmez. Bu açıdan idareye başvurarak işlemin kaldırılması yönteminin her zaman yeterince etkili olduğu söylenemez. Geriye, idarenin denetlenmesinde en etkili yol olduğunda kuşku bulunmayan yargısal denetim yolu kalmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, idarenin hür türlü eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması ve bu bağlılığın bağımsız yargı organları

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD. Arş. Gör.

1 ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 1966, s. 12; İdarenin üstün ve ayrıcalıklı durumu sadece irade ve tasarrufları bakımından değildir. Onun görevlileri ve malları da özel bir korumaya alınmış,gözetilmiş ve güçlendirilmiştir. ÖZAY, *ayr s 12*

tarafından denetlenmesi gereğini içermekte ve Anayasal koruma sağlamaktadır(AY 125).

Bu çerçevede, ülkemizde idarenin yargısal denetimi Fransız ve İtalyan Yargı Sistemine benzer şekilde idari yargı organlarınca sağlanmaktadır. Ancak, yukarıda sözünü ettiğimiz üstün irade, kamu gücü ve kamu yararını elinde tutması açısından silah üstünlüğüne sahip olan idare karşısında bireyin korunması, idari yargılama usulünün özellikleri ile kısmen bertaraf edilmiştir. Bu çerçevede, idari yargılama usulü üç özelliği ile dikkat çekmektedir; Yazılilik, idari yargı hakiminin re'sen araştırma yapabilme yetkisi ve idari yargılamanın basit ve az masraflı oluşudur.

Hukuk davalarında, hakimin bir hakem gibi, taraflarca getirilen iddia, savunma ve delilleri değerlendirerek karar vermesinden farklı olarak idari davalarda, hakim davayı yönetir(4) ve aktif olarak davanın içindedir. Burada, idari yargı hakiminin gerçeği ortaya çıkarmak için sahip olduğu en önemli imkan re'sen araştırma yetkisidir.

Bu çalışmamızda, idari yargılama usulünün önemli özelliklerinden olan ve idari yargılamanın hemen her aşamasına egemen olan re'sen araştırma ilkesi incelenecektir. İncelemede, Danıştay kararlarında re'sen araştırma ilkesine başvuru olan olaylar ışığında, ilkenin genel çerçevesi çizilecektir. Daha sonra ilkenin kapsamı, yargılamanın aşamaları göz önünde tutularak, yine Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar ışığında değerlendirilecektir. Son olarak, hukukta sınırsız bir yetkinin düşünülmemeyeceğini dikkate alarak ilkenin sınırlarını tespit etmeye çalışacağız.

I. GENEL OLARAK

İdari yargılama usulünde hukuk yargılama usulünde de olduğu gibi, hukuka aykırı durumu ortadan kaldırmak için, yargı mercileri kendiliklerinden harekete geçerek sorunu çözemezler. Sorunun bir dava ile yargı organları önüne getirilmesi gerekir(5).

Hukuk yargılama usulünde hakim, ancak tarafların isteği üzerine hareket eder ve taraflar davayı yönetir. İdari yargılama usulünde ise, yargılamanın yönetimi hakimdedir. En genel ifadelerle,

4 ÜNLÜÇAY, Mehmet, İdari Davaların Niteliği ve Yargılama Usulleri-II, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Y. 3, S. 25, Aralık 1997, s. 15.

5 SUNAY, Süheyla, Şenlen, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1997, s. 10.

dava malzemesinin hazırlanmasında taraflarla birlikte, hakim de görevli olması, re'sen araştırma ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Bu ilke, hukuk yargılama usulünde "davanın taraflarca hazırlanması" olarak adlandırılan ilkenin karşıtıdır. İdari yargı hakimi, delillerin araştırılmasında ve davanın yürütülmesinde re'sen hareket etme yetkisine sahiptir(6).

İdari yargılamada hakim re'sen araştırma yapabilme konusunda sahip olduğu bu "orijinal yetkinin"(7) temelinde, kamu yararı ve kamu düzeni düşünceleri yatar. Bilindiği üzere, idarenin hukuka uygunluk açısından en etkili denetim yolu yargısal denetimdir. İdari yargının esas görevi idareyi yargı yoluyla denetlemektir(8). İdari yargı bu denetimi yaparken kişi ile devlet arasındaki devlet lehine olan güç dengesizliğini ve genellikle dava ile ilgili bilgi ve belgelerin davalı taraf olan idarenin elinde bulunduğunu dikkate almak zorundadır. Re'sen araştırma ilkesi, sözünü ettiğimiz bu zorunluluğun ve gerekliliğin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Re'sen araştırma ilkesi, genel olarak İYUK' un 20 nci maddesinde düzenlenmiş ve Danıştay da çeşitli kararlarında ilkenin kapsamını ortaya koymaya çalışmıştır. İYUK' nun 20 nci maddesine göre;

"Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir...".

Madde incelendiğinde, 1 inci fıkrasında "her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yaparlar" ifadesi ile, Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalarla ilgili olarak, her türlü

6 GÖZÜBÜYÜK, Şeref; DİNÇER, Güven, İdari Yargılama Usulü, 1 inci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s. 402; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 377; Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 328.

7 DE SAINT MARK, RENAUD DENOYX; LABETOULLE, DANYEL, Fransız İdari Yargı Hakiminin. Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında Haiz Olduğu Yetkiler. (Çev. Erçetin Yorgancıoğlu), DD. Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, s. 253.

8 ÖZDEŞ, Orhan, İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri, DD. Y.3, S. 12-13, 1974, s. 15.

incelemeyi kendiliklerinden yapabilmeye yetkili oldukları ortaya çıkmaktadır. Buna göre, idari yargı hakimi davayı çözümlerken sadece tarafların ortaya koymuş olduğu bilgi, belge ve delillerle yetinmeyecek, gerektiğinde taraflardan ve üçüncü kişilerden yeni bilgi ve belgeler isteyebilecek, dava ile ilgili her türlü keşif ve bilirkişi araştırmasını içeren incelemelerde re'sen bulunabilecektir(9).

İYUK 20/1 ve DK. 61/2 inci maddelerinden Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinin re'sen araştırma yetkisine sahip olduğunu görüyoruz. Danıştay savcıları, bu yetkilerini Danıştay Başkanlığı aracılığıyla kullanabilirler.

Danıştay bu konudaki bir kararında(10) re'sen araştırma ilkesinin kapsamını şu şekilde belirtmiştir:

"2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinin 1. bendinde, Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla İdari Yargılama Usulü Hukukunda re'sen araştırma ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır.

Madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler."

Diğer bir kararında da(11) "...İdari yargıda, idare hakiminin, önüne getirilen bir uyuşmazlıkta, taraflarca ileri sürülmeyen tüm mevzuat ve hukuk ilkelerini re'sen nazara alarak karar vermesi(nin) genel esaslardan....." olduğu belirtilmiştir. İlkeyle ilgili genel çerçeveyi böylece çizdikten sonra, ilkenin kapsamına geçebiliriz;

II- RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİNİN KAPSAMI

A- İlk inceleme Safhasında Re'sen Araştırma

İdari yargılama usulünde, davanın açılmasından sonra ilk

9 AZRAK. Ülkü, Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 10-14. Mayıs 1993, Ankara, s. 31; ALVER, Cemil, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4.Baskı, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1994, s. 165.

10 D 3. DK, E: 1990/2057, K: 1990/3199, DD Y.22, S. 82-83, s. 225; D 3. DK, E: 1989/3460, K: 1990/3569, DD Y. 22, S. 82-83, s. 264.

11 D12.D, E.67/1682, K.68/1099, T.13.5.1968, DKD.123-126, s. 443.

incelemenin kimler tarafından, nasıl yapılacağı ve bu inceleme üzerine nasıl bir karar verileceği 2577 sayılı İYUK'un 14 ve 15 inci maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 14 üncü maddesinde düzenlenen ilk inceleme konularının takdiri hakime aittir. Ancak maddede düzenlenen konuların tümünde hakimın tamamen serbest olduğunu söyleyemeyiz(12). Aşağıda idari yargı hakiminin ilk inceleme safhasında ve re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde nasıl bir araştırma ve inceleme yapabileceğini ve yapması gerektiğini ele alacağız.

1) Görev ve Yetki

Türk usul hukuku bakımından yargı yerleri, idari yargı, adli yargı ve askeri yargı yerleri olarak ayrılmıştır. İdari yargı alanında ilk derece yargı yerleri olarak, belli konularda Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve vergi mahkemeleri ile genel görevli mahkeme olan idare mahkemeleri görev yapmaktadır. İdari yargılama usulünde görev, hangi konulardaki davalara, sözügeçen mahkemelerden hangisinin bakacağını ifade eder. Yetki ise, görevli mahkemelerden, coğrafi konumu itibariyle hangi mahkemenin o davaya bakması gerektiği konusyla ilgilidir(13).

Görev, kamu düzeni ile ilgili olduğundan davanın her aşamasında ileri sürülebilir . Tarafların ileri sürmemesi hakim in incelemesine engel değildir ve mahkemece re'sen araştırma ilkesi gereği kendiliğinden dikkate alınır. Yine aynı şekilde, yetki de kamu düzeni ilgilendiren bir kurum olarak, taraflarca yetki itirazında bulunulmasına bakılmaksızın mahkemelerce kendiliğinden dikkate alınmak zorundadır(14). Sözügeçen konuların kamu düzenine ilişkin olduğu ve hakim tarafından bu konuların re'sen incelenmesi gerektiği Danıştay 5 inci Dairesinin 1987 tarihli bir kararında(15) şu şekilde ifade edilmiştir:

"2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20 inci maddesinde de vurgulandığı üzere, idari yargıda kendiliğinden araştırma ve inceleme yöntemi geçerlidir. Bu yöntem, dava konusu

12 BEREKET, Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 195.

13 ALVER, age., s. 122 vd : Ayrıca bu konuda bkz. GÖZÜBÜYÜK, age., s. 384.

14 Özkan, Gürsel, Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi, Saydam Matbaacılık, Ankara, 1995, s. 59; bu konuda genel olarak bkz., GÖZÜBÜYÜK, age., s. 384 vd.

15 D 5. DK, E: 1985/815, K: 1987/1723, DD Y.18, S. 70-71, s. 277.

işlemin tesisine esas olarak gösterilen hukuki nedenin var olup olmadığı araştırılması, dayanağı olan bilgi ve belgelerin derlenmesi şeklinde uygulandığı gibi, taraflarca öne sürülmemiş olsa dahi, idare hukukunda kamu düzenine ilişkin olduğu tartışmasız kabul edilmiş olan, görev, yetki, süre gibi konuların incelenmesi şeklinde de anlaşılır."

2) Ehliyet ve Süre

İYUK' un 31 inci maddesinde, ehliyet konusunda HUMK 'na atıfta bulunmaktadır. HUMK' un ise, ehliyet konusunda Medeni Kanuna göndermede bulunduğunu görüyoruz(16). Bir davada tarafların ehliyetleri mahkeme tarafından re'sen incelenir. Ehliyet, kamu düzenine ilişkin bir konu olduğundan taraflarca davanın her aşamasında ileri sürebileceği gibi, mahkemece de re'sen dikkate alınır.

İYUK 14 ve 15 nci maddelere göre dava açma süresi kamu düzenine ilişkin olup hak düşürücü niteliktedir. Özel hukukta zaman aşımı taraflarca ileri sürülebilir ve iddia edilmedikçe hakim tarafından re'sen dikkate alınmaz. Halbuki İYUK' un sözü edilen maddelerine göre idari yargı hakimi, dava açma sürelerini re'sen dikkate almak zorundadır. Dava açma süresinin incelenmesi, davanın açılması safhasında ya da daha sonra yapılabilir(17). Danıştay'ın bir kararında(18) bu konu şu şekilde dile getirilmiştir:

"İdari yargıdaki dava süreleri maddi hukuku değil, usul hukukunu ilgilendiren bir nitelik taşıdığından, dava süresinin geçirilip geçirilmediği hususunun, idari yargı yerince re'sen araştırılması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, dava açma süresi kamu düzenini ilgilendirdiğinden idari yargı yerinin önüne gelen bir davanın süresinde açılıp açılmadığını kendiliğinden araştırması zorunlu bulunmaktadır...."

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun aynı yönde verdiği kararında da(19) "Davanın açılması ile ilgili süre hükümlerinin

16 Buna göre, usul hukuku bakımından dava ile ilgili olarak iki çeşit ehliyet söz konusudur. Bunlar; taraf ehliyeti ve dava ehliyetidir. Medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişinin davada taraf olabilme ehliyeti vardır (MK m.8,46). Olaya dava ehliyeti açısından bakıldığında ise, medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip olan her gerçek ve tüzel kişi dava ehliyetine sahiptir (HUMK m.38, MK m.9 vd).

17 ALVER, age., s. 84; GÖZÜBÜYÜK, age., s. 435 vd.

18 D. 7. D., E.1984/1081, K.1984/1385, DD, Y.15, S. 58-59, s. 249.

19 DYBK., E.1966/67, K.1967/8, DYB. Kararları C II, 1967-1972, s. 25.

amme intizamından ve bu hükümlerin re'sen göz önüne alınarak uygulanacağından tereddüt oluna(mayacağı)" belirtilmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu' nun yakın tarihli bir kararında(20) ise durum şu şekilde ifade edilmiştir:

"Davada süre ve süre aşımı kamu düzenindedir ve mahkemelerce re'sen dikkate alınıp incelenir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14 üncü maddesinin 3 üncü bendi (f) fıkrası hükmü de dava dilekçelerinin süre yönünden inceleneceğini açıkça ifade etmekte; ayrıca bu konunun ilk incelemeden sonra da davanın her safhasında dikkate alınacağını hükme bağlamaktadır. Bu maddenin 2, 3 ve 4 üncü bentlerinde değişiklik yapan 3622 sayılı kanun da aynı esası saklı tutmuştur."

3) Husumet

İdari yargılama usulünde husumet, bir başka ifadeyle davalının belirlenmesi sorunu da kamu düzenine ilişkindir. Davalının doğru gösterilip gösterilmediğini idari yargı hakimi, ilk inceleme safhasında re'sen araştırır. Bununla birlikte, davanın her aşamasında taraflardan birinin talebi üzerine ya da re'sen sorunu ele alabilir. Hakimin husumet konusundaki re'sen araştırma yetkisi İYUK' un 15 inci maddesinin (c) bendinde düzenlenmiştir. Bende göre; "Davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine" hakim karar verecektir. Bu hüküm karşısında, husumet seçimi konusunda yapılacak bir sakatlığın hakim tarafından re'sen giderileceği dikkate alınırsa, davacı bakımından bir tehlike oluşturmamaktadır(21). Hatta bu tür bir düzenlemenin re'sen araştırma ilkesinin amaçlarından olan "bireyi koruma " amacına daha uygun olduğunu söyleyebiliriz. Böylece husumeti yanlış bir taraf yönelten kişinin dava açma süresini geçirerek hakkını aramasına engel olunmasının önüne geçilerek bireyin hak arama özgürlüğü korunmuştur

B) Yargılama ve Hüküm Safhasında Re'sen Araştırma

1) Yargılama Usulüne ilişkin Sürelerin Tespiti

Tarafların belirlenen sürelerle uymalarını sağlamak hakimin görevlerindedir(22). Karşılıklı olarak cevapların verilmesinde hakim, belirli durumlarda sürelerin uzatılmasına karar verebilir;

20 DYDDGK E: 1990/457, K: 1990/109, DD, Y. 21, S. 81, s. 105-106.

21 BERKET, age., s. 196; GÖZÜBÜYÜK, age., s. 410; ALVER, age., 134.

22 DE SAINT MARK; LABETOULLE, age., s. 256.

Dosyanın tekemmül süresinin ve cevap verme sürelerinin tespiti gibi.

Hakim tarafından yapılacak usuli işlemlerin sonucuna göre, dosyanın tekemmül süresi de değişebilir. İlk inceleme aşamasında, süreden dolayı reddedilmesinde olduğu gibi, dosyanın tekemmülünden önce de karar verilebilir(23). Dosyanın en uygun zamanda ve ne zaman gündeme alınacağına hakim karar verir.

Yine aynı şekilde, cevap verme süreleri de hakim tarafından re'sen belirlenir. İYUK' un 16 ıncı maddesine göre taraflar, kendilerine yapılan tebliğlere tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde cevap verme hakkına sahiptirler. Haklı sebeplerin bulunması halinde, talep üzerine hakim, sürenin uzatılmasına karar verebilir. 27 nci maddeye göre ise, yürütmenin durdurulmasında, sürelerin kısaltılması ve tebliğin bir memur eliyle yapılması konusunda hakimin re'sen takdir yetkisi vardır.

Süreyi uzatacak ve kısaltacak hallerin araştırılması ve değerlendirilmesi hakimin dosyanın tekemmülü aşamasında sahip olduğu yargılama usulüne ilişkin yetkilerdendir(24). Görüldüğü üzere, yargılama usulüne ilişkin süreler hakim tarafından re'sen takdir edilerek tespit edilmektedir.

2) İddia ve Savunmaların Araştırılması

İdari uyuşmazlığın çözümü için tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarını ileri sürmeleri gereklidir. Hakimin görevi burada da aktif olarak devam etmektedir(25). Tarafların iddia ve savunmalarında ortaya konulan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını araştırmak bu yetkinin kapsamı içerisindedir(26). İddia ve savunmaların gerçekliği yanında, taraflarca yapılan hukuki nitelendirmelerle bağlı olmayacak doğru nitelendirmeyi hakim kendisi yapacaktır(27). Ancak, taraflarca iddia ve savunma ileri sürülmesi de, hakimin re'sen araştırma görevi çerçevesinde gerçeği ortaya çıkarma zorunluluğu vardır. Bu nedenle, tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmaksızın gerekli incelemeyi yapar.

Davacı, dilekçeyi vermekle kendine düşen tüm işleri yapmış sayılır. Dosyanın tekemmül etmesi ve gerçeği ortaya çıkarmak için yapılan inceleme ve araştırmaların yürütülmesi, mahkemenin

23 BEREKET, age., s. 197.

24 BEREKET, age., s. 197.

25 DE SAİNT MARK; LABETOULLE, agm., s. 256.

26 D. 7. D., E.1990/2929, K.1990/3417, DD, Y.15, S. 82-83, s. 267-270.

27 SUNAY, age., s. 18.

kararlarına göre yine mahkeme eliyle olur. Burada re'sen araştırma yetkisinin gerçeği ortaya çıkarmayı amaçladığı açıktır(28). Aynı şekilde, idare savunma vermemiş olsa bile hakim gerçeği ortaya çıkarmak zorunda olduğu, Danıştay 7. Dairesinin 1984 tarihli bir kararıyla(29) şu şekilde ifade edilmiştir:

"İdare hukukunda re'sen inceleme esas olup, bu husus 2577 sayılı Yasanın 20. maddesinin 1. bendinde "Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar." denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Bu nedenle, mahkemece davacı iddialarının varit bulunup bulunmadığı incelenerek uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken savunma verilmediğinden bahisle davalı idare tarafından bir hak iddia edilemeyeceği gerekçesiyle ödeme emrinin iptal edilmesinde isabet görülmemiştir."

3-) İşlemin Unsurlarının Araştırılması

İdari yargı hakimi, taraflarca ileri sürülme bile, işlemin sakat olduğu düşüncesini ileri sürebilir(30). Bu durum, idari yargının bireyi koruyucu niteliği düşünüldüğünde doğal karşılanmalıdır.

Davacı, yargı merciini harekete geçirmekle idari davanın kendiliğinden yürütülmesine de neden olmaktadır. Mahkeme, davacının iddiaları ile bağlı olmadığı gibi, ileri sürülen iptal nedenleri ile de bağlı değildir(31). Danıştay da bu görüştedir(32). Bu nedenle, iptal nedenleri taraflarca ileri sürülme bile idari yargı hakimi, iptal nedenleri konusunda gerekli incelemeyi yapacaktır. "...Dava konusu işlemin tesisine esas olarak gösterilen hukuki nedenin var olup olmadığının araştırılması..." re'sen araştırma ilkesinin kapsamındadır(33).

İdari yargı hakimi, dava konusu işleme esas oluşturan hukuki ve fiili sebebin doğru olup olmadığını araştırmak zorundadır(34).

28 TUNCAY, Aydın H.; ÖZDEŞ, Orhan; BAŞPINAR, Recep, İdari Yargılama Usulü, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1986, s. 602.

29 D 7. DK, E: 1983/1467, K: 1984/2544, DD, Y.15, S. 58-59, s. 253.

30 ULER, age., s. 90./ İdari Yargıda İptal Davalarının Sonuçları, Ankara 1970.

31 AZRAK, "İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler", Onar Armağanı, 1977, s. 147.

32 D. 5.D, T. 14.2.1966, DKD.100-102, s. 237.

33 D.10.D. E.85/815, K. 1987/1723, T. 8. 12. 1987, DD. 70-71, s. 277.

34 SUNAY, age., s. 16; D 10. D. E. .88/2203, K.89/1145, T. 25.5.1989, DD.76-77, s.

Maddi olayın gerçekliği, hakim tarafından araştırılmak zorundadır. Aksi halde, temyiz incelemesinde karar, Danıştay tarafından bozulabilmektedir(35).

Danıştay, idari işlemlerin sebep unsurunun gösterilmesini aramakta ve bu sebebin iptali istenen idari işlemi doğuracak nitelik ve güçte olup olmadığını araştırmaktadır. İdare sebep göstermemiş olsa bile, idari işlemin kamu yararına hizmet etmesi ve kamu hizmetinin bir gereği olması zorunludur. Çünkü hakim yapacağı yargısal denetimde hakim idareden işlemin sebebini isteyebilir. İdare, işlemi dayandırdığı sebebi bildirmek zorundadır(36).

Sebeb unsuruna ilişkin diğer bir konu ise, takdir yetkisi üzerindeki yargısal denetimde hakim re'sen araştırma yapma görevidir. idarenin takdir gücü ve yetkisinin iç ve dış sınırlarının aşılıp aşılmadığının denetlenmesi gerekir. İdari yargı hakimi bu sınırların aşılıp aşılmadığını her zaman araştırabileceği gibi, bu araştırmasında hür türlü delilden de yararlanabilir(37). Hatta idare yargı yeri araştırması sırasında işlemin hukuka uygun olduğu yönünde yeni bir sebep bulursa, sebep ikamesi yoluna gidebilmektedir. Danıştay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir; "...İptal davasında, idari işlemin hukuka uygunluk denetimi yapılırken, yargı yerince sadece işlemin yazılı olan sebebi ile bağli kalınmamalı, söz konusu işlemin tesisini gerektirecek bir sebebin bulunup bulunmadığı da araştırılmalı ve gerektiğinde sebep ikamesi yoluna gidilmelidir..."(38).

İşlemin amaç unsurundaki sakatlık konusunda da re'sen araştırma ilkesi gereğince inceleme yapmak zorundadır. İdarece yapılan işlemin kamu yararına hizmet etmesi ve kamu hizmetinin bir gereği olması aranmaktadır(39). Diğer yetki aşımı ile ilgili olaylara göre hakim daha ileri ve derin bir araştırma yapması, hatta işlemi yapan ya da kararı alan kimsenin psikolojisini de

785-787; Aynı konuda bkz. D.D. E.86/1058, K.87/99, T. 5.2. 1987, DD. 68-69, s. 455.

35 D10. D. E.83/1467, K.84/2544, T.12.12.1984, DD. 58-59, s. 253-254; Aynı konuda bkz. D10.D. E.85/895, K.85/1279, T.24.10. 1985, DD. 62-63, s. 247-248.

36 EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 1984, s. 418.

37 AZRAK, A. Ülkü, Yargı ve İdare, İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme, İHFM, C. 34, S. 1-4, s. 146.

38 D10.D. E.85/2229, K.87/2181, T.24.12.1987, DD. 70-71, s. 575.

39 EROĞLU, age. s. 418.

araştırmak zorundadır(40).

4) Dava ile İlgili Gerekli Bilgi ve Belgelerin İstenmesi ve İspat Külfeti

Yukarıda belirtildiği üzere, idari yargılamada davanın yönetimi mahkemeye verilmiş olduğundan, kural olarak hakim, tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı değildir. İdari yargı hakimi delillerin araştırılmasında da davanın yürütülmesi gibi, re'sen hareket etme yetkisine sahiptir(41). Tarafların ileri sürdüğü ve sürmediği konuları re'sen araştırabilir. Hakim, gerekli gördüğü her türlü konuda vereceği ara kararları ile incelemeyi genişletebilir. Bu amaçla taraflardan, kamu kurum ve kuruluşlarından, üçüncü kişilerden her türlü bilgi ve belgeleri isteyebilir(42). Mahkemenin bu konudaki vermiş olduğu kararların ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak İYUK' un 20 inci maddesinin 3 üncü bendine göre "...istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir." Bu husus, Danıştay'ın kararlarında da belirtilmiştir(43).

İdari yargılama usulünde de ispat külfeti kural olarak iddia sahibindedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken konu taraflar arasındaki dengesizliktir. Bu dengesizlik, idare karşısında idare edilenlerin korunmasını gerektirmektedir. Bu gerçeğin idari yargılamadaki bir görünümü de ispat yükünün tespitinde mahkemelere geniş yetki verilmesidir. Çünkü delillerin çoğu, yukarıda belirtildiği üzere davalı idarenin elinde bulunmaktadır. Gerçeğin ortaya çıkartılması için idarenin elindeki işlem dosyasının ve delillerin mahkemenin önüne gelmesi gerekir(44). Burada delilin, güçsüz taraf olan davacıdan değil de idareden istenilmesi re'sen

40 NALCIOĞLU, Orhan, "İptal Davasının Esastan İncelenmesi", AİYMĐ, S. 8, 1994, s. , s. 111.

41 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 11. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997, s. 377; KURU, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder, age. s. 328. KURU; ARSLAN; YILMAZ, age., s. 217 vd; GÖZÜBÜYÜK, age., s. 397 vd.

42 HONDU, Selçuk, İdari Yargılama Usulünde Tanık, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, 1990, s. 264.

43 D. 5. D., E.1984/834, K.1986/128, DD, Y.17, S. 64-65, s. 188; Aynı yönde D. 5. D., E. 1985/815, K.1987/1723, DD, Y.18, S. 70-71, s. 277.

44 GÖZÜBÜYÜK, age., s. 513-514.

araştırma ilkesinin amacını da ortaya koymaktadır. Asıl amacın gerçeği ortaya çıkarmak olduğu düşünülürse, delillerin idarenin etki alanından kurtarılarak mahkeme önüne ulaşması ve böylece, çoğu kez delillere ulaşma imkanı bulamayan davacının ispat külfetinden kurtarılması sağlanmaktadır.

Maddi olayın ortaya çıkarılması için tarafların ellerindeki belge ve bilgilerin istenmesi yanında, keşif ve bilirkişi yollarına da başvurulabilir. Keşif konusunda kararı hakim verir. HUMK 363 üncü maddesine yapılan atfa göre tarafların talebi ya da hakim tarafından re'sen keşfe karar verebilir.

Bilirkişi konusunda HUMK 276/1 inci maddesine yapılan atfa göre, bilirkişi incelemesini taraflar isteyebilir. Böyle bir talep gelmese bile, hakim tarafından bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilebilir(45). İdari yargı hakimi bilirkişi incelemesine karar verdikten sonra, daha önceleri tarafların üzerinde anlaştıkları kişiler bilirkişi olmaktadır. Anlaşma sağlanamaması halinde, bilirkişi seçimini hakim yapmaktaydı. 4001 sayılı kanun değişikliğiyle, İYUK 31/1 son cümleye göre, ilgili mahkeme ya da hakim tarafından re'sen bilirkişi seçimi yapılacaktır. Bu yeni düzenleme re'sen araştırma ilkesinin yeni bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdari yargı hakimi, yukarıda incelediğimiz araştırmaları re'sen yaptıktan sonra son olarak, uygulanacak hukuk kuralını da tespit eder. HUMK 76 ncı maddeyle hukuk yargılama usulünde hukuk kuralının tespiti hakime bırakılmaktadır. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargıda da aynı uygulamanın kabulü gerekli görülmüştür(46).

III. RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİNİN SINIRLARI

İdari yargı hakimine verilen bu yetkinin sınırsız olduğunu söyleyemeyiz. Öncelikle Anayasal bir sınır olarak idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimini hukuka uygunluk ile sınırlayan anayasa kuralı karşımıza çıkmaktadır. Anayasa' nın 125/4 ve YYUK madde 2/1 ve 2 birlikte değerlendirildiğinde re'sen araştırma yetkisinin hukuka uygunluğun ötesinde yerindelik denetimi amacıyla kullanılamayacağı açıktır. Bu durumda idari yargı hakimi, re'sen araştırma yaparak idari işlem ya da eylemin yerindeliliğini tartışamaz.

Diğer yandan Danıştay 3. dairesi 1989 yılında vermiş olduğu bir

45 D 7. D, E. 1985/91, K. 1985/483, DD S. 60-61, s. 330-332.

46 D 10. D. E. 85/31, K.85/1614, T. 30. 5. 1985, DD.60-61, s. 216-217.

kararında ise re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde idare hakiminin tamamen sınırsız olamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre:

"Her ne kadar, idari yargıda re'sen araştırma ve inceleme ilkesi geçerli ise de; bu olgu mahkemenin araştırmalarının keyfi bir şekilde yürütüleceği anlamına gelmez."

Bir diğer sınır ise yukarıda belirttiğimiz şekilde belgelerin genellikle idare elinde oluşması ve bulunması dikkate alınarak idareyle davalı olan bireyin korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Fransız İdari Yargısında İdari yargı hakimi hukuka uygunluk denetimi yaparken, taraflardan birinin inceleme imkanı bulunmayan bir belgeyi dikkate alarak karar veremeyeceği bir kural olarak kabul edilmektedir(47). Fransız idari yargılama usulünde kabul edilen bu kuralın bireyi koruyucu yönüyle bizde de dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

SONUÇ

İdari yargılama usulünün temel özelliklerinden biri olan re'sen araştırma ilkesinin kamu yararı ve düzenini amaçladığı kuşkusuzdur. Re'sen araştırma ilkesi, idari yargının idare üzerindeki denetleme yetkisini icra ederken, idare ile bireyin güçleri arasındaki dengesizliği gideren ve idari yargılama sürecinin tümüne egemen olan önemli bir araçtır.

İdari davada dava ile ilgili bilgi ve belgelerin genellikle davalı durumunda olan idarenin elinde olması ve çoğu kez bireyin, bu bilgi ve belgelere ulaşamaması sakıncasını bu ilke bertaraf etmektedir. Bireyin iddiasını ortaya koymada idare karşısındaki zayıflığı davanın seyrini değiştirebilecek önemdedir. Re'sen araştırma ilkesi, hakime, olayın çözümlenebilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için bireyin ulaşamadığı bilgi ve belgeleri kendiliğinden araştırma ve ilgili kişi ve kurumlardan tarafların talebi olmasa bile tek taraflı olarak isteyebilme görev ve yetkisini vermektedir.

İdari Yargı Hakimi gerek ilk inceleme gerekse yargılama aşamasında olası iddia ve savunmaların dikkate alınması ile re'sen çözümlenmesi ve böylece gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla yükümlüdür.

İdari yargı yerleri, idareyi denetlerken gerçeği ortaya çıkarma konusunda tam bir yetkiye sahiptir. Bu nedenle, idari yargı yerleri olayın maddi yönünü belirlemeye yönelik olarak her türlü araştırma

47 DE SAINT MARK; LABETOULLE, age., s. 274-275.

ve incelemeyi kendiliğinden yapabilir, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun, gerçeğe uygun olup olmadığını araştırarak, tarafların hiç değinmediği olay ve maddi unsurları da inceleyebilirler.

Fransız idari yargılama usulünde kabul edilen hakimin hukuka uygunluk denetimi yaparken, taraflardan birinin inceleme imkanı bulunmayan bir belgeyi dikkate alarak karar veremeyeceği kuralının bireyi koruyucu yönü dikkate alınarak Türk İdari Yargılama usulünde dikkate alınması gereken bir ilke olmalıdır.

MECELLE'DE KAT MÜLKİYETİ

Yrd. Doç. Dr. Osman KAŞIKÇI*

1- Genel Olarak

Mecelle'nin İslâm hukuku ve özellikle Osmanlı tatbikatı içerisinde ayrı bir yeri vardır. Gerçekten Mecelle 1869-76 yılları arasında hazırlanıp yürürlüğe konmuş olsa bile 1300 yıllık birikimi üzerinde taşımaktadır. Çünkü o, İslam hukuku tatbikatının ilk medeni kanunudur. Bir medeni kanun olarak günümüz medeni kanunlarına nazaran bir kısım eksiklikleri olabilir. Mesela şahıs, aile ve miras hukukuna yer vermemesi buna mukabil usul hukukunu tedvin etmiş olması gibi. Ancak eksiklik veya fazlalık olarak görülen bu hususların eski hukukumuzun yapısından ve hazırlandığı dönemin şartlarından kaynaklandığını unutmamak gerekir. Çünkü Mecelle, eski hukukumuzda muamelât olarak isimlendirilen bir bölümü kanunlaştırmıştır. şahıs, aile ve miras hukuku ise ayrı bölümler içerisinde yer almaktadır. Ayrıca siyasi açıdan büyük dalgalanmaların olduğu bir dönemde hazırlandığını da unutmamak gerekir. Sadece hanefi mezhebinin görüşlerinin esas alınmış olması da yüzyıllardır devam eden bir geleneğin ifadesi olarak görülebilir.

Bütün bunlara rağmen Mecelle, kanunlaştırdığı alanlar itibariyle eski hukukumuz denince ilk başvurulacak kaynaktır. O, doktrin ihtilaflarından arındırılmış, sade ve açıklamalı bir kanun kitabıdır. Yaklaşık yarım asır kanun olarak tatbik edilmiştir¹. Bu sebeple Mecelle'de yer verilen bir hususu incelemek hukuk tarihimiz açısından son derece önemlidir. Ancak incelememiz Mecelle ile sınırlı olmayıp yeri geldikçe eski hukukumuzla ilişkin eserlere de başvurulacaktır. Çünkü Mecelle bir kanun olduğundan tedvin ettiği konuları bütünüyle ele alması mümkün değildir.

2- Konunun Önemi

Kat mülkiyeti, sosyal açıdan önemli bir kurumdur. Her şeyden önce arz geniş olmasına rağmen insanlar toplu halde yaşamak zorunda oldukları için meskun mahallerde arazi bulmak zamanla güçlük arz eder. Arazi kısıtlı olunca maddi açıdan zayıf kimselerin mesken edinmesi imkansız hale gelir. Oysa insanların dünyada istedikleri şeylerin başında şüphesiz kendilerine yetecek bir mesken edinmeleri gelmektedir. İşte kat mülkiyeti, küçük tasarruf sahiplerinin bir araya gelerek mesken sahibi olmalarına imkan sağlayan bir müessesedir.

Kat mülkiyeti iktisadî açıdan da son derece önemli bir konudur. Gerçekten insanların ihtiyaçları sonsuz, fakat bunları karşılayacak kaynaklar sınırlıdır. Sınırlı imkanlarla sonsuz ihtiyaçları karşılayabilmek ise, olağanüstü bir maharet gerektirmektedir. Bunun en ucuz ve kolay yolu insanların ihtiyaçlarının bir kısmından fedakarlık etmelerini sağlamaktır. Örneğin bahçeden, yeşillikten, sessizlikten kısmen de olsa insanlar vazgeçmek zorunda kalacaklardır. Ayrıca herkes için bahçeli bir ev şehirleri oldukça geniş bir alana yayacağı için elektrik, su, yol, telefon ve ulaşım gibi ihtiyaçların karşılanmasında büyük güçlükler çekilecektir. Oysa kat mülkiyeti bütün bunları kolaylaştırmakta örneğin günümüzde bir binada 30-40 aile, başka bir ifade ile bir köy nüfusu barınabilmektedir.

Bütün bu olumlu yönlerine rağmen kat mülkiyetinin bir çok anlaşmazlıklara sebep olmak gibi bir çok olumsuz yönlerinin de olabileceğini de unutmamak gerekir.

3- Mecelle'de Kat Mülkiyeti

Mecelle kat mülkiyeti kavramını kullanmamıştır. Ayrıca kat mülkiyeti münhasıran tanzim edilen hususlardan da değildir. Gerçekten Mecelle'de kat mülkiyetine ilişkin hususlara Kitab'üş-şirkette yer verilmiştir. Çünkü Mecelle, müşterek mülkü, şirket olarak nitelendirmiştir. Hatta sadece müşterek mülkiyet değil, kamu malları da şirket-i ibahe olarak isimlendirilmiştir². Bu sebeple Mecellede şirket, genel anlamda kullanılmış bir kavramdır. Konumuzla ilgili hususları buradan çıkarmak gerekecektir.

² Mecelle m. 1045.

Mecelle "Kim bir yere mâlik olursa mâfevkine ve mâtahtına dahi mâlik olur" hükmünü sevk ettikten sonra bu hükmü "Ya'ni mülkü olan arsada, istediği ebniyeyi yapmak ve dilediği kadar çıkmak ve zeminini hafr ile mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak gibi tasarrufâta muktedir olur"³ şeklinde açıklamaktadır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere bir kimsenin bir yer üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için öncelikle mâlik, hem de müstakillen yani yalnız başına malik olması gerekmektedir. Çünkü bir kimsenin başkasının mülkünde veya müşterek mülkte diğer ortakların izni olmaksızın dilediği tasarrufta bulunması mümkün değildir⁴.

Yine söz konusu maddé hükmüne göre, bir yere mâlik olan kimse o yerin altına ve üstüne de mâliktir. Oysa kat mülkiyetinde kat mâlikinin ne aşağıya ne de yukarıya doğru bir tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Bu sebeple genel kural açısından bakıldığında Mecelle'de kat mülkiyetinin kabul edilmediği söylenebilir. Ancak Mecelle söz konusu hükme "...fevkanisi birinin ve tahtanisi diğerin mülkü olan ebniyede fevkani sahibinin tahtanide hakk-ı kararı ve tahtani sahibinin fevkanide hakk-ı sakfı yani güneşden ve yağmurdan tesettür ve tehaffuz hakkı..."⁵ vardır şeklinde bir istisna getirmiştir. Bu durum Mecelle'nin örf ve âdete verdiği değeri göstermesi açısından önemlidir⁶. Gerçekten Mecellede bir çok meselenin düzenlenmesinde veya çözüme kavuşturulmasında örf ve âdeti esas alınmıştır⁷. Nitekim, hayatın zaruretleri yani örf ve adetler nazara alınarak, kira, selem, istisna ve musakât gibi akitler kıyâsa muhalif olarak, istisnâen, hukukî ifadesi ile istihsânen kabul edilmişlerdir⁸. İşte kat mülkiyetinin de söz konusu akitler gibi kıyasa aykırı olarak yani istihsânen kabul edilmiş müesseselerden olduğu ileri sürülebilir.

4. Tarifi

Mecelle'de kat mülkiyeti tarif edilmemiş, sadece hükümleri üzerinde durulmuştur. Buradan hareketle şöyle bir tarif yapılabilir: Kat mülkiyeti, bir binanın kat, daire veya büro şeklindeki bölümleri

³ Mecelle m. 1194.

⁴ Ali Haydar, III/452.

⁵ Mecelle m.1192.

⁶ Mardin, Ebulûlâ: Kat Mülkiyeti, İstanbul 1947, s. 18.

⁷ Mecelle m. 36, 45.

⁸ Mecelle m. 123, 388 vd; İbn-i Abidin, IV/26.

üzerinde kurulan bağımsız mülkiyet hakkıdır. Tariften de anlaşılacağı üzere kat mülkiyetinden bahsedebilmek için öncelikle mevcut bir yapı olması gerekir. Her ne kadar eski hukukumuzda devamlı alt kat ve üst kat kavramlarından bahsedilse de aslında kat mülkiyeti açısından yapının katlarının daire veya büro sayısının önemi yoktur. Başka bir ifade ile kat mülkiyetinden söz edebilmek için sadece iki katlı ve tek dairesel bir yapı şartı yoktur. O halde kat mülkiyeti kavramı, mutlak olarak bir katın mülkiyetini ifade etmeyip teknik bir kavramdır. Yine tariften hareketle, mevcut yapının içerisindeki bağımsız bölümlere müstakil olarak, müşterek bölümlere de müştereken mâlik olan kimselere de kat mâlikleri denebilir.

5- Benzer Kavramlardan Ayrılması

a) Kat Mülkiyeti ve Üst Hakkı

Belirtmek gerekir ki, kat mülkiyetine en yakın kavram, üst hakkıdır. Fıkıh kitaplarında üst hakkını karşılamak üzere hakk'ut-teallî kavramı kullanılmıştır. Ancak fıkıh kitaplarında konunun işleniş tarzından hakk'ut-teallî denilince daha çok kat mülkiyetinin anlaşıldığı ileri sürülebilir⁹. Bununla birlikte konunun incelendiği yere bakıldığında onun daha çok üst hakkı olarak anlaşıldığı söylenebilir¹⁰. Her ne kadar görünüşte birbirine benzeyen bu müesseselerin, şu hususlar nazara alındığında tamamen farklı oldukları görülür. şöyle ki, üst hakkı, bir gayri menkul üzerinde, mâlikinden başka bir kimseye bir şey yapma ve buna mâlik olma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Görüldüğü üzere üst hakkı her şeyden önce bir irtifak hakkıdır. Kat mülkiyeti ise, mülkiyet hakkıdır. Üst hakkında mülkiyet hakkı rakabe ve menfaat mülkiyeti olmak üzere ikiye ayrılmıştır ve bu mülkiyetler farklı kişilere aittir. Oysa kat mülkiyetinde arsa kat mâliklerinin müşterek mülküdür. Yani kat mâlikleri ile arsa mâlikleri aynı kişilerdir. Üst hakkı gayri menkul lehine veya bir şahıs lehine kurulabilir. Oysa kat mülkiyeti sadece

⁹ İbn Abidin: Haşiyet-ü Redd'ül-Muhtar, C.V, İstanbul 1984, s. 52; Zeydan, Abdülkerim: El-Medhal Li Diraset'iş-şeriat'il-İslâmiyye, Amman 1990, s. 199-200; Ali Haydar: Dürer'ul-Hükkâm şerh-u Mecellet'il-Ahkâm, C. III, İstanbul 1330, s. 457-458; Hacı Reşit Paşa: Ruh'ul-Mecelle C. VI, Dersaadet 1327, s. 141-143; Karaman, Hayreddin: Mukayeseleli İslam Hukuku, C. III, İstanbul 1987, s. 134-135.

¹⁰ Zeydan, 199-200; Karaman, 134-135.

şahıs lehine kurulabilir. Eski hukukumuzda arazi üzerindeki bina ve ağaçlar araziden ayrı düşünülmediğinde menkul hükmündedirler¹¹. Bu sebeple her nasılsa üst hakkı elde etmiş olan kimse menkul bir mala sahip olmaktadır. Oysa kat mülkiyetinde katların üzerlerindeki araziden ayrı düşünülmesi ve satıma konu olması mümkün değildir. Üst hakkında bina ve ağaçlar araziden bağımsız olarak bir akde konu olabilir, fakat yerlerinde kalamazlar. Yani arazi mâliki kendi arazisi üzerindeki bina ve ağaçları her zaman kaldırtabilir. Üst hakkında mutlaka belirli bir süre söz konusu olduğu halde kat mülkiyetinde herhangi bir süre mevzu bahis değildir.

b) Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı

Bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir yapının bağımsız bölümleri için o arsanın mâliki veya ortak mâlikleri tarafından kurulan irtifak hakkına kat irtifakı denmektedir. Aslında burada tam anlamı ile bir irtifaktan söz edilemez. Zira kat irtifakı, paydaşlara mâlik oldukları paylar dolayısıyla bir yapma borcu yüklenmesini ifade etmektedir. Bir şeyi yapma borcunun ise başlı başına bir irtifak hakkına konu olması mümkün değildir. Burada belki eşyaya bağlı borcun söz konusu olduğu söylenebilir. Böyle bir borç ilişkisinin kurulması henüz yapımı bitmeyen bir binada kat mâliki olmak isteyenlere güvence vermek ve ileride kat mülkiyetine geçişi kolaylaştırmak amacına dayanır.

Görüldüğü üzere kat mülkiyeti ile kat irtifakı birbirinden tamamen farklı şeylerdir. Kat mülkiyetinde tamamen bitmiş bir yapı kat irtifakında ise karşılıklı olarak yapı yapma hususunda bir borçlanma söz konusudur. Başka bir ifade ile kat irtifakında henüz ortada yapı yoktur. Kat mülkiyetinde ise mevcut bir yapı gereklidir.

6- Kuruluşu

Mecelle sadece bir binanın katlarının farklı mâliklere ait olabileceğini¹² belirtmiş fakat kat mülkiyetinin nasıl kurulacağı hususunda herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. Ancak kat

¹¹ Mecelle m.1019, 1020; Ali Haydar, III/150-153. Mâliki mezhebine mensup hukukçulara göre ise bir arazi üzerindeki yapı veya ağaçlar araziden bağımlı veya bağımsız olsun gayri menkul hükmündedir(Zeydan, 187-188).

¹² Mecelle m. 1192.

mülkiyetinin niteliğinden yani müşterek mülkiyetin elde edilmiş yollarından hareket edilerek kat mülkiyetinin kuruluşu belirlenebilir. Bilindiği üzere müşterek mülkiyet, iradi ve gayri iradi olmak üzere iki şekilde meydana gelebilir. Müşterek mülkiyet, mülk edinme sebeplerinden olan satım, hibe ve vasiyet sonucu oluşacak olursa iradi, birlikte mirasçı olmak sonucunda meydana gelirse gayri iradi veya cebri kuruluştan söz edilir¹³.

Her ne şekilde meydana gelirse gelsin müşterek mülkiyette her ortak belirli bir katı müstakillen kullansa bile kat mülkiyeti oluşmaz. Bu durumda ancak karşılıklı bir iâre (ödünç verme)¹⁴ veya birlikte kullanma halinde bir muhayee¹⁵ söz konusu olabilir. Başka bir ifade ile kat mülkiyetinden söz edebilmek için taksim gerekir. Taksim ya da kısmet, müşterek bir mülkte ortakların hisselerinin belirlenmesi anlamına gelir¹⁶. Kat mülkiyeti, kısmet-i tefrik denen, yani müşterek mülke konu olan aynın belirli çizgilerle birbirinden ayrılarak ortaklara tahsis edilmesi sonucu ortaya çıkar¹⁷.

Kısmet tarafların rızaları (kısmet-i rıza) ile olabileceği gibi, hâkim kararı (kısmet-i kaza) ile de olabilir. Kısmet-i rızada şeriklerin her birinin rızası, kısmet-i kazada ise hâkimden talepte bulunmak şarttır. Kısmet bizzat yapılabileceği gibi vekil vasıtası ile de yapılabilir. Fuzûlinin kısmeti ise, hak sahibinin icazetine bağlıdır. Şeriklerden bir kısmı kısmet talebinde bulunup diğer bir kısmı bulunmazsa hâkim, söz konusu malın kısmeti mümkün ise taksim eder, değil ise taksim edemez. Kısmet olunan şeyin, kısmet esnasında hem mülk hem de ayn olması gerekir¹⁸. Kat mülkiyeti şeklinde bir taksim söz konusu olduğunda önce kıymeti takdir edilir ve sonra taksim edilir. Böylece kıymeti daha yüksek olan bir yer hissesine düşen kimse diğerlerine fazla kısmın bedelini vermek zorundadır. Arsa taksim ediliyorsa katı değerli olan kimseye arsadan az verilmek suretiyle de aradaki fark telafi edilebilir¹⁹.

13 Mecelle m. 1060, 1062-1064; H. Reşit Paşa, VI/10-11.

14 Mardin. 10.

15 Mecelle m. 1174 vd.

16 Mecelle m. 1114.

17 Mecelle m. 1115.

18 Mecelle m.1121-1130.

19 Bilmen, Ö. Nasuhi : Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu, C. VII, İstanbul 1974, s. 138-139.

Başka bir ifade ile taksim değer itibariyle yapılır. Taksim işlemi kur'alar çekilince tamam olur²⁰.

Taksim yapıldıktan sonra kat mülklerinin birbiri üzerindeki hakk-ı kararı vücup ifade eder. Gerçekten normalde başkasına ait bir yer üzerindeki bir şeye sahip olma mümkün olmadığı halde taksim sonucu oluşan kat mülkiyeti, vücup-ı karar ifade edecektir. Böyle bir kararın (başkasına ait bir yer üzerinde bir şeye sahip olma hakkının) vücup ifade etmesinin en önemli sonucu, hakka konu olan şey ortadan kalksa bile hakkın sona ermemesidir. Yani kat mülkiyetine konu olan katlar veya bina yok olsa bile tabii ki kat mülkiyeti sınırları içerisinde kalmak şartı ile kat malikleri, diledikleri şekilde tasarrufta bulunabileceklerdir²¹.

7- Konusu

Kat mülkiyetinin konusu bir gayri menkul olabilir. Mecelle, gayri menkulü, "akar denilen hane ve arazi misillü mahall-i ahare nakli mümkün olmayan şeydir" (m.129) şeklinde tarif etmiştir. Akar, kiraya verilip gelir getiren şeyler için kullanıldığı gibi, genel olarak gayri menkuller için de kullanılmaktadır. Tarifte yer verilen hane ile arazinin birlikte değerlendirildiğinde gayri menkul olarak kabul edildiğinden şüphe yoktur. Ancak bir arazi ile üzerindeki yapı ayrı ayrı değerlendirildiğinde gayri menkul sayılıp sayılmayacağı hususunda İslam hukukçuları farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Hanefi hukukçularına göre, üzerinde bir yapı bulunan arazilerde asıl gayri menkul arazi olup üzerindeki yapılar, arazi ile birlikte gayri menkul, ayrıca değerlendirildiğinde ise, menkul hükmündedirler²². Mâlîki hukukçularına göre ise, vasfı ve niteliği değiştirilmeden başka bir yere nakli mümkün olmayan şeyler gayri menkuldür. Bu görüşe göre, arazi üzerindeki binaları gayri menkul kabul etmek gerekir²³. Sonuncu görüş günümüz hukuk anlayışına daha uygun görünmektedir. Esasen hanefi fikhını kanunlaştıran Mecelle metninde "hane ve arazi misillü" denilerek her birinin bağımsız olarak gayri menkul olduklarına hükmedildiği söylenebilir. Ancak doktrinde miri arazi üzerindeki mülk binalar ile mülk araziler üzerindeki binalar

²⁰ Mecelle m. 1156.

²¹ Mardin, 9-10.

²² Ali Haydar, I/230; Hacı Reşit Paşa, I/29; Atıf Bey: Mecelle-i Ahkam-ı Adliye şerhi, Kitab'ül-Büyük, İstanbul 1318, s. 18.

²³ Zeydan, 188.

araziden ayrı olarak nazara alındığında menkul hükmüne tabi tutulmuştur²⁴.

Kat mülkiyetinde, isminin ilk akla getirdiği gibi, bir binanın en azından bir katına mâlik olmak şart değildir. Bina tek daireli olduğu takdirde bu durum belki zaruridir. Ancak birden fazla daire ve büronun yer aldığı binada her birine farklı kişiler mâlik olabilir.

8- Hukuki Niteliği

Kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayri menkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir. O halde kat mülkiyeti isminden de anlaşılacağı üzere her şeyden önce bir mülkiyettir. Mecelle mülkü, gerek ayan gerek menafi olsun insanın mâlik olduğu şeydir şeklinde tarif etmiştir²⁵. Başka bir açıdan mülk, sahibine, arasındaki esbâb-ı temellükten biri ile hasıl olan rabita ve ihtisastan dolayı "bu şey benimdir" demek hakkını veren şey şeklinde tarif edilmiştir²⁶. Bir yere mâlik olan kimse o yerin altına ve üstüne de mâlik olmasına rağmen kat mülkiyetinde mâlikin bu hakkı başkasının hakkına taalluk ettiği için sınırlandırılmıştır²⁷. O halde kat mülkiyeti bu açıdan sınırlı bir mülkiyettir. Yani sahibine üstüne veya altına yapı yapma hakkı vermeyen bir mülkiyettir.

Kat mülkiyetinde mâlik, daire, dükkan gibi kendine ait yerlerin müstakil mâlikidir. Buna rağmen diğer mâliklerle ortak kullanımı zorunlu olan arsa, koridor gibi yerlerin müşterek mâliklerinden birisidir. Bu gibi yerlerde müşterek mülkiyet hükümleri geçerli idi²⁸. Bu husus aynı zamanda kat mâliklerinin karşılıklı hak ve mükellefiyetlerini ilgilendirdiği için ayrı bir başlık altında incelemek gerekecektir.

9- Kat Mâliklerinin Karşılıklı Hak ve Mükellefiyetleri

Kat mülkiyeti ile ilgili olarak Mecelle'de en çok üzerinde durulan husus kat mâliklerinin karşılıklı hak ve mükellefiyetleri olduğu söylenebilir. Mecelle bu hususlara Kitab'ü-Şirkette hîtan ve cîrâna müteallik meseleler başlığı altında yer vermiştir. Söz konusu

24 Ali Haydar, I/230; Hacı Reşit Paşa, I/29; Atıf Bey, Kitab'ül-Büyu', 18.

25 Mecelle m. 125.

26 Hacı Reşit Paşa, VI/140.

27 Mecelle m. 1192, 1194.

28 Mecelle m. 1069 vd, 1162; Ali Haydar, III/237 vd; Hacı Reşit Paşa, VI/112.

hükümlere göre, her kat sahibi malının müstakil olarak mâlikidir ve mülkünde diğer mâliklere zarar vermemek şartı ile dilediği şekilde tasarruf edebilir. Kimse kendisini bu tasarruftan men edemeyeceği gibi kural olarak bir tasarrufta bulunmaya da zorlayamaz. Bir kat mâlikinin tasarrufundaki serbestiyet sadece başkalarına (burada özellikle diğer kat mâliklerine) zarar-ı fahiş vermeme ile kısıtlanmıştır²⁹. Zarar-ı fahiş, zarar olduğu açık olan şey demektir. Mecelleye göre, "Binaya zarar veren ya'ni binaya vehn getiren ve inhidâmına sebep olan yahut havayic-i asliyeyi ya'ni sükânâ gibi binadan maksud olan menfaat-ı asliyeyi men' eden şeyler zarar-ı fâhişdir."³⁰. Aynı şekilde özellikle alt katın tamamen güneş görmesini engellemek, kadınların günlük işlerini gördükleri mutfak, çamaşırılık gibi yerlerin görünmesi de zarar-ı fâhiştir kabul edilirdi. Mesela iki kişi müştereken mâlik oldukları bir konağı taksim ettiklerinde birinin hissesine isabet eden yerden diğerinin makarr-ı nisvan olan yeri görünür olsa aralarını bir duvar veya başka bir şey ile kapatmaları emr olunurdu. Yine müşterek duvarlarda komşular diğerinin izni olmadıkça duvarın üstüne herhangi bir şey yapamazdı. Zarar-ı fâhiş olduğu kesin olan tasarruflara izin verilmezdi. Ancak her nasılsa yapılmış ise def' ettirilirdi³¹.

Kat sahiplerinin yapmış olduğu tasarruflar üç açıdan değerlendirilebilir: a) Kesinlikle zararlı olan tasarruflar: Bu halde mal sahibi malında tasarruftan men olunur. Mesela alt kat sahibi alt katta diğerine zarar vermesi kesin olan bir tasarrufta bulunamaz. b) Kesinlikle zararlı olmayan tasarruflar. Mâlikin bu nevi tasarrufları serbesttir. c) Zararlı olup olmadığı şüpheli tasarruflar: Bu hususta Hanefi hukukçuları farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Ebu Hanife'ye göre böyle şüpheli tasarruflara izin verilemez. Çünkü birinin mülkü ise de diğerinin hakkına taalluk etme ihtimali bulunduğundan ve mani ile muktazi taaruz ettiğinde mani takaddüm olunacağından şüpheli tasarruflara izin verilemez. İmameyn'e göre ise, herkes mülkünde dilediği şekilde tasarruf etme hakkına sahiptir. Bu tasarruftan başkasının göreceği zarar ârizî olduğundan ve zararı olup olmayacağı şüpheli bulunduğundan böyle bir tasarruftan mâliklerin men edilemeyeceğini belirmişlerdir. Mecelle'nin kat mâlikleri için "birisi diğerinin izni olmadıkça ona muzır olabilecek bir

29 Mecelle m. 1198.

30 Mecelle m. 1199.

31 Mecelle m. 1200-1202, 1210.

şeyi yapamaz" hükmünden Ebu Hanife'nin görüşünü tercih ettiği anlaşılmaktadır³². Yapılan bir şeyin zararlı olup olmadığının tespiti için bu hususta uzman iki kişinin görüşünün alınması gerekir³³.

Kat mülkiyetine konu olan katların yıkılması durumunda ise Mecelle bir ayırım yapmadan kat mâliklerinin katlarını yıkamayacakları hükmünü getirmiştir³⁴. Ancak doktrinde alt ve üst kat sahiplerinin yıkılan katlarını yapmaya zorlanıp zorlanamayacakları hususunda farklı fikirler ileri sürülmüştür. Üst kat sahibi alt kat sahibinden izin almaksızın katını yıktığı takdirde alt kat sahibinin, katını yapması için üst kat sahibini zorlayamayacağı kabul edilmiştir. Zira üst katın bulunmamasında alt kat sahibinin bir zararı yoktur. Buna mukabil alt kat sahibi üst kat sahibinden izin almaksızın katını yıktığı takdirde, başkasının hakkını itlaf söz konusu olduğundan ve tazmini gerektiğinden, alt kat sahibinin, üst kat ile birlikte katını yapmaya zorlanabileceği ileri sürülmüştür³⁵. Alt kat mâliki ya da mâlikleri katlarını yapmayacak olurlarsa üst kat mâliki ya da mâliklerinin hakimden izin alarak binayı yapabilecekleri kabul edilmiştir. Bu takdirde üst kat mâlikleri, hisseleri oranında masrafları verinceye kadar alt kat maliklerini tasarruftan men edebilirlerdi³⁶. Bu durumda söz konusu yer rehin hükmündedir³⁷.

Fakat bina veya katlar kendiliğinden yıkıldığı takdirde kasıt olmadığından katları yapmaya zorlama mümkün değildir. Ancak bina tamamen yıkıldıktan sonra arsa taksim olunabileceğinden üst kat mâlikinin izni olmaksızın üst kat ile birlikte binayı yapan alt kat sahibi masraflar için üst kat sahibine rücu' edemez. Buna mukabil katlar kısmen yıkıldığı takdirde alt katın mâliki üst kat ile birlikte yapılması gereken kısmı yapar ise hissesi nispetinde üst kat sahibine rücu' edebilir³⁸.

Kat mâlikleri katlarını diğer kat mâlik(ler)ine veya üçüncü bir kişiye devir akitlerinden birisi ile devredebilirler. Ancak burada şuf'a

32 Hacı Reşit Paşa, VI/143; Ali Haydar, III/457-458.

33 Hacı Reşit Paşa, VI/143.

34 Mecelle m. m. 1192.

35 Hacı Reşit Paşa, VI/144; Ali Haydar, III/458.

36 Mecelle m. 1315.

37 Bilmen, VII/161.

38 Hacı Reşit Paşa, VI/143-144; Ali Haydar, III/458-459.

müessesesi karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifade ile kat mülkiyetinin devri halinde şuf'a hakkı cereyan edecek midir? Bu soruya olumlu cevap verilmiştir³⁹. Ancak bu durum devir atıklarının bütününde değil sadece bey' yani satım ve satımla aynı hükme tabi olan ivaz şartı bulunan hibelerde söz konusudur⁴⁰. Bu nevi akitlerde de şuf'a hakkının şartları bulunması gerekir⁴¹. Ayrıca daha da önemlisi şuf'a sebepleri, yani satılan şeyin bütününde veya bir parçasında ortak olmak, bitişik komşu olmak, hakkı- mebi'de halit (tarik-i has'da ortak olmak gibi) ve câr-ı mülâsık (bitişik komşu) olmaktır⁴². Şuf'a hakkına sahip olabilmek için bunlardan bir tanesi lazım ve kafi iken kat mülkiyetinde üç sebep birlikte bulunmaktadır. Bu sebeple bir kat mâlik katını sattığı takdirde diğer kat mâliklerinin şuf'a hakkı vardır.

Buraya kadar izah edilenler kat mâliklerinin kendi mülkleri olan kısmı ile ilgilidir. Ayrıca müşterek yerlerden yararlanma ve onlar üzerindeki tasarruf yine Mecelle'deki müşterek mülkiyet hükümlerine tabi idi. Müşterek mülkiyette mâliklerden her biri diğerinin hissesinde yabancı olduğu için birbirlerinin izni olmaksızın müşterek yerler üzerinde tasarrufta bulunamazlardı. Ayrıca kat mâliklerinin sokak kapıları ve koridorları bir olduğu takdirde birisi diğerini bu yerleri kullanmaktan men edemezdi⁴³.

Müşterek yerler, tamire muhtaç olduğu takdirde, kat mâlikleri hisseleri oranında tamir masraflarına katılırlar⁴⁴. Kat mâliklerinden birisi diğer kat mâliklerinin izni ile kendi malından müşterek yerler için bir kısım masraflar yaptığı takdirde, alacağını diğer kat mâliklerinden hisseleri oranında alabilir⁴⁵. Kat mâliklerinden birisi gaip olursa hakimden izin alınarak müşterek yerler tamir edilebilir⁴⁶.

39 Bilmen, VII/69.

40 Ali Haydar, III/127.

41 Şuf'a hakkı doğabilmesi için, akdin ivazlı, muâvazât-ı maliyeden olması, mebiin akar olması, satımda muhayyerlik ve fesat bulunmaması, şuf'a hakkını kullanacak kişinin akit anında ilgili akara mâlik olması ve satıcı ile bu kişinin aynı olmaması, akit anında şufa hakkına sahip kişinin açık veya kapalı rızasının bulunmaması gerekir (Ali Haydar, III/127-129).

42 Mecelle m. 1008; Ali Haydar, III/130-132.

43 Mecelle m. 1075, 1193; Ali Haydar, III/459; Hacı Reşit Paşa, VI/145.

44 Mecelle m. 1308.

45 Mecelle m. 1309.

46 Mecelle m. 1310.

Aynı şekilde müşterek yerlerde tamir gerekir de kat mâliklerinden birisi izin vermezse hakimden izin alınarak tamir edilir ve ilgili kat mâlikine de hissesi nispetinde rücu' edilebilir⁴⁷. Kat mâliklerinden birisi diğer mâliklerden veya hakimden izin almaksızın müşterek yerleri tamir edecek olsa masraflarına kendisi katlanmak zorunda kalırdı⁴⁸.

10- Kat Mülkiyetinin Sona Ermesi

Kat mülkiyeti çeşitli şekillerde sona erebilirdi. Bunların başında şüphesiz kat mülkiyetine konu olan binanın yıkılması veya başka bir sebeple yok olmasının geldiği söylenebilir. Binanın kasten yıkılması durumunda ne gibi bir müeyyideye tabi olacağını bir önceki başlık altında izah etmiştik. Bununla birlikte gerek kasten gerekse kendiliğinden binanın yıkılması durumunda kat mâlikleri araziye taksim ederek kat mülkiyetini sona erdirebilirler. Yani binayı yeniden yapıp katlarına mâlik olma hakları olduğu gibi arsayı taksim ederek müşterek mülkiyete de son verebileceklerdir.

Kat mülkiyetinin sona erme sebeplerinden birisi de taksimin feshidir. Gerçekten kat mâlikleri kendi rızaları ile taksimi fesh ederek müşterek mülkün devamını isteyebilirler. Aynı şekilde katların değerleri arasında büyük bir dengesizlik (gabn-i fahiş) olur veya terekenin taksiminden sonra murisin borcu olduğu ortaya çıkarsa taksim fesh olunacağından⁴⁹ kat mülkiyeti sona erecektir.

Kat mâliklerinden birisi veya üçüncü bir şahsın kat mülkiyetine konu olan binayı satın alması durumunda da kat mülkiyetinin sona erdiği söylenebilir. Başka bir ifade ile, kat mâliklerinin binayı birlikte ivazlı veya ivazsız olarak bir şahsa devretmeleri veya birleşerek vakfetmeleri halinde de kat mülkiyeti sona erecektir.

SONUÇ

Mecelle gayri menkul mâlikine tanıdığı alt ve üstüne başkasına zarar vermemek şartı ile dilediği şekilde tasarruf etme hakkına bir istisna olarak kat mülkiyetini kabul etmiştir. Her ne kadar kat mülkiyeti kavramına ve tarifine yer verilmese dahi kat mâliklerinin karşılıklı hak ve mükellefiyetleri ile müşterek mülkiyet

⁴⁷ Mecelle m. 1313.

⁴⁸ Mecelle m. 1311.

⁴⁹ Mecelle m. 1159-1161.

hükümlerinden tanımı ve kat mülkiyetine ilişkin diğer unsurları çıkarmak mümkündür. Buradan hareketle kat mülkiyeti, bir binanın kat, daire veya büro şeklindeki bölümleri üzerinde kurulan bağımsız mülkiyet hakkıdır, şeklinde tarif edilebilir. Tariften de anlaşılacağı üzere kat mülkiyeti teknik bir kavram olup mutlaka bir katın bütününe mâlik olmayı gerektirmemektedir.

Kat mülkiyetine sadece gayrı menkullerin konu olabileceği söylenebilir. Çünkü kat mülkiyetinin niteliği itibarıyla menkuller üzerinde kurulması mümkün değildir. Eski hukukumuzda bina ve ağaçların arzdan bağımsız olarak değerlendirildiğinde menkul kabul edilse bile kat mülkiyetinde kat mâlikleri hem arza hem de üzerindeki yapıya mâliktirler. Arzın ve diğer ortak kullanılan alanların müşterek mülk olması binanın menkul olarak değerlendirilmesini gerektirmez.

Kat mülkiyeti isminden de anlaşılacağı üzere her şeyden önce bir mülkiyet hakkıdır. Nitelik itibarıyla müstakil ve müşterek mülkiyetin birleştiği karma bir mülkiyet olduğu söylenebilir. Mâlikler müstakil mülklerinde başkalarına zarar vermemek şartı ile diledikleri şekilde tasarruf edebilirler. Ancak müşterek mülke konu olan yerlerde diğer ortakların veya gerektiği durumlarda hakimnin izni ile tasarrufta bulunabilirler.

Müşterek bir mülkte kat mülkiyetinden söz edebilmek için taksim şarttır. Yani taksimden önce kat mülkiyetinden değil belki kat irtifakından bahsedilebilir. Ancak taksimden sonra kat mâliklerinin karar haklarının vucubundan söz edilebilir. Karar hakkının vucup ifade etmesi, katların yıkılması durumunda dahi hakkın sona ermemesinde kendini gösterir. Yani katı yıkılan kat mâliki katını tekrar yapabilir.

Kat mülkiyeti ilgili binanın yıkılması ve kat mâliklerinin katlarını yeniden yapmak yerine asayı taksim etmeleri, kat mülkiyetine konu olan binanın bir mâlikte birleşmesi veya kat mâliklerinin birleşerek vakıf kurmaları hallerinde sona erer.

STANDART BİLGİSAYAR PROGRAM AYIPLARINDAN SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUK

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM*

I. GİRİŞ

Bilgisayarlar (=Hardware), bilgiyi otomatik olarak işleyen makinalar olup, milattan önce 200'lü yıllarda abaküs ile başlayan bilgi işlemin, günümüzdeki en gelişmiş aracıdır¹. Bir tanım yapmak gerekirse, bilgisayar, "ana hafıza birimine depolanan bilgilerin kontrolü altında dışarıdan bilgi alan, bunu depolayan; insan müdahalesi olmadan bu bilgi üzerinde aritmetiksel ve mantıksal işlemler yapan, tüm bu işlemlerin sonucunda bir çıktı üreten elektronik bir araçtır"². Bilgisayar programı (=Software, Computerprogram)³, bilgisayara hayatiyet kazandıran, onu malzeme yığını olmaktan kurtaran, bir programlama diline göre yazılmış, karşılaşılan bir sorunun elektronik sistemler sayesinde çözümüne yönelik girdi işlemlerini, aritmetiksel işlemleri, mantıksal

-
- * A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 1 Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, Aufl. II, München 1992, Rdn. 2.
- 2 Arıkan, A. S., Bilgisayar Programlarının Korunması, Avrupa Birliği ve Türkiye, ABD 1996, S. 3, s. 312.
- 3 Bu kavram türkçeye "yazılım" şeklinde kazandırılmaya çalışılmışsa da bu sözcüğün terimi iyi ifade edemediği kanaatindeyiz. Alman yazarlar da ingilizce "software" şeklinde ifade edilen bu kavramın almancaya çevrilmesinin sanıldığı kadar kolay olmadığını itiraf etmektedirler (Heidinger, A., Computersoftware, Rechtsschutz und Gegenstaendliche Lizenz, Würzburg 1992, 3). Biz de terimi "geniş anlamda bilgisayar programı" sözcükleri ile ifadeyi tercih ediyor; bununla, belirli bir programlama dilinde yazılmış anlamlı komutlar dizisi ile gerekli yordamlar ve eklenmesi gereken belgelerden oluşan bütünü anlatmayı amaçlıyoruz. Bu ayrım hakkında bkz., Jersch, R., Ergaenzender Leistungsschutz und Computersoftware, München 1993, 124; Lutz, M.J., Der Schutz der Computerprogramme in der Schweiz, GRUR Int. 1993, 665; Hübner, C., Zum Schutz für software-bezogene Erfindungen in Deutschland, GRUR 1994, 883.

işlemleri, depolama işlemlerini ve çıktı işlemlerini yaptırabilecek anlamlı komutlar dizisidir⁴. Standart bilgisayar programı ise, program üreticilerinin, sözleşmenin kurulmasından önce, belirlenen bir alanın standartlaştırılabilen ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla, bireylerin tek tek spesifik ihtiyaçları dikkate alınmaksızın hazırlanan ve müşterilerin beğenisine sunulan seri halde üretilmiş programlardır⁵. Ayıp, ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanım klavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaadedilen veya standardında tespit edilen nitelik veya niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksikliklerdir (TKHK. m. 4). Sorumluluk ise, bir kişiyi ya da kişileri diğer kişi ya da kişilere, bir şey vermeye, yapmaya veya bir davranıştan kaçınmaya zorlayan, ihlali halinde ihlal eden kişinin malvarlığına el atılabilmesi imkanı veren hukuki olgudur⁶.

Çalışmamızın başlığından da anlaşılacağı üzere burada yalnızca sözleşme ilişkisi kapsamında edinilen standart bir bilgisayar programının ayıplarından sorumluluk incelenmiştir. Bir diğer ifade ile standart bir bilgisayar program ayıplarından, sözleşme ilişkisi bulunmayan kişilerin gördükleri zararlardan sorumluluk incelenmemiştir⁷. Diğer yandan yalnızca standart bilgisayar program ayıplarından sorumluluk incelenmiş, standart olmayan, kişilerin arzularına göre imal edilmiş program ayıplarından sorumluluk dışarıda bırakılmıştır⁸. Son olarak bu incelemede

⁴ Arıkan, 314.

⁵ Slongo, D., *Der Softwareherstellungsvertrag*, Zürich 1991, 4; Rüesch, C., *Die Weitergabe von Standard-Software*, Zürich 1988, 29-30.

⁶ Sorumluluk, hukuken iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan biri, tazminat ödeme yükümlülüğü anlamına gelirken; diğeri, alacaklının borçlunun malvarlığını el koyabilme iktidarını ifade eder. Bkz., Tekinay/Akman /Burcuoğlu/Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 18 vd.; Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, B.5, İstanbul 1994, s. 98 vd.

⁷ Bilgisayar program ayıplarından sözleşme dışı sorumluluk konusunda bkz., Taeger, J., *Ausservertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramm*, Tübingen 1995, 79 vd.

⁸ Sipariş üzerine hazırlanan bilgisayar program ayıplarından sorumluluk konusunda bkz., Widmer, U., *Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremaengel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen*, Bern 1989, 108 vd.; Slongo, D., *Der Softwareherstellungsvertrag*, Zürich 1991, 85 vd. ve olması gereken hukuk bakımından önerileri 180 vd.

yalnızca hukuki sorumluluk ele alınmış, sorunun ceza hukuku boyutu incelenmemiştir. Kısaca bu çalışmada, bir sözleşme ilişkisi içerisinde edinilen standart bir bilgisayar programının, kendisinden beklenen niteliklere sahip olmaması yani var olan nitelikleri ile olması gereken nitelikleri arasında bir sapmanın varlığı halinde, programı edinen kişinin sahip olduğu hukuki imkanlar araştırılmıştır.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Bilgisayar programcılarının da yakinen bildikleri üzere, program yaparken her bir karakterin büyük bir önemi vardır. Yanlışlıkla nokta yerine virgül konulması, açılan bir parantezin kapatılmaması, veya yanlış kapatılması vs. programın istenilen biçimde çalışmasını engellemektedir. Derleyici (=Compiler) ve yorumlayıcıların (=interpretor) yeterince gelişmediği dönemlerde bu sorun olanca ağırlığı ile kendisini hissettiriyordu. Kaynakların bildirdiğine göre 4 Haziran 1996 tarihinde fırlatıldıktan 37 saniye sonra rotasından çıkarak düşen TÜRKSAT-1 uydusunu taşıyan ARYAN-5 roketinin düşüşüne programdaki bir yanlışlık sebebiyet vermiştir⁹. Yine 1962 yılında MARINER uzay aracının fırlatılışının sonrasında düşüp, 18.5 milyon dolar zarara yol açmasında, nokta yerine yanlışlıkla virgül konulmasının etkili olduğu belirtilmektedir. Folkland savaşı sırasında bir İngiliz muhribinin Arjantin füzelerine karşı erken uyarı sistemlerinin program hatası sonucu çalışmadığı ve füzelere karşı bir önlem alınmaması sonucu battığı bilinmektedir¹⁰.

Bilişimbilimciler de hatasız bir programın yazılmasının imkansız olduğunu itiraf etmektedirler (=No software without bugs)¹¹. Ortalama her iki yüz satırdan üçünce hata bulunmaktadır¹². Bu hataların yarısı yapılan kontrollerde giderilse bile, bu, bin satırlık bir programda en az yedi yanlış demektir¹³. Hatanın kaçınılmaz

⁹ Computerworld 1996, S. 25, s.3.

¹⁰ Widmer, 108; Mehrings, Computersoftware und Maengelhaftung - Ein Problemaufriss- GRUR 1985, 190.

¹¹ Bömer, R., Risikozeuweisung für unvermeidbare Softwarefehler, CuR 1989, 361; Lesshaft/Ulmer, Softwarefehler und Gewaehrleistung, CuR 1988, 813 vd.

¹² Kilian, W., Vertragsgestaltung und Mangelhaftung bei Computersoftware, CuR 1986, 190; Widmer, 102; Moritz/ Tybusseck, Rdn. 815; Mehrings, GRUR 1985, 192.

¹³ Bömer, CuR 1989, 361; Engel, W., Mangelsprüche bei Softwarevertraegen, BB 1985, 1165; Müller/Hengstenberg, Bemerkungen zum Software-Gewaehrleistungsrecht, CuR 1986, 442; Mehrings, Computer-Software und Gewaehrleistungsrecht, NJW 1986, 1904.

olduğunu ileri sürerek, program üreticilerinin sorumsuzluğuna karar vermek mümkün değildir¹⁴; zira tarafların menfaat dengeleri hem fevkalade bozulur, hem de hukuk düzenimizin emredici kuralları buna müsaade etmez (BK. m. 99, MK. m. 23). Bununla birlikte bugünkü teknolojik imkansızlıklar dolayısıyla önüne geçilemeyecek bir takım ayıpların (=unvermeidbare Fehler) bulunması doğaldır ve bu tür ayıplar için kanuni riziko taksiminin uygulanması zararlı sonuçlar doğurabilir. Bu bakımdan sözkonusu ayıplar için hakim taraf menfaatlerine en uygun riziko taksimini hukuk yaratmak suretiyle belirlemesi gerekmektedir¹⁵.

II. STANDART BİLGİSAYAR PROGRAM AYIPLARI

Bilgisayar programlarına özgü bir ayıp tanımı yapmak gerekirse; "bir sorunun elektronik sistemler aracılığı ile ideal çözümü ile mevcut çözüm arasındaki, verilerin muhtevassından, inşasından, ele alınışından kaynaklanan her türlü sapma" şeklinde ifade olunabilir¹⁶. Bu genel tanıma uygun olarak doktrinde¹⁷ şu hallerde bilgisayar programı ayıplı sayılmaktadır.

¹⁴ Kilian, CuR 1986, 190; Koch, F., Computervertragsrecht (Loseblatt, Zustand November 1994), Freiburg 1994, T.7, Rdn. 318. İmalatçı tarafından böyle bir beyanda bulunularak sorumluluktan kurtulmak amaçlanmışsa, "belirsiz, anlamı açık olmayan hükümlerin geçersiz sayılması ilkesi (ACBG § 5)" uyarınca böyle bir beyan geçersiz sayılmalıdır (Koch, T.7/ Rdn. 319).

¹⁵ Önlenemeyecek ayıplarda riziko taksimi konusunda bilgi için bkz., Bömer, CuR 1989, 363. Yazar bu çalışmada öncelikle bu konuda ortaya atılan teorileri (ki, Müller-Hengstenberg, Bartsch, Tybusseck, Kilian bu konuda çeşitli görüşler ortaya atmışlardır) ele almakta, eleştirmekte ve kendi görüşlerini şöyle beyan etmektedir: "Önlenbilir ayıplar, ortaya çıkmasından, programı arzedan kişinin sorumlu tutulması gereken eksikliklerdir. Bu kapsamda programı arzedan kişiler gelişim, imal ve test aşamalarında, programın tabi olması gereken asgari kalite standartlarındaki şartları yerine getirmek zorundadırlar. Bunun sonucu olarak da, kalite güvencesi ve kontrolü için gerekli masraflara kendileri katlanmalıdırlar. Diğer yandan öyle önlenemez ayıplar ortaya çıkabilir ki, bunların ortaya çıkmasına kullanıcı katlanmalıdır. Bunun içerisine programdan mükemmel bir şekilde yararlanmayı engelleyen veya bizzat programda değişiklikler yapabilmeye imkan veren fonksiyonların ayıplı olması girmektedir. Keza, iştirak yükümlülüğünü ihlal eden kullanıcının da bazı fonksiyon ayıplarına katlanması gerekmektedir".

¹⁶ Widmer, 103.

¹⁷ Bilgisayar programları bakımından ayıp sayılan haller konusunda geniş bilgi için bkz., Brandi-Dohrn, M., Gewährleistungsrechtliche Einordnung des Softwarevertrages, CuR 1986, 70 vd.; Lauer, J., Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1760; Mehrings, GRUR 1985, 192-193; Mehrings, J., Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1905

A. Programda Yer Alan Bir Fonksiyonun Ayıplı Olması (Funktionmangel): Şayet programda yer alan bir fonksiyon zikir ya da vaat olunana ya da ticari dürüstlük gereği beklendiği şekilde değilse, kullanıcıyı tatmin etmiyorsa ayıplı sayılmaktadır. Örneğin aylık katma değer vergisi borcunuzu bir tuşa basarak öğrenebileceğiniz vaadedildiği halde, sözkonusu tuşa basıldığı halde vergi borcunuzu sağlıklı bir biçimde öğrenemiyorsanız, belirtilen ayıp türü sözkonusudur¹⁸.

B. Fonksiyon Noksanlığı (Funktiondefizite): Bir programda sözleşme gereğince veya mutad olarak bulunması gereken bir fonksiyon eksik ise fonksiyon noksanlığı ayıbından söz edilir. Örneğin bir metin işleme programında dipnot fonksiyonu mutlaka yer almalıdır. Şayet edinilen metin işleme programında dipnot koyabilmek için gerekli fonksiyon yoksa, fonksiyon noksanlığı ayıbı vardır¹⁹.

C. Program Uyumsuzluğu (Inkompatibilitaet): Bir programın belli türden donanımlarla ve programlarla özellikle işletim sistemi programı ile uyumlu olarak çalışması ticari dürüstlük gereği bekleniyor veya devreden tarafından zikir ve vaadediliyor ve fakat, program sözkonusu işletim sistemleriyle beklenildiği ölçüde çalışmıyor, istenilen performans değerlerini vermiyorsa program uyumsuzluğundan bahisle ayıplı sayılmaktadır²⁰.

D. Kapasite Ayıbı (Kapazitaetsmangel): Edinilen bir bilgisayar programının düzenli olarak çalışabileceği bellek (Random Access Memory= RAM), ticari dürüstlük gereğince kendisinden beklenilenden veya sözleşme görüşmelerinde öngörülenden daha

vd.; Mehrings J., Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware, NJW 1988, 2438 vd.; Kilian, CuR 1986, 190 vd.; Heussen, B., Technische und Rechtliche Besonderheiten von Maengeln bei Computerleistungen (I), CuR 1988, 895; (II) CuR 1988, 986 vd.; Heussen, B., Urheber- und Lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware, GRUR 1987, 790; Junker, A., Computerrecht; Gewerblicher Rechtsschutz, Mangelhaftung, Arbeitsrecht, JZ 1989, 320 vd.; Engel, BB 1985, 1164 vd.; Tellis, N., Gewährleistungsansprüche bei Sachmaengeln von Anwendersoftware, BB 1990, 502 vd.; Bartl, H., Rechtliche Problematik der Softwareverträge, BB 1988, 2122 vd.; Bächler, B. C., Erwerb einer EDV- Problemlösung für Personal Computer, Zürich 1988, 132 vd.; Koch, T.7, Rdn. 185; Bömer, CuR 1989,362 vd.

18 Marly, J. Softwareüberlassungsverträge, Aufl. II, München 1997, Rdn. 713 vd.

19 Marly, Rdn. 729 vd.

20 Marly, Rdn. 743 vd. Uyumluluk kavramı hakkında bkz., Fuchs, A., Der Erwerb von Computern, Zürich 1979, 30.

büyük ise kapasite ayıbından sözedilir²¹. Örneğin 8 megabite belleğin yeterli olduğu belirtilmesine veya beklenmesine rağmen ancak 16 megabite bellekte istenilen performans değerlerini vererek çalışabiliyorsa sözkonusu ayıp vardır.

E. Hesaplama Hızının Düşüklüğü (Geringe Rechengeschwindigkeit): şayet program hızının yavaş olması, sistemin diğer bileşenlerinin görevlerini tam anlamıyla yerine getirmelerine beklenilmeyen ölçüde engel oluyor, sistemden beklenen performansın yakalanmasına engel oluyorsa bu tür bir ayıp vardır²².

F. Programın Virüslü Olması (Virenverseuchte Software): Bilişim alanında, veri taşıyıcıları (disket, CD, sabit disk vs.) arasında gerçekleşen veri transferleri esnasında, kendisinin bir kopyasını yaratma yeteneğine sahip ve kendi kodunu, bulaştığı veri taşıyıcısına kopyalayabilme yeteneğine sahip olan ve genellikle bulaştığı veri taşıyıcısında kayıtlı programa zarar veren bulaşıcı bir program türüne "virüs" denilmektedir²³. Şayet programda bu türden bir bulaşıcı varsa program ayıplı sayılmaktadır²⁴.

G. Dokümanların Yetersiz Olması (Unzureichende Dokumentation): Tartışmalı olmakla birlikte, programı edinen kişiyi programın kullanımı konusunda aydınlatmayı amaçlayan, karşılaşılan ufak-tefek sorunlara karşı neler yapılabileceğine dair bilgileri içermeyen dokümanlar verilmiş ise, veya verilen dokümanlar kullanıcının anlamadığı dilde ise ayıplı sayılabilir²⁵.

H. Tasarım Ayıpları (Entwurfsmaengel): Program imal edilirken, teknik yenilikler yeterince izlenmemiş veya dikkate alınmamış veya programlama tekniklerinin gereklerine uyulmamış ise sözkonusu ayıp ortaya çıkmaktadır²⁶.

21 Marly, Rdn. 750. Kapasite ayıplarının dava konusu yapıldığı kararlardan bir kaçı: LG Oldenburg 24.4.1991, BB 1992, Beil. 14 zu H. 24, N. 11; OLG Karlsruhe 30.9.1994 (mit Anm. Zahrnt) BB 1995, Beil. 16 zu H. 40, N. 3.

22 Marly, Rdn. 755 vd.

23 Fuhrer, S., Computerviren und Haftung, SJZ 1991, 129; Marly, Rdn. 764. Bilgisayar virüslerinden sorumluluk konusunda ayrıca bkz., Schneider/Günther, Haftung für Computerviren, CuR 1997, 389.

24 Marly, Rdn. 763 vd.; Rombach, W., Killer-Viren als Kopierschutz für Computerprogramme, CuR 1990, 103.

25 Koch, T. 7, Rdn. 186; Marly, Rdn. 789 vd.; OLG Hamm 8.7.1991, BB 1992, Beil. 14 zu Heft 24, N. 4; OLG Frankfurt a. M. 17.12.1991, BB 1993, Beil. 3 zu Heft 5, N. 2.

26 Marly, Rdn. 810 vd.

Yukarıda belirtilen ayıplılık hallerinden biri veya bir kaç gerçekleştiğinde, bu hal doğrudan doğruya devreden sorumluluğuna yol açacak mıdır? Bu soruyu şöyle sormak da mümkündür: Programı devreden sözkonusu ayıplara karşı hangi şartlar altında ve kapsamda sorumludur?

III. BİLGİSAYAR PROGRAM AYIPLARINDAN DOLAYI MUHTEMEL SORUMLULUK KATEGORİLERİ

Bilindiği üzere sorumluluğun, bir diğer ifade ile kişilerin hangi hallerde malvarlığına el atılabileceği hususunun kaynağı, kanunkoyucunun iradesidir. Kanunkoyucu bazı hallerde kişilere, iradelerine uygun olarak, çizilen sınırlar içerisinde sorumluluk yaratabileceklerini öngörmüştür. Sözleşme ve tek taraflı işlemlerde durum böyledir. Bazı hallerde de kişilerin iradeleri nazara alınmaksızın sorumlu olmaları sözkonusudur. Gerçekten de, hukuka aykırı bir fiilden, fedakarlığın denkleştirilmesinden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumlulukta, kişilerin iradesinden bağımsız olarak kanunkoyucu, haksız fiili ika eden, temyiz kudretinden yoksun olan ve sebepsiz zenginleşen kişiyi sorumlu tutmaktadır. Konu başlığında da anlaşılacağı üzere burada yalnızca sözleşme ilişkisi kapsamında edinilen standart bilgisayar program ayıpları ve bu kapsamda muhtemel sorumluluk kategorileri inceleneceğinden diğer sorumluluk kategorilerine temas edilmeyecektir.

Bir sözleşme ilişkisi içerisinde edinilen standart bir bilgisayar programının ayıplı olması halinde, programı devreden sorumlu tutulabileceği muhtemel sorumluluk kategorileri, borcun hiç ve gereği gibi ifa edilmemesi halini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 96 vd. hükümleri ile bu hükümlere nazaran özel hüküm niteliğindeki satım sözleşmesine, kira sözleşmesine ve eser sözleşmesine özgü ayıba karşı tekeffül hükümleridir. Sözleşmenin tüketici sözleşmesi niteliği arzettiği hallerde de Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4. maddesinde yer alan ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 96 vd. hükümleri genel hüküm olması sebebiyle tartışmalı olmakla birlikte her halde uygulama alanı bulur²⁷. Zira, sözleşme ile üstlenilen edimin niteliklerine uygun

²⁷ Özel hükmün genel hükmü daima bertaraf edeceği kanaati doğru değildir. Özel bir hükmün genel hükmü bertaraf edebilmesi için aynı zamanda, özel hükmün konuluş amacı, genel hükmün uygulanmasını engellemek olmalıdır (Çağa, M.

olmayan her edim, nitelik edim konusuna dahil olduğundan, borçlanılan edimin ifası sayılamaz²⁸. Dolayısıyla ayıplı her program, daima gereği gibi ifa etmeme sayılır. Standart bilgisayar program ayıplılarından dolayı Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında belirtilen özel hükümlerin (BK.m. 194 vd; 253 vd ve 363 vd.) uygulanabilmesi için öncelikle bilgisayar programının edinilmesi işleminin temeli olan sözleşmenin hukuki niteliği itibariyle, satım, kira veya eser sözleşmesi olması veya en azından mahiyeti itibariyle bu sözleşmelere özgü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, program edinimi sözleşmelerine kıyasen uygulanabilmesi gerekir. Söz konusu hükümlerin, doğrudan doğruya veya kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ise, ancak standart bilgisayar programının edinilmesi sonucunu doğuran sözleşmelerin incelenmesi ve hukuki niteliği hakkında bir karar verilmesine bağlıdır. Bu çalışmanın kapsamı içerisine böylesine çetrefilli bir konunun ayrıntılı olarak yer alamayacağı açıktır²⁹. Şimdi kısaca standart bir bilgisayar programının edinilmesine temel oluşturan sözleşme yapılarına hukuki niteliklerine göz gezdirelim.

IV. BİLGİSAYAR PROGRAMINDAN YARARLANMAYA İMKAN VEREN TEMEL SÖZLEŞME YAPILARI VE HUKUKİ NİTELİKLERİ

Ticari hayat incelendiğinde standart bir bilgisayar programı kullanımına hak veren sayılamayacak kadar çok sözleşmeye

T., Özel Hüküm Genel Hükümü Her Zaman Bertaraf Eder mi?, TBBB 1991, S. 3, s. 371; Öztan, B., İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanununun 24/a III'üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu, Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 245 vd.). Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri ile genel hükümlerin yarışması konusunda geniş bilgi için bkz., Giger, H., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, B. IV, 2. Abt.; Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilb. :Kauf, Tausch, Schenkung, Lieferung 2: Art. 189-210 OR. Bern 1977, Art. 197-210, N. 62 vd.; Keller/Lörtscher, Kaufrecht, Zürich 1980, 84; Yıldırım, M. F., Satım Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri İle Borçlar Kanunundaki Genel Hükümlerin Yarışması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1992, s. 82 vd.

28 Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Aufl. 11, München 1977, 33 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. III, B.3, İstanbul 1994, 91; Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Aufl. 3, Zürich 1988, 91; Giger, Art. 197, N. 52; Keller/Lörtscher, 61.

29 Bu konuda geniş bilgi için bkz., Yıldırım, M.F., Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1997.

rastlanılmaktadır³⁰. Taraflar, sözleşme özgürlüğünün kendilerine bahsettiği, istenilen tip ve muhtevada sözleşme yapma hürriyetini kullanarak farklı muhtevalarda sözleşmeler yapabilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte ticari hayatta yapılagelen bu sözleşmelerin çok kaba bir biçimde üç gruba ayrılabilirdiği görülmektedir.

İlk gruba dahil sözleşmelerde, standart bir bilgisayar programı sürekli bir biçimde programı iktisap edene devredilmekte, karşılığında bir bedel ödenmekte, kullanıcı, bilgisayar programını devredenin gerek fikri hukuktan gerek sözleşmeden kaynaklanan kullanım sınırlamalarına riayetle mükellef tutulmaktadır.

İkinci grupta yer alan sözleşmelerde ise, standart bilgisayar programı, programı devralana sınırlı bir zaman dilimi çerçevesinde devredilmekte, sürenin bitiminde kullanıcı programı geri vermek veya programı sabit diskten silmek vs. suretle programdan yararlanmayı bırakmayı üstlenmektedir. Bu sözleşme yapısında da programı kullanmanın karşılığı olarak bir bedelin kararlaştırıldığı görülmektedir.

Standart bir bilgisayar programının kullanımına hak kazanılan bir diğer sözleşme yapısı ise, programın herhangi bir bedel ödenmeksizin devralındığı, istenildiği kadar çoğaltılabildiği ve yayılabildiği; bir diğer ifade ile programın, kullanım sınırlamalarına tabi olunmaksızın kullanılabilirdiği sözleşme yapısıdır. Ticari hayatta "freeware (=serbest mal)" veya "shareware (=yarı serbest mal)" olarak anılan standart bilgisayar programları bu şekilde iktisap edilmektedir. Bu tür iktisap tarzları standart bilgisayar programlarının kamuya mal edilerek devri biçiminde de isimlendirilebilir.

Söz konusu sözleşme yapılarına kanunen düzenlenen sözleşmeler rejimi açısından bakıldığında hemen göze çarpan bir hususiyet, bu sözleşmelerin kanunen düzenlenmediğidir. Bir diğer ifade ile kanunkoyucu ne Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında bu sözleşmeye yer vermiş, ne de özel bir kanunla düzenleme getirmiştir. 4110 sayılı kanunla getirilen hükümler, bu sözleşme yapılarını kanunen düzenlenen sözleşmeler kategorisi içinde mütalaa edilmesi için yeterli değildir. Bu bakımdan sözleşmelerin hukuki niteliğini,

³⁰ Bilgisayar programları üzerine ticari hayatta sıklıkla karşılaşılan sözleşme yapıları ve farklı sınıflandırma örnekleri için bkz., Kilian, CuR 1986, 187 vd.; Martinek, M., Moderne Vertragstypen, III, München 1993, 1 vd.; Kindermann, M., GRUR 1983, 153 vd.; Hören, Rdn. 6 vd.; Michalski/Bösert 10; Moritz/Tybusseck, Rdn. 203 vd.

isimsiz sözleşmeler alanında yapılan sınıflandırmalar içinde aramak yerinde olur.

Bilindiği üzere isimsiz sözleşmeler esasen karma ve kendine özgü (=sui generis) olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır. Bununla birlikte bu ayrıma bileşik sözleşme ismi verilen bir grup sözleşme de dahil edilmektedir. Kendine özgü sözleşmeler, bünyesinde kanunen düzenlenen sözleşmelere ilişkin unsurların yer almadığı sözleşmelerdir. Karma sözleşmeler ise, kanunen düzenlenen sözleşmelere ilişkin unsurların, kanunun öngörmediği bir biçimde biraraya getirildiği sözleşme tipleridir³¹. Bileşik sözleşmeler ise, birden fazla tipik sözleşmenin tarafların iradeleri ile birbirine o şekilde bağlanmasıdır ki, sözleşmelerden birinin yokluğu ya da geçersizliği, diğerinin de yokluğunu veya geçersizliğini gerektirmektedir.

Yukarıdaki kısa bilgilerin ışığında standart bir bilgisayar programından yararlanmaya imkan veren sözleşmelerin bünyelerinde barındırdıkları unsurlar dikkate alındığında, kendine özgü olduğu sonucuna varılır. Gerçekten de bu sözleşmelerin hepsinde fikri bir haktan yararlanmaya imkan veren "lisans" unsuru bulunmaktadır. Fikri bir haktan yararlanmaya imkan veren sözleşme, kanunen düzenlenmemiş lisans sözleşmesidir. Herne kadar bu sözleşmelerde duruma göre, satım, kira, bağışlama, hizmet unsurları bulunsa da, kanunen düzenlenmeyen lisans sözleşmesine ait bir unsurun bulunması bu sözleşmelerin karma sözleşme olmasını engellemektedir³². Karma sözleşmelerle, kendine

31 Doktrinde karma sözleşmeler de kendi arasında bir ayrımı tabi tutulmaktadır. Dar anlamda karma sözleşme olarak nitelenen bir grup sözleşme, yalnızca kanunen düzenlenmiş (tipik, isimli) sözleşmelere ait unsurların kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya getirildiği sözleşmelerdir. Geniş anlamda karma sözleşme, ise kanunen düzenlensin veya düzenlenmesin birden fazla sözleşmeye ait esaslı unsurun kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya getirildiği sözleşme tipidir. Bu konuda geniş bilgi için bkz., Oktay, S., *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması*, İHFM, C. LV (1996), s. 263 vd.; Kırcı, I., *Escow Sözleşmesi*, BATİDER, C. XIX, S. 1, s. 60; Schlupe, W., *Schweizerische Privatrecht*, VII/2, *Innominatverträge*, Basel u. Stuttgart 1977, 774 vd.; *Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, *Besonderer Teil*, 2. Halbband. 13. Aufl., München 1994, s. 41 vd.; Ayrıca bkz., Kuntalp, E., *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara 1976, s. 118; Meier-Hayoz, SJK 1134, s. 1 vd.;

32 Geniş anlamda karma sözleşme görüşünü benimseyenler için bu sözleşme karma bir sözleşme olarak kabul edilebilir. Oktay, 263 vd.; Schlupe (Honsell/Vogt/Wiegand), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*,

özgü sözleşmeler arasındaki ayrımın önemi de esasen azalmıştır³³. Zira her iki sözleşme kategorisine uygulanacak hükümler konusundaki tartışmalarda gelinen noktada, bu sözleşme kategorileri arasında önemli bir farklılığın olmadığı görülmektedir.

Kendine özgü sözleşmelere uygulanması gereken hükümler konusunda doktrinde hakim görüş, sözleşmenin bünyesine uygun hukukun yaratılması; hakimın sözkonusu hukuk boşluğunu, boşluk doldurma ilke ve yöntemlerine uygun olarak doldurması; bu faaliyet esnasında kanunkoyucu tarafından yapılan düzenlemelerden de istifade etmesi, özellikle rizikonun kanunkoyucu tarafından paylaştırıldığı durumlarda nazara alınan hususları nazara almasıdır³⁴.

Standart bir bilgisayar programından ivaz karşılığında yararlanma imkanı sunan sözleşmelerde, programın ayıplı çıkması halinde programı devredenin hangi hükümler muvacehesinde sorumlu tutulacağı sorunu oldukça tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler, esas itibariyle iki kategori içerisinde farklılaşan görüşler şeklinde tespit etmek doğru olur.

Bu konuda bir görüş, standart bilgisayar programlarının "şey" niteliğini kabul etmemekte, gayrimaddi bir hukuki varlık olarak nitilememekte; dolayısıyla uygulanacak hükümler konusunda hak satımına ilişkin hükümlerin³⁵ veya hasılat kirasına ilişkin hükümlerin³⁶ uygulanmasını savunmaktadır. Bu kapsamda satım ve hasılat kirasına dair hükümlerin birlikte uygulanabilirliğini savunanların³⁷ yanısıra kanunen düzenlenmiş sözleşme

Obligationenrecht I, Art. 1-529, OR. Basel 1992, Einl. vor Art. 184, N. 7-9; Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1997, 6.

33 Oktay, 263 vd.; Kırcı, 60.

34 Aral, 9 vd.; Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 5, İstanbul 1997, s. 24; Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1988, s. 71-72; Oktay, 263 vd.; Kırcı, 60. Hukuk yaratmada hakimın gözeteceği ilkeler konusunda bkz., Edis, S., Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 136 vd.

35 Kilian, CuR 1986, 193 vd.

36 Koch, T.6/ Rdn. 1030; Lehmann, M., Der Rechtsschutz von Computerprogrammen in Deutschland, NJW 1988, 242; Yine aynı yazara ait, Das Neue Software-Vertragsrecht, Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 1822 vd. Bu konuda Alman Medeni Kanunu'nun genel hükümlerinin de (§ 325, 326 BGB) uygulama alanı bulabileceğini savunan görüş için bkz., Heussen, GRUR 1987, 787 vd.

37 Brahdi-Dohrn, CuR 1986, 66 vd.

hükümlerinin uygulanmasını taraf menfaatleri açısından yetersiz bulan görüşlere de rastlanmaktadır³⁸.

Diğer görüşün ortak noktası ise standart bilgisayar programlarının "şey" olduğunu kabul etmeleridir (BGB § 90). Bu noktadan hareketle görüşlerin temellendirildiği ve farklı görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Bir görüş "şey satımı"na ilişkin hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceğini ileri sürerken³⁹; diğeri uygulamanın doğrudan doğruya yapılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁰.

Kanaatimizce bu sorunun çözümünde kanaatimizce şöyle bir yol izlenmelidir: Standart bir bilgisayar programının ivaz karşılığı sürekli devrini öngören ilişkide, satım sözleşmesine özgü ayıba karşı tekeffül hükümleri; standart bir bilgisayar programının ivaz karşılığı süreli devrini öngören ilişkide ise, kira sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. Standart programların ivazsız olarak bir diğer ifade ile kamuya mal edilerek devirlerinde (Shareware ve Freeware sürüm yöntemlerinde) ise bağışlama sözleşmesine ilişkin unsurdan hareketle, esasen satıma ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri kıyasen uygulanmalı bununla birlikte programı devreden sorumluluğunun az takdir edilmesi, yani hafifletilmesi gerekir. Bu durumda, programı devreden ancak hile ve ağır kusurundan sorumlu tutulmalıdır.

V. SATIM SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA STANDART PROGRAM AYIPLARINDAN SORUMLULUK

Satım sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında standart bir bilgisayar programını devreden kişinin

38 Lauer, BB 1982, 1758 vd.; Löwenstein, M.P., AGB Probleme beim Ein- und Verkauf von Computersoftware, BB 1985, 1696; Lesshaft/Ulmer, Softwarefehler und Gewährleistung, CuR 1988, 813 vd., 818.

39 Michalski/Bösert, 15; Bartl, BB 1988, 2122 vd. Almanya Federal Mahkemesinin de bu görüşü paylaştığı görülmektedir: BGH, NJW 1984, 2938; BGH, NJW 1985, 129; BGH, BB 1988, 20, 22; BGH, NJW 1990, 320 vd.; BGH, NJW 1988, 406 vd. Bu arada Huber tarafından savunulan bir görüşe de temas etmekte yarar vardır: Bu görüş standart bilgisayar programlarını "misli şey" (=vertretbare Sache) saymakta ve eser teslimine ilişkin hükümlerin (§ 651/I) hükümlerin uygulanabileceğini savunmaktadır (Soergel/Huber, vor § 433 Rdn. 81 a, Hören, Rdn. 27, dipn. 75'ten atfen).

40 König, NJW 1989, 2604 vd.; Hören, GRUR 1988, 340 vd.; Hören, Rdn. 70 vd.; Bartl, BB 1988, 2122, 2123; Marly, Rdn. 132 vd.; Köhler, H., Rechtsfragen zum Softwarevertrag, CuR 1987, 827 vd., 835.

sorumlu tutulabilmesi için, programın ayıplı olması şartının yanısıra bir takım şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan bir kısmı maddi, bir kısmı da şeklidir. Maddi şartlar: Ayıbın önemli olması yani, programın değerini ya da kullanıma elverişliliğini önemli ölçüde azaltmalı veya ortadan kaldırması; ayıbın ya da ayıp sebeplerinin en geç hasarın intikali esnasında programda bulunması; ayıbın gizli olması ve son olarak ayıba karşı tekeffülden sorumluluğun sözleşme ile kaldırılmamış olması gerekir. şekli şartlar ise, muayene ve ihbar külfetidir⁴¹. Programın ayıplı olmasına binaen programı devreden sorumlu olduğu hallerde, programı devralan, satış bedelinin indirilmesi hakkının yanısıra konstrüksiyon ayıbı sözkonusu değilse ayıplı programın ayıpsız ile değiştirilmesini isteyebileceği gibi, sözleşmeden de dönebilir. Borçlar Kanunu'nda tamir talebine yer verilmezken, Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, bilgisayar program devir sözleşmesinin tüketici sözleşmesi sayıldığı hallerde, tüketici edindiği programı tamir de ettirebilecektir.

VI. KİRA SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA STANDART PROGRAM AYIPLARINDAN SORUMLULUK

Kira sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre, kiralanan standart bir programın ayıplı çıkması halinde şu şekli ve maddi şartların da bulunması kiralayanın sorumluluğuna yol açmaktadır: Maddi şartlar; sözkonusu ayıp nedeniyle kiralanan programın sözleşmeye uygun kullanımının mümkün olmaması, ayıpların gizli olması ve tekeffül borcunun sözleşme ile kaldırılmamış olması iken, şekli şartlar; kiracının programı muayene etmesi ve tespit ettiği ayıpları kiralayana bildirmesidir. Diğer yandan kiralayanın sözkonusu tekeffül borcu tüm kira süresince mevcuttur. Satım sözleşmesinin aksine kiralayan yalnızca hasarın intikali anındaki ayıplardan değil, daha sonra ortaya çıkan ayıplardan da sorumludur.

Kira sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre kiralayanın sorumluluğu gerçekleştiğinde, kiracı, programdaki ayıbın giderilmesini isteyebileceği gibi, kira bedelinin indirilmesini

⁴¹ Bu şartlar hakkında geniş bilgi için bkz., Yavuz, 93 vd.; Yavuz, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 67 vd. Edis, S., Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 57 vd.; Bucher, E., Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, s. 91; Giger, Art. 197., N. 52.

isteyebilir ve hatta sözleşmeyi feshedebilir, uğranılan zararların tazminini isteyebilir.

VII. SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında, standart bilgisayar program devir sözleşmelerinin esas itibariyle kendine özgü birer sözleşme olduğu ancak, duruma göre satım ve kira sözleşmesine dair ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin ise doğrudan doğruya uygulanabileceği sonucuna varılmıştır.

DEVLET MEMURLARININ ANONİM ŞİRKETE KURUCU ORTAK OLUP OLAMAYACAĞI SORUNU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Yrd. Doç. Dr. Şükrü YILDIZ*

I. GİRİŞ

Devlet memurunun ticaret yapıp yapamayacağı, hangi hallerde yapabileceği ve hangi şirketlere kurucu veya ortak olabileceği veya görev alabileceği hususu idare hukuku ile ticaret hukukunun müşterek konularından birini oluşturur.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ortaya konan sorunların çözümünde her iki hukuk dalının kuralları ve yöntemleri farklı sonuçları doğuracaktır. Bu sebeple makalenin konusunu oluşturan, devlet memurlarının anonim şirkete kurucu ortak olup olamayacağı sorununu hem ticaret hukuku kuralları, hem de idare hukuku kuralları bakımından ele alıp incelemek gerekmektedir.

II. TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETLERİN KURULUŞU VE KURUCULAR

A. Genel Olarak

TK anonim şirketin kuruluşunu, 276-280. maddeleri arasında çeşitlerini gösterip kurucuları da tanımlayarak düzenlemiştir. Ayrıca çeşitli kuruluş şekillerinden tedrici kuruluş ayrıntılı olarak madde 281-302'de, ani kuruluş ise madde 303-304'de tanzim edilmiştir. Bunların yanında kuruluştan doğan sorumluluk madde 305-310'da, kuruluş işlemlerinden kaçmayı ele alan "Kanuna karşı hile" ise 311. maddede hükme bağlanmıştır.

Tedrici kuruluşa ilişkin olmak üzere diğer bir düzenleme de Ser.PK m.6 ve 7 ile bu kanuna dayanarak SPK'nın çıkardığı Seri: I, NO: 22 "Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar" Tebliğinde yer almaktadır.

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

B. Kuruluş

Hukuki anlamda kuruluş,"anonim şirketin tüzel kişilik kazanabilmesi için yapılması kanunen kuruculara yüklenen işlemlerin tümünün yerine getirilmesidir¹."

Kuruluş, seçilen türe göre belirli aşamalardan geçer. Aşamalar kanun tarafından düzenlendiği için bunlardan biri tamamlanmadan diğerine geçilemez. Kuruluş, anonim şirkete pay sahibi olacak en az beş kurucunun esas sözleşmeyi yazılı olarak hazırlayıp imzalaması ve imzaların noter tarafından tasdiki ile başlar ve şirketin ticaret siciline tescili ile sona erer.

Kuruluş süresince kurucular ve tedrici kuruluşta ayrıca katılmayı taahhüt edenler vardır. Kuruluşu ve kuruluş işlemlerini kurucular yürütür. Bu işlemlerin hukuki ve cezai sorumluluğu kuruculara aittir. Ancak kuruluş tamamlandıktan sonra pay sahipleri ve organlar söz konusu olabilir². Kuruluşun tamamlanmasıyla şirket kurulmuş ve kurucuların da bu sıfatı sona ermiş olur³.

TK'ya göre bir AŞ, ya ani ya da tedrici yol ile kurulur(TK m. 276). Bu sınıflandırma sermayenin tamamının kimin tarafından taahhüt edildiği kriterine dayanır.

Ani kuruluşta, kurulmakta olan AŞ'in sermayesinin tümünü kurucular taahhüt ederler. Taahhüt şirketin esas sözleşmesinde yapılır. Kurucular aynı zamanda katılma müteahhidi olup, şirket tüzel kişilik kazandığı anda pay sahipliği sıfatını da kazanırlar.

Tedrici kuruluşta kurucular, kurulmakta olan AŞ'in sermayesinin tamamını taahhüt etmeksizin sadece şirket esas sözleşmesini hazırlayıp imzalar ve imzalarını notere onaylatırlar. Esas sermayenin ise en az "yüzde onunu" tediye veya temin (TK m.280/1) ederler. Kurucular bu kuruluş tipinde sermayeyi taahhüt ettirmek (Ser.PK'ya göre ise hisse senetlerini satmak) amacıyla halka başvururlar.

1 Hayri, Domaniç, Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964, sh. 4; Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi C. II, İstanbul 1988, sh. 129.

2 R, Poroy/Ü, Tekinalp/E, Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 1997, sh. 259, N. 482.

3 Domaniç, C.II, sh.129.

TK kuruluşta halkın ortaklığa katılmasını öngören "tedrici kuruluş"u asıl kabul ederek, bunu "ani kuruluş"a oranla çok daha ayrıntılı düzenlemiş olmasına rağmen, bu hükümlerin çok uzun ve muğlak olması uygulamada kurulan anonim şirketlerin tamamına yakınının ani şekilde kurulmasına neden olmaktadır⁴.

C. Kurucular

a) Genel Olarak

Anonim şirket organizasyonunu harekete geçiren, konuyu bulan, parayı toplayan, örgütü kuran, gerekli izni alan kişilere kurucu denilir. İngilizce deyimle "promoter"denilen bu kişiler, anonim şirketlerin ortaya çıktığı 17. ve 18. yüz yıllarda sadece şirketi kurup harekete geçirmekle yetinirlerdi⁵. Bugün de buna benzer sistemler olmasına rağmen bazı kanun koyucular, sorumluluk bakımından kurucuların aynı zamanda pay sahibi olmalarını aramış, böylece kurucuların kendi paralarını da maceraya katmaları istenmiş ve diğer tasarruf sahiplerinin paralarının daha dikkatle tasarruf edilmesi arzulanmıştır⁶. Türk sisteminde de kurucu aynı zamanda katılma payını da getiren pay sahibidir.

Diğer yandan anonim şirketin hukuki yapısı ve özelliği pek çok kişinin şirkete ortak olarak katılmaları ve dolayısıyla büyük bir sermayenin toplanmasını gerektirmektedir. Bu çok sayıdaki ortağın şirketin kuruluşuna ait işlem ve formaliteleri birlikte yürütüp tamamlaması pek zordur. İşte bu sebeple kanun koyucu kuruluş işlemlerinin yapılması görevini "kurucular" adı verilen bir kısım ortaklara yüklemiştir⁷.

b) Tanım

TK m. 277'ye göre bir anonim şirketin kurulabilmesi için en az beş kurucunun varlığı şarttır. Kurucuların asgari beş kişi olması zorunluysa da, daha fazla olmalarına engel bir hüküm yoktur.

Ticaret Kanunu, sorumluluk yüklenen ve esas sözleşmede öngörülmek şartıyla bazı özel menfaatlerden (TK m.279,b.5)

4 Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası. İstanbul 1989, sh. 32.

5 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh. 227, N.445.

6 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh. 227, N.445.

7 İrfan Baştuğ, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir1974, sh. 287.

faidalanan kurucuyu tanımlamıştır(TK m.278). Buna göre gerek ani kuruluşta, gerek tedrici kuruluşta kurucu olmak için iki şart aranmaktadır. Bunlar :

(1)- Kurulacak anonim şirkete para veya paradan gayri bir şeyi sermaye olarak koymak

(2)- Şirket esas sözleşmesini düzenlemek⁸ ve imza etmektir.

Kurucu sıfatının kazanılması için bu iki şartın mutlaka birlikte gerçekleşmesi gerekir⁹. Kurucu bu işlemleri bizzat kendisi yapabileceği gibi, yetkili kıldığı temsilcisi aracılığıyla da yapabilir. Temsilci kullanılması halinde tüm hak ve borçlar ve kuruluşun doğan sorumluluk kurucu sıfatı ile temsil edilene ait olur¹⁰.

Bununla birlikte, TK m.278/2 ve 3 incelendiğinde kuruculuk sıfatının genişletildiği ve kanun koyucunun üç nevi kurucuyu düzenlediği görülür.

TK m. 278/2, ikinci nevi kurucuları sadece tedrici kuruluş açısından kabul etmiştir. Tedrici kuruluşta, esas sözleşmeyi tanzim ve imza etmeksizin ayın sermaye ile şirkete ortak olmak isteyen müstakbel ortaklar da kurucu sayılmışlardır. Bu sıfatın kazanılması için, ilk gruptakilerin aksine esas sözleşmenin tanzim ve imzasına ihtiyaç olmayıp sadece ayın nevinden sermaye konulması yeterlidir. Kanun koyucunun bu hükmü sevk etmekteki amacı, ayın nevinden

8 Kanun, esas sözleşmenin düzenlenmesi ve imzası şartını birlikte arıyorsa da, sermaye taahhüdünü yerine getirmek ve sözleşmeyi imzalamak şartıyla kurucu sıfatı kazanılır. Bütün kurucuların sözleşme şartlarını tesbit eden görüşmelere fiili olarak katılması şart değildir. Bu nedenle düzenlenmiş bir şirket sözleşmesini sonradan imza edenler dahi, oradaki şartları aynen kabul etmiş olduklarından kurucu sayılırlar. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, C.I, Umumi Hükümler, İstanbul 1959, sh. 22, dp. 30; İmregün, AO, sh. 34; Baştuğ, sh. 288, dp. 2; Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, sh.44; Mehmet Somer, Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerinde Etkileri, İstanbul 1990, sh.116, dp.176.

9 Şirket esas sözleşmesini düzenlemek ve imza etmek kurucu olmak için gerekli bir ön şart ise de, yalnız başına yeterli bir şart değildir.Örneğin sözleşmeyi düzenleyen noter, avukat veya hukuk müşavirleri şirketin kurucusu olamayacakları gibi,sözleşmede sermaye taahhüdünde bulunmayan kişilerin imzasının bulunması da, onlara kurucu sıfatını kazandırmaz. Domaniç, Kuruluşun Doğan Mesuliyet, sh. 10; İmregün, AO, sh. 34; Baştuğ, sh. 288. Aksi görüşte Arslanlı, C.I, sh.22, dp.33.

10 İmregün, AO, sh. 34; Gönen Eriş, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, sh. 90.

sermaye ile şirkete katılanların sorumluluğunu artırmak, onları kuruculara ait kanuni sorumluluk hükümlerine tabi kılmaktır^{10a}.

Ne var ki, Ser.PK'nun yürürlüğe girmesiyle anonim şirketlerin tedrici kuruluşuna ilişkin hükümlerinde zımni de olsa bir dizi değişiklikler meydana gelmiştir¹¹. Ser.PK'nun TK üzerindeki, dolaylı etkilerinden biri de TK m.278/2 de ki kurucu kavramı üzerinde olmuştur. Çünkü Ser.PK m.7, f.3'e göre, halka arz yoluyla satılan hisse senedi veya geçici ilmuhaber bedellerinin tam olarak nakden ödenmesi şarttır. Buna göre "halk ortaklar" kurulmakta olan anonim şirkete ancak para nevinden katılma taahhüdünde bulunabilecekler ve taahhüt edilen paranın tamamının peşin olarak ödenmesi halinde ortak sıfatını kazanabileceklerdir. Bu hükme göre halk ortakların para dışında bir sermaye taahhüdünde bulunmaları mümkün olmadığına göre, TK m.278/2'de sözü edilen "kurucu" kavramının uygulama alanı kalmamıştır¹². TK m.278/3, anonim şirkette kurucu sayılabilecek üçüncü bir grubu daha göstermiştir. Madde, kurucuların kuruluş işlemlerini, üçüncü kişi hesabına yapmaları durumunda, hesabına hareket edilen kişileri de kuruluşun doğan sorumluluk bakımından kurucu gibi sorumlu saymıştır. Kanun koyucu burada bazı kimselerin saman adam kullanarak kuruluşun doğan sorumluluktan kurtulmalarına engel olmak istemiştir.

Ticaret Kanunu, kurucu sıfatının kazanılması için yukarıda açıklanan şartlardan başka herhangi bir ek şart aramamıştır. Özel kanunlarla yasaklanmış olmadıkça, her gerçek ve tüzel kişi anonim şirketin kurucusu olabilir¹³.

Ancak tüzel kişilerden ticaret şirketlerinin anonim şirkete kurucu ortak olabilmeleri, esas sözleşmelerinde buna ilişkin açık bir hükmün bulunmasına bağlıdır(TK m.137). Diğer tüzel kişilerden dernek ve

10a Domaniç, C.II, sh.132.; Poroy/Tekinalp/Çamağlı, sh.262, N.484a; Baştuğ, 288; Fahıman, Tekil, Şirketler Hukuku, Anonim Şirketler. C.II, İstanbul 1978, sh. 228; Somer, sh. 116.

11 İmregün, AO, sh.32; Ali Murat Dizdar, Sermaye Piyasası Kanununun Anonim Ortaklıklarda "Kurucu" Kavramında Yaptığı Değişiklik Sorunu, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXX, 1983, S.7, sh. 282; Somer, sh. 115.

12 Poroy/Tekinalp/Çamağlı, sh.263, N.484a; Domaniç, C.II, sh. 132; Dizdar, sh. 283; Somer, sh. 117.

13 Arslanlı, C.I, sh. 23, dp. 37a; Domaniç, Kuruluşun Doğan Mesuliyet, sh.9; Domaniç, C.II, sh.133; Poroy/Tekinalp/Çamağlı, sh. 263; İmregün, AO, sh.35; Baştuğ, sh. 289; Ansay, AŞ, sh.46; Tekil, C.II, sh. 227, dp.48; Somer, sh. 117; Eriş, sh. 89.

vakıflar ise doğrudan doğruya ve nihai gaye olarak değil, gayesine ulaşmak için bir anonim şirkete kurucu sıfatı ile katılabilirler¹⁴.

Gerçek kişilerin tamamının medeni haklardan yararlanma ehliyeti sınırsız olduğuna göre bunların hepsi kurucu olabilirler¹⁵. Ancak esas sözleşmeyi tanzim ve imza ile sermaye taahhüdünde bulunabilmek için medeni hakları kullanma ehliyeti şart olduğuna göre, küçük ve kısıtlıların yasal temsilcileri veli ve vasileri vasitasıyla temsil edilmeleri gerekir¹⁶. Vasiler bu yetkiyi kullanabilmek için MK m. 406 uyarınca Sulh ve Asliye Mahkemesinden izin almalıdırlar. Veliler için böyle bir zorunluluk olmamakla birlikte, o da aynı zamanda şirkette kurucu ise, küçük bir kayyum aracılığı ile temsil ettirilir¹⁷. Diğer yandan kurucular arasında yabancı uyrukluların bulunması mümkündür. Ancak bu yabancı uyruklu kurucuların ad ve soyadları ile birlikte uyruklarının da esas sözleşmede gösterilmesi¹⁸ hem TK'nın çeşitli maddelerinden, hem de yabancı sermaye mevzuatı çerçevesinde aranılan bir zorunluluktur¹⁹. Bu hususların varlığı ayrıca Bakanlığın çıkardığı 1995/1 tebliğinde²⁰ de aranmaktadır.

Bu konuda daha önce ortaya çıkan ve Bakanlığın hatalı tutumu sonucu sakıncalı bir uygulamaya dönüşen evli kadının kurucu ortaklığına da değinmek gerekir. Her ne kadar bugün böyle bir sorun ortada yoksa da gelinen seviyeyi anlayabilmek için bu hususu da

14 Domaniç, Kuruluştan Doğan Mesuliyet, sh. 9.

15 İmregün, AO, sh. 35; Orhan Nuri Çevik, Anonim Şirketler, 3.Bası, Ankara 1988, sh.180,181.

16 İmregün, AO, sh. 35; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.263; Baştuğ, sh. 289

17 İmregün, AO, sh. 35; Çevik,,sh. 181.

18 Böyle bir hükmün amacı, kurucu olmak isteyen yabancı uyruklunun ülkesini tespit açısından önemlidir. Zira yabancı uyruklunun ülkesi Türk vatandaşlarına anonim şirkete kurucu olma hakkını vermemişse, karşılıklı esasına göre bu yabancı uyruklu gerçek ya da tüzel kişinin kuruculuğu Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından reddedilebilecektir. Bu kaydın diğer bir önemi de Mukabeli-i Bilmisil Kanununu uygulanması açısından olabilir.

19 Abuzer Kendigelen, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi, İHFM C.LV(1996), sh. 304; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.263.

20 13.8.1995 tarih ve 22373 sayılı RG.

açıklamak gerekir. Doktrindeki baskın görüşe²¹ göre, evli kadının kuruculuğunu yasaklayan hiçbir hüküm yoktu ve evli kadın kocasının izni olmadan da kurucu sıfatını kazanabilirdi. Bunun aksini iddia eden bazı yazarlar²² ve Bakanlık MK m.159'a dayanarak evli kadının anonim şirkete kurucu ortaklığını "bir iş veya sanatla iştigal etmek" anlamında görüp izin için kocanın muvafakatini aramaktaydılar. Ancak Anayasa Mahkemesi, MK m.159 hükmünü anayasaya aykırı bularak iptal²³ ettiği için, artık hatalı yorumlamaya elverişli bir kanun hükmü de kalmamıştır. Artık, Bakanlık da böyle bir şartı aramamaktadır.

Bu konuda son olarak makalenin konusunu oluşturan devlet memurlarının kurucu olup olamayacağı konusuna değinmek gerekir. Ticaret Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir yasak hükmünün olmadığına yukarıda değinilmiştir. Ne var ki, buna rağmen bazı müellifler²⁴ haklarında ticaret yapma yasağı bulunan memurların bu sebepten kurucu olamayacağını, diğer bir kısım müellifler²⁵ ise TK'nın kurucular için hukuki ve cezai sorumluluk getirdiğini bu sebeple devlet memurlarının anonim şirkete kurucu olamayacağını savunmaktadırlar. Bize göre sorunun çözümü Devlet Memurları Kanunu hükümleri içinde aranmalıdır.

III. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDAKİ DURUM

A. Genel Olarak

1926 tarih ve 788 sayılı Memurun Kanunu'nun 8. maddesi;

"Memurlar ticaret ve sanatla iştigal edemezler. Kendi emlak ve arazilerini bizzat veya bilvasıta işletebilirler. Şirketlerde, ticaret ve sanayi müesseselerinde vazife deruhte edemezler. Ancak kooperatif şirketlerinde meclisi idare azalığı ve hesap müfettişliği edebilirler"

şeklinde düzenlenmişti.

-
- 21 Arslanlı, C.I, sh.23,dp.37a ; Ünal Tekinalp, Evli Kadının Pay Taahhüdünde de Bulunabilmesi Sorunu , İkt.Mal. C. XXII, s.11, sh. 471; İmregün, AO, sh.35; Çevik, sh.183; Tekil, C.II, sh.228, dp.48
- 22 Sadrettin Tosbi, Anonim Şirketler, Ankara 1943, sh.34.
- 23 Karar 2.7.1992 ve 21272 sayılı RG. de yayımlanmıştır.
- 24 Tosbi, AŞ, sh.35.
- 25 Çevik, sh.185; Eriş, sh. 89.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere memurlara ticaret ve sanatla uğraşma yasağı getirilmiş, ayrıca kooperatifler hariç olmak üzere şirketlerde, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamıyacakları kuralı öngörülmüştü.

Kanun koyucunun bu hükümleri sevk etmekteki amacı, kamu hizmeti gören memurun vazifesini iyi bir şekilde yapmasına mani olacak hiçbir işin memurlukla bağdaşmayacağını kabul etmesinin yanında, memurun görevini kötüye kullanarak kendi yakınlarına ve ortaklarına menfaat sağlamaya müsait her iş veya durumun memurlukla bağdaşmayacağını öngörmesinde yatmaktaydı.

Ne var ki, 8. madde hükmü yukarıda ortaya konulan sorunların çözümünde başarılı olamamıştır²⁶.

B.Yürürlükteki Mevzuat Açısından

Daha sonra yürürlüğe giren 1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu; konuyu Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı başlığı altında 28. maddesinde düzenlemiştir²⁷. Madde metninin son hali şu şekildedir:

Madde 28. - Memurlar, Türk Ticaret Kanunu'na göre (tacir) veya (esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit

26 Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku , II. Şirketler Hukuku, 2.bası Ankara, 1973, Sh.33.

27 28.madde 657 sayılı Kanundan sonra 1970 yılında 1327 sayılı Kanunla, daha sonra da 12 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilmiş, son şeklini 1975 tarih 1897 sayılı Kanunla getirilen değişiklikten sonra almıştır.

657 sayılı Kanunun 28. maddesinin ilk şekli şu şöyledir: "Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı; madde 28: Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (tacir) veya (esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamazlar, ticari mümessil ve vekil olamazlar, kollektif şirket ortaklığı ile komandit şirkette komandite ortaklığa giremezler ve ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği ve murakıplık görevlerini deruhde edemezler. Devlet memurlarının üyesi oldukları yapı ve tüketim kooperatiflerindeki yönetim ve denetim görevleri bu yasaklamanın dışındadır.

Yukarıdaki fıkrada gösterilenler dışında kalan kazanç getirici faaliyetlerden hangilerinin devlet memurları tarafından yapılamıyacağı, sınıfının tüzüğünde belirtilir.

Eşleri, birinci fıkrada gösterilen faaliyetlerde bulunan devlet memurları, bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler.

şirkette komandite ortak olamazlar. (görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç)

Memurların üyesi oldukları, yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim ve denetim kurulları üyelikleri görevi ve özel kanunlarda belirtilen görevler bu yasaklamanın dışındadır.

Eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler.)

Buna göre, kanun aşağıda sayılan ticari faaliyetlerle, kazanç getirici (emeği ile gelir sağlayacak) faaliyetlerde bulunmayı devlet memurları için açıkça yasaklamıştır. Bu faaliyetler şunlardır:

- Tacir ve esnaf sayılmasını gerektirecek bir faaliyetle bulunamazlar. (TK.m.14, 17)

- Ticari mümessil (BK.m. 449), ticari vekil (BK. m. 453) olamazlar.

- Kollektif şirket ortağı olamazlar.

- Komandit şirketin komandite ortağı olamazlar.

- Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamazlar²⁸.

Devlet memurlarının yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri ile kanunla kurulmuş yardım sandıklarına üye olmaları, ticaret ve kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağının dışında bırakılmıştır. Ayrıca belirtilen teşekküllere üye olan devlet memurlarının, yine bu kuruluşlarda yönetim ve denetim kurulu üyeliklerinde bulunabilecekleri kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Kanunda ortak olunamayacak şirketler açıkça gösterilmesine rağmen, hangi nevi ticaret şirketlerine ortak olunabileceği konusunda açıklık yoktur. Maddenin amaca göre yorumundan, devlet memurlarının sermaye şirketlerine ortak olabilecekleri, hem doktrin, hem de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir²⁹.

28 Maddenin ilk şeklindeki " ticaret şirketlerinde müdürlük, idare meclisi üyeliği, murakıplık görevlerini deruhte edemezler" hükmü gerek müessese, gerek görev bakımından genişletilmiştir. Bu durumda devlet memurları anonim şirketlerde ne memur, ne de yönetim veya denetim kurulu üyesi olabileceklerdir.(Karayalçın, age, sh.35 dpn. 25; Aynı yönde Yargıtay 11. HD' nin 9.12.1991 gün ve E. 1990/5211, K.1991 / 6529 sayılı Doğanay(Devlet Memurları İle Küçük ve Mahcurlar, Hangi Nevi Şirketlere Ortak Olabilirler? Yaklaşım , Yıl 2, Sayı 24, sh. 103'den naklen.)

29 Tosbi, AŞ, sh.35; Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3. Basım, sh. 1176 ; Karayalçın, a.g.e , sh.35; Doğanay a.g.m, sh.103; Tekil, sh.227, 228, dp.48; Ünal Tekinalp, Evli Kadının Pay Taahhüdünde de

Bu hükmün ışığı altında kuruluş kanunu³⁰ veya ilgili yönetmeliklerde³¹ aksine hüküm olmadıkça devlet memurları:

- Komandit şirkette komanditer ortak
- Limitet şirket ortağı
- Adi şirket ortağı, hususi şirketin gizli ortağı³²
- Anonim şirket ortağı olabilirler³³

Bulunabilmesi Sorunu , İkt.Mal. C. XXII, s.11, sh. 471); Yargıtay 11. HD'nin 9.11.1991 tarih ve E. 1990/5211, K. 1991/6529 sayılı kararı (Doğanay sh.103,dp.6'dan naklen)

- 30 Bazı özel kanunlar devlet memurlarının ticaret şirketlerinin hiçbirisinde ortak ve pay sahibi olamayacaklarını açıkça belirtmiştir. Örneğin Sermaye Piyasası Kanununun 20. maddesi " Kurul başkan ve üyeleri, ... ortaklıklarda pay sahibi olamazlar." hükmünü içermektedir. Yine 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 50. maddesinin 3. fıkrasına göre "Noterler borsa oyunu oynamaktan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasındaki anlamda ticaret yapmaktan... yasaklıdırlar."

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 25. maddesine göre "Rekabet Kurulu başkan ve üyeleri... ticaretle uğraşmazlar, ortaklıklarda pay sahibi olamazlar.

Kurul başkan ve üyeleri göreve başlamadan önce malik oldukları hazine tarafından çıkarılan borçlanmaya ilişkin menkul kıymetler dışındaki her türlü sermaye piyasası mevzuatı anlamındaki menkul kıymetlerini üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhri hısmımları dışındakilere satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadır. 30 gün içinde bu hükmü uygun hareket etmeyen üyeler üyelikten çekilmiş sayılır."

1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 19. maddesine göre" Banka Meclisi; başkan (Guvernör) ile genel kurulca seçilecek altı üyeden kurulur.

Üyelerin görevleri; özel bir kanuna dayanmadıkça banka dışındaki teşrii, resmî veya özel herhangi bir görev ile birleşemez. Bundan başka bu üyeler, ticaretle uğraşamayacakları gibi, bankalar ve şirketlerde de hissedar olamazlar." Ayrıca 27. madde başkan için aynı hükmü öngörmüştür.

- 31 Menkul Kıymetler Borsasının kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin (6 Ekim 1984 tarih ve 18537 sayılı R.G.'de yayınlanmış, 14 Ekim 1984 tarih 18545 sayılı R.G. düzeltmeleri çıkmıştır. 9.3.1988 tarih ve 19749 sayılı R.G.'de "Menkul Kıymetler Borsasının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik Yayınlanmıştır.)27. maddesine göre "Borsa başkanı, ... ticaretle uğraşamaz, ortaklıklarda pay sahibi olamaz..."

30. maddeye göre "Borsa personeli, ... ticaretle uğraşamaz, ortaklıklarda pay sahibi olamaz..."

- 32 Karayalçın, age, sh.35.

- 33 Bu konuda Karayalçın da haklı olarak belirttiği gibi önemli olan , ortaklığın sınırlı, sınırsız sorumluluğu değil , ortaklık durumunun memurun vazifesini

Devlet memurlarının anonim şirketin kurucu ortağı olup olamayacağı hususu ise tartışmalıdır. Çünkü madde metninde bu konuya ilişkin her hangi bir açıklık yoktur.

Doktrindeki bir görüşe göre devlet memurunun kurucu ortaklığı, memurluk görevini engel ya da görevi kötüye kullanmaya elverişli değilse mümkündür³⁴.

Diğer bir fikre göre ise; TTK' nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinde kurucular hakkında bazı sorumluluk ve yükümlülükler öngörüldüğüne göre devlet memurlarının kurucu ortak olmaması gerekir³⁵.

Eğer devlet memurunun anonim şirkete kurucu olması 28. madde kapsamındaki Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı çerçevesinde ele alırsa; böyle bir faaliyete giren devlet memurunun DMK m.125/D'ye göre, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına çaptırılması gerekecektir. Anılan maddenin (h) bendine göre "Ticaret yapmak veya devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile karşılanmıştır³⁶. Yine aynı kanununun 132. maddesinin 4. fıkrasında "Kendilerine disiplin cezası olarak aylıktan kesme veya kademe ilerlemesini durdurma cezası verilenler, valilik, büyükelçilik, müsteşar, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı görevlerine atanamazlar"³⁷.

ifaya mani veya görevini kötüye kullanmasına elverişli olup olmamasıdır. Karayalçın, age, sh.35, dp; 27; Aksi görüş Doğanay, agm, sh. 103; Yazar devlet memurlarının anonim ve limited şirket ortaklığını sorumluluğun şirkete konulan sermaye ile sınırlı olmasına dayandırmaktadır. Aynı yönde Yalkın Bahar, Avukatlar Sermaye Şirketlerin Hissedarı Olabilirler mi? İstanbul Barosu Dergisi C.XXX111, s.4. 1959 ,sh.66.

34 Karayalçın, age, sh. 35.

35 Eriş, sh. 89; Çevik , sh. 185.

36 Devlet Memurları Kanunu'nun yanında bazı özel disiplin yönetmeliklerinde de bu husus bir disiplin cezası olarak öngörülmüştür. Örneğin Yükseköğretimi Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin(RG.21.8.1982 tarih ve17789 sayı) 9. maddesinde kademe ilerlemesi cezası düzenlenmiş, bu cezayı gerektiren fiillerden biri olarak da aynı maddenin (h) bendinde "Ticaret yapmak veya kısmi sınırlı bulunanlara 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun tanıdığı imkanlar dışında Devlet Memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak" sayılmıştır.

37 Aynı şekilde buna benzer bir hüküm de yukarıda anılan yönetmeliğin 14. maddesinde düzenlenmiştir.Bu maddeye göre "Kademe ilerlemesinin

Devlet memurunun kurucu ortaklığının, yasak kapsamında kabul edilmesinin idare hukukuna ilişkin sonuçlarının yanında ticaret hukukuna ilişkin sonuçları da olacaktır.

İlk olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, kurucusu devlet memurlarından olan anonim şirketin kuruluşuna izin vermeyecektir^{37a}.

İkinci olarak, ticaret sicil memuru, şirket esas sözleşmesinde kanunun emredici hükümlerine veya kamu düzenine aykırılık tespit ederse tescil işlemini reddedecektir. Yukarıdaki görüşlerden olumsuz olanı kabul edilip, devlet memurunun kurucu olması yasak kapsamında ele alınırsa, kurucularının içerisinde devlet memurlarının olduğu anonim şirket esas sözleşmesi, sicil memuru tarafından kanuna aykırılık nedeniyle tescil edilmeyecektir.

Oysa ortaya konulabilecek bu sonuçların hiç birisi bizce mevcut mevzuat çerçevesinde kabul edilemez. Çünkü devlet memurunun anonim şirkete kurucu ortak olamayacağı konusunda 28. maddede açık ve kesin bir hüküm yoktur. Hem anonim şirket kurucu ortaklığını, 28. maddede sayılan yasak faaliyetler içine alma imkanı yoktur. Hemen belirtelim, madde de yasak olarak sayılan iş ve faaliyetlerle, anonim şirket kurucu ortaklığı içerik ve mahiyet olarak birbirinden tamamen farklıdır. Öyleyse kanunda açıkça düzenlenmeyen bir hususu, Ticaret Kanunu'nun kurucular için öngördüğü hukuki ve cezai sorumluluğu gerekçe göstererek yasak kapsamına almak maddenin amacını aşmak olur. Zira kanun koyucu böyle bir kaygıyla hareket etmiş olsaydı zaten madde metni içine bu hususu da ithal ederdi.

durdurulması cezasını alan öğretim elemanı yönetici memur ve diğer personelin bulunduğu derece ve kademedeki ilerlemesi ceza süresi kadar durdurulmakla beraber, öğretim elemanının akademik yükselme ve atanması ile ilgili işlemler de ceza süresince durdurulur ve mecburi bekleme süresinden düşülür. Memurlar bu süre içinde yarışma, sınav ve seçmelerine giremezler."

37a Bugünkü mevzuat açısından böyle bir durumun tesbiti mümkün görülmemektedir. Herşeyden önce TK da buna ilişkin bir açıklık olmadığı gibi, STB. 1995/1 tebliğinde de bir açıklık yoktur. İlgili tebliğ esas sözleşme düzenlenirken şu hususlara dikkat edilmesini aramaktadır: aa Kurucular; ana sözleşmede kurucuların ad ve soyadları, adresleri, yabancı uyruklu ortak varsa bunların uyruklarının gösterilmesi şarttır. Böyle olunca kurucunun memuriyet sıfatı sözleşmede açıkça belirtilmiş olmak veya ikrar ya da ihbar olmadıkça, ilgili bakanlığın böyle bir araştırmayı yapıp, kurucusu devlet memuru olan şirkete izin vermemesi düşünülemez.

Bütün bunların yanında dile getirilmesi gereken bir diğer husus da maddenin devlet memurlarının kooperatiflere üye ve onların denetim ve yönetim kurulu üyeliklerini yasak kapsamı dışında tuttuğudur. Bilindiği üzere 1163 sayılı Koop.K. m. 7'ye göre "Tescilden önce kooperatif namına işlem yapanlar bundan şahsen ve zincirleme olarak sorumludurlar". Ayrıca bazı durumlarda üyeler için sınırsız sorumluluk kabul edilmiştir (m. 29). Kanun diğer yandan yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler için hem cezai, hem de hukuki sorumluluğu öngörmüştür (Koop.K. m. 62, Ek m. 2). Bu nedenle, kurucular için öngörülmüş cezai ve hukuki sorumluluğu gerekçe göstererek devlet memurlarına anonim şirket kurucu ortaklığını kanunda açık hüküm olmamasına rağmen yasaklamak uygun olmasa gerektir.

Karayalçın'la³⁸ birlikte maddenin ortaya çıkan sorunları çözümede yetersiz kaldığı, yeniden düzenlenmesi gerektiği hususu iddia edilebilir^{38a}.

38 Yazar m. 28'in başına şu hükümlerin konması lazımdır görüşünü savunmaktadır:

"Devlet memurları, iş saatleri içinde veya dışında, vazifelerini iyi surette ifaya mani olacak ticari, sınai, zirai bir iş yapamazlar.

"Devlet memurları görevleriyle doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili ve görevlerini kötüye kullanmak suretiyle kendilerine, yakınlarına veya ortaklarına menfaat sağlamaya elverişli bir ticari işletmenin sahibi, gizli ortağı veya bir ticaret şirketinin ortağı olamazlar". Karayalçın, age, sh.34. ; Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, C.I, Giriş, Ticari İşletme, Ankara 1968, sh.201, dp.14

38a Bizce de, devlet memurunun yaptığı kamu hizmetinin en iyi şekilde görülmesi ve memuriyet görevinin kötüye kullanılarak kendisine, yakınlarına, ortaklarına menfaat sağlamanın önüne geçmek için 28. maddenin yeniden düzenlenmesi gereklidir. Yeni metin şu şekilde olabilir:

"Memurlar, Türk Ticaret Kanununa göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil, ticari vekil olamazlar. Halka açık anonim şirketlerdeki pay sahipliği hariç, diğer ticaret şirketlerinin hiç birisine kurucu, ortak ve pay sahibi olarak katılamazlar."

Bu şekilde devlet memurları, 28. maddenin açıklığından ve boşluğundan da yararlanarak, doğrudan ya da dolaylı olarak görevini iyi yapmasına engel ya da görevini kötüye kullanmasına fırsat veren yasal bir olanaktan yararlanamayacaklardır. Çünkü, mevcut metinde memurların aile tipi anonim ve limited şirkette pay sahibi, komandit şirkette ise komanditer olması yasaklanmamıştır. Böyle olunca, memurların bu şirketlere ortak olarak girip, görevlerini kötüye kullanma ihtimali her zaman olacaktır. Oysa,

Ancak kanunda açıkça sayılmayan bir hususu devlet memurlarına yasaklamak uygun değildir. Böyle bir yorumun diğer bir sakıncası da TK m.278/3'te yer olan kurucu gibi sorumlu olanlar açısından söz konusu olacaktır. TK m.278/3, "Kurucular yukarıdaki fıkralarda yazılı muamelelerden birini, üçüncü bir şahsın hesabına yaptıkları takdirde bu şahıs da kuruluştan doğan mesuliyetler bakımından kurucu sayılır" hükmünü içermektedir. Buna göre bir devlet memuru TK m.278/1 deki esas sözleşmeyi imzalamadan ve pay taahhüt etmeden de kurucu sıfatını iktisap edebilecek ve yukarıda açıklanan yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir.

Kuruluştan doğan sorumluluk şartları gerçekleştiğinde, kurucu olan devlet memurlarına ne yapılacağı sorulabilir. İşte ancak TK m.305-309 daki sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi halinde devlet memuru hem cezai, hem de idari soruşturmaya tabi tutulmalıdır^{38b}. Yoksa bu şartlar gerçekleşmeden sırf devlet memurunun anonim şirketin kurucusu olmasından dolayı disiplin soruşturmasına tabi tutulması ve ticaret sicil memurunun şirketi sırf bu sebepten tescil etmemesi en azından bugünkü mevzuat açısından mümkün değildir.

Bütün bunların yanında önemle eklenmesi gereken bir diğer husus da şudur: TK m.277'ye göre bir anonim şirketin kurulması için en az beş kurucunun bulunması şarttır. Buna göre beş kurucunun beşinin de devlet memuru olduğu bir anonim şirket en azından ani şekilde kurulamaz. Çünkü ani şekilde kurulan anonim şirketin ilk yönetim kurulunun esas sözleşme ile ve kurucular arasından atanması zorunludur³⁹. TK m.312'ye göre YK en az üç kişiden oluşacağına ve DMK m. 28 devlet memurları için YK üyeliğini yasaklığına göre, ticaret sicil memuru devlet memuru kuruculardan oluşan YK' nu ve dolayısıyla anonim şirket esas sözleşmesinin tescilini kanuna aykırılık nedeniyle reddedecektir. Zira kanuna aykırılıktan amaç sadece Ticaret Kanununa aykırılık değildir; diğer kanunların emredici hükümlerine uymamak da hükmün kapsamına girer⁴⁰. Buna rağmen esas sözleşmenin tescil edilmesi YK üyesi sıfatını kazanan devlet memurlarının yukarıda

payları atomize olmuş halka açık anonim şirketlerde böyle bir risk hiç bir zaman olmayacaktır. .

38b Bakınız. DMK m. 140

39 İmregün, AO, sh. 199; İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, sh. 336.

40 Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, , sh.123-124, N.213

açıklanan idari yaptırımlara maruz kalmaları sonucunu doğuracaktır. Öyleyse ani kuruluş açısından kuruculardan en az üç tanesinin devlet memuru sıfatını taşımayan kişilerden olması şarttır.

TÜZEL KİŞİLERİN DAVADA TEMSİLİ

Seyithan Deliduman*

GİRİŞ

Davada tarafların temsili iki şekilde olur: 1) Kanuni temsil, 2) İradi Temsil¹.

Kanuni Temsil: Dava ehliyeti olmayanların davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilmesidir. Kanuni temsil gücünü kanundan alır ve yetkiler kanunla belirlenmiştir².

İradi temsil: Tarafların (veya kanuni temsilcilerinin) iradelerine dayanan temsildir. Dava ehliyeti olan kişi (taraf) davasını kendisi açıp takip edebileceği gibi³, atadığı (seçtiği) bir temsilci (vekil)⁴ aracılığı ile de açabilir ve takip edebilir(HUMK. m. 59, I; AK. m. 35, III).

Kanuni temsil yalnız dava ehliyeti bulunmayanlar için sözkonusu olduğu halde, iradi temsil kanuni temsil hallerinde de mümkündür⁵. Şöyle ki, kanuni temsilci, temsilcisi olduğu kişinin taraf bulunduğu bir davayı kendisi takip edebileceği gibi, davanın takibi için bir vekil de (avukat da) atayabilir (seçebilir) (HUMK. m. 59, II).

Hukukumuzda davaya vekalet işiyle asıl görevli kişiler avukatlardır⁶. Başka bir ifade ile, ülkemizde kaza mercilerinde dava açmak, savunmak, iş takip etmek işlemleri ruhsatnameyi haiz ve

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

1. Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1997, s. 234.
2. Walter Z., Zivilprozessrecht, Tübingen 1971 s. 58.
3. Guldener, M, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 132.
4. Vekil taraflar dışında bir üçüncü kişidir (Holzhammer, R., Österreichisches Zivilprozessrecht, Wien New York 1976, s. 79).
5. Schönke/Schröder/Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Karlsruhe 1954 s. 125.
6. Önen, İ.E., Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 81; Alman Hukukunda da davaya vekalet ehliyeti (iradi temsilci olabilme ehliyeti) kural olarak avukatlara tanınmıştır (bkz. Kummer Max, s. 65).

TÜZEL KİŞİLERİN DAVADA TEMSİLİ

Seyithan Deliduman*

GİRİŞ

Davada tarafların temsili iki şekilde olur: 1) Kanuni temsil, 2) İradi Temsil¹.

Kanuni Temsil: Dava ehliyeti olmayanların davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilmesidir. Kanuni temsil gücünü kanundan alır ve yetkiler kanunla belirlenmiştir².

İradi temsil: Tarafların (veya kanuni temsilcilerinin) iradelerine dayanan temsildir. Dava ehliyeti olan kişi (taraf) davasını kendisi açıp takip edebileceği gibi³, atadığı (seçtiği) bir temsilci (vekil)⁴ aracılığı ile de açabilir ve takip edebilir(HUMK. m. 59, I; AK. m. 35, III).

Kanuni temsil yalnız dava ehliyeti bulunmayanlar için sözkonusu olduğu halde, iradi temsil kanuni temsil hallerinde de mümkündür⁵. Şöyle ki, kanuni temsilci, temsilcisi olduğu kişinin taraf bulunduğu bir davayı kendisi takip edebileceği gibi, davanın takibi için bir vekil de (avukat da) atayabilir (seçebilir) (HUMK. m. 59, II).

Hukukumuzda davaya vekalet işiyle asıl görevli kişiler avukatlardır⁶. Başka bir ifade ile, ülkemizde kaza mercilerinde dava açmak, savunmak, iş takip etmek işlemleri ruhsatnameyi haiz ve

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

1. Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1997, s. 234.
2. Walter Z., Zivilprozessrecht, Tübingen 1971 s. 58.
3. Guldener, M, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 132.
4. Vekil taraflar dışında bir üçüncü kişidir (Holzhammer, R., Österreiches Zivilprozessrecht, Wien New York 1976, s. 79).
5. Schönke/Schröder/Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Karlsruhe 1954 s. 125.
6. Önen, İ.E., Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 81; Alman Hukukunda da davaya vekalet ehliyeti (iradi temsilci olabilme ehliyeti) kural olarak avukatlara tanınmıştır (bkz. Kummer Max, s. 65).

baroda kayıtlı avukatlara hasredilmiştir⁷. Avukatlar dışında dava vekilleri ve dava takipçilerinin dava takip yetkileri, başka bir ifade ile, davaya vekalet ehliyetleri vardır (Avukatlık Kanunu-AK- geçici 17. m.). Kısaca belirtmek gerekirse, Avukatlık Kanunu'nun geçici 17. maddesi hükmü hariç, davada temsil baroya kayıtlı avukatların tekelindedir⁸.

Yukarıda görüldüğü gibi, yalnız avukatlar ve davavekilleri ile dava takipçileri vekil sıfatıyla dava takip edebilirler. Fakat Avukatlık Kanunu (AK. m. 35 son fıkra) "diğer kanun hükümlerini saklı" tutmuştur.

Özel bir kanun hükmünde, belirli kişilerin temsilcisi oldukları kişileri mahkemelerde de temsil edebilecekleri belirtilmiş ise, o kişiler (temsilciler) avukat olmadıkları halde, temsilci olarak mahkemelerde usul işlemlerini yapabilirler yani dava açıp takip edebilirler.

I- Genel olarak

Tüzel kişiler, davayı yetkili organları aracılığı ile takip ederler (HUMK. m. 39, I; MK. m. 48). Tüzel kişilerin organları davada kanuni temsilci durumundadırlar⁹. Bazı durumlarda da tüzel kişilerin (özellikle kamu tüzel kişilerinin) organ durumunda olmayan bazı personeli (memurları), avukat olmadığı halde, tüzel kişiyi mahkemede temsil edebilir¹⁰.

Tüzel kişinin davada kanuni temsilcisi durumunda olan organı ile akdi temsilci (vekil) arasında önemli mahiyet farkı vardır:

-
7. Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1978, s. 319; Erman, E. S., Avukat, Dava Vekili ve Dava Takibine Yetkili Sair Kişiler, (Adalet Dergisi 1971/4), s. 171; Bilge/Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 239.
 8. Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s. 399. Bu tekelin kapsamı konusunda bkz. Aday, N., Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994, s. 66.
 9. Bkz. Rosenberg- Schwab, Zivilprozessrecht, München 1986, § 53, I. Fakat organın hukuki niteliği, kanuni temsilcilik değildir. Sadece, organın davadaki işlevi kanuni temsilciliktir (Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 1990, s. 719, dp. 576).
 10. Bkz. Uçul İhsan, Yargı Mercilerinin İdarenin Avukat Olmayan Kişiler Tarafından Temsili Meselesi ABD. 1967, s. 46 vd.; Kuru, s. 803.

Yargıtay İcra İflas Dairesi verdiği bir kararında¹¹ bu hususu şu şekilde belirtmiştir "Tüzel kişi, bilumum muamelelerini organları marifetiyle yürütür. Mahkemelerde organlar veya bunların tevkil edecekleri avukatlar marifetiyle temsil olunur. Temsil bakımından organ ile vekilin durumu farklıdır. Organ, haiz olduğu yetkileri tüzel kişiliğe vücut veren statüden aldığı, hareketleri tüzel kişinin hareketi sayıldığı halde vekil böyle değildir. Vekilin yetkisi vekalet akdi hükümleri ile sınırlıdır. Hareketleri vekalet akdine dayanır".

Tüzel kişinin organı, AK. m.35'teki bütün işlemleri kendisi yapabilir (takip edebilir); bunun için organ durumundaki gerçek kişinin avukat olması gerekli değildir. Fakat, tüzel kişinin organı olan gerçek kişi, AK. m. 35'teki işleri (örneğin bir davayı) takip etmek için bir başka kişiyi vekil tayin etmek isterse, bu vekilin bāroda yazılı avukat olması gerekir¹².

Tüzel kişinin organı, ancak tüzel kişi ile ilgili davaları takip edebilirler; üyeleri ile ilgili davaları takip edemezler¹³.

Tüzel kişilerin davada temsili özel hukuk tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişileri şeklinde bir ayırım yaparak incelemek gerekir.

II- Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Davada Temsili

Özel hukuk tüzel kişileri, taraf buldukları davaları organları aracılığı ile takip ederler (HUMK. m. 39, I; MK. m. 48; TTK. m. 138)¹⁴.

Tüzel kişilerin dava takibine yetkili organları, dış organlarıdır; yani tüzel kişiyi üçüncü kişileri (dışarıya) karşı temsil eden organlardır. Örneğin yönetim kurulu ve müdürler gibi¹⁵.

Kimlerin organ olduğu (ve bu nedenle tüzel kişiyi dışarıya karşı temsil edebileceği) kanuna ve tüzel kişinin tüzüğüne göre belirlenir(MK. m. 47). Kanuna ve tüzüğe göre, organ durumunda

11. İİD. 12.11.1964, 12964/12773 (AD 1967/2 s. 96; AD 1965/2 s. 257-258; ABD 1964/6 s. 760-761; İKİD 1965/50 s. 3557-3558).

12. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 228.

13. 10 HD. 16.6.1976, 4750/4467 (ABD 1977/3 s. 553-554).

14. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 228.

15. Özsunay Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1978, s. 75.

olmayan (dolayısıyla tüzel kişiyi temsil yetkisi bulunmayan) kişiler, tüzel kişinin taraf bulunduğu bir davayı takip edemezler¹⁶. Fakat tüzel kişiler, organ durumunda olmayan (temsil yetkisi bulunmayan) kişiler tarafından (tüzel kişi adına) açılmış olan davaya icazet verebilirler¹⁷.

Tüzel kişinin organı olan gerçek kişi, tüzel kişinin taraf olduğu davayı kendisi takip edebilir. Bunun için, organ durumundaki gerçek kişinin avukat olması gerekli değildir. Fakat tüzel kişinin organı olan gerçek kişi, bir davanın takibi için başkasını vekil atamak isterse, bu vekilin mutlaka baroda yazılı avukat (veya davavekili veya dava takipçisi) olması gerekir. (AK. m. 35)¹⁸.

Özel hukuk tüzel kişilerinin şubelerinin tüzel kişiyi temsil edebilmeleri için, tüzel kişinin tüzüğünde şubenin de organ olduğunun kabul edilmiş olması gerekir. Örneğin, banka ana sözleşmesinde şubenin de organ olduğu yazılı ise, şubenin işlemleri ile ilgili davalarda, banka şube müdürü (avukat olmasa bile) bankayı (merkezi) mahkemede temsil edebilir¹⁹.

-
16. Dernek tüzüğüne göre, derneğin organlarından olmayan, yani derneği temsil yetkisi bulunmayan dernek sekreteri, (avukat değil ise) derneği mahkemede (davada) temsil edemez. (Bkz. 4. HD 18.1.1965, 1513/192 (AD 1966/2 s. 162-163); " Davalı sendikanın tüzüğünün 28. maddesine göre sendikayı temsil etmek yetkisi genel başkana aittir. Bu durumda açılan davada sendikayı temsil etmek üzere genel başkanın çağırılması gerekmektedir. Buna rağmen dava dilekçesinde sendikayı temsil etmek yetkisi bulunmayan sendikanın Adana şubesi başkanının çağırılıp ve tebligatın da sözü geçene yapılması usule aykırıdır" (9. HD 29.1.1968, 9547/902 (İşveren 1968/VI/5 s. 20).
17. Kuru, C.I., s. 721.
18. Bir komandit şirketin bazı hususlar için genel (umumi) vekili olan ve fakat avukat olmayan bir kimsenin, icra dairesinde komandit şirket adına yaptığı işlem geçersiz sayılmıştır (Bkz. İİD. 12.11.1964, 12964/12773 (AD 1967/2 s. 96; AD 1965/2 s. 257-258; ABD 1964/6 s. 760-761; İKİD 1965/50 s. 3557-3558).Tüzel kişinin organı olan gerçek kişi sonradan değişse bile, onun avukata vermiş olduğu vekalet son bulmaz (Kuru, s. 721).
19. TC. Ziraat Bankası K. m. 48'de bu konuda açık hüküm vardır: <<T.C. Ziraat Bankası şube ve ajansları gerek kendilerine ve gerekse diğer şube ve ajanslara taalluk eden her türlü dava açmağa ve takibatı ifaya ve bu bapta vekaletname itasına ehildirler>>. Görüldüğü gibi, Ziraat Bankası şubeleri(ve ajansları) yalnız kendi işlemleri ile ilgili davaları değil, başka şubelerin işlemlerine ilişkin davaları da takip etmeye yetkilidirler (Bkz. HGK 30.12.1953, T/108-106 (Sİ 1954/79 s. 2113-2115; Kuru, s. 726, dp. 609).

Tüzel kişinin tüzüğünde şubenin organ olduğu (tüzel kişiyi temsil edebileceği) yazılı olmasa bile, şubenin işlemleri ile ilgili davalarda, şube (bağlı olduğu) tüzel kişiyi davada temsil edebilmelidir; çünkü bu, şubenin o işlemleri yapabilmesinin doğal sonucudur²⁰.

III- Kamu Tüzel Kişilerinin Davada Temsili

Kamu tüzel kişileri medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip olduklarından, bunların dava ehliyeti de vardır. Kamu tüzel kişileri de, taraf buldukları davaları yetkili organları aracılığı ile takip ederler (HUMK m. 39, I).

Kamu tüzel kişileri adına dava takip edilmesini (kamu tüzel kişilerinin davada temsilini) kamu tüzel kişilerinin çeşitlerine göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

1- Devletin Taraf Bulunduğu Davalar

Buradaki Devlet davalarından maksat, ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan bütün Devlet dairelerine, başka bir ifade ile bakanlıklara ve genel bütçe içindeki diğer dairelere ait davalardır (4353 s. K m. 2/C).

a- Hazine Avukatı Bulunan Yerler

Genel bütçe içindeki dairelere ait hukuk ve ceza davalarında ve her türlü icra takiplerinde, bu daireleri, mahkemeler, hakemler, icra (ve iflas) daireleri ve dava ve icra işleriyle ilgili diğer merciler²¹

20. "Dava hesabı cari sözleşmesini yapan Ankara Şubesi tarafından açılmıştır. Bir banka şubesinin yapmış olduğu sözleşmeden dolayı dava açmak hakkının kabulü gerekir. Çünkü, banka namına muameleyi yapmak yetkisi verilmiş olan şubenin haiz olduğu bu yetki, yaptığı hukuki tasarrufun bütün icaplarını ifa yetkisini de kapsar, bu arada ikraz edilmiş bir paranın veya davada olduğu gibi açılmış bir hesabı cari bakiyesini talep ve tahsil etmek, borçlarını ödemeyenler hakkında icrada ve mahkemelerde takibatta bulunmak ve dava açmak yetkisinin mevcudiyeti derkardır" (TD 1.10.1963, 1638/3600 : ABD 1964/1, s 93).

21. İdari yargı mercileri hariç. Çünkü, idari davaların açılması, idarelere karşı açılan idari davaların takip ve savunması, idare amirlerine veya bu dairelerin bağlı oldukları bakanlıklar hukuk müşavirlerine ait olup Danıştaydaki ve (AYİM'deki) duruşmalarda bu daireler kendi amirleri veya hukuk müşavirleri ve hukuk müşaviri olmayan dairelerde ilgili şube amiri tarafından temsil

nezdinde temsil görevi, maliye bakanlığına bağlı Hazine avukat ve yardımcı avukatları tarafından görülür. Hukuk müşavirleriyle müşavir avukatlar ve muhakemat müdürleri de bu yetkiyi kullanabilirler (4353 s. K. m. 18, II).

Buna göre, bakanlıklara ve genel bütçe içindeki diğer dairelere ait davalarda, bu daireleri temsil görevi Hazine avukatları tarafından görülür. Bu davaların asıl tarafı ilgili dairedir (örneğin bir bakanlıktır); Hazine avukatı onun davadaki temsilcisidir.

b- Hazine Avukatı Bulunmayan Yerler

Hazine Avukatı bulunmayan yerlerdeki dava ve icra (ve iflas) işlerinde, bakanlıklar (ve genel bütçe içindeki diğer daireler) amirleri tarafından temsil olunur (4353 s. K. m. 18, III).

Buna göre, her bakanlık veya daire, o yerdeki kuruluşunun amiri (en yüksek dereceli memuru) tarafından temsil olunur; örnekler:

Tarım Bakanlığını davada ilçedeki tarım teknisyeni temsil eder; kaymakam temsil edemez²².

Milli Savunma Bakanlığı adına (Hazine avukatı bulunmayan yerlerdeki) Askerlik şubesi Başkanı tarafından dava açılması gerekir; mal müdürü böyle bir davayı açamaz²³.

Köy İşleri Bakanlığı (Toprak ve İskan İşleri Genel Müdürlüğü) adına (Hazine avukatı bulunmayan yerlerdeki) Bu Bakanlığın en yüksek memuru tarafından dava açılması gerekir; mal müdürü böyle bir davayı açıp takip edemez²⁴.

edilir. Yalnız Hazineyi (maliye bakanlığını) ilgilendiren işlerde bu görev Hazine avukatları tarafından yapılır (4353 s. K. m. 22).

22. Bkz. 4. HD 22.10.1964, 3300/4543 (Kuru, C.I., s. 735 dp. 639).

23. Bkz. Örneğin: HGK 24.10. 1962, T/2736 (Sİ 1963/138 s. 5532-5534); 4. HD 8.9.1953, 4585/3356 (Sİ 1954/71 s. 1863x1864; AD 1954/2 s. 185-186). Bu kararlar ile, mal müdürü tarafından (Milli Savunma Bakanlığı adına) açılan davaların reddine karar verilmiştir. Burada dava reddedilmeyip, davaya Askerlik Şubesi Başkanının huzuru ile devam edilmesi gerekirdi (Kuru, s. 735, dp. 640).

24. Bkz. örneğin, 5. HD 9.10.1967, 3459/4461 (DAS 1970/2 s. 26); 5. HD 9.7.1969, 3934/4097 (RKD 1969/12 s. 189-190). Bu kararlar ile, mal müdürü tarafından (Köy İşleri Bakanlığı adına) açılan davaların reddine karar verilmiştir. Burada dava reddedilmeyip, davaya Köy İşleri Bakanlığının oradaki en yüksek memurunun huzuru ile devam edilmesi gerekirdi (Kuru, s. 735, dp. 641)

Hazine avukatı bulunmayan yerlerde, jandarma dairesine ait davalarda, İçişleri Bakanlığını temsil yetkisi jandarma komutanına aittir; bu davalarda mal müdürünün temsil yetkisi yoktur²⁵.

Milli Eğitim Bakanlığının taraf bulunduğu davalarda, Bakanlığın milli eğitim müdürü (veya memuru) temsil eder; mal müdürü temsil edemez²⁶.

Emniyet teşkilatı ile ilgili bir davada, İçişleri Bakanlığını emniyet amiri temsil eder; mal müdürü temsil edemez²⁷.

Bu örneklerde görüldüğü gibi, Maliye Bakanlığı dışındaki diğer bakanlıkların ve dairelerin taraf buldukları davalarda, bu bakanlıkları ve daireleri mal müdürü temsil edemez²⁸.

Mal müdürü, bakanlıkları ve diğer daireleri temsil edemez ise de, Hazinesinin (Maliye Bakanlığının) taraf bulunduğu davalarda, Hazine avukatı bulunmayan yerlerde, Hazineyi mal müdürü temsil eder; çünkü o yerlerde mal müdürü Maliye dairesinin amiridir²⁹. Bundan başka, bir yerde davanın tarafı olan bakanlık veya idarenin hiç bir teşkilatı yok ise, o zaman o bakanlığı veya idareyi o yerdeki mal müdürü temsil eder. Buna uygun olarak, Askerlik şubesi bulunmayan bir ilçede, Milli Savunma Bakanlığının taraf bulunduğu bir davada Bakanlığın mal müdürünün temsil etmesi gerektiğine karar verilmiştir³⁰.

25. Bkz. HGK 16.9.1953, 3/177/101 (AD 1954/1 s. 54-55),C.II.

26. Bkz. 4. HD 29.11.1951 (ABD 1952/103-104 s. 81).

27. 4. HD 15.2.1966, 2217/1818 (İBD 4 HD/2 s. 8). Hiç değilse, burada İçişleri Bakanlığının (emniyet amirinin) yetkisiz mal müdürünün açmış olduğu davaya icazet verebileceğinin kabul edilmesi gerekir (Kuru, s. 638 dp. 164).

28. Yargıtay, mal müdürünün diğer bakanlıklar veya daireler adına dava açmış olması halinde, bu davanın reddi gerektiğine karar vermektedir (Bkz. örneğin, 4. HD 15.2.1966, 2217/1818; HGK 24.10.1962, T/2736 (Sİ 1963/183 s. 5532-5534). Esasen, burada dava Devlet'in bir memuru (mal müdürü) tarafından Devlet adına açıldığına göre, tarafta değil, temsilcide yanılma sözkonusudur. Bu nedenle, mal müdürünün açtığı dava reddedilmemeli, davaya ilgili bakanlık veya dairenin o yerdeki amiri (en yüksek memuru) tarafından devam edilmelidir (Kuru, s. 736).

29. Bkz. 4353 s. K. m. 18, III.

30. Bkz. HGK 1.12.1954, 3/145-146 (DAS 1970/2 s.25). Hazine avukatı bulunmayan yerlerde, dava davacı bakanlığın veya idarenin o yerdeki amiri tarafından açılır ve takip edilir (bu halde, daire amiri, davanın takibi için bir serbest avukata vekalet de verebilir (bkz. 4353 s. K. m. 21 c. 2)). Daire amiri, bir davanın açılmasını gerekli görmezse bu konudaki görüşünü (mütalasını)

Hazine avukatı bulunmayan bu gibi yerlerde, daire amirleri, temsil yetkilerini, sıfatlarını söylemek ve gerektiğinde kimlik belgelerini göstermek suretiyle kullanırlar (4353 s. K. m. 21 c. 1).

Yukarıda görüldüğü gibi, Hazine avukatı bulunmayan yerlerde her daire kendi amiri tarafında temsil edilir. Daire amiri, bu temsil yetkisini başka bir memura devredemez. Yani, daire amiri yerine, aynı dairedeki başka bir memur davada o idareyi temsil edemez³¹.

2- Ayrı Kamu Tüzel Kişiliği Olan Genel Müdürlüklerin Taraf Bulunduğu Davalar

Bakanlıklara bağlı bazı genel müdürlüklerin ayrı tüzel kişiliği vardır. Bu genel müdürlüklerin ayrı bir hukuk müşavirliği örgütü ve buna bağlı avukatları vardır. Bu genel müdürlükler, taraf oldukları davaları kendi avukatları aracılığı ile takip ederler. Bu genel müdürlüklerin taraf oldukları davalarda, Hazine avukatlarının temsil yetkisi yoktur. Çünkü, bu genel müdürlüklerin ayrı katma bütçeleri vardır. Hazine avukatlarının adli yargı alanındaki temsil yetkisi, ancak bakanlıklara ve genel bütçe içindeki diğer dairelere ait davalara münhasırdır³².

Buna göre, ayrı tüzel kişiliği ve katma bütçesi bulunan genel müdürlüklerin taraf buldukları davalar, Hazine avukatları ile değil, her genel müdürlüğün kendi avukatları aracılığı ile takip edilir. Örneğin, 3204 sayılı Orman Genel Müdürlüğü Teşkilatı Kanunu ile buna ek olan 3904 sayılı Kanuna göre, Orman Genel

Maliye Bakanlığına (bağlı bulunduğu bakanlığa değil) bildirir ve alacağı talimata göre hareket eder (4353 s. K. m. 26, III).

- 31- Kuru, s. 737. Örneğin, Hazine avukatı bulunmayan bir yerde Hazinesinin taraf olduğu bir davada Hazineyi (Maliye Bakanlığını) mal müdürü temsil eder; oradaki milli emlak memurunun Hazineyi temsil yetkisi yoktur. Ancak, o yerdeki mal müdürü izimli (veya raporlu) olup da, milli emlak memuru resmen mal müdürüne vekalet ediyorsa, o zaman milli emlak memuru (mal müdürünün vekili olarak Hazineyi davada temsil edebilir (bkz. HGK 8.6.1968, 7/491-423 (ABD 1968/4 s. 753-754; RKD 1968/9-10 s. 159-161; Kuru, s. 737 dp. 652).
- 32- Bkz. Örneğin, 7.1.1948 gün ve 16/19-1 sayılı İBK (RG 12.6.1948 sayı 6930). Yalnız, bazen açık bir kanun hükmü ile bu yetki verilmiş olabilir. Örn. 3909 s. K. m. 2, IV.

Müdürlüğünün taraf olduğu davalar orman avukatları tarafından takip edilir³³.

Orman avukatı (veya davavekili) bulunmayan yerlerde ve zamanlarda, Orman Genel Müdürlüğünü yargı mercileri önünde temsil ve orman avukatlarına ait görevleri, o yerin en yüksek dereceli orman memuru³⁴ veya bu memur tarafından görevlendirilecek diğer herhangi bir orman memuru³⁵ yapar (3904 s. K. m. 2, III).

Ayrı tüzel kişiliği bulunan diğer genel müdürlükler (Vakıflar Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Devlet Üretim Çiftlikleri Genel Müdürlüğü) davada avukatları tarafından temsil edilir³⁶.

3- İl Özel İdaresinin Davada Temsili

İl özel idaresini vali temsil eder. Bu nedenle, il özel idaresinin taraf bulunduğu davalarda özel idareyi vali temsil eder³⁷.

İl özel idaresine karşı açılan davalarda dava dilekçesinin valiye tebliğ edilmesi gerekir³⁸.

Özel idare müdürünün veya memurunun ve kaymakamın il özel idaresini temsil yetkisi yoktur. Fakat, vali, uygun göreceği memurlara (örneğin özel idare memuruna veya kaymakama) temsil yetkisi (vekaletname) verebilir. O zaman, kendisine temsil yetkisi

33. 1 HD 28.3.1978, 1938/3414 (ABD 1978/5 s. 828-829).

34. Örneğin, orman işletme müdürü (bkz. 9. HD 10.7.1969, 4919/8063; İKİD 1969/107 s. 8185-8186); 4. HD 13.2.1965, 8040/700 (AD 1965/11-12 s. 1391-1392).

35. Örneğin, orman işletme müdürü tarafından görevlendirilen orman mühendis muavini; bu memur (mühendis muavini), avukat olmadığı halde, Orman Genel Müdürlüğü adına mahkemede dava takip edebilir ve verilen hükmü temyiz edebilir (bkz. 3. CD 25.12. 1973, 446/39:YKD 1975/1 s. 120).

36. Bu tüzel kişilerin davada avukatları tarafından temsil edileceğine ilişkin Yargıtay Kararları için bkz. Kuru, C.I, s. 740 vd.

37. Bkz. 13 Mart 1329 günlü İdarei Umumiyei Vilayat Kanunu m. 76, 94.

38. Dava il özel idaresine karşı açılır ve temsilci olarak vali gösterilir. Fakat, davalı olarak valiliğin gösterilmesi halinde, dava bu nedenle reddedilemez; davalı il özel idaresi davada vali tarafından temsil edildiğine göre, davaya devam edilmesi gerekir; bkz. örneğin: 15. HD 5.7.1978, 1351/1491 (Yasa 1978/9, s. 1616).

verilen memur, özel idarenin taraf bulunduğu davaları takip edebilir³⁹.

Bir Yargıtay kararında, " avukat sıfatını haiz olmayan özel idare müdürü mahkemede özel idareyi temsil edemez; özel idareyi vali temsil eder" denilmektedir⁴⁰. Ancak, valinin kendisine temsil yetkisi verdiği idare müdürünün, dava takip edebilmek için avukat olmasına gerek yoktur. Çünkü, valinin bir memuru temsil yetkisi (vekaletname) verebilmesi kanuna dayanmaktadır⁴¹.

4- Belediyelerin Davada Temsili

Belediyenin taraf bulunduğu davalarda, belediyeyi belediye başkanı temsil eder (1580 sayılı Belediye K. m. 100/D).

Belediye başkanı başkasını tevkil edebilir (Belediye K. m. 100/D); yani vekil atayabilir. Ancak atanacak vekilin, baroda yazılı avukat (veya davavekili veya dava takipçisi) olması gerekir (AK. m. 35).

Belediye başkanı, mahkemelerde belediyeyi temsil yetkisini, belediye başkan yardımcısına devredemez⁴².

5- Köyün Davada Temsili

Köyün taraf bulunduğu davalarda, köyü muhtar temsil eder⁴³. Köy halkından bazı kişiler, köy adına dava açamaz; davanın muhtar tarafından açılması gerekir⁴⁴. Fakat muhtar, başkasının açtığı davaya icazet verebilir⁴⁵.

39- Kuru, C.I, s. 742.

40- HGK 28.6.1939

41- Bkz. İdarei Umumiye Kanunu m. 94.

42- Bkz. Danıştay 7. Daire 25.1.1961, 212/538 (Kuru, s. 743, dp. 685).

43- Bkz. 442 sayılı Köy Kanunu m. 37/7; ayrıca bkz. HGK 12.7.1967, 6/273-333 (İKİD 1967/83 s. 5714-5715).

44- Bkz. HGK 9.2.1938, 1/66/8/10 (YK. 1938, s. 68-69).

45- "Köy Kanununa göre köyü muhtar temsil eder, koşulları varsa köy derneğince seçilen temsilci de davayı takip edebilir. Köy ihtiyar heyetinden iki üyenin ve köy bekçesenen imzasını taşıyan tutanağa istinaden üye şakir'in davayı takip yetkisi yoktur. Bununla beraber, bilahare muhtar duruşmaya iştirak etmiş ve seçtiği vekile davayı takip ettirmiş olduğundan yetkisiz kişinin yaptığı usulsüz işleme icazet vermiş demektir. İcazet geriye doğru yürür" (14. HD 16.11.1976, 5036/5601 (YKD 1977/4 s. 546-547)).

Muhtar mahkemede köyü kendisi temsil edebileceği gibi, yerine köy halkından biri vekil olarak gönderebilir⁴⁶. Muhtaryn vekil olarak görevlendirdiği kişinin köy adına dava takip edebilmesi için avukat olmasına gerek yoktur; çünkü, bu yetki kanuna (Köy K. m. 37/7) dayanmaktadır.

6- Vakıfların Davada Temsili

a- Mazbut vakıflar

Mazbut vakıflar Vakıflar Genel Müdürlüğünce idare ve temsil olunur⁴⁷.

Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ve temsil vazifelerini görmek üzere gereken vilayet ve ilçe merkezlerinde Genel Müdürlüğe bağlı müdür veya müstakil memurlarla bunlara tabi memurlar bulunur. Vilayet vakıflar müdür veya müstakil memurlarıyla ilçe memurları mahkemelerde Genel Müdürlüğü temsil edebilecekler gibi bu sıfatla başkalarını da tevkil edebilirler (Vakıflar Nizamnamesi m. 10, II; m. 11).

b- Mülhak Vakıflar

Mülhak vakıflar mütevellileri tarafından idare ve temsil olunurlar⁴⁸. Bu nedenle, mülhak vakıf mütevellisi temsil ettiği vakıf adına tek başına dava açabilir⁴⁹. Buna karşılık,, mülhak vakfa karşı açılacak davalarda müteveli ile Vakıflar Genel Müdürlüğünün birlikte hasım gösterilmesi gerekir⁵⁰.

Bundan başka, her ne suretle olursa olsun müteveliği boş kalan mülhak vakıfların işlerine müteveli tayin oluncaya kadar Vakıflar Genel Müdürlüğünce bakılır (Vakıflar Niz. m. 10 10, II). Yani, bu halde mülhak vakıf adına dava Genel Müdürlük tarafından açılacağı gibi, mülhak vakfa karşı açılacak davalarda da vakfı Genel Müdürlük temsil eder.

46. Köy Kanunu, m. 37/7.

47. Bkz. 2762 sayılı Vakıflar Kanunu m. 1,6, II; Vakıflar Nizamnamesi m. 10 (RG. 7.7. 1936 S. 3371; 3. tertip Düstur C. 17 s. 1433 vd).

48. Bkz. Vakıflar Kanunu m. 1 ve m. 23.

49. Bkz. 4.3.1959 gün ve 3/18 sayılı İBK (RG 26.6.2959, S. 10237, s. 21984); Vakıflar Niz. m. 46, I; m. 47/C.

50. Bkz. Vakıflar K. m. 40 ve yuk. dp. 776'daki 4.3.1959 günlü İBK.

Mütevelli davayı avukatla takip edebilmek için Vakıflar İdaresinden izin almak zorundadır (Vakıflar Niz.m. 46, II).

7- İktisadi Devlet Teşekküllerinin Davada Temsili

İktisadi devlet teşekküllerini mahkemelerde (davada) genel müdür temsil eder. Genel müdür, bu temsil yetkisini gerektiğinde genel hükümlere göre başkasına devredebilir⁵¹.

Teşekkülün özel kanunda yetki devri konusunda özel hüküm varsa, genel müdür yetkisini özel kanundaki (özel) hükme göre de devredebilir⁵².

Bir teşekkülün özel kanununda, genel müdürün temsil yetkisini teşekkülün diğer organlarına (örneğin şubelerine) devredebileceği hakkında özel bir hüküm varsa, genel müdür, teşekkülün taraf olduğu bir davada teşekkülü temsil etmek üzere o kişiye (şube müdürüne) yetki verebilir. Bu halde, genel müdürün temsil yetkisi verdiği kişi (şube müdürü), avukat olmasına gerek bulunmadan, davayı teşekkül adına takip edebilir.

Buna karşılık, teşekkülün özel kanununda yetki devri hakkında bir hüküm yoksa, genel müdür, temsil yetkisini ancak genel hükümlere göre (başkasına) devredebilir (440 sayılı K. m. 10, I; Tüzük m. 35, I).

Genel hükümlere göre, gerçek ve tüzel kişileri mahkemelerde ancak avukatlar (veya davavekilleri veya dava takipçileri) temsil edebileceğinden⁵³, bir iktisadi devlet teşekkülünün genel müdürü, kendisini (teşekkülü) mahkemede temsil için ancak bir avukata⁵⁴ yetki verebilir. Genel müdür, bir şube müdürüne temsil yetkisini devredemez ve şube müdürü teşekkülü mahkemede temsil edemez⁵⁵.

51_ Bkz. İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakler hakkında 440 sayılı Kanun m. 10. II.

52_ Bkz. İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakler Hakkında Tüzük, m. 35 (RG 9.8.1966 S. 12370).

53_ Bkz. AK. m. 35, I; HUMK. m. 61.

54_ Veya dava vekiline veya dava takipçisine.

55_ Bkz. 4. HD 3.10.1967, 4924/7049; aynı şekilde bkz. İİD 10.5.1973; 4. Hd 29.4.1967, 1903/3740; ABD 4. HD/2 s. 260-261 (Kuru, s. 747-748).

BORÇ ÖDEMEDEN ACİZ BELGESİNİN MADDİ HUKUK ALANINDAKİ HÜKÜM VE SONUÇLARINDAN ACİZ BELGESİNE BAĞLANMIŞ ALACAĞIN ZAMANAŞIMINA UĞRAMAMASI

Seyithan Deliduman*

I- Genel Olarak

Aciz belgesinin maddi hukuk alanında doğurduğu en önemli sonuçlardan birisi, aciz belgesine bağlanan alacağın zamanaşımına uğramamasını sağlamasıdır. Yani, aciz belgesi tarihinden itibaren alacak; otuz, kırk sene sonra bile istenebilecektir. Söylediğimiz bu durumu örneklendirecek olursak:

Aciz belgesinin 1.1.1950 tarihinde düzenlendiğini varsayalım, Bu borç normalde (genel hükümler dairesinde) on sene sonra (2.1.1990 yılında) zamanaşımına uğrar (BK.125). Ancak, İİK. m.143, f.6. c.1'e göre bu borç borçluya karşı zamanaşımına tabi değildir. Örneğin, alacaklı bu alacağını borçludan 2000 yılında bile isteyebilir ve borçlu zamanaşımı definde bulunamayacaktır¹

İİK. m. 143, f.6 hükmü ile düzenlenen durum herşeyden önce alacaklının yararına. Çünkü borçlusu hayatta olduğu sürece onu, alacağını almak için takip edebilecektir.

II- Hükmün Anlamı ve Kapsamı

Esas itibariyle bütün borçlar zamanaşımına uğrar. Borcun muaccel olduğu tarihten itibaren zamanaşımı işlemeye başlar. Zamanaşımı kurumunun dayandığı başlıca düşünceleri şöyle sıralayabiliriz:

* A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

1 "Alacaklı, İİK'nun 105 inci maddesinde yazılı muvakkat aciz haline değil, muaddel 143 üncü maddeye müsteniden icra memurluğundan verilmiş aciz belgesine dayanmış bulunmaktadır. Böyle bir aciz belgesi zamanaşımının işlemesine mânidir...itirazın kaldırılması talebinin zamanaşımı sebebiyle reddedilmesi yanlıştır" İİD., 3.11. 1960 gün ve 7247 E, 7366 K (İKİD., 1961, S. 4, 284-28s.

- Ticari muamelelerin, hayatın ve işlerin süratle tasfiyesini istemesi,

- Alacaklının uzun süreden beri aramadığı bir borcun yerine getirilmiş olması ihtimalinin yüksek olması,

- Borcun doğduğu andan beri delilerin kaybolması ihtimalinin olması dolayısıyla mahkemeleri bu tür delilsiz işlerle meşgul etmeme düşüncesi¹

Sıraladığımız bu düşüncelerden dolayı zamanaşımı kurumu kabul edilmiştir.

Borçlar kanununun zamanaşımına yönelik hükümlerine göre alacak zamanaşımına uğrasaydı yani, kanun aciz belgesine böyle bir sonuç tanınmamış olsaydı, aciz belgesi hamili bulunan alacaklı sık sık borçlusu aleyhine icra takibinde bulunmak suretiyle zamanaşımını engel olmak zorunda kalacaktı, bu da alacaklıya büyük bir külfet yüklemiş olacaktı.

Aslında bu hüküm sadece alacaklıyı değil, bunun yanında borçluyu da korumaktadır. Çünkü, Alacaklının alacağının zamanaşımına uğramasını önlemek için sık sık borçlusu aleyhinde takipte bulunması alacaklıya yüklediği külfet kadar borçluya da sıkıntı verecekti. Zira, hiç kimse aleyhine cebri icra takibinin yapılmasını istemez, hele böyle bir takibe sık sık maruz kalmak hiç de istenen bir şey değildir.

Bu sebeplerle kanun koyucu aciz belgesine bağlanan alacağın zamanaşımına uğramayacağını kabul etmek suretiyle alacaklıya bir emniyet sağlamış ve onun, borçlusunun haczi kabil malı bulununcaya kadar rahatça bekleyebilmesine imkan vermiştir³. Yalnız şunu ifade etmek gerekir ki, zamanaşımı ne kesilmiş ve ne de tatil etmiştir. Sadece durmuştur⁴.

¹ Tutumlu, Mehmet A., Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul 1991, s. 7.

³ Reihel, A., Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1901, Art. 149 N.4; Gürdoğan, Burhan, İcra-İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tesbit Eden Vesikalar (Batider 1963, C. II, S. 1), s.25. Kanunumuzun ilk uygulanma dönemlerinde bu husus (aciz belgesine bağlanan alacağın zamanaşımına uğramayacağı hususu) birçok alacaklı tarafından bilinmediği için, 1929-1930 krizinde, durumları bozulan borçluları hakkında aciz belgesi almayı ihmal ettiklerinden, sonradan borçluları durumlarını düzeltip servete kavuşunca, borçlularına karşı birşey yapamamışlar, onların zamanaşımı def'ileri ile karşılaşmışlardır (Postacıoğlu; İ. E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s.541).

⁴ Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, s. 384.

Zamanaşımına tabi olmama keyfiyeti, gerçekte, borç ödemedен aciz belgesinden bağımsız, onun düzenlenmesine tabi olmayan bir sonuçtur. Bu sonuç, mahcuz mal bakımından (satışın yapılması veya yapılamaması nedeniyle) veya haczi kabil mal bulunmadığı için takibe devam etme imkanının kalmadığı andan itibaren etkisini göstermeye başlar⁵.

Zamanaşımı borcu mutlak surette ortadan kaldırmaz, yalnız borçluya dava hakkını çürütecek bir def'i imkanı verir. Bu suretle borç tabii borç halini alır⁶. Borç olmayan şeyin iadesine yönelik dava (BK. m.62) zamanaşımına uğramayan borç için uygulanmaz⁷. Böyle bir borcu zamanaşımının tamam olduğunu bilmeden ödeyen borçlu bu borcu ödemekle yükümlüdür. Nihayet takas mümkün olduğu bir zamanda zamanaşımına uğramamış bir borç sonradan zamanaşımına uğramış olsa bile takas mümkündür⁸.

Aslında aciz belgesine bağlı borcun, borçlunun sağlığı müddetince zamanaşımına uğramaması sağladığı yararların yanında birtakım sakıncalar da doğurmuyor değil. Bire kere alacağın borçlunun yaşamı müddetince zamanaşımına uğramaması herşeyden önce hukuk güvenliği ve ticari muamele emniyeti açısından sakıncalıdır. Çünkü hakkın kötüye kullanılmasına son derece müsaittir. Bu kötüye kullanma hem alacaklı hem de borçlu için sözkonusu olabilir; borçlu için, çok uzun bir süre üzerine malvarlığı bulundurmama sonucu alacağın miktar bakımından çok komik bir duruma düşmesine sebep olma, alacaklı için ise, uzun bir zaman aradan geçen bir borç için borçluyu birtakım ispat zorluklarına sokmak şeklinde kötüye kullanma ortaya çıkar. Zira daha öncede belirttiğimiz gibi aradan uzun bir zaman geçen borcun ödenmiş olması ihtimali vardır, ama borçlu bunu ispatlamakta büyük zorluklarla karşılaşabilecektir.

Söylediğimiz bu sebeplerle zamanaşımının azami bir süre ile sınırlandırılması gerekir. Bu sürenin 10 yıl olan genel zamanaşımı

⁵ Öztekin, Selçuk, İcra İflas Hukukunda Borç Ödemedен Aciz Belgesi, İstanbul 1994, s. 78.

⁶ Affolter, Beat, Der Verlustschein in der Betreuung auf Pfaendung, Zürich 1978, s. 100; aksi fikirde Leemann, H, Der Verlustschein, Bern 1907, s. 54 vd.

⁷ Borç olmayan şeyin ifası sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri istenebilir (BK. m.62). Bu hükme göre, borç olmayan şeyi rızasıyla ifâ eden kişi, ancak yanılarak bu ifade bulunduğunu ispat ederse, iade talebi ileri süre.ilecektir. Hatanın ispatı koşuluna bağlı başka bir sebepsiz zenginleşme çeşidi yoktur (Öz, M.Turgut, Sebepsiz Zenginleşme, Ystanbul 1990, s. 83.

⁸ Arık, Fikret, Borç Ödemedен Aciz Vesikası, Adliye Ceridesi 1943/11, s. 949

süresi ile sınırlandırılması gerektiği inancındayım. Zaten borçlusunun bir mal iktisap ettiğini gören alacaklı derhal harekete geçip borçlusu aleyhien takip yapacaktır, alacaklının çabuk hareket etmesi kendi yararınadır. Çünkü, alacağına faiz işlememektedir, dolayısıyla on yıldan sonra alacak varolsa da pek bir değeri olmayacaktır⁹.

III- Hükümün Uygulama Alanı

İİK. m. 143'e göre aciz belgesindeki alacağın zamanaşımına uğramaması sadece borçluya karşıdır. Dolayısıyla; kefiller, müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenler bu hükümün kapsamı dışındadırlar. Aciz belgesindeki alacak; kefillere, müşterek borçlulara ve borcu tekeffül edenlere karşı zamanaşımına tabidir¹⁰. Çünkü, asıl borçlu hakkında aciz belgesi alınmış olması bunlar aleyhine takip yapılmasını engellemez. Keza, bunlar hakkında faizin işlediği de nazara alınırsa haklarında zamanaşımı işlemesi gereğinin mantığı daha iyi anlaşılır¹¹.

Alacağın zamanaşımına tabi olmaması kuralı sadece aciz belgesindeki alacak içindir. Örneğin faiz alacağı için zamanaşımına uğramazlık sözkonusu değildir. Edimin periyodik olarak yerine getirildiği durumlarda alacağın zamanaşımına uğramazlığı borçlunun sağlığında verilen bir aciz belgesindeki alacak için geçerlidir, sonraki bir talep normal olarak zamanaşımına tabidir¹².

⁹ Zamanaşımı süresinin on yıla sınırlandırılması gerektiği konusunda benzer görüş için bkz. Affolter, s. 87.

¹⁰ Blumenstein, Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrecht, Bern 1911, s.503 ; Gürdoğan, s.25. Aciz belgesi alacağının, Kefillere, müşterek borçlulara ve borcu tekeffül edenler karşı zamanaşımına tabi olmasının sebebi, aciz belgesinin alacaklı ile bu kişiler arasındaki ilişkiyi değiştirmemesidir. Kaldı ki, alacak hakkında zamanaşımı işlememesine sebep olan düşünceler bu kişiler için sözkonusu değildir (Arık, s. 949). İİK'nun 143. maddesi aciz belgesine bağlanan borç yönünden borçluya karşı zamanaşımına tabi olmadığını öngördükten sonra borçlunun mirasçılarının mirası kabüllerinden itibaren bir sene içinde alacaklı hakkını aramamışsa zamanaşımı iddiasının ileri sürülebileceğini açıklamıştır. Konu bu hüküm açısından tetkik edildiğinde yasanın bu maddesinde müşterek borçlular, ve kefiller yönünden bir açıklık yoktur: Mirasçılar borçlunun halefi olduğundan, bu kaydın mevcudiyeti kefil veya müşterek borçluların zamanaşımı def'inde bulunamayacağı manasına alınmaz. 12 HD. 29.12.1975 gün ve 7976 E, 11364 K (ABD. 1976, Ş.4, s. 749-75

¹¹ Akyazan, Sitki, Borç Ödemeden Aciz Belgesi (Ansay Armağanı) Ankara 1964, s. 323.

¹² Affolter, s.89.

IV- Mirasçılara Karşı Zamanaşımı

1- Hükümün Anlamı ve Kapsamı

İİK'nun 143. maddesinin 6. fıkrasının 2. cümlesi, alacaklının, mirasçılardan mirası kabullerinden itibaren bir sene içinde hakkını aramaması halinde, mirasçılardan zamanaşımı iddia edebileceklerini düzenlemiştir. Bu hüküm, alacağın zamanaşımına tabi olmadığı hükmünün istisnası niteliğindedir. Yani, takip konusu alacak, borçlunun mirasçılara karşı zamanaşımına tabidir. Miras bırakanın borcundan müteselsilen (MK.582) sorumlu olan mirasçılar, mirası kabullerinden itibaren bir sene içerisinde alacaklı tarafından alacak aranmamışsa mirasçılar zamanaşımı def'inde bulunabilirler (İİK. m.143, f.6, c.2)¹³.

İİK. 143, f. 6, c.2'nin karşıt anlamından, mirasçılardan, mirası kabullerinden itibaren bir sene içerisinde alacaklı tarafından alacağın aranması durumunda zamanaşımı def'inde bulunma haklarının olmadığını çıkarabiliriz¹⁴. Fakat burada alacağın aranmasından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Acaba alacağın herhangi bir şekilde ileri sürülmesi alacağı arama sayılır mı, -örneğin, sözlü olarak ileri sürme veya yazılı bir mektupla yada ihtarla- yoksa belirli bir şekilde yapılacak ileri sürme midir alacağın aranması. Bu konuyu, buradaki bir yıllık sürenin mahiyetini açıklığa kavuşturduktan sonra ele alacağız.

2- Mahiyeti

Kanundaki bu bir yıllık müddetin mahiyeti nedir? Bu müddet bir zamanaşımı süresi midir yoksa bir hak düşürücü süre midir? Zira, bu çok önemlidir. Bir örnek verecek olursak:

¹³ "İİK'nun 143. maddesine göre aciz belgesinde yazılı alacak, borçluya karşı zamanaşımına tabi değilse de, borçlunun mirasçılara aleyhine takipte, alacaklı mirası kabullerinden itibaren bir sene içerisinde hakkını aramamış ise, mirasçılardan zamanaşımı itirazında bulunma hakları doğacağına ve..." 12. HD. 28.10.1980 gün ve 5865 E , 7684 K (Uyar, Talih, İcra Hukukunda İhali ve İhalenin Bozulması, Manisa 1988, s. 1061).

¹⁴ Aciz belgesine bağlanmış alacak için alacaklının, borçlunun mirasını kabul eden mirasçılar hakkında mirası kabullerinden itibaren bir sene içerisinde takipte bulunması halinde mirasçılardan zamanaşımı def'inde bulunma hakları yoktur. Ancak, borçlunun mirasçılara, mirası kabullerinden itibaren bir sene içerisinde alacaklı hakkını aramamışsa, zamanaşımını iddia edebilirler (Uyar-İhale, s.1061 ve zikrettiği 12.HD. 3.12. 1981 gün ve 8081/9287).

A, B'nin borçlusudur ve elinde B'nin babası C'ye karşı düzenlenmiş bir aciz belgesi vardır. C öldükten sonra B mirası kabul etmiştir. A, C'nin ölümünden itibaren geçen bir yıllık süre içerisinde alacağını aramamıştır. Acaba aciz belgesindeki alacağını B'ye karşı olan borcu ile takas edebilecek midir? İşte, eğer bir yıllık süreyi hak düşürücü süre olarak kabul edersek takas mümkün olmaz. Yok eğer bu süreyi zamanaşımı süresi olarak kabul edersek takas mümkündür¹⁵.

Aynı şekilde, bu süre hak düşürücü süre olarak kabul edilirse, bu sürenin sonunda borç tamamen sona erer. Ancak, zamanaşımı süresi olarak kabul edilirse borç tamamen sona ermez, tabii borç halini alır. Borcun tabii borç halini alması sadece onun dava edilememesine sebep olur. Borçlu borcunu yanlışlıkla öderse onu geri alamaz.

Bir diğer fark da hakimin resen dikkate alıp almaması konusunda karşımıza çıkmaktadır. Hak düşürücü süre hakim tarafından re'sen dikkate alındığı halde zamanaşımı süresini hakim re'sen dikkate alamaz. Ancak def'i yoluyla ileri sürülebilir¹⁶.

Son olarak zamanaşımının borçlar kanununa (BK.; 132, 133) göre durması ve kesilmesi hak düşürücü süre için sözkonusu değildir¹⁷.

Tüm bu söylediklerimizden öncelikle şu sonuç ortaya çıkıyor; bir yıllık süre eğer zamanaşımı süresi olarak kabul edilirse alacaklının, hak düşürücü süre olarak kabul edilirse borçlunun yararına bir durum ortaya çıkıyor.

Bu bir yıllık müddetin mahiyeti yazarlar arasında da ihtilaf konusu olmuştur. Leeman'a göre¹⁸ bu süre hak düşürücü bir süredir. Yazara göre, burada hakkın kaybının belli bir süre içinde müsbet bir muamelenin yerine getirilmemesine bağlıdır, o yüzden, burada bir hak düşürücü süre sözkonusudur.

Ancak Leemann'ın bu düşüncesi pek kabul görmemiş ve doktrinde¹⁹ hemen hemen ittifakla bu sürenin bir zamanaşımı süresi

¹⁵ Arık, s.949 vd.

¹⁶ Geniş bilgi için bkz. Tutumlu, s. 10.

¹⁷ Affolter, s. 91.

¹⁸ Leemann, s. 63, 120.

¹⁹ Jager, C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, Art. 149. N.9 ; Fritsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, Zürich 1984. s. 468 ; Üstündağ, s. 385 ; Blumenstein, s. 503 ; Favre, (nalen: Gürdoğan, s. 26) ; Kuru-İcra İflas, s. 1538 ; Ansar, S. ş., Hukuk İcra İflas Usulleri, İstanbul 1960, s. 174 ; Tutumlu, s. 12;

olduğu kabul edilmiştir. Biz de dotrinde hakim olan görüşe iştirak ediyoruz. Zira, Jaeger'in belirttiği gibi²⁰, İİK. m.53, MK. 546 ve 565 gereğince mirasçılardan miras reddi veya defter tutma hallerinde bu müddet tatile uğrayacaktır, oysa hak düşürücü sürede böyle bir tatil durumu yoktur.

Diğer taraftan, bu sürenin hakim tarafından resen dikkate alınmasını gerektirici hiçbir neden yoktur²¹. Aslında burada hükmün konuluş amacından hareketle de bu sürenin bir zamanaşımı süresi olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü, daha önce de ifade ettiğimiz üzere alacağın borçluya karşı zamanaşımına uğramaması kuralı alacaklıyı korumak için getirilmiştir. Eğer burada da alacaklıyı koruyacağız dersek - ki öyle diyoruz - o zaman bu süreyi zamanaşımı süresi olarak kabul etmek gerekecektir.

Yargıtay²² da buradaki sürenin bir hak düşürücü süre değil bir zamanaşımı süresi olduğu görüşündedir.

O halde, aleyhine aciz belgesi düzenlenmiş olan borçlunun mirasçıları, miras kabullerinden itibaren bir yıllık süre içerisinde alacaklının hakkını aramasına maruz kalmışlarsa bu alacağı ödemek zorundadırlar. Eğer bir yıldan sonra böyle bir duruma maruz kalmışlarsa o zaman asıl alacağın zamanaşımına uğradığı def'ini ileri sürüp sürmemelerine göre durum değişir. Eğer bu def'i'yi ileri sürmemişlerse gene alacağı ödemek zorundadırlar. Zira ortada bir borcun varlığı söz konusudur.

Bu söylediklerimizi örneklerle izah edecek olursak:

A, borçlusu B aleyhine ilâma müstenid takip yapmış ve bu takip 1.1.1958 tarihinde verilen aciz belgesi ile neticelenmiştir. B. 1.1.1989 tarihinde ölmüştür. Mirasçılar üç ay içerisinde mirası reddetmemişlerdir. A. 1.4.1989 tarihinden itibaren bir yıl içerisinde mirasçıları takip etmekle yükümlüdür. Kabul edelim ki A. bunu yapmamış ve 1.5.1990 tarihinde mirasçılara müracat etmiştir. Bu durumda aciz belgesinin verildiği 1.1.1958 tarihinden itibaren ilâma

²⁰ Jaeyger, Art. 149 N.9.

²¹ Gürdoğan, s. 26.

²² İYD. 8.11.1952 gün ve 399 E , 4631 K (TİK., 1953, S. 7, s.424). "...İİK'nun 143. maddesindeki(borçlunun mirasçıları, miras kabullerinden itibaren bir sene içinde alacaklı hakkını aramamış ise zamanaşımı iddia edebileceklerine) dair hüküm; genel hükümler dairesinde ileri sürülmesi gereken zamanaşımı iddiasının tetkikine yönelik olup, söz konusu bir senelik süre hakdüşürücü süre olmayıp..." (Uyar-İhale, s. 1072).

bağlanmış alacakların tabi olduğu on yıllık zamanaşımı süresinin dolmuş bulunduğunu mirasçılar ileri sürebileceklerdir²³.

Buna karşılık B, aciz belgesinin verildiği tarihten faraza 15 yıl sonra vefat etmiş olsa, alacaklı kanunda yazılı bir yıllık süre içerisinde mirasçılara başvurduğu takdirde mirasçılar zamanaşımı def'inde bulunamayacaklardır. Buna karşın, alacaklı bir yıllık süre geçtikten sonra mirasçılara başvurmuş ve asıl alacağın zamanaşımı süresi henüz dolmamış ise mirasçılar zamanaşımı def'inde bulunamayacaklardır. Başka bir ifade ile, aciz belgesine konu teşkil etmiş olan alacak BK (veya tabi olduğu diğer kanun) hükümlerine göre henüz zamanaşımına uğramamışsa İİK m. 143, f.6'da öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresi geçerli olmayacaktır. Diğer bir deyişle, aciz belgesi hamili alacaklı, borçlunun ölümü üzerine mirasçılarının mirası kabullerinden itibaren işlemeye başlayan bir yıllık süre geçtikten sonra mirasçılara başvurmuş ve fakat (aciz belgesinin verildiği tarihten itibaren) asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresi henüz dolmamışsa mirasçılar İİK.m. 143, f.6' ya dayanarak zamanaşımı savunmasında bulunamayacaktır²⁴.

Yargıtay'da bu görüştedir, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda bunu açıkça kabul etmiştir: " İİK. m. 143. maddesinin son fıkrasında aciz vesikası alınan borç, borçluya karşı zamanaşımına tabi olmadığı, ancak borçlunun mirasçıları nezdinde mirası kabullerinden bir sene içinde alacaklı hakkını aramamışsa mirasçılarının zamanaşımı def'ini ileri sürebilecekleri yazılır. Mirasçılar hakkında mirası kabullerinden itibaren bir sene içerisinde takip yapılmadığı cihetle mirasçılarının zamanaşımı def'inde bulunmaya hakları vardır. Bu arada uygulanacak zamanaşımı borcun tabi olduğu esasa ilişkin BK vs. kanunlarda gösterilen zamanaşımı süreleridir. Mirasçılar Medeni Kanununun 582. maddesi gereğince müteveffanın borcundan müteselsilen sorumlu bulduklarından ve ..."²⁵

²³ Bu konuda bkz. Gürdoğan, s.27; İİD. 29.12.1956 gün ve 6854 E 7279 K, 12.6.1952 gün ve 2844 E 2915 K, 14.4.1952 gün ve 1299 E 1447 K (Olgaç/Köymen, İçtihatlarla İcra İflas Kanunu, İstanbul 1965, s. 1026-1028).

²⁴ Luzern Üst Mahkemesinin 10 Ocak 1946 tarihli kararı (BİSchK 1949/2,s. 59);Uyar-İhale, s.1059; Öztekin, s. 91.

²⁵ Postacıoğlu- s. 541, N. 469; Öztekin, s. 81; 12. HD. 12.11.1976 T, 9880/11621 (İHD. 1978/9. s. 1157), aynı yönde İİD'nin eski tarihli bir kararı, (İD. 8.11.1952 T; 399/4631) için bkz. Üstündağ-İcra, s. 363 dp. 986; Ansay ise bu görüşü mesnetsiz bulmaktadır (Ansay, s. 174).

Alacaklı, aciz belgesini aldıktan sonra borçlu aleyhinde, onun vefatından önce takipte bulunmuşsa, yukarıda verdiğimiz örneklerde asıl alacağın zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren başlayacağını kabul etmek gerekir. Zira burada aslolan aciz belgesinin tarihi değil, son icra takip muamelesinin tarihidir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, alacaklı borçlunun vefatından itibaren bir yıllık süre içerisinde mirasçılardan hakkını dava veya icra yoluyla ararsa zamanaşımını kesmiş olur; bu kesilmeden itibaren işlemeye başlayacak olan süre, asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresi değil, İİK. m.143' teki zamanaşımı süresidir²⁶. Alacaklının borçlu aleyhine takip yaptığı sırada borçlunun vefat etmesi halinde, mirasçılara karşı bu alacak, borçlu miras bırakan hakkında başlatılan takipteki "son işlem tarihinden" itibaren işlemeye başlar. Bu tarih ile, takibin mirasçılar yöneltildiği tarih arasında asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımının -örneğin; ilâmlı takiplerde on sene- geçip geçmediğinin araştırılması gerekir²⁷.

Buradaki bir yıllık zamanaşımı süresinin süre olarak son derece kısa olduğu kanaatindeyim. Alacaklının bu süreyi kaçırmaması muhtemeldir. Burada da BK.'daki genel zamanaşımı sürelerine (BK. m.60, 66) paralel olarak 1 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir. Alacaklının, borçlunun ölümünü öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halükarda borçlunun ölümünden itibaren on yıl sonra alacağın zamanaşımına uğraması gerekir²⁸.

3- Aciz Belgesindeki Alacağın Mirasçıya Karşı İleri Sürülmesinin Kapsamı

İİK. m.143, f. 6' ya göre alacaklının, mirasçılardan mirası kabullerinden itibaren bir yıl içerisinde alacağını aramaması halinde mirasçılardan zamanaşımını ileri sürebileceklerini belirtmektedir.

²⁶ Gürdoğan, s.26; "... alacaklının takibi esas itibariyle ilâma istinat etmiş olmasından dolayı, asıl borçlu hakkında ölümünden evvel aciz belgesi alınması üzerine, ölüm tarihinden evvel bir takip yapılmış ise bu takibin son muamelesi tarihi ile mirasçı aleyhinde takibin yenilendiği tarih arasında ve şayet asıl borçlu aleyhine aciz belgesinden sonra takip yapılmamış ise aciz belgesi tarihinden itibaren aradan on sene geçip geçmediği araştırılarak varılacak sonuca göre bir kara verilmesi gerektiği halde..." İİD. 8.11. 1952 gün ve 399 E , 4631 K (Uyar-İhale, s.1072)

²⁷ Uyar-İhale, s. 1059.

²⁸ Sherrer, Werner, Die Verjaerung der Verlustschenforderungen gegenüber den Erben des Schuldners, (Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1936 s. 86. Bazı yazarlar bu sürenin 20 yıl olması gerektiği yönünde teklifte bulunmaktadırlar. Bkz. Fritsche/Walder, s.472.

Ancak, yukarıda belirttiğimiz gibi bu ileri sürmeden ne anlaşılması gerektiği konusu izaha muhtaçtır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ihtar, mektup veya sözlü ileri sürme maddedeki "alacağını arama" sayılmaz.

Daha önce belirttiğimiz üzere İİK. m. 143, f. 6' daki süre bir zamanaşımı süresidir. Dolayısıyla alacaklının zamanaşımını kesme yönündeki her fiili alacağı arama sayılır. BK. m.133' deki haller buna elverişli fiillerdir. Dolayısıyla, alacaklının mahkemeye veya hakeme müracat etmesi veya icra takibi yapması yada iflas masasına müdahale ile hakkını talep etmesi halinde hakkını aramış sayılır. BK. m. 133'e göre zamanaşımının kesilmesi halinde bir yıllık süre yeniden işlemeye başlar (BK.m.135). Keza BK. m. 136 daki durumlardan birinin varlığı halinde de bir yıllık süre yeniden işlemeye başlar. Zamanaşımın mirasçılardan birine karşı kesilmesi ile diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Çünkü, mirasçılar murisin (borçlunun) borcundan müteselsilen sorumludurlar. Müteselsil borçlulardan birisi hakkında zamanaşımının kesilmesi ile diğerlerine karşı da kesilmiş olur (BK: m.134).

Alacaklının bir yıllık süre içerisinde belirttiğimiz şekilde alacağını aramaması halinde alacağı yine tamamen sona ermez, tabii borç olarak kalır. Mirasçı bu borcu her zaman yerine getirebilir. Ancak bu borç ifa edildikten sonra geri istenemez²⁹.

4- Sürenin Başlangıcı

İİK. 143. maddesinin 6. fıkrasının 2. cümlesi, sürenin başlangıcı için "mirasın kabulü" terimini kullanmıştır. Mirasın kabulü hususu medeni kanunun miras ile ilgili kısmında düzenlenmiştir.

Medeni kanunda mirasın kabulü sistemi mevcut olmadığından, MK. 539 gereğince mirasın intikali, MK. 517 gereğince murisin ölümü ile gerçekleşir. Külli halef ister kanuni mirasçı isterse mansup mirasçı olsun, prensip itibarıyla herhangi bir kabul beyanına ihtiyaç bırakmaksızın tereke üzerinde miras hakkını iktisap eder. Miras bırakanın, kabili intikal bütün hakları ve borçları ve zilyedliği hiçbir işleme ihtiyaç bulunmaksızın mirasçılara geçer³⁰.

Fakat mirasçı mirası reddetmek hakkına sahiptir (İİK. m.545). Aynı şekilde kanun mirasçılara mirası reddetme yerine resmi defter tutulmasını isteme ve deftere göre karar verme (İİK. m. 567) veya resmi tasfiye isteme (İİK. m. 572) imkanlarını da tanımıştır. Bu özel

²⁹ Scherrer, s. 108 vd.

³⁰ Oguzman, M. Kemal., Miras Hukuku İstanbul 1991, s. 328-329.

durumlarda da bir yıllık süre murisin ölümüyle başlar ancak bu durumların varlığı süresince alacak mirasçılara karşı ileri sürülemediği için süre talik edilmiş sayılmalıdır³¹.

V-. Mirasçının Mirasçısına Karşı Zamanaşımı

Konu ile ilgili açıklamalarımıza son vermeden önce, mirasçının mirasçısına karşı zamanaşımı hususuna da değinelim. En basit şekliyle ifade etmek gerekirse mirasçının murisin borçlarından sorumluluğu hiç bir değişikliğe uğramadan mirasçının mirasçısına intikal eder. Ancak mirasçının şahsi borçları bunun dışındadır. Mirasçının mirasçısının külli halef olarak bu sorumluluğunun doğabilmesi için muris ile mirasçısının ölümünün aynı anda gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak, ölüm aynı zamanda olmasa bile bir yıllık süre daha dolmadan mirasçı ölürse mirasçının mirasçısına gene sorumlu tutulabilir³².

Bir yıllık süre dolmuş ve bu arada alacaklı ne ölen mirasçıya karşı ve nede müteselsil mirasçılara karşı zamanaşımını kesmemişse mirasçının mirasçısı sorumluluktan kurtulur. Bir yıllık süre devam ederken alacaklı mirasçıya karşı hakkını kullanmamışsa ve bu arada mirasçı ölmüşse mirasçının mirasçısına karşı bu bir yıllık süre kesilmeden devam eder. Keza alacaklının ölen mirasçıya veya müteselsil mirasçıya karşı zamanaşımını kesmesinden sonra mirasçı ölürse bir yıllık süre devam eder.

Son olarak şu hususu da belirtip bu konudaki açıklamalarıma son vermek istiyorum. Unutmamak gerekir ki, mirasçının mirasçısının da murisin mirasını reddetme veya defter tutulmasının yada resmi tasfiyeyi talep etme yetkisi vardır. Keza, bu yetkiyi kendi murisi yani ölen mirasçının mirası hakkında da haizdir.

³¹ Jaeger, Art. 149, N. 9; Üstündağ, s. 362 dp. 984, Oysa Öztekin, bu gibi özel durumlarda sürenin başlangıcı olarak, her özel duruma göre zamanaşımının başlangıcını sonraki bir tarihe bağlamaktadır (Öztekin, s. 79) ki, bu sayın üstündağın isabetle belirttikleri gibi böyle durumlarda sürenin başlangıcı çok belirsizlik arzedecek ve bu durumdan alacaklı zarar görecektir (Üstündağ, s. 362 dp. 984).

³² Scherrer, s. 116.

NIŞANLANMANIN SONA ERMESİ HALİNDE HEDİYELERİN GERİ VERİLMESİ

Arş.Gör.Murat Doğan*

I. GENEL OLARAK HEDİYE KAVRAMI VE HEDİYENİN KAPSAMI

A) GENEL OLARAK HEDİYE KAVRAMI

Hediye, aradaki ilişkinin mahiyetine göre değişen saiklerle yapılan karşılıksız bir kazandırmadır. Üniversiteye giriş imtihanını kazanmak veya fakülteden mezun olmak hediye vermenin saikini teşkil edebileceği gibi, bir kimsenin yeni bir işyeri açması da hediye vermenin saiki olabilir. Bunun gibi, bir yakının yeni bir ev alması veya yeni bir eve taşınması halinde ev görme adı altında yapılan ilk ziyaretlerde hediye götürmek adet haline gelmiştir. Hediye vermenin saikleri arasında nişan ve düğün törenleri de yer alır. Gerçekten nişan törenleri, nişanlanan tarafların bu mutlu günlerini kutlamak yanı sıra, evlenmelerine katkıda bulunmak amacıyla hediye vermek için iyi bir fırsattır. Aynı şekilde düğün törenleri de, hem evlenenleri kutlamak hem de yeni yuva kuran çifte bir miktar maddi katkıda bulunmak için verilen hediyelere sahne olur.

Nişanlılık ilişkisi de çoğu zaman hediye vermenin saikini oluşturur¹. Bu bakımdan hediye, nişanlıların, nişanlılık ilişkisi içinde örf ve adet gereği olarak birbirine, karşılıksız olarak verdikleri şeyleri ifade eder². Aralarındaki yakınlaşmayı ve bağlılığı artırma düşüncesindeki nişanlılar için hediye verme en uygun yoldur. Hediye alan nişanlı, kendisine verilen değeri görerek müstakbel eşine daha kuvvetli duygularla bağlanacaktır.

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk A.B.D. Arş.Gör.

1 Feyzioğlu, 50; Oğuzman, 61; Schwarz/Davran, 51; Tekinay, 25.

2 Feyzioğlu, 50.

Hediye hukuki niteliği itibariyle bir bağışlamadır³. Gerçekten gerek nişanlılık ilişkisi içinde verilen hediye, gerekse borçlar hukuku anlamında yapılan bağışlama (hibe), karşılıksız kazandırmaları kapsayan sağlararası tasarruf işlemleridir⁴.

Hukuki nitelikleri bakımından aynı olmakla beraber, nişanlıların birbirine verdikleri şeylerin nişan hediyesi mi, yoksa genel anlamda bir bağışlama mı olduğunun tesbiti önem taşır. Çünkü, ancak nişanlılık ilişkisine dayanılarak verilen şeylerin iadesi Medeni Kanununun 86. maddesi çerçevesinde istenebilir. Bu mahiyette olmayan karşılıksız kazandırmaların iadesi ise ancak genel hükümler (BK. m. 61-66, 244-245) çerçevesinde istenebilir⁵.

Burada Yargıtay'ın bir kararında isabetli olarak yer verilen bir ölçüden yararlanmak işimizi kolaylaştıracaktır. Kararda "nişanlıların birbirlerine verdikleri hediye ve yaptıkları bağışın nişanlılık nedeniyle yapıldığı asıldır" denmektedir⁶. Buradan hareketle, nişanlılık ilişkisi esnasında yapılan karşılıksız kazandırmaların kural olarak nişan hediyesi olduğu, bunun nişan hediyesi olmadığını, başka bir sebeple verildiğini ileri sürenin bu iddiasını isbat etmesi gerektiği sonucuna varabiliriz. Nitekim kararın devamında da "Davalı taraf aksini de ileri sürüp yapılan hibenin nişandan başka bir nedeni olduğunu da kanıtlayamamıştır." denerek bu husus dolaylı olarak belirtilmiştir⁷.

Ancak nişanlıyı evlilik öncesi cinsel ilişkiye ikna edebilmek amacıyla verilmiş bir şey sözkonusu ise, nişanlılık ilişkisi içinde verilmiş de olsa, ahlaka aykırı bir sonuca ulaşabilmek için

³ Feyzioğlu, 50; Arsebük, 541 dn, 130.

⁴ Feyzioğlu, 50; Arsebük, 541 dn, 133.

⁵ Y.2.HD., 12.10.1935, E.2263, K.2451, "Davacıyla davalının aralarında nikah bağı olmadan birarada yaşamaları sırasında verilmiş olan hülfiyat ve eşyanın nişan hediyesi olarak mı yoksa hibe suretiyle mi verildiği şahitlerden sorularak ona göre karar verilmek lazım gelirken adı geçen emvalin nişan hediyesi olarak verildiği sabit olmadan karar verilmesi yolsuzdur." (Erdem, 41). Arsebük ve Feyzioğlu bu kararı nişan hediyesi ve hibe arasında fark gözetilmesi bakımından eleştirerek aralarında fark olmadığını ileri sürmektedirler,(bkz., Arsebük, 541 dn.133; Feyzioğlu, 50). Oysa karardan anlaşılacağı üzere ortada tam anlamıyla bir nişanlılık ilişkisi bile yoktur. Nişanlılık ilişkisi olsa dahi karşılıksız kazandırma bu ilişkiden kaynaklanmamış olabilir. Böyle bir durumda da geri verme talebi ancak genel hükümler çerçevesinde ileri sürülebilecek, özel hüküm mahiyetindeki Medeni Kanun'un 86. maddesinden yararlanılamayacaktır.

⁶ Y.3. HD., 28.9.1981, E.3855, K.4304, (YKD. 1985, C.11, S.1,25).

⁷ Bkz. yukarıda dn.6.

verildiğinden bunu nişan hediyesi olarak nitelemek güç görünmektedir.

B) HEDİYENİN KAPSAMI

Hediye kavramı öncelikle takı olarak verilen mücevherler ile benzeri menkul eşyaları kapsar. Kural olarak paranın da hediye olarak verilebileceği söylenebilirse de, veriliş amacı bakımından bir ayırım yaparak hediye niteliğini belirlemek daha isabetli olur. Mektup ve fotoğraflar gibi ekonomik değerden çok manevi değer taşıyan şeylerin hediye niteliği taşıyıp taşımadıkları ise tartışmalıdır.

1. Takı, Para ve Diğerleri

Nişanlanma, şekle bağlı bir sözleşme olmamakla beraber, çoğunlukla örf ve adete uygun bir törenle yapılır. Dolayısıyla nişanlılık ilişkisine dayanan ilk hediyeler törende takılan nişan yüzükleri olur. Nişan yüzükleri karşılıklı olarak verilmekle beraber, diğer nişan hediyelerinde her zaman böyle bir teati sözkonusu olmaz.

Örf ve adet kurallarının baskın olduğu nişanlılık ilişkisinde, yüzüklerin yanısıra takılan diğer mücevherler de hediyeler arasında yer alır. Özellikle nişanlı kıza takılan altın, elmas veya pırlanta gibi değerli bir madenden yapılmış bilezikler, kolyeler, küpeler, gerdanlık ve benzeri ziynet eşyaları hep nişan hediyesi kapsamında yer alır. Diğer taraftan erkek nişanlıya verilen pırlanta yüzük, altın saat, künye, kravat iğnesi, kol düğmesi veya kalem benzeri şeyleri de hediyeler arasında zikretmek gerekir.

Mücevherler (takılar) yanısıra, ekonomik değer ifade eden kumaş, ipek başörtüsü veya kravat, deri çanta veya cüzdan, elbise, ayakkabı, kristal süs eşyaları gibi menkul şeyler de nişan hediyesi olarak sayılabilir⁸. Ekonomik değerleri çok fazla olsa da otomobil, hisse senedi, deniz motoru gibi şeyler nişanlılık ilişkisi içinde ve bu ilişkiye binaen verilmişse, yine nişan hediyesi olarak kabul edilmelidir⁹.

⁸ Y.3.HD., 16.3.1981, E.1437, K.1454, (YKD.1981, C.7, S.8, 960); Y.6.HD., 1.4.1980, E.1979/11014, K.1980/3155, (YKD.1981, C.7, S.6, 695).

⁹ Fezyioğlu, 51.

Nişanlılık ilişkisine binaen verilmiş olmak kaydıyla yalnız menkul şeyler değil, apartman dairesi veya dükkan gibi gayrimenkuller de nişan hediyesi kapsamına girer¹⁰.

Nişanlılardan birinin diğer nişanlıya vereceği bir miktar paranın hediye olarak nitelenip nitelenemeyeceği ise tartışmalıdır. Aşağıda ele alacağımız başlık ve benzeri uygulamalardan farklı olarak, nişanlıların birbirlerine verdikleri paranın hediye olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir¹¹. Ancak burada bir ayırım yaparak nişanlılık ilişkisi içinde de olsa, ahlaka aykırı bir amaca ulaşmak için verilen parayı hediye kapsamı dışında tutmak gerekir. Erkek nişanlının almak istediği hediye kendisi almayarak, nişanlısının bizzat beğenerek alması için bir miktar para verdiği durumlarda ise bu paranın hediye niteliği taşıdığına tereddüt etmemek gerekir¹². Bunun gibi, çeyiz (cihaz) için eşya alınmak üzere nişanlıya verilen para da, parayı alan bununla çeyiz eşyası almış olsun veya olmasın hediye kapsamına girer¹³.

2. Başlık

Başlık, nişanlı kızın ailesi tarafından istenen ve genellikle erkek nişanlının kendisinin veya bir yakınının (çoğu zaman babasının) evliliğin gerçekleşmesi amacıyla kız babasına (eğer o hayatta değilse anasına veya ailenin ileri gelenlerinden birine) verdiği bir miktar para veya kıymetli eşyadır¹⁴. Yörelere göre ağırlık, kalın gibi adlar alan ve verilme şekli ve amacı farklılıklar gösteren başlık örf ve adetten kaynaklanan bir uygulamadır¹⁵. Kimi yerlerde kızın yaşına, güzelliğine¹⁶, aile durumuna göre, köy odası veya kahvesinde veya kız evinde pazarlık yoluyla belirlenen başlık daha çok kızın babasının

¹⁰ Y.3.HD., 28.9.1981, E.3855, K.4304, "Tapu kaydında yalnızca kayıtsız ve şartsız ve bedelsiz olarak hibe edildiğinden söz edilmesi nişanlılık döneminde yapılan bu tasarrufun, nişan hediyesi olarak yapılmadığının kabulüne yetmez" (YKD. 1985, C.11, S.1., 25).

¹¹ Tetinay, 28; Köprülü/Kaneti, 63; Akyol, 241; Gürsel, 27.

¹² Akyol, 235.

¹³ Akyol, 241; Öztan, 43; Tekinay, 33; Gürsel, 27; Y.6.HD., 6.11.1961, E. 3341, K.6070, (Erdem, 42).

¹⁴ Gürsel, 28; Feyzioğlu, 51; Oğuzman, 64 dn.44; Erdem (Başlık), 403; Hatemi, 270 dn. 207. Başlığın tarihçesi hakkında bkz. Erdem (Başlık), 403 vd.

¹⁵ Başlık, "ağırlık", ve "kalın" yanı sıra, "kalım", "babalık hakkı", "dayanma", "analık hakkı", "süt hakkı" gibi adlarda almaktadır. Bu deyimlerin kullanıldığı yöreler ve uygulama şekli için bkz. Gürsel, 28.

¹⁶ Gürsel, 27.

evlenmeye rıza göstermesi için verilmektedir¹⁷. Kız reşit değilse bu rıza kanuni bir zorunluluk ise de, reşit kız için kanuni bir zorunluluk olmayan rızanın örf ve adet gereği aranması erkek nişanlıyı başlık vermeye zorlamaktadır. Diğer yandan başlığın, aileden ayrılacak olan kıza o güne kadar yapılan masrafların ve kızın iş gücünden yoksun kalışın telafisi için ödenmesi gerektiğine inanılan bir bedel olduğu da söylenebilir¹⁸.

Başlık olarak verilen para veya eşyanın nişan hediyesi kapsamında yer alıp almayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, evlenmenin gerçekleşmesi amacıyla verilen bu tür para ve eşyanın da nişan hediyesi olarak kabulü gerekmektedir¹⁹. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, her zaman olmasa da çoğu zaman bu ad altında para ve eşya verilmesi ahlaka aykırı olduğundan, bu nişan hediyesi olarak nitelenemez²⁰. Tekinay ise, nişan hediyesi olmadığını kabul etmekle beraber, ahlaka aykırı sayılmasının Borçlar Kanunu'nun 65. maddesinin uygulanmasını gerektireceğini, dolayısıyla başlık olarak verilenlerin iadesinin mümkün olmayacağını, bu sebeple başlık verilmesinin ahlaka aykırı sayılmayarak nişanın bozulması halinde sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri istenebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²¹.

Yargıtay, önceleri başlık adı altında verilen paraların nişan hediyesi sayılamayacağını kabul etmekteydi. Bazı kararlarında başlık adı altında para verilmesini ahlaka ve adaba aykırı bularak, ahlaka aykırı bir amacın elde edilmesi için verilen şeylerin iadesinin gerekmeyeceği sonucuna varmıştır²². Bunun yanı sıra bazı kararlarında ²³ başlık alınmasının 28.11.1920 tarihli ve 55 sayılı Düşünlerde Men'i İsrifat Kanunu'na aykırı olduğu gerekçesiyle geri verilmesine ilişkin talepleri reddetmiştir. Bazı kararlarında ise ²⁴

¹⁷ Akyol, 235; Hatemi, 277; Öztan, 125.

¹⁸ Hatemi/Serozan, 67; Erdem (Başlık), 403.

¹⁹ Feyzioğlu, 51; Gönensay, 15; Akıntürk, 41; Zevkliler, 674; Öztan, 43; Gürsel, 30; Yavuz, 265.

²⁰ Hatemi/Serozan, 67; Hatemi, 277; Öztan, 127; Akyol, 236.

²¹ Tekinay, 31-32. Aynı görüşte Oğuzman, 64 dn. 44.

²² Y.2.ND., 2.2.1949, E.2771, K.1858, (Olgaç, 151). Feyzioğlu, başlığın verilmesindeki amacın meşru bir evlilik gerçekleştirmek olduğunu ileri sürerek ahlaka aykırılıktan sözedilmesini eleştirirken, Tekinay, aynı kararları, ahlaka aykırı olarak nitelenenin iadeyi engelleyeceği sebebiyle eleştirmektedir. Bu eleştiriler için bkz. Feyzioğlu, 52; Tekinay, 32.

²³ Bu kararlar için bkz. Hatemi, 273 dn. 26.

²⁴ Y.HGK., 18.5.1955, E.3-25, K.25, (Erdem, 29-30). Ayrıca bkz. Hatemi, 273 dn. 27.

başlık alınmasını aynı kanuna aykırı bulmuş, bununla beraber iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceğine hükmetmiştir²⁵. Ancak adı geçen kanunun 20.9.1966 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden sonra bu Kanuna dayanma imkanı kalmamıştır.

Yargıtay'ın özellikle 55 sayılı Kanunun iptalinden sonraki kararlarında, başlık olarak verilenleri nişan hediyesi saydığı görülmektedir²⁶. Nişan hediyesi olarak nitelediği bu para ve eşyanın, erkek nişanlı adına babası tarafından kızı temsilen babasına verildiğini buradan hareketle de Medeni Kanunun 86. maddesine göre açılacak hediye iadesi davasının erkek nişanlı tarafından kız nişanlıya açılması gerektiğini kabul etmektedir.

İadesi davasında husumet konusundaki tesbitini bir tarafa bırakırsak, Yargıtay'ın, çoğu zaman erkek nişanlı ve babası tarafından diğer nişanlının ana veya babasının şahsına verdikleri para veya eşyayı nişan hediyesi sayarak Medeni Kanunun 86. maddesini uygulaması isabetli görünmemektedir²⁷. Yargıtay'ın nişanın sona ermesi halinde, başlık olarak verilmiş paranın iadesini sağlamak için başvurduğu anlaşılan bu yol, Medeni Kanun yanı sıra, almadığı bir para için nişanlı kıza husumet yöneltmesi bakımından usul hükümlerini de zorlamaktadır²⁸. Böyle zoraki bir çözüm yerine, her somut olayda başlığın verilmiş amacını ve kime verildiğini gözönünde tutarak buna göre verilen paranın iadesinin gerekip gerekmeyeceğine; iadesi gerekiyorsa, kimden istenebileceğine karar vermek daha yerinde olacaktır²⁹. Buradan hareketle, para veya eşya başlık adı altında verilmiş olsa bile, nişanlı kıza, çeyizine harcanmak veya hediye almak üzere verilmişse, bunun nişan hediyesi niteliği taşıdığını ve 86. maddeye göre iadesinin istenebileceğini kabul etmek

25 Tekinay'da Düğünlerde Men'i İsrifat Kanunu'nun başlık olarak verilenlerin iadesine engel olmayacağı kanaatindedir, (bkz., age., 54).

26 Y.6.HD., 9.7.1974, E. 3194, K.3424, (İKİD. 1974, 3136); Y.6. HD., 16.6.1978, E.4796, K.4888, (İKİD. 1978, 6351); Y.6.HD., 1.4.1980, E. 1979/11014, K. 1980/3155, (YKD.1981, C.7, S.6, 695).

27 Oğuzman, 64 dn. 44; Öztan 127; Akyol, 241.

28 Öztan, 127; Akyol, 239; Hatemi, 277.

29 Öztan, 129; Hatemi, 276; Akyol, 235; Hatemi/Serozan 67.

gerekir³⁰. Özellikle bazı yörelerde "kalın" adıyla ve kızın çeyizine harcanmak üzere verilen para bu mahiyettedir³¹.

Bununla birlikte, ister başlık adıyla ister hediye adıyla verilmiş olsun, kızın evlenmesine rıza göstermesi için babasına veya anasına verilen para veya eşyanın ahlaka aykırı nitelik taşıdığını ve nişan hediyesi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmek gerekir³². Bu durumda, Borçlar Kanununun 65. maddesinin uygulanması sonucu verilenlerin geri alınmasının mümkün olmayacağı, dolayısıyla ahlaka aykırı olan bu örf ve adetin yaşamaya ve özellikle ahlaka aykırı amaçla başlık adı altında para alan kız babasını korumaya devam edeceği, bundan dolayı bu çözüm tarzının isabetli olmadığı söylenebilir³³. Ancak, başlık verilmesi ahlaka aykırı ise de, ahlaka aykırı amaç taşıyanın başlık veren değil alan olduğunu da gözönünde tutmak gerekir. Başlık verenin amacı meşru bir evlilik yapmaktır. Bu evliliği gerçekleştirebilmek için de örf ve adetin kendini vermeye zorladığı başlık parasını kız babasına ödemektedir. Burada, Borçlar Kanununun 65. maddesi geniş yorumlanarak, ahlaka aykırı amaç taşımaksızın ödemede bulunan nişanlı erkeğe sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiği parayı geri isteme hakkı tanınmalıdır³⁴. Eğer başlık veren de ahlaka aykırı bir amaç taşıyorsa, mesela kendisini istemeyen kızla bu yolla nişanlanmak veya evli olduğu halde evlilik dışı bir ilişki kurmak için başlık adı altında para veriyorsa, artık verdiklerini geri isteyememelidir (BK.m.65)³⁵.

3. Mektup ve Fotoğraflar

Nişanlılar aralarındaki sevgiyi perçinlemek üzere birbirlerine mektuplar gönderirler, fotoğraf teatisinde bulunurlar veya birlikte çektirirler. O an için aralarındaki samimiyetin göstergesi olan ve birer hatıra olarak ömür boyu saklanacak olan, manevi yönleri baskın bu

³⁰ Akyol, 241; Hatemi, 276; Hatemi/Serozan, 67; Oğuzman, 64 dn. 44; Y.6.HD., 5.11.1953, E. 4408,K.5574, (Gürsel, 30).

³¹ Tekinay,33;Öztan,126dn.57;Y.HGK.,18.4.1962,E.4, 8-46, (Erdem, 44).

³² Öztan, 129; Hatemi, 277;Akyol, 236; Hatemi/Serozan, 67

³³ Nitekim, Tekinay, bu gerekçeyle, başlık olarak para verilmesinin ahlaka aykırı sayılmayarak verilenlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir,(bkz., age., 33). Aynı görüşte, Oğuzman, 64 dn. 44.

³⁴ Hatemi, 311; Öztan, 129; Hatemi/Serozan, 68; Akyol, 236

³⁵ Hatemi, 312; Akyol, 236; Öztan, 129; Gürsel, 31; Y.HGK.,22.5.1968, E. 1966/6-393,K.1968/328, (İKİD. 1968, 6172).

şeyler, nişanın sona ermesiyle her iki taraf için de huzursuzluk ve rahatsızlık unsuru haline gelir.

Nişanlılık ilişkisi içinde karşılıklı olarak verilmiş veya gönderilmiş olmaları bunların nişan hediyesi olduğunu akla getirmektedir. Ancak hemen hemen hiçbir ekonomik değer taşımayan ve verilmelerinde de bir karşılıksız kazandırmadan ziyade, samimiyet ve sevgi gösterisi düşüncesi yatan mektup ve fotoğrafları nişan hediyesi saymak mümkün değildir³⁶.

Diğer taraftan, çoğu zaman aradaki samimiyet gereği, kimseye açılmamış sırların yazıldığı mektupların ve o andaki duygularla çektirilen fotoğrafların karşı tarafta kalması, kötüye kullanımı mümkün olduğu için, tarafları sürekli rahatsız edecektir. Bu durum mektup ve fotoğrafların iadesini sağlayacak bir çözüm arayışına sebep olmuştur.

Bu doğrultuda, mektup ve fotoğrafların nişan hediyesi olduğu ve Medeni Kanununun 86. maddesi çerçevesinde iadelerinin istenebileceği görüşü ileri sürülmektedir³⁷. Diğer bir görüş ise, nişan hediyesi olmadıkları için hukuken iadelerinin talep edilemeyeceğini, bununla beraber ahlaken ve nezaketen iade edilmeleri gerektiğini ileri sürmektedir³⁸. Çoğunluk ise mektup ve fotoğrafların şahsiyetin birer parçası olduğunu, hediye olarak iadelerinin istenemeyeceği, bununla beraber şahsiyet haklarını koruyan hükümler (MK. m. 24,24/a) çerçevesinde iadelerinin sağlanabileceği görüşündedir³⁹.

Gerçekten de şahsiyetin birer parçası olan mektup ve fotoğraflar⁴⁰, aralarındaki sevgi bağları kopan nişanlılar tarafından birbirleri aleyhine kullanılabilir. Bu durumun şahsiyet hakkına tecavüz teşkil ettiği hallerde, tecavüze uğrayan, Medeni Kanununun 24/a maddesinde öngörülen dava yollarına başvurulabilir. Buna göre, şahsiyet hakkına yönelik bir tecavüz tehlikesi ile karşılaşan

36 Feyzioğlu, 55; Öztan, 45; Köprülü, 487; Göktürk, 282; Tuor/Artus, 143; Oğuzoğlu, 30; Arsebük, 541 dn. 134; Gönensay, 15; Oğuzman, 62; Yavuz, 266; Hatemi/Serozan, 66; Köprülü/Kaneti, 64. Çoğunluğun bu görüşüne rağmen, mektup ve fotoğrafların nişan hediyesi olduğunu savunanlarda vardır, bkz. Velidedeoğlu, 39; Akıntürk, 41; Schwarz/Davran, 49; Egger/Çağa, 52.

37 Velidedeoğlu, 39; Egger/Çağa, 52; Akıntürk, 41.

38 Gönensay, 15; Oğuzoğlu, 30; Göktürk, 282; Tuor/Artus, 143; Arsebük 541, dn. 134; Gmür/Çernis, 742.

39 Oğuzman, 62; Hatemi/Serozan, 66; Tekinay, 28-29; Köprülü/Kaneti, 64; Schwarz/Davran, 52; Köprülü, 487; Feyzioğlu, 51; Yavuz, 266.

40 Y.4.HD., 3.10.1990, E.4-275, K.459, (YKD. 1991, C.17, S.4. 521-522).

nişanlı önleme davası ile bu tecavüzün gerçekleşmesini engelleyebileceği gibi, tecavüz gerçekleşmiş ve halen devam ediyorsa açacağı durdurma davasıyla tecavüze son verilmesini de isteyebilir. Gerek önleme davası gerekse durdurma davasında mektup ve fotoğraflar kullanılarak yapılan tecavüzün engellenebilmesi için bunların iade edilmesi veya iade uygun değilse- fotoğrafta her iki nişanlı da yer alıyorsa iade uygun olmayacaktır-imha edilmesi istenebilir⁴¹.

III. HEDİYELERİ GERİ İSTEMENİN ŞARTLARI

Yukarıda kapsamını belirlemeye çalıştığımız hediyelerin Medeni Kanununun 86. maddesi çerçevesinde iadelerinin istenebilmesi için herşeyden önce geçerli bir nişanlanma ve bu nişanlanmanın ölüm, gaiplik kararı, sonradan ortaya çıkan imkansızlık, tarafların kararlaştırmış oldukları bozucu şartın gerçekleşmesi, nişanlıların nişanlanmanın sona ermesi hususunda anlaşmaları veya nişanlılardan biri tarafından tek taraflı olarak bozulması gibi bir sebeple sona ermiş olması gerekir. İade talebinde bulunabilmek için, istenen şeylerin hediye olarak verilmiş olmaları ve mutad dışı nitelik taşımaları da gerekir. Hediyein iadesinin istenebilmesi için mutad dışı niteliğe sahip olması şartı 3678 sayılı kanunla yapılan değişiklikle öngörülmüştür⁴². Dolayısıyla bu şart, kanun değişikliğinin yürürlüğe girdiği 23.11.1990 tarihinden sonra sona ermiş nişanlanmalarda aranacaktır. İade talebinde bulunabilmenin diğer bir şartı da hediyelerin nişanlılık ilişkisi içinde verilmiş olmasıdır. Nişanlanmadan önce veya nişanlılık sona erdikten sonra verilmiş^{42a} hediyeler Medeni Kanununun 86. maddesi kapsamına girmez. Nişanlılık ilişkisi içinde verilenlerden de ancak, nişanlıların birbirlerine ve nişanlılardan birinin ana ve babasının veya onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya verdikleri hediyeler geri istenebilir. Bunların dışındaki hediyeler ise şartları gerçekleşmişse, sebepsiz zenginleşme veya bağışlamadan rücu hükümlerine göre istenebilir.

A) NİŞANLILIK İLİŞKİSİ SONA ERMİŞ OLMALIDIR

Hediyelerin geri verilmesini (iadesini) isteyebilmek için nişanın sona ermiş olması ön şart mahiyetindedir. Sona ermeden söz

⁴¹ Tuor /Artus, 143; Oğuzoğlu, 31; Göktürk, 282; Saymen/Elbir, 58.

⁴² RG.23.11.1990, S.20704.

^{42 a} Yavuz, 264.

edebilmek içinse, geçerli bir nişanlanmanın varlığı gerekir⁴³, bununla beraber geçersiz bir nişanlilik içinde de hediye teatisi yapılmış ise, bunların geri verilmesinin istenemeyeceğini ileri sürmek, her zaman için hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmaz. Bu sebeple öncelikle nişanlanmanın geçerlilik şartları üzerinde durarak, hangi hallerde geçersiz olacağını ve bu geçersizlik hallerinin hangisinde hediyelerinin geri verilmesinin istenip, hangisinde istenilmeyeceğini tesbite çalışacağız.

1. Sona Erme İçin Ön Şart Olarak Nişanlanmanın Geçerliliği

Nişanlanma, aile hukuku alanına ait bir sözleşme⁴⁴ olması itibarıyla karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirir. Bu beyanların konusunu tarafların birbirine yapacakları evlenme vaadi oluşturur. Eğer sadece bir tarafın evlenme vaadi söz konusu ise, nişanlanma meydana gelmez⁴⁵.

Tarafların nişanlanmaya yönelik irade beyanları şekle bağlı değildir⁴⁶. Açık veya örtülü olarak nişanlanma iradesi beyan edilebilir. Ancak nişanlanma teklifine muhatap olan tarafın susması her zaman kabul olarak nitelenemeyeceği gibi, hemen bir cevap vermesini beklemek de işin mahiyetine uygun düşmez⁴⁷. Borçlar Hukukunun sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri (BK. m.1-10), ancak mahiyetine uygun düştüğü ölçüde nişanlanma sözleşmesine uygulanabilir. Bu sebeple karşı taraf eğer susmuşsa başka olaylar da bunu kabul veya red manasına geldiğini göstermedikçe burdan nişanlanmanın kurulmasına ilişkin bir sonuç çıkarılamaz⁴⁸. Hatta nişanlanma teklifiyle karşılaşan kişinin bu teklif yüz yüze yapılmış olsa da, belli bir süre düşünerek karar vermesi işin mahiyetine daha uygundur.

⁴³ Oğuzman, 44; Hatemi/Serozan, 50.

⁴⁴ Tekinay, 8; Hatemi/Serozan, 33; Oğuzman, 30; Köprülü/Kaneti, 43; Öztan, 11; Gmür/Çernis, 721; Gönensay, 7; Köprülü, 473. Görüldüğü gibi doktrinde çoğunluk bu görüştedir. Bununla beraber nişanlanmanın bir ön akit olduğunu savunanlar yanı sıra karar niteliğinde olduğunu savunanlarda vardır:Ön akit görüşü için bkz., Schwarz/Davran, 36; Velidedeoğlu, 322; Oğuzoğlu, 415. Karar görüşü için bkz., Saymen/Elbir, 43

⁴⁵ Oğuzman, 30; Feyzioğlu, 29; Tekinay, 10; Hatemi/Serozan, 33.

⁴⁶ Schwarz/Davran, 39; Köprülü/Kaneti, 52; Feyzioğlu, 27; Egger/Çağa, 32-33.

⁴⁷ Tekinay, 11;Oğuzman, 32; Hatemi/Serozan, 34.

⁴⁸ Tekinay, 11; Oğuzman, 32;Hatemi/Serozan,34.

Nişanlanma çoğunlukla nişan töreniyle yapılmakla birlikte, böyle bir törenin yapılması geçerlilik bakımından zorunlu değildir⁴⁹. Nişanlanma beyanının gerçek iradeyi yansıtması gerekir. Eğer bir latife beyanı varsa, veya muvazaa söz konusu ise nişanlanma geçerli olmaz (BK.m.18)⁵⁰. Tarafların gerçek iradesini yansıtmayan bu irade beyanları, başkalarına karşı kendilerini nişanlı göstermeye yönelik olduğundan, nişanlanma batıldır. Taraflar, ister evlilik dışı ilişkilerini gizlemek için bu yola başvurmuş olsunlar, isterse böyle bir niyetleri olmaksızın sırf aldatıcı bir görünüm doğurmak için nişanlanmış görünsünler, her iki halde de nişanlanma sözleşmesi batıldır. Ancak karşı taraf nişanlanma beyanını ciddiye almışsa, bu durumda nişanlanma kurulmuş olur. Bununla beraber latife (şaka) beyanı sebebiyle bozulabilir⁵¹. Zihni kayıt altında, yapılan bir nişanlanma ise, kural olarak geçerlidir⁵². Çünkü, karşı taraf beyanın gerçek iradeyi yansıtmadığını bilmemektedir. Ancak, eğer karşı taraf bu beyanın gerçek iradeyi yansıtmadığını biliyorsa veya anlayabilecek durumdaysa nişanlanma geçerlilik kazanmaz⁵³. Gerek latife beyanının ciddi olarak anlaşılması sonucu, nişanlanmanın kurulması halinde, gerekse zihni kayıt altında yapılan nişanlanmanın daha sonra bu sebeple bozulması halinde hediyeilerin geri verilmesi gerekir⁵⁴.

Nişanlanma sözleşmesinin yapılabilmesi için tarafların sahip olması gereken ehliyet hususunda Medeni Kanununun 82. maddesindeki "Nişanlanma kanuni mümessilleri tarafından muvafakat edilmedikçe küçük veya mahcurları ilzam etmez" hükmünden başka bir düzenleme yoktur. Bu sebeple genel olarak hukuki işlem ehliyetine ilişkin kuralların nişanlanma içinde gözönünde tutulması gerekir.

⁴⁹ Tekinay, 16; Akıntürk, 28; Feyzioğlu, 27; Sirmen, 362.Y.6.HD.,17.3.1958, E.2204, K.2256, (Erdem, 27). Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarında örf ve adete uygun bir nişan töreni yapılmasını, nişanlanmanın geçerliliği bakımından zorunlu kabul ettiği görülmektedir. Bu kararlar için bkz.Y.2.H.D.8.9.1949, E.2871, K.4269, (Olgaç, 144); Y.HGK., 18.11.1951, E.8916, K.2149, (Erdem, 27).

⁵⁰ Schwarz/Davran, 41; Oğuzman, 37; Hatemi/Serozan, 37; Zevkliler, 664, Feyzioğlu, 29.

⁵¹ Oğuzman, 33; Hatemi/Serozan, 37.

⁵² Oğuzman, 38; Schwarz/Davran, 41; Saymen/Elbir, 48; Feyzioğlu, 29-30; Öztan, 26.

⁵³ Hatemi/Serozan, 37; Oğuzman, 38.

⁵⁴ Hatemi/Serozan, 37.

Bu doğrultuda, tam ehliyetli kişiler, nişanlanma ehliyetine de sahiptirler ve kendi başlarına nişanlanabilirler. Bunun gibi kendilerine kanuni müşavir tayin edilen sınırlı ehliyetlilerde nişanlanma bakımından tam ehliyetlidirler. Çünkü nişanlanma Medeni Kanunun 379. maddesinde sayılan ve kanuni müşavirin oyunu gerektiren işlerden değildir. Sınırlı ehliyetlilerden kabul edilen evli kadının, evli olması sebebiyle nişanlanması söz konusu olmaz. Tam ehliyetsizler, yani temyiz kudretinden yoksun olanlar ise, ne kendileri, ne de kanuni temsilcileri aracılığı ile nişanlanabilirler. Bunların kendi başlarına yapacakları nişanlanma, Medeni Kanunun 15. maddesi gereği geçersiz olacağı gibi, nişanlanmanın şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle, onlar adına kanuni temsilcilerinin yapacakları nişanlanma da geçersiz olur.

Sınırlı ehliyetsizler bakımından ise Medeni Kanunun 82. maddesinin 2. fıkrasındaki ifade doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Bir görüş, mümeyyiz küçükle, mümeyyiz mahcurun yapacağı nişanlanmanın geçerli olduğunu, ancak kanuni temsilcilerinin izni olmadıkça mali sonuçları bakımından mümeyyiz küçük ve mahcuru bağlamayacağını savunmaktadır⁵⁵. Diğer bir görüş ise, mümeyyiz küçük veya mahcurun yapacağı nişanlanmanın, kanuni temsilcinin önceden verilmiş bir iznine dayanmadıkça, veya sonradan bu nişanlanmaya icazet verilmedikçe mümeyyiz küçük veya mahcuru gerek şahsi, gerekse mali sonuçlarıyla bağlamayacağını savunmaktadır⁵⁶. Daha isabetli görünen bu görüşe göre Medeni Kanunun 82. maddesindeki hüküm, mümeyyiz küçük ve mümeyyiz mahcurların şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kendi başlarına kullanabilecekleri kuralının (MK. m. 16) bir istisnasıdır. İcazet verilmediği sürece nişanlanma süresinin geçerliliği askıdadır. Mümeyyiz küçük veya mahcur bağlı olmamakla beraber, eğer karşı taraf tam ehliyetli ise, bu nişanlanma ile bağlı olacaktır⁵⁷.

İcazet verilirse nişanlanma mümeyyiz küçük veya mahcur için de bağlayıcı hale gelir. İcazet verilmezse, nişanlanma sözleşmesi karşı

⁵⁵ Oğuzman, 35; Oğuzoğlu, 16; Belgesay, 14,15; Saymen/51, 46; Akıntürk, 142; Arsebük, 524; Egger/Çağa, 36.

⁵⁶ Tekinay, 13; Hatemi/Serozan, 35; Köprülü/Kaneti, 52; Feyzioğlu, 32; Zevkliler, 663; Velidedeoğlu, 324; Birsen, 242; Sirmen, 363; Schwarz/Davran, 37; Tuor/Artus, 139, Gmür/Çernis, 727

⁵⁷ Oğuzman, 35; Tekinay, 14; Zevkliler, 663; Öztan, 24; Gmür/Çernis, 727.

taraf için de bağlayıcılığını yitirir⁵⁸. Askı süresi içinde taraflardan birinin nişanı bozması halinde, karşı taraf nişanlanma ile bağlı olduğu için mümeyyiz küçük veya mahcur hediyelerin geri verilmesini isteyebilir (M.K.m.395). Bununla beraber mümeyyiz küçük veya mahcur Medeni Kanununun 82. maddesinin ikinci fıkrası gereği nişanlanmanın mali sonuçlarıyla bağlı olmadığı için, Medeni Kanununun 395. maddesinin birinci fıkrasının istisnası olarak kendisinden hediyelerin iadesi istenemeyecektir. Sınırlı ehliyetsiz kendini tam ehliyetli göstererek nişanın yapılmasını sağlamışsa bu durumda ister icazet verilmemesi sonucu nişanlanma geçersiz olsun, isterse taraflardan biri nişanı bozmuş olsun, karşı taraf da hediyelerin iadesini Medeni Kanununun 395. maddesi gereği isteyebilecektir⁵⁹.

Nişanlanmanın geçerli olabilmesi için evlenmeye kesin olarak engel olacak hallerden birinin bulunmaması da gerekir⁶⁰. Böyle bir halin varlığı halinde evlenme gerçekleşmeyeceği için nişanlanma da geçersiz olur. Bu sebeple akıl hastası olan veya temyiz kudretinden sürekli olarak yoksun bulunan bir kimse nişanlanamaz (M.K.m.89). Bunun gibi, aralarında yasak derecede hısımlık bulunan kimseler de nişanlanamazlar (MK.m.92). Evli bir kimse bu evlilik sona ermedikçe yeniden evlenemeyeceği gibi nişanlanması da mümkün değildir (MK.m.93). Ancak mevcut evlilik eşin ölümü, boşanma veya butlan hükmü ile sona ererse yeniden nişanlanmak ve evlenmek mümkün hale gelir. Evlilik henüz sona ermemesine rağmen boşanma davası sürmekteyse veya butlan sebebiyle iptali mümkün görünüyorsa, acaba bu safhada gerçekleşen bir nişanlanma geçerli olur mu? Medeni Kanununun mevcut evlilik boşanma ile sona ermeden veya butlan sebebiyle iptal edilmeden ikinci bir evlilik yapılamayacağına ilişkin hükmü, verilecek boşanma veya iptal kararının kesinleşmiş olması halinde uygulanmayacaktır. Yani boşanma veya iptal kararı kesinleşmedikçe ikinci bir evlilik yapılamayacaktır. Aynı sonuç, hukuki sebepler yanı sıra ahlaki gerekçelerle de göz önünde tutularak nişanlanma bakımından da kabul edilmelidir⁶¹. Boşanma veya butlan sebebiyle iptal davasının sonucu belli değilken yapılan nişanlanmaya geçerlilik tanımak sosyal ahlaka aykırı olacağı gibi,

58 Feyzioğlu, 34; Zevkililer, 663, Sirmen 363; Saymen/Elbir, 48;Gmür/Çernis, 727. İcazet verilmemesi halinde bunun nişanlanmayı ortadan kaldırmayacağı, ancak nişanı bozma için haklı sebep teşkil edeceği görüşü için bkz. Tekinay, 15; Oğuzman/Dural, 32.

59 Tekinay, 26;Hatemi/Serozan, 43; Oğuzman, 63 dn. 36.

60 Tekinay, 18;Feyzioğlu,31; Egger/Çağa, 34;Schwarz/Davran, 39.

61 Gmür/Çernis, 726.

davanın boşanma veya iptal ile sonuçlanmaması halinde yeni birtakım hukuki meseleler doğuracaktır. Taraflar, bu gibi hallerde geçersizliği bilmiyorlarsa, dürüstlük kuralı (MK. m.2) ve hakkaniyet gereği hediyelerin geri verilmesini isteyebilirler⁶². Eğer taraflardan biri biliyor diğeri bilmiyorsa, örneğin evli bir kimse evli olduğunu saklayarak nişanlanmışsa, bu durumu bilmeyen taraf verdiği hediyelerin iadesini Medeni Kanunun 2. maddesi gereği isteyebilmelidir⁶³. Taraflar nişanlanmanın geçersizliğini biliyorlarsa, bu durumda Medeni Kanunun 86. maddesi çerçevesinde hediyelerin geri verilmesi sözkonusu olmamalıdır⁶⁴. Örneğin evli bir erkekle onun evli olduğunu ve kendisiyle evlenmesinin halihazırda mümkün olmadığını bilerek nişanlanan bir kızın yaptıkları nişanlanmada veilenler böyledir⁶⁵. Tarafların nişanlanmanın geçersizliğini bilerek verdikleri hediyeler, nişan hediyesinden çok bağışlama niteliği taşırlar. Çünkü, öncelikle amacı evliliğe hazırlık olan nişanlılık ilişkisi, evliliğin gerçekleşmeyeceği bilinerek sürdürülen bir ilişki değildir. Bu sebeple eğer ahlaka aykırı bir amacın elde edilebilmesi için verilmiş şeyler sözkonusu ise, örneğin, evli bir erkeğin evli olmayan bir kızla cinsel ilişkiyi sağlamak için verdiği şeyler gibi, bu durumda Borçlar Kanununun 65. maddesi gereği verilenler geri istenememelidir⁶⁶. Diğer taraftan Borçlar Kanununun 65. maddesinin uygulanma şartları yoksa, taraflar bağışlamadan rücuu veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre -eğer şartları varsa- verdikleri hediyelerin iadesini isteyebilmelidirler⁶⁷.

Geçici evlenme engellerinden birisi söz konusu ise, buna rağmen yapılan nişanlanma geçerli olur⁶⁸. Boşanma sonrası beklemek zorunda olduğu süre içinde evlenen kadının bu evliliği geçerli

62 Tekinay, 25-26; Hatemi/Serozan, 39;Yavuz, 264.

63 Tekinay, 26; Öztan, 42; Hatemi/Serozan, 39; Gmür/Çernis, 725;Yavuz, 264.,Sirmen aynı çözüm tarzını manevi tazminat talebi bakımından ileri sürmektedir,(bkz.,age., 364).

64 Tekinay, 26;Öztan, 42;Yavuz,264.

65 Hatemi/Serozan, bu durumda ancak ahlaka aykırı bir amacın elde edilmesi için verildiği kabul edilebiliyorsa hediyelerin istenemeyeceğini, bununla birlikte Borçlar Kanununun 65. maddesinin uygulama şartları yoksa hediyelerin istenebilmesi gerektiğini savunmaktadır,(bkz. age., 39, 50). Oğuzman se, Medeni Kanununun 86. maddesinin, geçersizlik hallerinde de kanundaki boşluk sebebiyle uygulanması gerektiği kanaatindedir,(bkz.age., 45).

66 Hatemi/Serozan, 39,50; Y.6.HD., 21.1.1965, E.3344,K.421,(Tekinay,26 dn.7).

67 Gürsel, 25; Y.6 HD.16.2.1950, E.10476,K.700,(Erdem,43).

68 Egger/Çağa, 34;Köprülü, 478; Oğuzman,37; Zevkliler, 664.

olduğu gibi, bu süre içinde yapacağı nişanlanma da geçerlidir (MK.m.95,122). Aynı sonuç evlenmeleri yasak olmakla beraber, evlenmiş olmaları halinde evlilikleri geçerli olup aralarındaki evlatlık ilişkisi ortadan kalkan evlat edinen ile evlathığın nişanlanmaları için de geçerlidir (MK.m.92/III,121)⁶⁹.

İradeyi sakatlayan hata, hile ve tehditin varlığı halinde, nişanlanmanın Borçlar Kanununun 31. maddesi gereği geçmişe etkili olarak sona erdirilmesinin işin mahiyetine uygun düşmeyeceği düşüncesiyle bu hallerin ancak nişanı bozmak için haklı sebep teşkil edeceği kabul edilmelidir⁷⁰.

2. Kendiliğinden Sona Erme Halleri

Nişanlanmanı en tabii sona erme şekli tarafların evlenmeleridir. Nişanlılık dönemi sonunda nişanlıların birbiriyle yapacakları geçerli bir evlilikle nişanlanma sona erer. Bu halde hediyelerin geri verilmesi söz konusu olmaz. Nişanlılardan birinin başka biriyle evlenmesi halinde de nişanlanma sona ermekle beraber, bu ilki gibi normal bir sona erme hali değildir. Bu ihtimalde daha çok nişanın başkasıyla evlenen tarafından haksız olarak bozulması sözkonusudur⁷¹.

Hediyelerin geri verilmesini gerektirecek kendiliğinden sona erme sebepleri ölüm, gaiplik kararı, bozucu şartın gerçekleşmesi ve sonradan ortaya çıkan imkansızlık halidir.

a) Ölüm

Nişanlılardan birinin ölümü ile nişanlılık kendiliğinden sona erer. Medeni Kanunun 86. maddesi, 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce nişanlanmanın ölümle sona ermesi halinde hediyelerin iadesinin istenemeyeceğini hükme bağlamıştı. "Nişan vefat sebebiyle bozulmuş ise istirdat davası asla yoktur." ifadesiyle kesin bir dille ölüm halinde hediyelerin iadesinin söz konusu olmadığı belirtilmişti.

Hükmün bu kesin ifadesi karşısında, ölenin mirasçılarının sağ kalan nişanlıdaki hediyeleri geri isteyemeyecekleri gibi, sağ kalan

⁶⁹ Feyzioğlu, 37; Egger/Çağa, 34; Schwarz/Davran, 39; Akıntürk, 30; Öztan,30; Zevkliler, 664 Aksi görüş için bkz. Tekinay, 9; Oğuzman,15.

⁷⁰ Schwarz/Davran, 41; Oğuzman, 38; Feyzioğlu,30 ;Göktürk, 277-278. Aksi görüş için bkz. Zevkliler, 665.

⁷¹ Oğuzman, 45, Öztan, 36; Köprülü, 481; Velidedeoğlu, 326; Saymen/Elbir, 55.

nişanlının da ölenin mirasçılarındaki hediyeleri geri isteyemeyeceği kabul edilmekteydi⁷². Kanunun kesin bir dille ölüm halinde hediyelerin iadesini yasaklaması eleştirilmiş, hediyelerin ölenin çok uzak mirasçılara ve hatta devlete kalma ihtimalinin bulunması sebebiyle, iadenin yasaklanmasının makul ve haklı sayılamayacağı ileri sürülmüştü⁷³. Bununla beraber, bunun zayıf bir ihtimal olduğunu, ölenin ana ve babası gibi mirasçılarının ondan kalan bu hatıraları muhafaza etmeye hakları olduğunu savunanlar da vardı⁷⁴. "Asla" istenemeyeceğine ilişkin ifadeye rağmen, bunun emredici bir hüküm olmadığı, dolayısıyla tarafların aksini kararlaştırabilecekleri de ileri sürülmüştü⁷⁵.

Özellikle nişanlının ölümüne, diğer nişanlının kasten ve ihmaliyle sebep olması halinde, onun hediyeleri muhafaza etmesi adalete uygun olmayan sonuçlar doğurur. Nitekim gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında, bu halin iade yasağı kapsamı dışında tutulması gerektiği kabul edilmekteydi⁷⁶.

Medeni Kanununun 86. maddesinin bu hükmü, eleştiriler doğrultusunda yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan böyle nişanlanmanın ölümle sona ermesi halinde, gerek hayatta kalan nişanlı, gerekse ölenin mirasçıları, diğer taraftaki hediyeleri geri isteyebileceklerdir.

Kişinin ölümüne muhakkak gözüyle bakılacak bir olay içinde kaybolması ve cesedinin bulunmaması halinde söz konusu olan ölüm karinesi (MK.m.30) ölüm gibi sonuçlar doğurduğu için, bu halde de nişanın sona erdiğinin kabulü ve dolayısıyla hediyelerin geri verilmesi gerekir⁷⁷.

b) Gaiplik Kararı

Nişanlılardan biri hakkında gaiplik kararı verilmesi ölüm gibi sonuçlar doğuracağı için, mahkeme kararına gerek olmaksızın

72 Egger/Çağa, 50; Feyzioğlu, 58; Tekinay, 27; Göktürk, 282.

73 Tekinay, 27; Gönensay, 16. Ancak sağ kalan nişanlıdan gelecek böyle bir talebin hukuki dayanaktan yoksun olması, doktrini, iadenin ahlak ve dürüstlük kuralı gereği olduğunu vurgulamaya yöneltmiştir, bkz, Göktürk, 282; Tuor/Artus, 143; Öztan, 42.

74 Feyzioğlu, 60; Arsebük, 543.

75 Birsen, 249; Schwarz/Davran, 52; Oğuzman, 63.

76 Köprülü/Kaneti, 63; Arsebük, 543, Gönensay, 16; Feyzioğlu, 60.dn. 68; Y.6.HD., 12.5.1975, E.2394, K.3511 (YKD.1975, C.1, S.5,44).

77 Köprülü/Kaneti, 56; Köprülü, 480.

nişanlılık kendiliğinden sona erer⁷⁸. Bazı yazarlar gaiplik kararı verilmesi halinde, nişanlanmanın sona ermesi için diğer nişanlının irade açıklamasında bulunmasının gerekli olduğunu ileri sürmektedirler. Böylece gaiplik halinde evlenmenin feshedilmesini gerekli kılan Medeni Kanununun 94. maddesiyle uyumlu bir sonuç doğuracağı savunulmaktadır. Ancak, evlenmenin resmi şekilde tabi olduğu ve resmi sicillere kaydedildiği gözönünde tutulursa, böyle bir nitelik taşımayan nişanlanmanın gaiplik kararı ile kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek daha uygun olur.

Gaiplik kararı ile nişanlanmanın sona ereceği kabul edilmekle beraber, gaiplik kararı ölüm gibi sonuçlar doğurduğu için, 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce bu halde de hediyelerin iadesinin istenemeyeceği sonucuna varmak gerekiyordu. 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ölüm gibi, gaiplik kararı verilmesi halinde de sona eren nişanlanma sebebiyle verilen hediyelerin iadesinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece nişanlılardan biri hakkında ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya çoktan beri kendisinden haber alınamaması sebebiyle (MK.m.31) gaiplik kararı verilmesi halinde tarafların verdikleri hediyelerin iadesini isteyebilmeleri mümkün hale gelmiştir (MK.m.86). Medeni Kanununun 86. maddesi, gaiplik kararı verilmesini hediyelerin istenebilmesi için yeterli gören bir ifade taşımaktadır. Buna göre nişanlanmanın sona erdirildiğine ilişkin bir irade açıklaması veya mahkeme kararı gerekmeksizin bu talep ileri sürülebilir.

c) İmkansızlık

İmkansızlığın sözleşmeler üzerindeki etkisi, sözleşmenin kuruluş anında varolması ve sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmasına göre farklılık arzeder. Bu sebeple imkansızlık, başlangıçtaki imkansızlık ve sonradan imkansızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Başlangıçtaki imkansızlık sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur (BK.m.20). Nişanlanma da bir sözleşme olması ve mahiyetine uygun düştüğü ölçüde borçlar hukukunun sözleşmelere ilişkin hükümlerine (MK.m.5 gereği BK.m.1 vd.) tabi olması itibarıyla konusunun başlangıçta imkansız olması halinde geçersiz olacaktır. Buna göre evli bir kimsenin veya aralarında yasak derecede hısımlık bulunan kimselerin nişanlanması hukuka ve ahlaka aykırılık yanı sıra

⁷⁸ Oğuzman, 46; Hatemi/Serozan, 50; Zevkililer, 670; Öztan, 37; Akıntürk, 37; Köprülü/Kaneti, 54.

imkansızlık sebebiyle de geçersizdir⁷⁹. Aynı cinsten kimselerin nişanlanması da imkansızlık sebebiyle geçersizdir⁸⁰.

Geçersiz bir nişanlanmanın sona ermesinden söz edilemez. Dolayısıyla sona ermeden sözedebilmek için, imkansızlığın sonradan ortaya çıkmış olması gerekir⁸¹.

Nişanlanma esnasında nişanlılar ayrı cinsiyetlerden olsalar dahi nişanlılardan birinin daha sonra cinsiyet değiştirmesi halinde, artık evlenme imkansız olacağı için nişanlanma da imkansızlık sebebiyle kendiliğinden sona erer. Bunun gibi, kesin evlenme engellerinden birinin sonradan ortaya çıkması halinde de nişanlanma sona erer⁸². Nişanlıların yasak derecede hısımlar olduklarını sonradan öğrenmeleri veya nişanlılardan birinin akıl hastalığına yakalanarak temyiz kudretini sürekli olarak kaybetmesi hallerinde de imkansızlık sebebiyle nişanlanma sona erer. Nişanlılardan birinin başkasıyla evlenmesi halinde de, artık ikinci bir evlilik mümkün olmadığı için nişanlanma imkansızlık sebebiyle sona erer.

İmkansızlık sebebiyle geçersizlik, hediyelerin iadesini her zaman için sağlayamayacağı halde, sonradan ortaya çıkan imkansızlık nişanın sona ermesi kapsamında yer aldığı için hediyelerin iadesi her halukarda mümkün olur. Örneğin, evli bir kimse ve onunla bu durumu bilerek nişanlanan kimse, bu nişanlılık esnasında verdikleri hediyeleri geri isteyemezler. Çünkü taraflar nişanlanmanın geçersizliğini bildikleri için verdikleri şeyler, nişan hediyesi değil genel anlamda bir bağış niteliği taşımaktadır. Sonradan imkansızlık halinde ise, örneğin nişanlılardan birinin bir başkasıyla evlenmesinde nişanlanma sona ermiş olduğundan her iki tarafta hediyelerin iadesini isteyebilir. Çünkü sona ermeye kadar geçerli bir nişanlanma vardır ve verilen şeyler nişan hediyesi taşımaktadır.

d) Bozucu Şartın Gerçekleşmesi

Nişanlanma bir sözleşme olması itibarıyla şarta bağlı olarak yapılabilir. Ancak, bir aile hukuku sözleşmesi olduğundan

⁷⁹ Tekinay, 18; Oğuzman/Dural, 33.

⁸⁰ Hatemi/Serozan, 39; Aynı cinsten kimselerin nişanlanması, nişanlanmanın kurucu unsurlarından ayrı cinsten iki kimsenin olması gerekliliğine aykırılık sebebiyle esas olarak yokluk müeyyidesine tabidir, bkz., Oğuzman, 33; Köprülü, 477.

⁸¹ Oğuzman, 46; Tekinay, 24; Hatemi/Serozan, 50; Zevkliler, 670.

⁸² Köprülü/Kaneti, 54; Zevkliler, 670; Akıntürk, 38; Feyzioğlu, 47.

kararlaştırılan şartın işin mahiyetine uygun olması gerekir. Nişanlanma gerek taliki, gerekse bozucu şarta bağlı olarak yapılabilir⁸³. Her iki halde de Borçlar Kanununun şarta bağlı sözleşmelere ilişkin hükümleri (BK.m.149-155) nişanlanmanın mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Nişanlanma taliki şarta bağlı olarak yapılmışsa, örneğin erkek nişanlının fakülteyi bitirip bir işe girme şartına bağlı olarak yapılan bir nişanlanma bu şartın gerçekleşmesi anından itibaren hüküm ifade eder. Şart gerçekleşmezse nişanlanma da hüküm ve sonuç doğurmaz⁸⁴.

Nişanlanmanın bozucu şarta bağlı olarak kurulması halinde ise şartın gerçekleşmesiyle birlikte nişanlılık sona erer⁸⁵. Örneğin nişanlılardan birinin olacağı ameliyatın başarılı olmaması halinde nişanlanmanın sona ereceğine ilişkin şart bozucu şart niteliğindedir ve gerçekleşmesi halinde nişanlanma kendiliğinden sona erer.

Şart, ister taliki ister bozucu olsun, kanuna, ahlaka ve adaba şahsiyet haklarına aykırı olmaması gerekir. Bu sebeple mevcut bir evlenmenin ölüm veya boşanma ile sona ermesi şartına bağlı olarak yapılan nişanlanma, şartın ahlak ve adaba aykırılığı sebebiyle geçersizdir⁸⁶. Belli bir süreyle sınırlı olmak şartıyla yapılan nişanlanma da aynı sebeple geçersiz olur⁸⁷. Süreyle kayıtlı olarak nişanlanmak işin mahiyetinde uygun düşmeyeceğinden ciddi bir nişanlanmanın varlığından söz edilemez.

Bozucu şartın gerçekleşmesi halinde hediyelerin geri verilmesi istenebileceği gibi, bozucu şarta bağlanmış bir nişanlanmanın henüz şart gerçekleşmeden bozulması halinde de mevcut ve geçerli bir nişanlanma söz konusu olduğu için hediyelerin geri verilmesi istenebilir⁸⁸. Taliki şartın gerçekleşmemesi halinde nişanlanma doğmamış olacağından, hediyelerin iadesi de sözkonusu olmaz. Şartın gerçekleşmesine kadar olan safhada hediye verilmişse, henüz

83 Tekinay, 11; Feyzioğlu, 38; Köprülü/Kaneti,50; Velidedeoğlu, 327; Öztan, 29; Gmür/Çernis,725.

84 Taliki şartın gerçekleşmesi halinde nişanlılığın sona ermesi değil, kurulmaması söz konusu olur, bkz. Zevkliler, 670. Bu sebeple bazı yazarların taliki şart gerçekleşmezse nişanlanmanın son bulacağına ilişkin düşünceleri (bkz.Schwarz/Davran, 43; Birsen,24), nişanlanmanın mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.

85 Tekinay, 24; Oğuzman,39.

86 Tekinay, 12; Egger/Çağa,35; Gmür/Çernis, 725.

87 Köprülü/Kaneti, 50; Belgesay, 14.

88 Oğuzman,46.

ortada hüküm ve sonuçlarını doğuran bir nişanlanma olmadığından verilenler nişan hediyesi değildir. Dolayısıyla iadeleri Medeni Kanununun 86. maddesine göre değil, genel hükümlere (BK.m.61-66, 244-245) göre istenebilir.

3. Nişanlıların Anlaşmasıyla Nişanın Bozulması

Nişanlıların anlaşmasıyla da nişanlılık sona erdirilebilir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulacak bir anlaşmayla (ikale) nişan bozulmuş olur⁸⁹. Nişanlanma sözleşmesi şekle bağlı olmadığı gibi, bunu sona erdiren anlaşmanın da herhangi bir şekle bağlı olarak yapılması gerekmez⁹⁰. İkale anlaşmasının geçerli olması için hakim onayına da gerek yoktur. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması mahiyetinde olduğu için kanuni temsilcinin muvafakati gerekmez⁹¹.

Nişanın karşılıklı anlaşmayla sona erdirilmesi halinde, kural olarak maddi ve manevi tazminat talep edilemez. Bununla beraber hediyelerin geri verilmesi istenebilir⁹².

4. Nişanlılardan Birinin Tek Taraflı Olarak Nişanı Bozması

Nişanlanma evlenmeye zorlama için dava hakkı vermediğinden, her zaman tek taraflı olarak bozulabilir. Bozmaya ilişkin irade beyanı, bozucu yenilik doğuran bir işlemdir⁹³.

Bozma (dönme), açık veya örtülü olarak beyan edilebilir. Nişanlılardan biri açıkça nişanı bozduğunu beyan etmemiş olsa bile hal ve tavırlarından nişanı bozduğunu anlaşılabiliriyorsa, örneğin, mutad ziyaretleri kesmiş, haber ve adres bırakmaksızın başka bir şehre taşınmışsa, bu gibi hallerde de nişan bozulmuş sayılır⁹⁴. Nişanı bozmak için haklı bir sebebin bulunması gerekmez. Ancak nişanın haklı bir sebep olmaksızın bozulması halinde, karşı tarafın tazminat talep hakkı doğar. Haklı sebep, nişanlılardan birinden kaynaklanabileceği gibi onlar dışındaki birtakım sebeplere de dayanabilir. Nişanlılardan birinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanması,

⁸⁹ Oğuzman, 45; Velidedeoğlu, 327; Göktürk, 278; Köprülü/Kaneti, 57.

⁹⁰ Oğuzman, 45; Öztan, 38; Akıntürk, 38.

⁹¹ Feyzioğlu, 47; Öztan, 38; Zevkililer, 670.

⁹² Oğuzman, 45; Tekinay, 24; Schwarz/Davran, 43; Oğuzoğlu, 22; Zevkililer, 670.

⁹³ Hatemi/Serozan, 50; Oğuzman, 6; Feyzioğlu, 48.

⁹⁴ Oğuzman, 47.

sadakatsizliği, ekonomik bakımdan zor duruma düşmesi, geçmişte ahlaken düşük bir hayat sürdürdüğünün sonradan öğrenilmesi gibi haller nişanlıdan kaynaklanabilecek haklı sebeplerdir. Bunun yanı sıra nişanlılardan birinin annesinin randevu evi işletiyor veya babasının başka bir kadınla yaşıyor olması -önceden bilinmiyorsa- nişanlılar dışında doğan haklı sebepler olarak sayılabilir.

Nişanlılardan birinin diğer tarafın şahsında veya aradığı özelliklerinden birinde esaslı hataya düşmesi halinde de nişanı bozması haklı olarak kabul edilebilir⁹⁵. Yine nişanlanmanın hile veya tehdit altında gerçekleşmiş olması halinde nişan tek taraflı olarak bozulabilir. Ancak her üç halde de işin mahiyeti gereği Borçlar Kanununun 31. maddesindeki irade sakatlığına ilişkin süreler uygulanmaz⁹⁶. Hata ve hileyi öğrenen şahıs bu tarihten itibaren, tehdit altında nişanlanan şahıs ise tehditten kurtulmasından itibaren nişanı bozduğunu derhal karşı tarafa bildirmelidir⁹⁷. Hakim, bozma beyanında bulunulması gereken makul süreyi, dürüstlük kuralı (MK. m.2) çerçevesinde durumun özelliğine göre takdir eder (MK.m.4). Bu durumda derhal bildirilmemesi nişanlanmayı sürdürme niyetine delalet eder.

Nişanlılardan birinin başka biriyle evlenmesi halinde de nişanın tek taraflı olarak bozulması söz konusudur. Nişanlılardan birinin ikinci kez nişanlanması halinde ise her zaman ilk nişanlanmanın bozulduğu söylenemez. Eğer ikinci nişan birinci nişanı bozma niyetiyle yapılmışsa, ilk nişan sona erer, ikinci nişan varlığını sürdürür⁹⁸. Ancak ikinci kez nişanlananda birinci nişanlanmadan dönme niyeti yoksa, her ikisini birarada yürütmek veya ikinciyi oyalamak niyeti varsa, bu durumda ilk nişanlanma geçerliliğini sürdürür, ikinci nişanlanma ise geçersiz olur⁹⁹. Böyle bir durumda diğer nişanlı da haklı olarak nişanı bozabilir.

Nişan bozma şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, sınırlı ehliyetsiz kanuni temsilcisinin izni veya icazeti gerekmeksizin nişanı bozabilir. Eğer sınırlı ehliyetsiz kendini tam ehliyetli olarak tanıtmışsa, bu durum karşı tarafın nişanı bozması için haklı sebep teşkil eder¹⁰⁰.

⁹⁵ Oğuzman, 38; Feyzioğlu, 62; Tuor/Artus, 140; Hatemi/Serözan, 38.

⁹⁶ Yavuz,(Nişan Davaları), 48, Aksi görüşte bkz. Zevkliler, 665.

⁹⁷ Tekinay, 20; Köprülü/Kaneti, 51; Öztan, 28; Yavuz (Nişan Davaları), 48.

⁹⁸ Tekinay, 18; Feyzioğlu, 37; Öztan,30, Zevkliler, 672

⁹⁹ Oğuzman, 37; Tekinay, 19; Feyzioğlu, 37; Akıntürk, 39; Egger/Çağa, 35.

¹⁰⁰ Feyzioğlu, 33; Akıntürk, 25.

Nişanı bozma beyanı yüz yüze yapılmışsa nişan o anda sona erer. Hazır olmayanlar arası bir nişanı bozma beyanı, ancak karşı tarafa ulaşması anında hüküm doğurur¹⁰¹.

Nişanı bozma hakkından önceden feragat edilemez. Nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermeyen mahiyeti, tarafların bozma hakkını her zaman için ellerinde tutmalarını gerektirir. Önceden feragat edilebileceğinin kabulü, evlenmeye zorlanabileceğinin de kabulü anlamına gelir. Bu ise, hem işin mahiyetine hem de şahsiyet haklarına (MK.m.23) aykırıdır.

B) GERİ İSTENEN ŞEYLER HEDİYE OLARAK VERİLMİŞ OLMALIDIR

Nişanlıların birbirlerine verdikleri şeylerin nişan hediyesi olarak verilmiş olması gerekir. Nişanlılık ilişkisi içinde verilen her şey nişan hediyesi niteliği taşımadığından, ancak bu nitelikteki şeylerin Medeni Kanununun 86. maddesi kapsamında geri verilmelerinin istenebileceğini belirtmek gerekir. Nişanlılık dışındaki saiklerle yapılan bağışlar (teberrular) nişan hediyesi olarak verilmiş kabul edilemez¹⁰². Esas olarak nişanlılık ilişkisi sürerken nişanlıların birbirlerine verdikleri hediye ve yaptıkları bağışların nişan hediyesi olarak kabulü gerekirse de bunun aksi de mümkündür¹⁰³.

Nişanlıya verilen ödünç veya bir iş vesilesiyle verilen avans, nişanlılık ilişkisi içinde verilmiş de olsa, nişan hediyesi olarak kabul edilemez¹⁰⁴. Bunun gibi, ahlaki bir ödevin (borcun) ifası için verilmiş olan şeyler de nişan hediyesi sayılamaz. Örneğin, nişanlıya verilen ameliyat parası veya ailesine, ekonomik olarak güç duruma düşmeleri sebebiyle yapılan para yardımı ahlaki bir borcun ifası niteliği taşıdıkları için nişan hediyesi değildirler¹⁰⁵. Dolayısıyla bunların Medeni Kanununun 86. maddesi çerçevesinde iadeleri istenemez.

Mektup ve fotoğrafların nişan hediyesi niteliği taşımadığını yukarıda belirtmiştik¹⁰⁶. Yine kızın çeyizine harcanmak veya hediye alınmak üzere verilenler dışındaki para ödemelerini, özellikle başlık

101 Egger/Çağa, 50; Oğuzman, 47; Saymen/Elbir, 55.

102 Feyzioğlu, 56; Tekinay, 29; Öztan, 42.

103 Y.3.HD., 28.9.1981,E.3855, K.4304, (YKD. 1985, C.11.S.1.25).

104 Feyzioğlu, 56.

105 Egger/Çağa, 49; Feyzioğlu, 56; Öztan, 42.

106 Bkz. yukarıda II.B.3.

adı altında kızın ailesine verilenlerin nişan hediyesi sayılamayacağına da yukarıda değinmiştik¹⁰⁷.

C) HEDİYE OLARAK VERİLEN ŞEYLER MUTAD DIŞI NİTELİK TAŞIMALI

Nişanlıların birbirlerine verdikleri hediyeler her zaman ekonomik bakımdan önem taşımayabilir. Özellikle tüketilmek amacıyla verilen şekerleme, çikolata, pasta, çiçek gibi şeyler böyledir. Bu gibi şeyler, tüketilmeleri sonucu bir süre sonra miktarları da, nitelikleride unutulacağından, nişanın sona ermeside iade kapsamında yer almaları güçlük arzeder. Bu sebeple doktrinde, iadeye tabii olan hediyelerin, bunlar dışındaki ekonomik bakımdan değer taşıyan şeyler olduğu kabul edilir¹⁰⁸.

Kanun koyucu, 3678 sayılı kanunla değişiklik yaparken mutad dışı hediyelerin iadesinin istenebileceğini hükme bağlamıştır. Ekonomik değer taşımayan, ilişki içinde verilmesi tabii (sıradanlık) arzeden şeylerin geri istenemeyeceğini ifadeye yönelik bu hüküm, yanlış yorumlara açık bir mahiyet taşımaktadır. Gerekçede, " Mutad hediyeler nişanlıya, örf ve adete göre veya kendiliğinden verilen ve maddi değeride günün koşullarına göre fahiş olmayan hediyelerdir. Değeri mutada aşan hediyelerin iadesi söz konusu olacağı gibi, nişanlıya verilen ve onun yönünden haksız kazandırmaya sebebiyet verebilecek mücevherat, bono, çek gibi kıymetli evrak ve senedatın da iadesi söz konusu olacaktır " denmektedir¹⁰⁹. Böylelikle önce, mutad hediye ne anlaşılması gerektiği ifade edilerek, mutad dışı hediyelerin ve bunun yanı sıra mücevharat ve kıymetli evrak cinsinden şeylerin iadesinin gerekeceği belirtilmektedir.

Gerekçeden anlaşıldığı kadarıyla, yukarıda ifade ettiğimiz daha çok tüketilmek amacıyla verilen ve verilmeleri örf ve adet gereği olarak kabul edilen çikolata, şekerleme, çiçek gibi şeyler yanı sıra nişanlıların birbirlerine verdikleri otobüs bileti, sinema bileti gibi ekonomik bakımdan önemsiz şeyler ve birlikte iken ısmarlanan yemek, çay, kahve gibi şeyler mutad (olağan) nitelikleri gereği iadeye tabi olmayacaklardır¹¹⁰. Hatta gerek madde metnindeki, gerekse

107 Bkz. yukarıda II, B,2.

108 Zevkliler, 674; Akıntürk, 41; Köprülü/Kaneti, 63; Öztan, 42; Yavuz 265, Yavuz (Nişan davaları), 65-66.

109 Bkz. Zevkliler, 674

110 Hatemi/Serozan, 65-66.

gerekçedeki ifadeden manevi değer taşıyan mektup ve fotoğraflarında iade dışında tutulmak istendiğinin anlaşıldığını söyleyebiliriz¹¹¹.

Ekonomik değer taşıyan giyim eşyası, takı, kristal süs eşyası, otomobil, yemek takımı gibi nişan hediyesi olarak verilen şeylerin iadesi istenebilir. Çünkü mutad dışı ile ifade edilmek istenen, ekonomik değer taşıyan şeylerdir¹¹².

Diğer taraftan Yargıtay'ın kanun değişikliğinden sonraki kararlarında, maddedeki "mutad dışı" ifadesini adeta nişan hediyesi niteliğindeki şeylerin iade kapsamı dışında kalıp, nişan hediyesi niteliğini aşacak derecede ekonomik değere sahip şeylerin iadeye tabii olacağı, şeklinde yorumladığı görülmektedir. Bu kararlarda gerekçede yer alan mutad hediyelerin günün şartlarına göre, fahiş olmayan hediyeler olduğuna ilişkin ifadeden hareketle, "...hediyeyi veren nişanlının mali gücünü aşarak (Örneğin, büyük borç yükü altına girerek, ya da mal varlığını elden çıkarmak suretiyle temin edip) verdiği hediyein onun yönünden mutad sayılması ve fahiş olmayacağına kabulü düşünülemez." denmektedir¹¹³. Yargıtay'ın bu yorum tarzı, maddenin amacını aşan bir mahiyet taşımaktadır. Maddede iadesi ön görülen şeyler nişan hediyeleridir. Yargıtay'ın iadesi talep edilebilecek nişan hediyeleri için öngördüğü mali gücünü aşan bir harcamanın yapılmış olması, hediye verebilmek için borç yükü altına girilmiş olması, mal varlığını elinden çıkarmak suretiyle alınmış olması gibi ölçüler gerçekte nişan hediyesi olan ve nişanın sona ermesi halinde kanundaki mevcut düzenleme çerçevesinde istenebilmesi gereken bir çok şeyin istenebilmesini ve iadesini engelleyecektir. Bu sebeple Yargıtay'ın bu kararları, isabetli görülmemektedir. Bu durumda hediyein mutad dışı niteliği nasıl belirlenecektir? Hakim öncelikle verilen şeylerin piyasanın ve günün şartlarına göre ekonomik bir değere sahip olup olmadıklarını belirlemelidir¹¹⁴. Bundan sonra hediyein o yöredeki örf ve adete, tarafların dahil oldukları çevreye, meslek ve mevkilerine mal varlıkları ve kazançlarına, kısaca sosyal ve ekonomik durumlarına göre, yüksek bir değer taşıyıp taşımadıklarını nazara alarak

111 Zevkliler, 674.

112 Hatemi/Serozan, 66.

113 Y.3.HD. 14.12.1992, E.2583, K.20629,(YKD.1993;C.19, S.5, 694.); Y.3.HD., 15.2.993, E.1992/10475, K.1993/2105, (YKD. 1993, C.19- S.12, 1801).

114 Hatemi/Serozan. 66.

hediyeenin mutad dışı değerini belirlemelidir¹¹⁵. Bu çerçevede giyim eşyası, takı (mücevharat) kristal süs eşyası, yemek takımı, otomobil, hisse senedi veya bono gibi sair kıymetli evrak, deniz motoru, deniz kıyısında onbeş günlük bir tatil, televizyon, video, müzik seti ve hatta apartman dairesi, villa, dükkan gibi gayrimenkuller iadeye tabi tutulabilir. Bunun yanı sıra sıradan bir çikolata paketi, iadeye tabi olmazken kristal bir tabak içinde getirilen çikolatanın bedel olarak iadesi istenebilir. Yine tarafların ekonomik durumlarına göre, ipek bir eşarp veya kravatın altın kaplama bir kravat iğnesinin iadesi gerekebilir.

D) HEDİYE NİŞANLILARA VERİLMİŞ OLMALIDIR

1. Nişanlıların Birbirlerine Vermiş Oldukları Hediyeler

Geri verilmesi istenebilecek hediyelerin başında nişanlıların birbirlerine verdikleri hediyeler gelir. Bu hediyelerin iadesini, ancak nişanlılar birbirlerinden isteyebilirler¹¹⁶. Nişanlıların ana ve babalarının veya üçüncü şahısların diğer nişanlıya vermiş oldukları hediyeyi nişanlı vermiş kabul edilemez¹¹⁷. Bununla beraber 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce ana ve baba ve onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya verdikleri hediyeleri Medeni Kanunun 86. maddesi çerçevesinde geri isteme hakları bulunmamaktaydı. Bu sebeple doktrin ve Yargıtay, bunların iadesini de Medeni Kanunun 86. maddesi çerçevesinde sağlayabilmek düşüncesiyle nişanlılardan birinin ana ve babası veya yakınları tarafından diğer nişanlıya verilen hediyelerin de nişanlı tarafından verilmiş sayılacağını, dolayısıyla iadenin de onun tarafından istenebileceğini kabul etmekteydiler¹¹⁸.

115 Oğuzman/Dural, 56.

116 Y.6.HD.1.4.1980,E.1979/11014,K.1980/3155,(YKD.1981,C.7.S.6.695);Y.6.HD., 26.3.1966,E.5698,K.1172,"...Davayı nişanlı Mehmet'in babası Haşim doğrudan doğruya nişanlı Havva'nın babası Latif aleyhine açmıştır. Nişanlı hediyelerinin iadesi hakkındaki bu gibi davaları MK. m.86 hükmüne göre ancak nişanlılar birbirleri aleyhine açabilirler." (ABD.1966, S.4.758).

117 Akyol, 239.

118 Öztan,46;Gürsel,25;Y.6.HD.9.7.1974,E.3194,K.3424,(İKİD.1974,3137);Y.3.HD., 28.12.1987.E.6171,K.12796,"...ancak, nişanlı hediyelerini bizzat nişanlılar birbirine verebileceği gibi; ana, baba, babaanne, dede, abla, kardeş gibi nişanlının çok yakınları da nişanlı olan çocukları için,onun adına, diğer nişanlıya hediye verebilirler. Bunların verdikleri hediye de nişanlının verdiği hediye olarak kabul edilmektedir." (YKD. 1988,C.14,S.3.335).

Nişanlılardan birinin diğer nişanlının babasına verdiği hediye de, babası tarafından nişanlı adına alınmış olmadıkça, nişanlıdan istenemez¹¹⁹. Yargıtay, özellikle başlık ve benzeri adlar altında yapılan ödemelerde, baba tarafından kız adına alınıp alınmadığını incelemeksizin, verilenlerin iadesini sağlamak amacıyla, bunların baba tarafından kız adına alındığını varsayarak, nişanlı kızdaki istenebileceğini kabul etmektedir¹²⁰. Çoğu zaman, babanın şahsına verilen bu tür para ve eşyanın kızdaki istenebileceğinin kabulü, onu almadığı bir şeyden sorumlu tutmak olacaktır¹²¹. Dolayısıyla, Yargıtay'ın bu hususla ilgili uygulamasının isabetli olmadığını belirtmek gerekir.

2 Nişanlılardan Birinin Ana ve Babasının veya Onlar Gibi Hareket Edenlerin Diğer Nişanlıya Verdikleri Hediyeler

Nişanlıların yanı sıra, onların ana ve babaları da nişanlılık dolayısıyla hediyeler verirler. Nişanın sona ermesi halinde, tıpkı nişanlıların birbirine verdiği hediyeler gibi bunlar da geri istenebilmelidir. Oysa, 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, nişanlıların birbirine verdiği hediyeleri geri isteyebilecekleri hükme bağlanmıştı. Dolayısıyla, Medeni Kanununun 84. maddesinde, maddi tazminat talebi bakımından ana ve baba veya onlar gibi hareket edenlere tanınan hak, hediyelerin iadesinde tanınmamıştı. Bu durumda, ana-baba veya onlar gibi hareket edenler, ancak genel hükümler (BK.m.61-66, 244-245) çerçevesinde verdiklerini geri isteyebilmekteydi¹²². Bunun sonucu olarak Yargıtay, Medeni Kanununun 86. maddesi çerçevesinde iadeyi sağlayabilmek için, ana ve baba ve diğer yakınlar tarafından verilen hediyelerin nişanlı adına verilmiş olduğunu ve onun tarafından iadesinin istenebileceğini kabul etmekteydi¹²³. Doktrinde de Medeni Kanununun 84. maddesi kıyasen uygulanarak ana-baba ve onlar gibi hareket edenlerin de iade talebinde bulunabilmeleri gerektiği ileri sürülmekteydi¹²⁴.

3678 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kanun koyucu, nişanlılardan birinin ana-babası veya onlar gibi hareket edenlerin de

119 Akyol, 239.

120 Y.6.HD., 1.4.1980,E.1979/11014, K.1980/3155,(YKD. 1981,C.7, S.6., 695).

121 Akyol, 239.

122 Tekinay, 31; Feyzioğlu, 57.

123 Bkz. dn. 118

124 Öztan, 46; Köprülü, 488; Akyol, 239; Gmür/Çernis, 741.

diğer nişanlıya vermiş oldukları hediyeleri, geri isteyebileceklerini hükme bağlamıştır (MK. m.86). Artık ana ve babalar veya onlar gibi hareket edenler de nişanlıya verdikleri mutad dışı hediyeleri geri isteyebileceklerdir.

Ana-baba gibi hareket edenlerden, nişanlıların evlenmelerini sağlamaya, en azından kolaylaştırmaya çalışan ve bu amaçla masraf yapan kimseleri anlamak gerekir¹²⁵. Bunlar, ana ve baba hayatta olmadığı veya mali durumları iyi olmadığı için böyle hareket etmiş olabilirler. Medeni Kanununun 84. maddesi bunların iyi niyetle yaptıkları masrafları, nişanın bozulması halinde isteyebileceklerini hükme bağlamıştı. 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gereği artık verdikleri heriyeleri de geri isteyebilmeleri mümkün hale gelmiştir.

Ana-baba gibi hareket edenler, nişanlının büyükbaba, babaanne, anneanne, hala, dayı, teyze, amca gibi yakınları olabileceği gibi, evlat edinen, yanında bulunduğu koruyucu aile veya yıllardır yanlarında çalıştığı kimseler de olabilir¹²⁶. Hatta nişanlıya bakmakta olan bir müessese, örneğin, Darülaceze, kimsesizler yurdu veya fakir ve kimsesiz çocukları evlendirmek amacıyla kurulmuş bir vakıf veya dernek de ana-baba gibi hareket edenler olarak kabul edilebilir ve verdiklerini geri isteyebilirler¹²⁷.

3. Üçüncü Şahısların Verdikleri Hediyeler

Nişanlılık dolayısıyla üçüncü şahıslar da nişanlılara hediyeler vermiş olabilirler. Ancak, nişanın sona ermesi halinde bunların verdikleri hediyeler Medeni Kanununun 86. maddesine göre geri istenemez. Tabii bunun için, hediye veren üçüncü şahısların ana-baba gibi hareket edenlerden olmamaları gerekir.

Yalnız üçüncü şahısların nişanlılara verdikleri hediyeler değil, nişanlıların üçüncü şahıslara veya nişanlılardan birinin akrabalarının, kendi akrabaları olan nişanlıya veya nişanlıların ana ve babalarının ve diğer yakınlarının nişanlanma dolayısıyla birbirlerine verdikleri hediyeler de Medeni Kanununun 86. maddesi kapsamı dışında kalır¹²⁸.

Bu hediyelerin geri verilmesi genel hükümler çerçevesinde istenebilir. Buna göre, sebepsiz zenginleşme veya bağışlamadan rücu

125 Oğuzman,56; Köprülü/Kaneti, 59; Belgesay, 18; Arsebük, 533 dn. 95.

126 Oğuzman, 56; Tekinay, 46; Hatemi/Serozan, 66.

127 Feyzioğlu, 67;Belgesay, 18;Tekinay,46;Akıntürk,46;Yavuz, 268.

128 Oğuzman, 64; Tekinay, 32;Hatemi/Serozan,66.

şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir¹²⁹. Eğer taraflar evlenmenin gerçekleşmesi veya evlenmeyi kolaylaştırmak amacıyla verdiklerini ispatlayabiliyorlarsa, evlenmenin gerçekleşmemesi halinde sona eren sebep dolayısıyla verdikleri hediyelerin geri verilmesini isteyebilirler¹³⁰.

E) HEDİYELER NİŞANLILIK İLİŞKİSİ İÇİNDE VERİLMİŞ OLMALIDIR

Geri verilmesi istenen hediyelerin, nişanlanma yapılırken veya nişanlılık ilişkisi devam ederken verilmiş olması gerekir¹³¹. Nişanlanma öncesi verilen hediyeler, her ne amaçla verilmiş olurlarsa olsunlar, nişan hediyesi kabul edilerek Medeni Kanunun 86. maddesi çerçevesinde iadeleri istenemez¹³². Bununla beraber, nişanlanma yapılacağı inancıyla verilen hediyelerin de nişanlılık ilişkisi içinde verilmiş gibi Medeni Kanunun 86. maddesine göre iadesinin istenebileceği savunulmaktadır¹³³. Nişan hediyesi niteliği taşımayıp, bir beklentiye binaen verilen bu gibi şeylerin, eğer şartları varsa sebepsiz zenginleşme veya bağışlamadan rücu hükümlerine göre istenebileceğini kabul etmek daha isabetli görünmektedir¹³⁴.

Evlenme niyeti olmaksızın, birlikte yaşamayı sağlamak üzere verilenler, tarafların aralarında nişanlılık ilişkisi bulunmadığı için Medeni Kanunun 86. maddesi kapsamına girmezler¹³⁵. Bu tür birleşmelerde verilenler ahlaka aykırı bir amacın elde edilmesine yönelik olduğu için Borçlar Kanununun 65. maddesi gereği iadeleri istenemeyecektir. Diğer taraftan, tarafların evlenme niyeti varsa,

129 Oğuzman, 64; Tekinay, 32; Öztan,46; Göktürk,282; Belgesay.,22.

130 Tekinay, 31; Feyzioğlu, 57; Saymen/Elbir,58;Oğuzoğlu,30.

131 Oğuzman, 63; Tekinay, 25; Yavuz,264.

132 Oğuzman, 63 dn.37; Akyol, 238. Aksi görüş için bkz. Gmür/Çernis,741-742.

133 Öztan, 42; Egger/Çağa,49; Feyzioğlu, 58; Zevkililer,673.

134 Akyol, 238 dn.14; Oğuzman, 63 dn. 37.

135 Hatemi/Serozan, 51; Oğuzman, 63; Gürsel,31; Y.3.HD., 31.5.1988,E.3828,K. 3973,"...Davacı vekilinin ilk celsedeki beyanlarından davacının dahi taraflar arasında bir nişanlılık ilişkisi bulunmadığını kabul ettiği ve dinlenen tanık sözlerine ve toplanan diğer delillere göre karı-koca gibi uzun süre bu ilişkilerini sürdürdükleri ve bu süre içerisinde evlenmenin icrası için hiç bir girişimde bulunulmadığı ve bu ilişkinin devamını sağlamak için davacının zaman zaman davalıya hediyeler verdiği ve davalının da bu süre içinde nikahın yapılması için bir istekte bulunmadığı kesinlikle anlaşılmaktadır. Bu durumda, Borçlar Kanununun 65. maddesi hükmüne göre davacı verdiği hediyeleri geri istemeyecektir." (YKD.1988,C.14,C.9.1212).

nişanlılık ilişkisi sırasında cinsel ilişkiye girmeleri bu ilişkiyi sona erdirmeyeceği için, daha sonra nişanın evlilik dışında bir sebeple sona ermesi halinde, verilenlerin iadesi Medeni Kanununun 86. maddesine göre istenebilir¹³⁶. Bu sebeple, taraflar evlenme niyeti taşımakla beraber, resmi nikahtan önce dini nikah yapmışlar ve bu arada birlikte yaşamışlarsa, ilerde resmi nikah yapacakları anlaşılıyorsa, bu durumda nişanlılık ilişkisinin devam ettiğinin ve nişanlılığın sona ermesi halinde hediyelerin geri istenebileceğinin kabulü gerekir¹³⁷. Ancak, evlenme niyetleri olmaksızın, dini nikah yaparak birlikte yaşamaya başlayanların aralarındaki ilişki nişanlılık olmadığı için verilen hediyelerin iadesi de Borçlar Kanununun 65. maddesi gereği talep edilemez¹³⁸.

Nişanlılık içinde verilen hediyeler, tarafların evlenmelerinden sonra meydana gelecek, ölüm, boşanma gibi hallerde Medeni Kanununun 86. maddesine göre geri istenemez¹³⁹.

Düğün hediyesi olarak verilen şeyler de nişan hediyesi sayılamaz. İlerde tarafların boşanmaları veya evliliğin ölümle sona ermesi halinde bu tür hediyelerin iadesi Medeni Kanununun 86. maddesine göre istenemez¹⁴⁰.

IV. HEDİYELERİN GERİ VERİLMESİNİN TALEP EDİLMESİ

Nişan hediyesi, çoğu zaman nişanlılar arasındaki sevgi, saygı ve yakınlaşmanın sağlanması ve artarak devamı için verilir. Nişanın sona ermesi ile bu sebeplerden yoksun hale gelen hediyelerin geri verilmesi istenebilecektir. Medeni Kanununun 86. maddesi olmasaydı, bu geri verme talebi sebepsiz zenginleşme (BK.m.61 vd) ve

¹³⁶ Hatemi/Serozan,51; Akyol,242;Y.HGK., 21.2.1951, E.2-45-11,K.28,(Olgaç, 146).

¹³⁷ Hatemi/Serozan, 51.

¹³⁸ Gürsel, 31, Hatemi/Serozan,51, Oğuzman, 63 dn.37.

¹³⁹ Feyzioğlu, 58; Y.4.HD.26.10.1989. E.3902, K.8195."...Alan tarafın mal varlığına dahil olan hediye ancak bağışlamadan rücu şartları varsa geri istenebilir. Her ne kadar davaya konu edilen gerdanlık davalıya nişanlısı tarafından verilmiş ve MK.86. maddesi hükmünce nişanın bozulması halinde nişanlılardan herbiri diğerine verdiği hediyeği geri isteme hakkına sahip ise de; nişandan sonra gerçekleştiğinden gerdanlık artık davalının malvarlığına girmiştir. Ortada bağışlamadan dönülmesini gerektirecek bir sebebin varlığı da ileri sürülmemiştir." (Yasa Hukuk Dergisi, 1989,C.12,S.12.1660).

¹⁴⁰ Göktürk, 282;; Gürsel, 27; Tuor/Artus, 143;Y.HGK., 21.1.1953,E.2-138-16, K.8, (Olgaç,149).

bağışlamadan rücu (BK.m.244-245) hükümlerine göre ileri sürülebilirdi¹⁴¹. Ancak, nişanlanmanın hediye vermenin hukuki sebebi sayılması mümkün olmadığı, daha çok saiki olduğu gözönünde tutulursa, sebepsiz zenginleşme hükümlerine her zaman başvurulamayacaktır¹⁴². Bağışlamadan dönme şartlarının gerçekleşmesi ise daha zordur¹⁴³. Bu sebeple kanun koyucu, nişanın sona ermesi halinde hediyelerin geri verilmesini hiç bir şarta bağlamaksızın özel bir hükümle düzenlemiştir. Öyleki, nişanın sona ermesi halinde, kusuru olsun veya olmasın, nişanlılardan her biri verdiği hediyeği geri isteyebilir (MK.m.86).

Hediyelerin geri verilmesi talebi, tazminat taleplerinden farklı olarak, karşılıklı olarak ileri sürülebilir. Medeni Kanunun 86. maddesi, nişanlılardan her birinin verdiği hediyeleri geri isteyebileceğini öngörmüştür. Bunun yanı sıra, 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle nişanlılardan birinin ana ve babasının veya onlar gibi hareket edenlerin de diğer nişanlıya vermiş oldukları hediyeleri geri isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Ancak, nişanlılardan birinin diğer nişanlının ana ve babasına veya onlar gibi hareket eden yakınlarına verdikleri hediyeleri, Medeni Kanunun 86. maddesi çerçevesinde isteyebilmeleri öngörülmediğinden, bunların iadesi genel hükümlere göre istenebilir.

Hediyelerin geri verilmesi için karşı tarafça talep edilmiş olması gerekir. Bu bakımdan, nişanın sona ermesi kendiliğinden iadeyi zorunlu kılmaz¹⁴⁴. Hediyelerin geri verilmesine ilişkin talep şahsi (nisbi) bir taleptir¹⁴⁵. Hediyeler, verilen nişanlının malvarlığında aynen mevcut olsa bile, onun mülkiyetine geçmiş olduğu için talep aynı nitelik taşımaz¹⁴⁶. Bunun sonucu olarak hediye, üçüncü bir şahsa temlik edilmişse, üçüncü şahıs kötüniyetli dahi olsa, ona karşı iadeye ilişkin bir talepte bulunulamaz¹⁴⁷.

Hediyelerin geri verilmesinin dava yoluyla talep edilmesi gerekmez. Ancak, iadeye ilişkin talepler cevapsız kalırsa dava yoluna başvurmak gerekecektir. Hediyelerin iadesine ilişkin talebin nisbi bir talep olması sebebiyle açılacak dava istihkak davası değil olacak

141 Schwarz/Davran, 51; Egger/Çağa, 48; Oğuzman, 61, Öztan, 44.

142 Schwarz/Davran, 51; Egger/Çağa, 48; Tekinay, 25; Feyzioğlu, 49; Öztan, 45.

143 Schwarz/Davran, 51; Öztan, 44; Feyzioğlu, 49; Oğuzman, 61.

144 Tekinay, 26; Oğuzman, 64; Feyzioğlu, 57; Öztan, 44; Birsen, 249.

145 Öztan, 43; Feyzioğlu, 48; Hatemi/Serozan, 67.

146 Oğuzman, 65; tekınay, 30; Hatemi/Serozan, 67; Gmür/Çernis, 742.

147 Oğuzman, 66; Tekinay, 30; Öztan, 43.

davasıdır¹⁴⁸. Davanın hediye alan nişanlıya yöneltilmesi gerekir. Bununla beraber, kendisine karşı dava açılacak nişanlının henüz reşit olmaması halinde, dava kanuni temsilcisine karşı açılacağı gibi, onun tarafından açılacak davalar da, onun adına kanuni temsilcisi tarafından açılabilir¹⁴⁹.

Hediyelerin geri verilmesini talep hakkından karşılıklı veya tek taraflı olarak vazgeçilmesi mümkündür¹⁵⁰. Hediyelerin iadesine ilişkin talep hakkı şahsi (nisbi) bir nitelik taşıdığı için bu haktan nişanlanma yapıldığında vazgeçebileceği gibi nişanlanma sona erdikten sonra da vazgeçilebilir. Doğmuş olan iadeyi talep hakkı, başkasına devredilebileceği gibi miras yoluyla da intikal eder¹⁵¹. Nişanın ölümle sona ermesi halinde mirasçılarının hediyelerin iadesini isteyebilme haklarının 3678 sayılı Kanunla tanınmış olduğunu belirtmiştik. Ancak, burada intikal edeceği ifade edilen talep hakkı, nişanın ölüm dışındaki sebeplerle sona ermesi halinde doğmuş bulunan talep hakkıdır. Eğer, nişanın sona ermesinden sonra nişanlılardan biri ölmüşse, onun mirasçıları hediyelerin iadesini isteyebileceklerdir.

V. GERİ VERMENİN KAPSAMI

Medeni Kanununun 86. maddesi verilen hediyelerin aynen iadesini öngörmüştür. Nişanın sona ermesi halinde, nişanlılar, aldıkları hediyeler ellerinde mevcutsa aynen vermekle yükümlüdürler¹⁵². Talep edilmesine rağmen iadeden kaçınan tarafa karşı dava açılabilir. Açılan aynen iade davasında alınan ilam icraya konularak hediye davalıdan aynen alınabilir¹⁵³.

Hediye alan, verilenlerden elinde kalanla sorumludur. Elinde aynen mevcut olmasına rağmen, bunların bedelini ödemeyi teklif etmesi halinde karşı tarafın bu teklifi kabul zorunluluğu yoktur.

148 Tekinay, 30; Öztan, 43.

149 Feyzioglu, 57; Öztan, 44; Gürsel, 25; Y.HGK., 6.2.1976, E.6-11, K.207, (İKİD. 1976, 4804); Y.HGK., 8.3.1972, E.1968/6-229, K.1972/146, (ABD.1972, S.4, 651).

150 Egger/Çağa, 49; Oğuzman, 66; Öztan, 43; Gmür/Çernis, 742; Y.HGK., 30.1.1963, E.6-1, K.2, (İKİD.1963, 2130).

151 Tekinay, 30; Oğuzman, 66; Öztan, 43.

152 Y.3.HD., 30.3.1982, E.1981/5338, K.1982/1355, (YKD.1982, C.8, S.7, 933); Y.3.HD., 6.5.1996, E.4389, K.5280, "... kural olarak; giyinilmekle, kullanılmakla eskiyen ve tüketilen eşyaların iadesine karar verilemez." YKD.996, C.22, S.7, S.1054.

153 Oğuzman/Dural, 58.

Hediyelerin takasına veya mahsubuna ilişkin teklifler açısından da kabul zorunluluğu yoktur. Eğer dava açılmışsa, hakimin, aynı nitelikteki eşyanın takasına ilişkin talepleri reddetmesi gerekir (BK.m.118). Ancak, iade edilecek olan para ise, takas veya mahsubu mümkündür¹⁵⁴. Hatta nişanın bozulmasından dolayı lehine tazminat hükmedilen, bu alacağıyla hediye olarak verilmiş olan ve karşı tarafa geri verilmesi gereken paranın takasını talep edebilir¹⁵⁵.

Hediyeler, aynen mevcut değilse, karşılığının sebepsiz zenginleşme hükümlerine (BK.m.61-66) göre iadesi gerekir (MK.m.86). Kanun koyucu, bu hükümle Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerine açık bir yollama yapmıştır¹⁵⁶. Buna göre, nişan hediyelerinden bir kısmı veya tamamı iyiniyetle karşılıksız olarak elden çıkarılmışsa, bu durumda geriye ne kalmışsa iade sorumluluğu onunla sınırlıdır (BK.m.63)¹⁵⁷. Yargıtay, bir kararında hediyeler aynen mevcut değilse, bununla beraber benzerinin temini mümkünse benzerinin verilmesi gerektiğini, o da mümkün değilse bedelinin ödenmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁵⁸. Bu kararın, maddenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine yaptığı yollama ile telifi zor görünmektedir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, hediye elden iyiniyetli olarak çıkarılmışsa iade borcu ortadan kalkar. Eğer kötüniyetli olarak elden çıkarılmışsa, misli mal niteliği taşıyan hediyelerin benzerinin temini yerine bedelinin para olarak ödenmesi gerekir.

Hediyeler elden iyiniyetli olarak çıkarılmış da olsa, elden çıkarılanların yerine malvarlığına giren şeyler varsa, bunların iadesi gerekir¹⁵⁹. Örneğin, hediye olan bilezik verilerek yerine gerdanlık alınmışsa, bu durumda ikame değer niteliği taşıyan gerdanlığın iadesi istenir. Hediyeler elden kötüniyetli olarak çıkarılmışsa ve bunun yerine giren ikame bir değer söz konusu değilse bedelinin tamamı ödenir (BK. m.63/2). Hediyelerden elde edilmiş tabii veya

154 Gürsel, 27.

155 Arsebük, 542; Gönensay, 15.

156 3678 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce 86. maddede, " Hediyeler, aynen mevcut değilse, bigayrihakkın mal edinmeye dair olan hükümlere tevkifan tazmin olunur" ifadesi yer almaktaydı. Bununla sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kastedildiği değişiklikten öncede kabul edilmekteydi,(bkz.Oğuzman, 65; Gönensay, 15;Gürsel,24).

157 Y.3.HD., 16.3.1981,E.1437,K.1454,(YKD.1981,C.7,S.8,960).

158 Y.3.HD,30.3.1982,E.1981/5338,K.1982/1355,(YKD.1982,C.8.S.7,933).

159 Tekinay, 30; Oğuzman, 65; Zevkliler,674, 675.

hukuki semereler varsa, örneğin, hediye olarak verilen hisse senedinden kar elde edilmiş veya apartman dairesinin kirası alınmışsa, bunların da iadesi gerekir. Bunun gibi, hediye varlığı sebebiyle, yapılacak bir masraf yapılmamışsa, bu şekilde sağlanan kullanım yararının da iadesi gerekir. Semereler ve kullanım yararlarının iadesinde nişanlının iyi veya kötüniyetli olması durumu değiştirmez.

Tarafların iyiniyetli olup olmadıklarını belirlerken aralarındaki nişanlılık ilişkisinin mahiyetini gözönünde tutmak gerekir¹⁶⁰. Nişanlılık uzun sürmüştü¹⁶¹, nişanlı kızın nişanlı olan erkekten bir çocuğu olmuşsa¹⁶² veya hediyeler çalınmışsa¹⁶³, bu gibi durumlarda elden çıkarmanın iyiniyetli olduğunun kabulü gerekir.

Geri verilmesi gereken hediyelerin bedelinin tesbitinde taraflar anlaşamamışlarsa bilirkişiye başvurulmalıdır¹⁶⁴.

VI. İSPAT KÜLFETİ, YETKİLİ MAHKEME VE ZAMAN-AŞIMI

A) İSPAT KÜLFETİ

Nişanın sona ermesi halinde, hediyelerin geri verilmesine ilişkin talebe rağmen karşı taraf iadede kaçınırsa dava yoluna başvurulur. Dava yoluyla hediyelerin geri verilmesini isteyen tarafın ispat etmesi gereken bazı hususlar vardır. Bunların başında nişanlanma sözleşmesinin varlığı gelir. Bunun yanı sıra, hediyelerin bu nişanlılık ilişkisi içinde verilmiş olduğunun; nişanın sona erdiğinin; aynen iade talep ediliyorsa, hediyelerin davanın malvarlığında aynen bulunduğu da ispat edilmesi gerekir.

Nişanlanma sözleşmesinin yapılması şekle bağlı olmadığı gibi isbatı da şekle bağlı değildir¹⁶⁵. Dolayısıyla, bir nişanlanmanın varlığını, hediyelerin bu nişanlılık içinde verildiğini ve

160 Akyol, 237.

161 Y.6.HD.,14.5.1964, E.603,K.2337,(Akyol,237 dn.11).

162 Y.6.HD., 21.1.1965, E.965, K.414,(Tekinay, 30 dn. 18 a).

163 Y.6 HD.25.6.1965,E.1046,K.3053,(Akyol, 237 dn. 13).

164 Öztan, 43; .Zevkliler,675; Y.3.HD.,9.3.1992,E.1991/6627,K.1992/4927,(YKD, 1992, C.18,S.5,691).

165 Tekinay,16; Egger/Çağa,32; Feyzioğlu, 28; Akıntürk,28.

nişanlanmanın sona erdiğini iddia eden, bu iddiasını her türlü delille ispat edebilir¹⁶⁶.

Kendisine ispat külfeti düşen davacı bir takım karinelere dayanarak yararlanabilir. Örneğin, nişan töreninin yapılmış olması, nişanlılığın geçerliliği ve isbatı için zorunlu değilse de, her iki hususun varlığına delil teşkil etmesi bakımından ispat kolaylığı sağlar.

Diğer taraftan nişanlanmanın ancak yazılı delille ispat edilebileceği de ileri sürülmüştür¹⁶⁷. Postacıoğlu ise, bir ayırım yaparak, örf ve adete uygun bir nişan töreni yapılmışsa yazılı delille isbatın gerekmeceğini; bununla beraber, manevi imkansızlık olmamak kaydıyla, törensiz yapılan nişanlanmaların ancak yazılı delille ispat edilebileceğini savunmaktadır¹⁶⁸. Medeni Kanun, nişanlanmanın gerek geçerliliği, gerekse isbatı bakımından hiçbir şekil şartı öngörmemiştir. Bunun yanı sıra, nişanlanma mahiyeti gereği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 293. maddesinin 4. bendinde hükme bağlanan, iki tarafın durumuna göre senede bağlanmaları teamülden olmayan, şahitle isbatı mümkün olan işlerdendir¹⁶⁹. Bu sebeple, yazılı delille ispat zorunluluğu, nişanlanmanın mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.

Tarafların nişanlanmaları gibi nişanlılık sırasında verdikleri hediyeleri senede bağlamaları da örf ve adetten değildir. Bu sebeple, varlığı, gerek şahitle, gerek tarafların ikrarıyla, gerekse yeminle ispat edilebilir¹⁷⁰.

Nişan hediyelerinin kötü niyetle elden çıkarıldığı iddia ediliyorsa, bunun isbatı iddia edene düşer¹⁷¹. Hediyelerin geri

166 Feyzioğlu, 28; Postacıoğlu, 97; Akıntürk, 28; Zevkliler, 662; Arsebük, 524.

167 Belgesay, 14; Y.2.HD., 4.7.1949, E.2762, K.1838, (Olgaç, 146).

168 Postacıoğlu, 99.

169 Feyzioğlu, 28; Postacıoğlu, 97, 99; Oğuzman, 32 dn. 4; Öztan, 20; Göktürk, 276; Hatemi/Serozan, 38; Akıntürk, 28.

170 Y.6.HD., 9.7.1974, E.3194, K.3424, "...Diğer nişan hediyeleri hakkında davacı şahit dinletmiştir. Mahkeme, bu şahitlerin yakın akraba olmaları nedeniyle sözlerine itibar etmemiştir. Ancak, bir kimsenin yakın akraba bulunması mutlak surette şahadetin geçersizliğini kabul için geçer bir sebep değildir. Geleneklerimize göre nişanlanmanın daha ziyade akrabalar arasında yapıldığı gözönünde tutulduğunda, bu şahitlerin beyanlarına itibar olunması zorunluluğu vardır." (İKİD. 1974, 3137).

171 Gürsel, 25.

verilmesine ilişkin talebin zamanaşımına uğradığını iddia eden de bu iddiasını isbatla yükümlüdür¹⁷².

B) YETKİLİ MAHKEME

Hediyelerin geri verilmesi için açılacak davaların, hangi mahkemede açılacağına ilişkin özel bir yetki kuralı yoktur. Bu davalar genel hükümler çerçevesinde davalının ikametgahı mahkemesinde açılır (HMUK.m.9).

Tekinay, bu davalarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 10. maddesinde öngörülen yetki kuralının da uygulanabileceğini ileri sürmektedir¹⁷³. Buna göre, sözleşmenin yerine getirileceği yani, tarafların evlenecekleri yer mahkemesi yanı sıra, davacı veya vekili, dava açıldığı tarihte orada bulunmak kaydıyla nişanlanma sözleşmesinin yapıldığı yer mahkemesi de yetkilidir. Ancak, sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için öngörülmüş bu hükmün, bir aile hukuku sözleşmesi olan nişanlanmaya uygulanması, mahiyetine uygun düşmeyeceği için sözkonusu olmasa gerektir. Her şeyden önce, aile hukuku sözleşmesi olan nişanlanmanın icrası, malvarlığı değerlerine ilişkin olmayıp şahısvarlığı değerlerine ilişkindir¹⁷⁴. Sözleşme niteliğinden hareket edilse bile, nişanlanma sözleşmesinin icrası evlenme olarak nitelenemez. Nişanlanma sözleşmesinin yapılmasıyla taraflar arasında nişanlılık ilişkisi doğar. Nişanlılık ilişkisi içinde, taraflar hak ve yükümlülükler sahibidirler. Evlenme yükümlülüğü de bunlardan biridir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, nişanlanma evlenmeye zorlama hakkı vermez (MK.m.83). Nişanlanma sözleşmesinin icrası sadece evlenmeyi değil, nişanlılık ilişkisi olarak nitelenen statü içinde tarafların yerine getirmekle yükümlü oldukları tüm hak ve yükümlülükleri kapsar.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 10. maddesinin, nişanlanma sözleşmesinin mahiyetiyle bağdaşmaması itibarıyla, nişanlanmanın sona ermesinden doğan tazminat ve hediyelerin iadesine ilişkin davaların, genel kural gereği davalının ikametgahı

172 Oğuzoğlu, 31; Arsebük, 545; Gürsel, 16.

173 Tekinay, 63.

174 Y.3.HD., 23.3.1992,E.1991/7780,K.1992/6187,"...Öte yandan tarafların arasında icra edilen nişan sözleşmesi şahıs varlığı sözleşmesi niteliğinde bulunmaktadır. Bu nedenlerle, bu tür sözleşmeye HMUK'nın 10. maddesi vede 20. maddesi hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır." (YKD.1992,C.18,S.7.1033).

mahkemesinde açılabilirliğini kabul etmek gerekir¹⁷⁵. Ana-baba veya onlar gibi hareket edenlerin açacağı davalar bakımından da aynı mahkeme yetkili olacaktır.

C) ZAMANAŞIMI

Medeni Kanununun 87. maddesi, nişanlanmadan doğan taleplerin, nişanın bozulmasından itibaren bir yıl içinde zamanaşımına uğrayacağını hükme bağlamıştır¹⁷⁶. Bu bir yıllık süre tazminat talepleri yanı sıra, hediyelerin geri verilmesine ilişkin taleplerde de geçerlidir¹⁷⁷. Yıllar sonra ileri sürülecek böyle bir talebin aile kurmuş biri için doğuracağı sıkıntılar düşünülürse, zamanaşımının bir yıl olarak belirlenmesi yerinde bir düzenlemedir¹⁷⁸.

Kanun koyucu, zamanaşımının nişan bozulmasından itibaren başlayacağını öngörmüştür. Buradaki bozulmadan kastın nişanın sona ermesi olduğunu kabul etmek gerekir. buna göre, nişanın ölümle sona ermesi halinde ölüm tarihinden; gaiplik sonucu sona ermişse gaiplik kararının verilme tarihinden; anlaşma ile sona ermişse, anlaşmanın yapıldığı tarihten; bozucu şart sözkonusu ise bunun gerçekleşme tarihinden; dönme (rücu) beyanı sözkonusu ise bunun karşı tarafa varma tarihinden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar¹⁷⁹. Ancak, her zaman sona erme tarihinden itibaren başladığını kabul etmek, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin, başkasıyla evlendiği veya ilk nişanı bozma niyetiyle ikinci kez nişanlandığı hallerde hediyelerin iadesinden kaçınmak isteyen taraf, bunu karşı taraftan gizleyerek bir yıllık sürenin dolmasını sağlayabilir¹⁸⁰. Bu gibi durumlarda zamanaşımını ileri sürmek dürüstlük kuralı (M.K. m.2) ile bağdaşmaz¹⁸¹. Bu sebeple, özellikle açık bir bozma beyanının bulunmadığı, nişanın zımni olarak bozulduğu veya karşı tarafın, nişanı bozduğu halde hileli ve oyalayıcı davranışlarda diğer nişanlıdan gizlediği hallerde, iade

¹⁷⁵ Y.6.HD.31.10.1980. E.4840, K.9264, (YKD.1981,C.7.S.4,440).

¹⁷⁶ Maddedeki "sakıt olur" ifadesi hak düşürücü süre intibamı uyandırıyor da, maddenin kenar başlığının "müruru zaman" olması ve işin mahiyeti bu sürenin zamanaşımı süresi olduğunu göstermektedir, bkz., Saymen/Elbir, 65; Tekinay,62; Oğuzman, 66; Öztan,59; Gürsel, 32.

¹⁷⁷ Feyzioğlu, 81; Tekinay, 61; Saymen/Elbir, 65; Oğuzman,66.

¹⁷⁸ Schwarz/Davran, 52; Feyzioğlu, 82; Tekinay, 61.

¹⁷⁹ Saymen/Elbir, 65.

¹⁸⁰ Tekinay, 62.

¹⁸¹ Oğuzman/Dural, 59.

talebi için zamanaşımının nişanın bozulduğunun öğrenilmesinden itibaren başlayacağını kabul etmek dürüstlük kuralına (MK.m.2) ve hakkaniyete daha uygundur¹⁸².

Talebin zamanaşımına uğradığını iddia eden bu iddiasını isbatla yükümlüdür¹⁸³. Zamanaşımının durması veya kesilmesi hakkında genel hükümler uygulanır (BK. m.127-140).

Ana-babanın veya onlar gibi hareket edenlerin iade talepleri bakımından da bir yıllık zamanaşımı geçerli olmakla beraber, bunların nişanın sona erdiğini öğrenmeleri nişanlılara göre daha geç olabileceğinden, zamanaşımı süresinin öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmek hakkaniyete daha uygun olur¹⁸⁴.

VII. SONUÇ

Nişan hediyesi, nişanlılık ilişkisinin mahiyetinden kaynaklanan ve temellerini örf ve adette bulan karşılıksız kazandırmaları ifade eder.

Hediye verilmesi, hukuki niteliği itibariyle bir bağışlamadır. Bu niteliği hediye verilmesi ve daha önemlisi bunların iadesine ilişkin hususlarda bağışlama hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesini akla getirebilir. Ancak, kanun koyucu nişanlanmayı ve nişanlılık ilişkisi içinde verilen hediyelerin nişanın sona ermesi halinde iadesini özel hükümlerle düzenlediği için, bağışlama hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz.

Nişanlanmanın sona ermesi halinde hediyelerin iadesine ilişkin düzenleme Medeni Kanununun 86. maddesinde yer almıştır. Bu hüküm, esas olarak, nişanlanmanın sona ermesi halinde tarafların nişanlılık ilişkisi içinde birbirlerine verdikleri hediyeleri karşılıklı olarak aynen iade etmelerini öngörmektedir. Hediyeler aynen mevcut değilse bu durumda iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağı da aynı maddede hükme bağlanmıştır.

Bu maddede 23.11.1990 tarihinde 3678 sayılı kanunla üç önemli değişiklik gerçekleştirilmiştir. Değişiklikten önce, nişanlanmanın nişanlılardan birinin ölümü sebebiyle sona ermesi halinde hediyelerin iadesinin istenemeyeceği hükme bağlanmış iken, değişiklikle bu halde de hediyelerin istenebilmesi öngörülmüştür.

182 Tekinay, 62; Oğuzman, 66; Öztan, 59; Sirmen, 380; Velidedeoğlu, 40; Egger/Çağa, 50; Gmür/Çernis, 743.

183 Oğuzman, 66; Oğuzoğlu, 31; Gönensay, 16; Arsebük, 545.

184 Saymen/Elbir, 65; Feyzioğlu, 82; Velidedeoğlu, 40.

Böylece, nişanlısı ölen taraf ve nişanlı olan çocukları ölen aile bakımından manevi değer taşıyan ancak, artık kendilerine yabancı olan kimselerin elinde bulunan hediyelerin iadesi sağlanmış olacaktır. Bu bakımdan değişikliğin iasebetli olduğunu belirtmek gerekir.

İkinci değişiklik, verdikleri hediyeleri geri isteyebileceklerin çevresi genişletilerek yapılmıştır. Değişiklikten önce sadece nişanlılar birbirlerine verdikleri hediyeleri geri isteyebilmekteydiler. Bunlar dışında kalanlar ise, şartları gerçekleşmiş olmak kaydıyla sebepsiz zenginleşme veya bağışlamadan rücu hükümlerine göre verdiklerini isteyebilmekteydiler. Değişiklikle nişanlılardan birinin ana-babasının veya onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya verdikleri hediyeleri Medeni Kanunun 86. maddesine göre geri istemeleri mümkün hale gelmiştir.

Üçüncü değişiklik, iadesi istenebilecek hediyelerin niteliğine ilişkin olarak yapılmıştır. Buna göre, ancak mutad dışı hediyeler geri istenebilecektir. "mutad dışı" ifadesi yeterince açık olmadığı için ihtilaflara yolaçabilir mahiyettedir. Hediyeğin mutad dışı niteliği, o yöredeki örf ve adete, hediyeğin piyasanın ve günün şartlarına göre sahip olduğu ekonomik değere ve özellikle tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre taşıdığı mali değerın yüksekliğine göre belirlenmelidir. Bu şekilde yapılacak bir tesbitte, tüketime tabi olan ve bedellerinin tesbiti güçlük arzeden ve tarafların sosyal ve ekonomik durumları bakımından fazla önem taşımayan hediyeler iade kapsamı dışında kalacaktır. Bu çözüm tarzı hayat şartlarına ve hakkaniyete daha uygun düşeceğinden değişiklik isabetli olmuştur.

Eğer geri istenen hediye, verilen şahsın malvarlığında aynen bulunuyorsa aynen iadesi gerekir. Kanun koyucu, aynen bulunmama halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Akıntürk, T.: Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 1975.
- Akyol, Ş.: Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri, Cilt I, İstanbul 1971.
- Arsebük, E. : Medeni Hukuk, Cilt II, Ankara 1940.
- Belgesay, M.R.: Türk Kanunu Medenisi Şerhi II, Aile Hukuku Birinci Cilt, İstanbul 1950
- Birsen, K.: Menedi Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar, Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1958
- Egger, A.: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku (Çev.T.Çağa), 2. Bası, İstanbul 1943. (Egger/Çağa)
- Erdem, F.H.: Genel Olarak "Başlık" Sorunu ve Bu Sorunun Eski Hukukumuzda İrdelenmesi, DÜHFD, 1993, S.6, s.403-426. (Erdem, Başlık)
- Erdem, S.: İلمي Kazai İctihatlarla Aile hukuku, İstanbul 1966.
- Feyzioğlu, F.N.: Aile Hukuku, (Bu baskıyı hazırlayanlar H.C. Özakman/M.E.Sarial), 3. Bası, İstanbul 1986
- Gmür, M.: Medeni Kanuna Göre Nişanlılık Münasebeti (Çev.V.Çernis), İHFM, C.10, S.3-4, s.721-744). (Gmür/Çernis)
- Göktürk, H.A.: Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, Ankara 1954.
- Gönensay, A.S.: Medeni hukuk, Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul 1937
- Gürsel, N.: Nişanın Bozulması Halinde Maddi ve Manevi Tazminat ve Nişan Hediyeilerinin- Ağırhğın Geri Verilmesi, AD. 1963, S.1-2, s.18-32.
- Hatemi, H.: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, (Özellikle BK.65 Kuralı), İstanbul 1976.
- Hatemi, H./Serozan, R.: Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- Köprülü, B.: Medeni Hukuk (1-3.Kitaplar), İstanbul 1970-1971.
- Köprülü, B./Kaneti, S.: Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986.
- Oğuzman, M.K.: Aile Hukuku Dersleri-I, Giriş, Nişanlanma, Evlenme, Boşanma, İstanbul 1990.
- Oğuzman, M.K./Dural, M.: Aile Hukuku, İstanbul 1994.
- Oğuzoğlu, H.C.: Medeni Hukuk-II, Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara 1956,
- Olgaç, S.: Kazai ve İلمي İctihatlarla Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hususi Kanunlar, Cilt I, Ankara 1956.

- Öz, M.T.: BK.Md.65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK. Md. 20 Kuralı ile İlişkisi Rüşvet-Başlık Parası, IBD, 1985,C.59,S.1-2-3,s.105-130.
- Öztañ, B.: Aile Hukuku, 2.Bası, Ankara 1983.
- Postacıoğlu, İ.E.: Şehadetle İsbat Memnuniyeti ve Hudutları,2. Bası, İstanbul 1964.
- Saymen, F.H./Elbir,H.K.: Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Ankara 1957.
- Schwarz, A.B.: Aile Hukuku-I (Çev.B.Davran), İstanbul 1942. (Schwarz/Davran)
- Sirmen, L.: Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat, AÜHFD Ellinci Yıl Armağanı, Cilt 1-2, Ankara 1977, s .359-380.
- Tekinay, S.S.: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.
- Tuor,P.: İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme İctihatlarına Göre Sistemli İzahı (Çev.A.Artus), Ankara 1956. (Tuor/Artus)
- Velidedeoğlu, H.V.: Türk Medeni Hukuku, 3. Bası,İstanbul 1963.
- Yavuz, N.: Nişan Hukukunda Hediyeleri Geri İsteme davası, Yargıtay Dergisi 1995 C.21, S.3, S.264- 277.
- Yavuz, N.: Uygulamada Nişan Davaları, Ankara 1995 (Nişan davaları)
- Zevkliler, A.: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1995.

HAKSIZ İHTİYATİ TEDBİR VE HAKSIZ İHTİYATİ HACİZ KOYDURANIN SORUMLULUĞU

Şaban KAYIHAN*

Murat ERDEM**

Cumhuriyetimizin Kurucusu
Ulu Önder Atatürk'e

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu "Haksız İhtiyati Tedbir ve Haksız İhtiyati Haciz Koyduranın Sorumluluğu" oluşturmaktadır.

Başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk ve İsviçre Hukukunda da kural olarak "kusur prensibi" (subjektif sorumluluk prensibi) benimsenmiştir. Bu prensibe göre, haksız fiili yapan kimse kusurlu değilse (kast veya ihmali yoksa), doğan zarardan sorumlu değildir¹. Fakat, bu genel kural, adaleti ve toplumsal düşünceleri her zaman tatmin edememektedir. Çağımızda teknoloji ve endüstrideki hızlı gelişmeler ve buna bağlı olarak toplumsal hayattaki değişiklikler sorumluluk hukukunun geleneksel kavram ve nazariyelerinin kapsamlarını da büyük ölçüde etkileyerek değiştirmeye zorlamaktadır.² Bu bağlamda, sorumluluk için herhalukarda failin kusurlu olmasının gerektiği şeklindeki bir anlayış, bazı durumlarda çağdaş tekniğin ve endüstriyel gelişmelerin sonucu olan makinalaşmanın gereklerine ters düşmektedir¹. Bu nedenle hukukumuzun esas prensibi olan kusur sorumluluğu yer yer

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Arş.Gör.

** Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı Arş. Gör.

1 Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onuncu Bası, İstanbul 1995, sh.140.

2 Serozan, Rona, Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, sh.171-172.

1 Tekinay, S., Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, sh.498.

zayıflamış², hatta bazı durumlarda tamamen ortadan kalkarak yerini kusursuz sorumluluğa bırakmıştır³. Günümüzde dahi, kusursuz sorumluluğun genişlemesinde gerek kanunlaşma hareketlerinde ve gerekse doktrinde bir dizi yeni eğilimlerin bulunduğunu söyleyebiliriz⁴.

Hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına zarar veren kimsenin kusurunun aranmadığı istisnai halleri ifade etmek üzere, "objektif sorumluluk" veya "sebebe bağlı sorumluluk" veya kısaca "sebebe sorumluluğu" gibi terimler kullanılmaktadır⁵.

Gerçekten de böyle durumlarda sorumluluk için zararın hukuka aykırı bir fiilden doğması, başka bir deyimle sadece objektif şartın gerçekleşmesi yeterlidir; ayrıca subjektif şartın gerçekleşmesine yani kusura gerek yoktur. Zaten "objektif sorumluluk" teriminin kullanılmasının nedeni de budur. "Sebebe sorumluluğu" teriminin kullanılması ise, kusursuz sorumlulukta, failin bir zarara neden olması, yani onun fiili ile zarar arasında maddi bir sebep bağının bulunması yeterlidir.

Belirtmek gerekir ki, doktrinde kusursuz sorumluluk görüşünü savunanlar özellikle üç temel hususu gözönünde bulundurmışlardır. Şöyle ki;

i. Hakkaniyet Sorumluluğu

Hakkaniyet sorumluluğu, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, failin, kusurlu olmasa dahi zarardan sorumlu tutulması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır⁶. Hakkaniyet sorumluluğu, Borçlar Hukukumuzda yalnızca temyiz kudretinden yoksun olanların sorumluluğunda kabul edilmiştir (BK. m.54).

2 Tekinay, age., sh.887 vd.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. İmre, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949; Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981(Kusura Dayanmayan).

4 Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.2, İstanbul 1994, içinde Hatemi, sh. 88 vd.

5 Tekinay, age., sh.498; Reisoğlu, age., sh.140.

6 Reisoğlu, age., sh.141.

ii. Bakma ve Özen Gösterme Yükümünden Doğan Sorumluluk

Bir kimse, kendisiyle yaşayanlara veya emir ve talimatı altında bulunanlara nezaret veya özen gösterme yükümlülüğü bulunduğu oranda, bu yükümün yerine getirilmemiş olması herhangi bir kusurdan kaynaklanmamış olsa bile sorumluluğu gerekebilir. Zira, bir kimse, hakimiyet alanı içinde bulunan kişi veya şeylerin başkalarına ika ettikleri zararlardan sorumlu olmalıdır⁷. (Ev reisinin sorumluluğu, MK. m. 320, istihdam edenin sorumluluğu BK. m. 55 bu kabildendir).

iii. Tehlike Sorumluluğu

Bu sorumluluk esas itibariyle, teknik veya motorlu araçların toplumun vazgeçilmez nesnelere olmaları yanında, toplum için tehlike arz etmeleri esasına dayanır (Bkz. KTK. m.85 vd.). Mahiyeti itibariyle tehlike oluşturan bir girişimde bulunan kişi, kusurlu olmasa dahi, girişiminin neden olduğu zarardan sorumlu tutulmaktadır⁸.

İşte çalışmamızın konusunu oluşturan "Haksız İhtiyati Tedbir ve Haksız İhtiyati Haciz Koyduranın Sorumluluğu" da kusursuz sorumluluk hallerinden birini teşkil etmektedir. Gerek doktrinde⁹ ve gerekse Yargıtay içtihatlarında¹⁰ ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir

7 Tiftik, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, sh.37.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Kusura Dayanmayan . sh.4 vd.

9 Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, sh.16; Postacioğlu, İlhan, E., İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 1982, sh.736; Tekinay, age., sh.499; Uyar, Talih, İcra Hukukunda Haciz, Genişletilmiş 2. Baskı, Manisa 1990, sh.153; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 5. Baskı, İstanbul 1991 (Usul), sh.3114; Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. III, 3. Baskı, Ankara 1993 (İcra) sh. 2583; Üstündağ, Saim, İcra Hukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 1995 (İcra), sh.502; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, Ankara 1996 (Usul), sh.564.

10 "İhtiyati haciz nedeni ile tazminat istenmesi, kusursuz sorumluluk ilkelerinden kaynaklanır. O nedenle kötünüyet koşulu aranmaz". Y. 4.HD. 23.11.1986 T., E.1985/9453, K.1986/395 sayılı kararı, Uyar, age., sh.160;

"İİK.'nun 259. maddesi hükmüne göre, ihtiyati haciz isteyen haksız çıkması halinde borçlunun bu yüzden uğrayacağı zararın ödenmesi gerekir. Bu sorumluluk, kusursuz sorumluluk hallerindedir". Y. 4. HD. 2.12.1965 T., E. 1965/1841, K. 1965/6579 sayılı kararı, Karahasan, M. Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. I, İstanbul 1989, sh.794.

koyduran kişinin haksız olduğu ortaya çıkınca, kusurlu olmasa bile, meydana gelen zarardan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir.

Kusursuz sorumluluk hallerinden birini teşkil eden haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduranın sorumluluğu bu son kategoriye yani, tehlike sorumluluğuna girmektedir¹¹. Çünkü, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz şeklindeki karar, bizzat ve yalnızca talepte bulunan kişinin çıkarlarının korunmasına hizmet etmekte ve bunun yanı sıra bu karar ile ilgisi olan kişilerin çıkarlarını tehlikeye sokmaktadır¹². Nitekim Yargıtay da bir kararında; "İhtiyati haciz tedbirine başvuranın, bu hareketinden meydana gelen tehlikelere, zarar ve hasara katlanması hakkaniyete uygun olur" demek suretiyle bu durumu kabul etmiştir¹³.

Gerçekten işi sona erdiren bir mahkeme kararının alınmasından önce, bir icra işlemine girişilmesi, sonuçta bir hakkın varolmadığının ortaya çıkabilmesinin ihtimalinden dolayı, belirli bir tehlike arz etmektedir. Zira, bu yolla borçlunun aleyhine takipte bulunan alacaklı, kusurlu olmasa dahi, yapmış olduğu girişiminde haksız çıkması durumunda meydana gelebilecek zararların nedeni bu girişimi olduğundan dolayı, meydana gelen zararlardan sorumlu olmalıdır. İşte bu düşünceyle, yaratılan bu tehlikenin sonuçları, başka bir ifade ile haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haczin doğurduğu zararları karşılama borcu, bu talepte bulunan alacaklıya yüklenmiştir¹⁴.

"Doktrin ve uygulamada sözbirliği ile kabul edilen görüşe göre ihtiyati haciz İİK'nun ve ihtiyati tedbir de usul hukukunun bir kurumudur... Sorumluluk için, ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir koyduran kişinin kötüniyetli veya kusurlu olması şart değildir. Çünkü, burada öngörülen sorumluluk, kusursuz bir sorumluluktur".Y. 4.HD. 17.10.1977 T., E.2977/8891, K.1977/9687 sayılı kararı, KURU, (Usul), sh.3115.

"Olayımızda, davalı velev ciro yolu ile hamil durumuna girmiş olsa dahi, bu belgeye dayanarak başvurduğu ihtiyati haciz işleminde haksız çıktığına göre, yukarıda anılan ilkeler uyarınca (kusursuz sorumluluk ilkesi) davacının uğradığı zararları ödemekle yükümlüdür". (Y. 4.HD. 22.2.1979, bkz. YKD.1979/C.8, sh.1132-1133).

- 11 Karahasan, age., sh.794 ; Tandoğan, Kusura Dayanmayan , sh.16; Uyar, age., sh.153.
- 12 Üstündağ, (İcra), sh.502.
- 13 YTD. 7.4.1967 T., E.1967/2321, K. 1967/401 sayılı kararı, Karahasan, age., sh.794.
- 14 Karahasan, age., sh.794.

Bu sorumluluk, alacaklının haksız olarak, borçlunun mallarına ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz koydurması tehlikesine karşı borçluyu veya üçüncü kişileri korumak için kabul edilmiştir.

Çalışmamız, girişi izleyen beş ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlıkta; ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz arasındaki farkları, ikinci başlıkta; haksız ihtiyati tedbir ve haksız ihtiyati haciz koyduranın sorumluluğunun hukuki dayanağı, üçüncü başlıkta; bu sorumluluğun gerçekleşebilmesi için gerekli olan şartları, dördüncü başlıkta; açılacak olan davada yargılama usulü ve beşinci başlıkta ise, munzam zararın tazmini sorunu hakkındaki kanaatlerimizi belirterek çalışmamızı sonuç bölümü ile nihayete erdirdik.

I. İhtiyati Tedbir ile İhtiyati Haciz Arasındaki Farklar

İhtiyati haciz, ihtiyati tedbirin özel bir çeşidi olmakla birlikte, özellikle konusu ve bağlı bulunduğu hükümler (İİK. m. 257-258) açısından ihtiyati tedbir kurumundan farklılık arz etmektedir. Çalışma konumuz, haksız ihtiyati haciz ve haksız ihtiyati tedbir koyduranın sorumluluğu olunca, konunun daha iyi kavranabilmesi bakımından bu iki kurum arasındaki farklılıkların kısaca ifade edilmesi isabetli olacaktır.

Bu farklılıkları maddeleştirmek suretiyle şu şekilde belirtebiliriz¹⁵;

i. İhtiyati haciz, yalnız para alacaklarına ilişkin davalarda (veya icra takiplerinde) sözkonusu olduğu halde, ihtiyati tedbir kararı, kural olarak paradan başka şeyler (haklar, menkuller, gayrimenkuller) hakkındaki davalarda alınır. İhtiyati tedbirde, dava konusu olan şey için önleyici veya koruyucu nitelikte tedbir alınır (HUMK. m.101,103). Buna karşılık, ihtiyati hacizde, alacaklıya henüz kesin haciz isteme yetkisinin gelmediği (m.78,37) bir dönemde, alacaklının para alacağıının zamanında ödenmesi garanti altına alınır.

ii. İhtiyati hacizde; ihtiyaten haczedilen mallar, alacaklının açtığı veya yaptığı (veya açmayı veya yapmayı düşündüğü) bir dava veya icra takibinin konusu değildir. Zira, esas itibariyle davanın veya icra takibinin konusu para alacağıdır. Buna karşın, ihtiyati tedbirde

¹⁵ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, Ankara 1996, sh.565-566; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, Ankara 1996, sh.374.

üzerine ihtiyati tedbir konulan mallar, davacı ve davalı arasında çekişmeli olup, davacının açmış olduğu veya ileride açmayı düşündüğü bir davanın konusudur.

iii. İhtiyati tedbirle, dava konusu olan ve kimin olduğu hususunda taraflar arasında çekişme bulunan mallar için koruma tedbiri alınır; ihtiyati hacizde ise, alacaklının bir para alacağını zamanında ödenmesini garanti altına almak için, mahkeme kararı ile borçlunun mallarına (önceden) geçici olarak el konulmasıdır.

II. Haksız İhtiyati Tedbir ve Haksız İhtiyati Haciz Koyduranın Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı

HUMK. m.101 ve 103 hükümleri hangi durumlarda ihtiyati tedbir kararı verileceğini düzenlemiştir. Aynı kanunun 110. maddesi gereğince de, mahkemeden bu şekilde ihtiyati tedbir kararı almış bulunan kimse, bu karar yüzünden diğer tarafın ve üçüncü şahısların uğradıkları zararları, kararın haksız olması durumunda, tazmin ile sorumlu tutulmuştur.

Bunun gibi, İİK.'nin 257. maddesi de alacaklının hangi durumlarda ihtiyati haciz isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Yine İİK.'nin m. 259/f.1 gereğince, "İhtiyati haciz isteyen alacaklı haksız çıktığı takdirde, borçlunun ve üçüncü şahısların bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan" sorumlu tutulmuştur¹⁶.

Haksız olarak ihtiyati tedbir ya da haksız ihtiyati haciz koydurmuş olan alacaklının sorumluluğunun, "objektif sorumluluk" olduğunu (kusura dayanmadığını) ve tehlike sorumluluğu kategorisine girdiğini "giriş" bölümünde ifade etmiştik¹⁷.

III. Haksız İhtiyati Tedbir veya Haksız İhtiyati Haciz Koyduranın Sorumluluğunun Doğması İçin Gerekli Olan Şartlar

A. Genel Olarak

Haksız olarak ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koydurmuş olan tarafın sorumluluğu, BK. m. 41 vd.'nde düzenlenen haksız fiil sorumluluğuna çok benzemektedir; bu sebeple, kural

¹⁶ Akyazan, Sıtkı, İhtiyati Hacizler ve İştirak Dereceleri, Ankara 1958, sh.4.

¹⁷ Bkz. yuk. sh. 2 vd

olarak haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabidir¹⁸. Biz de bu şekilde bir girişimde bulunup da haksız çıkan tarafın sorumlu olabilmesinin şartlarını belirlerken haksız fiil hakkındaki hükümlerden faydalandık.

B. Sorumluluğun Doğması İçin Gerekli Şartlar

1. İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararının İcra Edilmiş Olması

Haksız ihtiyati tedbirden veya haksız ihtiyati hacizden dolayı alacaklının sorumlu olabilmesi için, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının verilmesi yeterli değildir. Bundan başka alınmış olan kararın icra edilmiş olması gerekir. Zira, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı uygulanmadan, öteki tarafın bundan herhangi bir zarar görmesi mümkün değildir¹⁹.

Belirtmek gerekir ki, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının uygulanmış olması hukuka aykırı bir fiil niteliğinde değildir. Zira, geçici de olsa, işi sona erdiren bir yargı kararı niteliğini haiz olamaz ise dahi bu konudaki bir yargı kararına dayanmaktadır. Burada esas itibariyle hukuka aykırı bir hareket yoktur. Hatta sonuçta haksız çıkmak, davranışın hukuka aykırı olduğunu göstermez. Ancak şu var ki, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alan ve uygulayan kimse, müdahalelerinin meydana getirdiği zararlardan yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tehlike temeli sorumluluğuna göre sorumlu tutulur²⁰. Buna karşın, şayet ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz isteyen kimse, talebini dayandırdığı vakıaları kasıtlı olarak mahkemeye yanlış biçimde göstermiş ise, ciddi dayanakları yoksa, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemek imkanını kötüye kullanmış demektir. Halbuki, MK. m. 2/f.2 hiç kimsenin hukukun kendisine tanımış olduğu hakkı kötüye kullanmayacağını, aksi takdirde bunu kanunun korumayacağını ifade etmiştir. Başka bir deyimle her hak amacı dahilinde kullanılmalıdır. Bir hak, örneğin, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz isteme hakkı yukarıdaki gibi amacını aşar bir şekilde kullanılırsa bu hak kötüye kullanılmış demektir. Bu takdirde,

18 Kuru, Baki, (Usul), sh.3106; Karahasan, age., sh.797.

19 Kuru, (Usul), sh. 3106; Kuru, (İcra), sh. 2580; Uyar, age., sh. 152.

20 Bkz. yuk. sh.2 vd.

ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemek BK. m. 41 anlamında hukuka aykırıdır²¹.

2. İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz Kararının Haksız Olması

İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz isteyen bundan doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının haksız olduğunun anlaşılması gerekmektedir.

İhtiyati tedbirde bunun belli olabilmesi için, asıl davanın sonuçlanması gerekmektedir. Yani, ihtiyati tedbir koyduran taraf (asıl davacı) davanın neticesinde haksız çıkmış, başka bir deyişle davayı kaybetmişse, ihtiyati tedbir kararının haksız olduğu ortaya çıkmış demektir²². Örneğin, davacı, bir gayrimenkulün kendisine ait olduğunu ileri sürerek açtığı tescil ve müdahalenin önlenmesi davasında davalının o gayrimenkul üzerinde yaptırdığı inşaatın durdurulması için bir ihtiyati tedbir kararı almış, ancak mahkeme, o gayrimenkulün davacıya değil bizzat davalıya ait olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiş ve bu ret kararı kesinleşmiş ise, davacının koydurmuş olduğu ihtiyati tedbir haksız demektir.

Davacının ihtiyati tedbir ile ilgili açmış olduğu asıl dava sonuçlanmadan ve bu davada verilen hüküm kesinleşmeden, ihtiyati tedbirin haksız olup olmadığı kesin olarak anlaşılamaz. Bu sebeple, ihtiyati tedbir koydurmuş olan taraf, asıl dava kesin olarak sonuçlanmadan önce, haksız ihtiyati tedbirden dolayı açılan tazminat davasında, tazminat ödemeye mahkum edilemez²³.

İhtiyati tedbir isteyen ve bu kararı uygulattıran kişi, ihtiyati tedbiri icra ettirdiği halde, HUMK m.109 'daki on günlük süre zarfında esas hakkında dava açmazsa, ihtiyati tedbir haksız sayılır ve bundan zarar gören karşı taraf veya üçüncü kişi, ihtiyati tedbir koydurmuş olan kişiye tazminat davası ikame edebilir. Zira, ihtiyati tedbir isteyen alacaklı bu on günlük süreyi geçirmekle, davasının ve bununla koydurmuş olduğu ihtiyati tedbirin haksızlığını kabul

21 Karahasan, age., sh. 797.

22 Karahasan, age., sh.796; Kuru, (Usul), sh.3106; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh.16.

23 " İhtiyati tedbir kararı alınmasından doğan zarar kusursuz sorumluluk esaslarınca ödetilmesi gereken bir zarar olmakla beraber, sorumluluk için tedbir kararı alan kişinin sonuçta açılan davada haksız çıkması gerekir." (Y. 4. HD. 27.11.1974 T., E. 1974/4426, K. 16288 sayılı kararı, bkz. Kuru, (Usul), sh.3107).

etmiş demektir. Gerçi, ihtiyati tedbir isteyen, bu on günlük sürenin geçmesinden sonra da dava açabilir. Fakat, davacı sonradan açtığı bu dava içinde yeniden ihtiyati tedbir isteyebileceğinden, bu dava sonucunda haklı çıksa bile, birinci ihtiyati tedbirle davalıya veya üçüncü kişiye haksız olarak zarar vermiş olmaktadır. Bu, itibarla HUMK. m.109'daki on günlük süre içinde dava açılmaması nedeniyle ihtiyati tedbirin kendiliğinden kalkması durumunda, ihtiyati tedbirin haksız olduğunu kabul etmek ve ihtiyati tedbir koydurana bundan doğan zararı ödemekle sorumlu tutmak menfaatler dengesine uygun olur²⁴.

Öte yandan, alacak hakkı gerçekten bulunmadığı veya ödeme günü (vade) gelmeden alınan ihtiyati haciz kararının talebine dayanılmış olayların doğru olmadığı ortaya çıkar veya ihtiyati haciz için kanunun belirtmiş olduğu süreler kaçırılır ise, konulan ihtiyati haciz kararı haksız demektir (bkz. İİK. m. 264) . Bunun gibi, borçlunun ihtiyati haciz kararına itirazı kabul edilmiş ve ihtiyati haciz kaldırılmış ise²⁵ (bkz. İİK. m. 265) veya alacaklı açmış olduğu itirazın iptali davasını kaybetmişse (İİK. m. 67), koydurmuş olduğu ihtiyati haciz kararı haksız addedilir²⁶. İhtiyati haczin haksızlığı, ihtiyati haczi tamamlama merasiminde de anlaşılabilir. Yani, ihtiyati haczin haksız olduğu, İİK. m.264'de öngörülen itirazlar sonucunda verilen kararlar veya açılacak davalarla ortaya çıkabilir²⁷.

3. Zarar Meydana Gelmesi

Aleyhine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınmış ve uygulanmış olan tarafın veya bir üçüncü kişinin bu haksız ihtiyati tedbirden veya haksız ihtiyati hacizden zarar görmüş olması gerekmektedir. İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz malvarlığının eksilmesi sonucunu doğurursa, zarar gerçekleşmiş demektir ki, bu zarar genellikle maddi zarar şeklinde ortaya çıkar. Örneğin, ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir konan bir menkulün durmakla değerini yitirmesiyle malvarlığında azalma olmaktadır. Menkul veya gayrimenkul gelecekte daha fazla bir paraya satılabilecekse, bundan yoksun kalma maddi zarar kapsamına girer.

24 Kuru, (Usul), sh. 3107,3108.

25 Bkz. örneğin , Y. 11. HD. 22.3.1979 T., E. 1979/113, K.1979/1469 sayılı kararı , YKD. 1979, C.10, sh. 1458 vd.

26 Karahasan , age., sh.796; Kuru, (İcra), sh.2581.

27 Uyar, age., sh. 153; Tandoğan, Kusura Dayanmayan , sh.16.

Acaba haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduran tarafın karşılaması gereken zararlar hangi döneme ait zararlardır?

Haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduran tarafın ödemekle yükümlü olduğu zarar, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının uygulandığı tarih ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin kalktığı tarih arasındaki dönemde meydana gelmiş olan zarardır²⁸.

Öte yandan, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin teminat karşılığında kaldırılmış olması ihtimalinde, tazminat davacısı, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin teminat karşılığında kaldırıldığı tarih ile hükmün verildiği veya mahkeme hükmünde tedbirin veya haczin devamına, yani teminatın iadesine karar verilmemiş ise, hükmün kesinleştiği tarih arasındaki zararını da talep edebilir. İhtiyati tedbir, on gün içinde dava açılmamış olması nedeniyle (HUMK. m. 109) veya ihtiyati haciz, İİK. m. 264' deki sürelerin kaçırılması nedeniyle kalkmış ise, bu halde de, sadece ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin kalktığı tarihe kadar meydana gelen zarar istenebilir.

Davacı, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden dolayı ikame ettiği tazminat davasını kazanırsa, tazminatını haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduran davalının göstermiş olduğu teminattan alabilir. Ancak hemen belirtelim ki; davacının haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden dolayı açtığı tazminat davasında isteyebileceği zararı, bu teminat ile sınırlı değildir. Davacının zararı, davalının yatırmış olduğu teminattan az veya çok olabilir. Mahkeme de, kararını bu ihtimallere göre vermelidir.

Haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden dolayı sorumluluk, kusursuz sorumluluk ise de; hakim, durumun gereğine kanuni ifade ile hal ve mevkiin icabına göre, tazminatta bir indirim yapabilir²⁹ (BK. m. 43/f.1). Örneğin; Yargıtay 11. HD.' nin verdiği bir karara göre, borçlu teminat gösterip, hakkında ihtiyati haciz konmuş olan makinelerin çalıştırılmak üzere kendisine bırakılmasını isteyebilir veya bu yola gitmeyip zararın artmasına sebebiyet vermiş

28 Kuru, (Usul), sh.3111.

29 Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mesuliyet), sh.261; Kuru, (Usul), sh.3116.

olması bir ortak kusur sayılır ve tazminattan indirim yapılmasını gerektirir³⁰.

Haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koydurmanın kusursuz sorumluluğu sadece maddi zararlar içindir. Ancak, ihtiyati haczin uygulanması sonucunda borçlunun veya üçüncü kişilerin şahsiyet hakları çiğnenmiş, örneğin; ticari itibarları sarsılmışsa, bu kişiler BK. m. 49 gereğince manevi tazminat talebinde bulunamazlar mı? Bu soruyu, evet olarak cevaplandırmamız gerekmektedir. Yani, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden dolayı manevi zarara uğrayan borçlu ve üçüncü kişiler, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı kanunla değişik, BK. m. 49 gereğince manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Bildiğimiz gibi bu yeni değişiklikle manevi tazminat isteminin temelini teşkil eden "kusurun özel ağırlığı" kavramı BK. m. 49' dan çıkarılmıştır. Bu itibarla, uygulanan haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden dolayı borçlu veya üçüncü şahıslar, BK. m. 49' daki şartlar çerçevesinde (alacaklının kusurunun kanıtlanmasına gerek yoktur) alacaklıdan manevi tazminat talebinde bulunabilirler³¹. Nitekim, Yargıtay; " BK'nun 49. maddesindeki koşullara göre, borçlunun, haksız uygulanan ihtiyati haciz nedeniyle manevi tazminat isteyebileceğini" kabul etmiştir³².

4. Uygun İlliyet Bağı

Haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden dolayı tazminat davası açan davacının ödenmesini istediği zararı ile haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Yani, davacının uğramış olduğu zarar uygulanmış olan haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haczin sonucu olmalıdır. Buna karşın, zarar ile haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz arasında uygun illiyet bağı gerçekleşmemişse, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koydurmuş olan kişi tazminat ödemekle sorumlu tutulamaz³³. Haksız ihtiyati tedbir

30 Y. 11. HD. 12.12.1974 T., E. 1978/3464, K. 1978/3592 sayılı kararı, YKD. C. 4, S. 4, sh.569 vd.

31 Uyar, age., sh.153; Karahasan, age., sh.798; Kuru, (Usul), sh.3116; Berkin, Necmettin M., Tatbikatçılara İflas Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, sh.151.

32 Y. 4. HD. 22.2.1988 T., E. 1988/9317, K.1988/1617 sayılı kararı, ayrıca Y. 11. HD. 6.10.1983 T., E. 1983/2291, K. 1983/4063, bkz. Uyar, age., sh.157 vd.

33 Y. HGK. 4.5.1960 T., E. 1960/29, K. 1960/214 sayılı kararı, "uygun sebep ve netice bağı esasına göre ihtiyati tedbir kararının yerine getirilmiş bulunması

veya haksız ihtiyati hacizden dolayı zarara uğrayan borçlu veya üçüncü şahıslar, bu zararları ile haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispatlamalıdır³⁴.

IV- Açılacak Tazminat Davasında Yargılama Usulü

A. Tazminat Davasının Tarafları

Haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden dolayı açılan tazminat davasında, aleyhine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konan kişi ve bu uygulamadan zarar görmüş olan üçüncü kişi davacı durumundadır.

Bu dava, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koydurmuş olan tarafa karşı ikame edilir.

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Dava, genel mahkemelerde normal bir tazminat davası gibi görülür. Bu itibarla, görevli mahkeme genel hükümlere (HUMK. m. 1 vd.) göre tespit edilir.

Yetkili mahkeme de genel hükümlere göre belirlenir (HUMK. m. 9 vd.). Bu nedenle açılacak tazminat davası, haksız fiilden doğan tazminat davasına çok benzediğinden ve bu sebeple haksız fiillere ilişkin hükümler bu sorumluluğun bünyesine uyduğu oranda burada da tatbik edildiğinden dolayı, HUMK. m. 21'deki yetki hükmü bu davalarda da uygulanabilmelidir. Buna göre, haksız ihtiyati tedbirden veya haksız ihtiyati hacizden dolayı tazminat davası, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haczin uygulandığı yer mahkemesinde de açılabilir.

Hemen belirtelim ki, İİK. m. 259/f.4 gereğince, haksız ihtiyati hacizden dolayı tazminat davası, ihtiyati haczi koyan mahkemede dahi görülebilir. KURU bu meyanda, bu hükmün ihtiyati tedbir açısından da kabul edilmesi lüzumuna işaret etmekte ve HUMK'na bu şekilde bir hükmün konulması gerektiğini belirtmektedir³⁵.

sonunda tazmini istenilen zararların doğmuş bulunup bulunmadığını " incelemek gerekir. Y. 4. HD.'nin 12.12.1979 T., E. 1979/10794, K. 1979/14405 ve 20.6.1983 T., E. 1983/5172, K. 1983/6349 sayılı kararlarında da aynı esas kabul edilmiştir. (Bkz. Karahasan, age., sh. 800).

34 Uyar, age., sh.153.

35 Kuru, (Usul), sh.3117.

C. Zamanaşımı

Tazminat davasının açılacağı süre ve bu davanın zamanasını, gerek İİK. ve gerekse HUMK'da belirtilmiş değildir. Bu yüzden bu konu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Esas itibariyle, bu sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna benzediği ve dolayısıyla da BK. m. 60'daki bir yıllık zamanasını süresinin kabul edilmesi gerektiği hususunda doktrinde ve Yargıtay kararlarında görüş birliği olduğunu söyleyebiliriz³⁶.

Ancak, bu bir yıllık zamanasını süresinin ne zaman başlaması gerektiği konusunda doktrinde bazı görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Acaba, bir yıllık zamanasını süresinin başlangıcı hangi tarihtir? "İhtiyati tedbir veya ihtiyati haczin uygulandığı" tarih mi, "ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin kalktığı" tarih mi, "ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin haksızlığının kesinleştiği" tarih mi, veyahut "ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin kalkmasının öğrenildiği" tarih mi? Bir görüşe göre, bu sürenin başlangıç tarihi ihtiyati haczin kalkmasının öğrenildiği tarihtir³⁷. İhtiyati haciz açısından belirtilen diğer bir görüşe göre ise, "zamanasını süresinin başlangıcı zararı öğrenme anı ise de, ihtiyati haciz mevcut olduğu müddetçe bu süre işlemez. Bu durumda tazminat davası, ihtiyati haczi tasvip eden kararın veya ihtiyati haciz ile teminat altına alınan alacağı reddeden kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde" açılması gerekir³⁸.

Bu konuya ilişkin bir başka görüşe göre ise, haksız ihtiyati hacizden dolayı açılan tazminat davasında zamanasını süresi, ihtiyati haczin fiili olarak ortadan kalkması tarihinden itibaren

³⁶ Kuru, (Usul), sh. 3118; Kuru, (İcra), sh. 2582; Azman, N., Haksız İhtiyati Hacizden Dolayı Tazminat Davasında Zamanasını, İBD., 1987/4-5-6, sh. 361; Uyar, age., sh. 154; Karahasan, age., sh. 801; Berkin, age., sh. 152; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, sh. 16; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı Ankara 1996, sh. 385; Üstündağ, (İcra), sh. 504. Yargıtay'da bu davanın, BK. m. 60'daki esaslara uygun olarak bir yıl içinde açılması gerektiğini belirtmiştir. (Bkz. Y. 11. HD. 22.3.1979 T., E. 1979/113, K. 1979/1469 ve 11. HD. 12.12.1974 T., E. 1974/3464, K., 1974/3592 sayılı kararları, Uyar, age., s. 163 vd.). Federal Mahkeme de, İsviçre'deki tatbikatı nazarı itibara alarak, haksız ihtiyati hacze istinat eden tazminat davasının bir senelik zamanasına tabi tutulması lazım geldiğine karar vermiştir. (Berkin, İhtiyati Haciz, İstanbul 1962, sh.77).

³⁷ Şimşek, E., Kambiyo Senetlerine Dayanan İhtiyati Haciz, Adalet Dergisi, C. 3-4, 1978, sh.229.

³⁸ Üstündağ, (İcra), age., sh.503.

işlemeye başlar³⁹. Uyar'a göre, bir yıllık süre, "haksız ihtiyati hacizden zarar gören davacının, haksız olarak haczedilen malları üzerinde tekrar tasarruf yetkisini kazandığı tarihten itibaren" işlemeye başlar⁴⁰.

Doktrinde, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, bu zamanaşımının başlangıcı, ihtiyati haciz kararının kalktığı tarih değil, zarara uğrayanın ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin haksızlığını öğrendiği (bu konudaki mahkeme kararının kesinleştiğini öğrendiği) günden itibaren işlemeye başlar⁴¹. Zira ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz, esas davanın hükmü kesinleşmeden de kalkabilir ise de, ihtiyati tedbirin veya ihtiyati haczin haksız olduğu açılacak esas davalarda hükmün kesinleşmesi ile kesin olarak anlaşılabilir. Böylece dava hakkı da bu anda doğar ve hükmün kesinleştiğinin öğrenildiği tarihten itibaren de bu süre işlemeye başlar. Zira, BK. m. 60 gereğince, bir yıllık zamanaşımının başlangıcı, öğrenme anıdır.

İhtiyati tedbir on gün içinde dava açılmamış olması nedeniyle kalkmış (HUMK. m. 109), ihtiyati haciz ise, İİK. m. 264'deki sürelerin kaçırılması nedeniyle hükümsüz kalmış ise, bu halde bir yıllık zamanaşımı, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin kalktığı andan itibaren işlemeye başlar⁴².

On yıllık zamanaşımı süresi ise, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haczin uygulandığı andan itibaren işlemeye başlar⁴³.

D. Zararın Teminattan Karşılanması

Bu tazminat davası sonucunda, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koydurmuş olan taraf (tazminat davalısı), davacıya tazminat ödemeye mahkum edilirse, davacı bu tazminatını davalının ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı alırken göstermiş olduğu teminattan alır.

Bu itibarla , ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz isteyeninin göstermiş olduğu teminatı, asıl davanın ve ondan sonra açılan haksız ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacizden dolayı açılan tazminat davasının sonuçlanmasına kadar kendisine iade edilmemesi uygun olur⁴⁴.

39 Azman, agm., sh.362 vd.

40 Uyar, age., sh.155.

41 Karahasan, age., sh.801; Kuru, (Usul), sh.3118.

42 Kuru, (Usul), sh.3120.

43 Karahasan, age., sh.801; Uyar, age., sh.155.

44 Bkz. Kuru, (Usul), sh.3120-3121.

Ancak, alacaklının vermiş olduğu teminatın tazminat davasının tabi olduğu zamanaşımı süresince kendisine iade edilmemesi tasvip edilemez. Bu itibarla, haksız ihtiyati tedbirden veya haksız ihtiyati hacizden dolayı zarara uğrayanlar tazminat davası ikame etmezlerse, teminat alacaklıya geri verilmelidir. Hakimin takdir hakkına binaen takdir ettiği bu süre, teminatın geri verilmesini sağlayacak ise de, teminatın iadesine rağmen tazminat davası açma hakkı devam edecektir⁴⁵.

V - Munzam Zararın Tazmini Sorunu

BK.'nun 105. maddesi gereğince, para borcunun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı müsbet zarar sözleşmede veya kanunda belirlenen gecikme faizinden daha fazla olduğu takdirde, alacaklı aradaki bu farkın ödenmesini borçludan isteyebilir. Alacaklı fazla zarara (munzam zarar) uğradığını, örneğin, ödemede gecikme yüzünden geçmiş günler faizinden daha yüksek bir faizle ödünç para aldığını veya para değerindeki düşmenin geçmiş günler faizini aştığını kanıtlamakla yükümlüdür⁴⁶. Öte yandan borçlu, gecikmenin kendi kusurundan kaynaklanmadığını kanıtlamak suretiyle, gecikme faizini aşan zarar miktarını yani munzam zararı ödemekten kurtulabilir⁴⁷.

Munzam zarar hemen takdir edilebilirse, hakim, esasa ilişkin kararın içinde bu zararın miktarını da belirleyebilir (Bk. m. 105/f.2).

İşte, yukarıda kısaca incelediğimiz munzam zararı düzenleyen BK. m. 105 hükmü sözleşme dışı sorumluluk hallerinde uygulanabilmektedir⁴⁸. Bu itibarla, munzam zararı düzenleyen BK. m. 105 hükmünün haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduran kişinin aleyhine de uygulanabileceğini kabul etmemiz halinde, hukuken bir sakınca bulunmamaktadır.

Esas itibariyle, ihtiyati tedbir koyduranın bu girişiminden zarar gören borçlu veya üçüncü kişilerin uğradıkları zarar, para borcunun zamanında ödenmemesi nedeniyle uğranılan bir zarar niteliğinde değildir. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu yüzden uğranılan zarar ile,

45 Üstündağ, (İcra), sh.504.

46 Reisoğlu, age., sh.295.

47 Tekinay, age., sh.941 vd.; Reisoğlu, age., sh.295; Ayrıca bu konuda geniş bilgi için bkz. Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüd Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, sh. 187 vd.

48 Karahasan, age., sh.799.

para borcunun geç ifa edilmesinden dolayı uğranılan zarar arasında sonuç itibariyle herhangi bir fark yoktur. Zira, haksız ihtiyati tedbir yüzünden zarara uğrayan borçlu veya üçüncü kişilerin uğradıkları zararlarda çoğu kez tıpkı ihtiyati hacizdeki gibi para ile ifade edilmektedir.

Örneğin, 5 Nisan 1994'te alınan ekonomik kararlardan önce, dar gelirli (M)'nin müştereken malik olduğu, bir taşınmazın izale-i şuyu (ortaklığın giderilmesi) davası neticesinde satıldığını ve dava sırasında izale-i şuyu davalısının, arsa üzerindeki binanın kendisi tarafından inşaa ettirildiği ve bu gerekçeyle de, davacıya satış bedelinden düşen tutarın içinde kendi hakkı olduğu iddiasıyla açtığı alacak davasında (M)'ye ait 100.000.000 TL'lik bedel üzerinde ihtiyati tedbir koydurduğunu ve sonuçta açmış olduğu alacak davasının reddedildiğini düşünelim. Görüldüğü gibi, burada izale-i şuyu davalısının, açtığı alacak davasını kaybetmesi sonucunda, bu davada (M)'ye ait 100.000.000 TL.'sına koydurmuş olduğu ihtiyati tedbir kararının haksız olduğu ortaya çıkmıştır.

Farzedelim ki, bu alacak davası bir yıl sürmüş olsun. İşte bu bir yıl boyunca, alacak davasının davalısı durumunda olan dar gelirli (M), davacının koydurduğu ve dava sonucunda haksızlığı anlaşıldığı ihtiyati tedbir nedeniyle, kendisine ait olan bu 100.000.000 TL.'sını bir yıllık bir gecikme ile alabilmiştir.

Daha sonra da olayımızdaki dar gelirli (M), haksız ihtiyati tedbir koyduran alacakhya karşı tazminat davası açarak, bu paranın eline bir yıllık bir gecikme ile geçmesinden dolayı uğradığı zararı talep ettiğini kabul edelim.

Bildiğimiz gibi, BK. m. 103'e göre, kanuni gecikme faizi yıllık %30'dur. Bu durumda borçluya 130.000.000 TL'si ödettirilecektir. Ancak, tazminat davacısı (M), kural olarak kanuni faiz üzerindeki zararını kanıtlamak suretiyle munzam zararını davalıdan talep edebilmelidir (BK. m. 105). Bu görüşün kabul edilmesi hakkaniyete de uygun olacaktır. Zira tazminat davacısının zarara uğramasına neden olan kişi, ihtiyati tedbir koyduran ve bunda da haksızlığı anlaşılan kişidir. Zaten, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz, bizzat ve yalnız talepte bulunan kişinin çıkarlarının korunmasına hizmet etmektedir. Yoksa, bizzat tazminat davacısı kendisini zarara uğratmış değildir.

Çünkü, tazminat davacısı (M), müştereken malik bulunduğu taşınmazın satımı ile kendisine ait olan 100.000.000. TL'sını 5 Nisan 1994 ekonomik paketinden önce eline geçirebilseydi, bu bir yıllık süre

zarfında, bu parayı kanuni faizden daha fazla faiz veren bir vadeli banka hesabına⁴⁹ veya benzer gelir getiren yerlere, örneğin, döviz veya altına yatırım yapabilecekti. Hatta, tazminat davacısı bu durumu MK. m. 6'daki genel kuralın aksine ispat etmekle de yükümlü değildir. Zira burada (M)'nin lehine olarak bu parayı bu şekilde değerlendireceğine ilişkin fiili bir karine sözkonusudur⁵⁰.

Gerçekten de bu şekilde bir davranış, olayımızdaki dar gelirli (M)'den beklenen bir davranış olup, hayatın normal akışına ve toplumumuzun içinde bulunduğu yüksek enflasyonun ve sosyo-ekonomik yaşamın gereklerine de uygun düşmektedir. Bundan dolayı da, davacının kanuni faiz üzerinde bir zararının olmadığını kanıtlama külfeti de tazminat davalısına aittir.

Ayrıca önemle ifade edelim ki, bu tazminat davasında davalının sorumluluğunun kaynağı yukarıdan beri izah edegeldiğimiz gibi, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden doğan kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) halidir. Bu itibarla, tazminat davalısı, BK. m. 105/f.1'de belirtilen munzam zarardan kusursuzluğunu kanıtlayarak dahi kurtulma imkanına sahip değildir⁵¹.

SONUÇ

İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz koyduran alacaklı, sonuçta haksız çıkarsa, borçlunun ve zarara uğrayan üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacağı bütün zararları tazmin etmekle yükümlüdür (İİK. m. 259, HUMK. m. 110).

Haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduranın sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğuna (BK. m. 41 vd.) çok benzemektedir; bu itibarla da kural olarak haksız fiil hakkındaki hükümlere tabidir. Ancak hemen belirtelim ki, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduranın sorumluluğu kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) hallerinden birini teşkil ettiğinden dolayı, burada tazminat davalısı durumunda olan alacaklının kusurlu olması da şart değildir. Ayrıca buradaki

49 Bildiğimiz gibi bu dönemde banka faiz oranları %100'ün üzerini bile aşmıştı.

50 Karahasan, age., 798; Tekinay, age., sh. 944; Barlas, age., sh.212-213.

51 Nitekim, Yargıtayda benzer bir olayda aynı sonuca varmıştır.(Bkz. Y.4.HD. 4.3.1986 T., E.1986/685, K. 1986/2012 sayılı kararı, YKD. 1986, S.8, sh.1133 vd.).

kusursuz sorumluluk hali tehlike sorumluluğu kategorisine girmektedir.

Alacaklının tazminata mahkum edilebilmesi için gerekli şartları özetle şu şekilde ifade edebiliriz;

i. Borçlunun aleyhine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınmış olup, bu karar uygulanmış olmalıdır.

ii. İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz koyduran alacaklı bu talebinde haksız çıkmış olmalıdır.

iii. Borçlunun veya üçüncü kişilerin bu haksız ihtiyati tedbirden veya haksız ihtiyati hacizden dolayı zarar görmüş olmaları gerekir.

iv. Haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Yani, borçlunun veya üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararlar bu haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz kararının uygun sonucu olmalıdır.

Dava, haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati haciz koyduran alacaklıya karşı açılır. Davacılar ise, borçlu veya haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden zarar gören üçüncü kişilerdir.

Bu tazminat davası, genel mahkemelerde normal bir tazminat davası gibi halledilir. Dava, HUMK. m. 9 vd. hükümlerinin gösterdiği yetkili mahkemelerde açılabilir (İİK. m. 259/f.4).

Haksız ihtiyati tedbir veya haksız ihtiyati hacizden dolayı tazminat davası, haksız fiillerde olduğu gibi (BK. m. 60), bir yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Davacı (borçlu veya üçüncü kişi), tazminat davasını kazanırsa, alacağı tazminatı, alacaklının ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alırken yatırmış olduğu teminattan alır. Davacının zararı teminattan fazla ise doğal olarak bunu da talep edebilecektir.

Öte yandan davacının ayrıca munzam zararı varsa, kural olarak bunu kanıtlamak suretiyle BK. m. 105 hükmüne dayanarak munzam zararını talep etmesinde de hukuki bir engel bulunmamaktadır.

RECEPTION AND APPLICATION IN TURKEY

Ahmet T. KEŞLİ*

I. CODIFICATION AND TYPES OF CODIFICATION

1. CODIFICATION IN GENERAL

Although the purpose of this study is reception, it is impossible to cover the concept of reception before clarifying what "codification" is. Codification can be defined as "the process of collecting and arranging systematically, usually by subject, the law of country, or the rules and regulations covering a particular area or subject of law or forcible manner"¹. This definition is the only one of the others. But they are generally explained on the same bases.

Codification has two meanings one is "a particular method of lawmaking", the other is "code" while the former means method, the later means result.

2. MOTIVES FOR CODIFICATION

By virtue of aims, codification can be divided into two sub-categories; they are the ones with the pure technical aims, i.e., static codifications and the ones with the alterative aims, i.e., dynamic codifications.

2.1. Static Codifications

These codifications do not aim to alter social, political, cultural and economic structure of the country. It is anxious only about clarifying the law which is in practice and about safety in law. Common law system codifications basically bear the characteristic of static codifications. objectives of static codifications can be mentioned

* Research Assistant at A.U. Faculty of Law, Department of Private law.

¹ ADAL, Erhan, Fundamentals of Private Law, Fourth Edition, İstanbul, 1994, P.458.

as follow:

aa. Practical needs for safely compiling law that is in practice. United States codes can be mentioned as an example.

bb. Codifications on the areas which have practical importance on commerce. Codification of companies and commercial papers in US are some examples.

cc. Codification aiming at unification in practice in federal states. Uniform Federal Laws are the examples of such codifications.

dd. Codification aiming at putting into ease the reception of common law in the other country. Such as UK./Indian laws.²

2.2. Dynamic Codifications

The target of these codifications are revolution or alteration in political, social and economic structure of a society. Moreover it can be used as a tool for unification of both law and culture in different countries developing inter-governmental co-operation.

2.2.1. Codifications Aiming to Alter the Regime

These codifications are visible both in continental Europe and some Asian countries, some of which were just after a revolution. "Code Civil" Which was put into effect just after French Revolution and the laws that were put into effect just after the Russian 1917 revolution are the striking examples of such codifications.³ These codifications may usually be rigid on the provisions laid down because they intend to spread their own idea of system.

2.2.2. Codifications Aiming to Alter Social and Economic Structure

These codifications are suitable for all countries. Such codifications require insistent and persistent application of the provisions. The application is considered as a tool to change the system. Japanese and Turkish codification studies are mainly based

² ÖZSUNAY, Ergun (2), Medeni Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul, 1986, P.103.

³ ÖZSUNAY(2), op. cit. at 103.

on this type of codification.

2.2.3. Codifications Aiming to International Integrations

These codifications have recently been born. Globalisation or multi-national integration is the main purpose of such codifications. Classical codifications had always had national character, whereas, modern or post-modern ones based on multi-cultural, multi-national feature. European Union and GATT codifications are some examples of this category.

Another reason why such codifications took place is that; many countries face similar social and political problems and consequently have adopted similar legal solutions. Some areas of the law, such as intellectual property and human rights, are particularly concerned with developing laws which are valid internationally. With more international business and travel and a growing awareness that many socio-economic and environment problems need global solutions, the future of the world of law appears to be one of internationalization⁴.

3. TYPES OF CODIFICATION

Codifications can be divided into three main categories namely; casuistic, abstract and abstract casuistic methods.

3.1. Casuistic Method

In such codifications every single gaps are intended to be filled. Legislator tries to arrange all relations of everyday life. In order to prevent arbitrariness these codifications do not endowe judges with the right of discretion.

Anxiety on arranging every single relation brings about a huge articulated code. A clear example for such code is the General Land Law of Prussian states (ALR) which is composed of 17.000 passages. Some parts of Medjelle is another example of casuistic codifications in the Turkish history. As casuistic codes quickly become old, they are replaced with abstract codifications.

3.2. Abstract Method

In such codifications every single relation is not intended to be put into the provisions of the law. Legislator deals only with general

⁴ POWELL, Richard, Law Today, London, 1993, P.121.

principles. Then, similar disputes are solved accordingly.

Examples of such codes are "Code Civil" in France, Austrian civil law "ABGB" also Swiss and Turkish civil codes are in the same category with the difference of discretionary power of judges.

3.3. Abstract Casuistic Method

This method does not appear a lot. German civil code "BGB" is an example of this method. In such codifications every single relation is intended to be put into the provisions of law. Through the casuistic method legislator intends to solve all disputes that can be seen by means of detailed law. On the other hand, such codes intends to solve as much concrete problems or disputes as possible by means of abstract provisions.

The method provides the code with a long life. In addition, these codes are the most helpful codes for the judges in practice, because the code is the first source to look at. So, in most cases, judges can decide according to the article in the code, which also results in decisional parallelism. These parallel decisions bring out continuous case jurisprudence that results in real justice for all.

II. RECEPTION

1. RECEPTION IN GENERAL

Codification, as it had been mentioned before, has two meanings namely one is the particular method of lawmaking, and the other is the code itself. Reception is also a method of codification in the sense of method for lawmaking. Legislator either creates the law by himself or receipts it from another country.

Definition of the reception is that a certain legal phenomenon developed in a given legal climate is put into effect in another legal climate.⁵

There are three receptionist movements in the history of law. The first and the most important one is the reception of Roman Law in Europe. The second one is the reception of "Code Civil" in some places in the world. The last one is the reception of European law in some Asian and African countries.

⁵ RHEINSTEIN, Max(2), Types of Reception, İstanbul, 1956, P.31.

The reception should clearly be divided into sub-titles, otherwise, titles can not meet the concepts included.

2. REASONS FOR RECEPTION

Under this title concept will be covered by virtue of deriving forces or the facts which cause to reception.

2.1. Voluntary Reception

In such receptions deriving forces of reception are internal or voluntary facts. If reception is performed voluntarily and consciously, it means that the reception is a voluntary reception or a real reception.

This kind of reception can be seen in two ways. One is the reception of customary law, which took place in the reception of Roman Law into Germany. The second is the reception of a foreign law via legislation, which took place in the reception of Swiss Law in Turkey.⁶

2.2. Imposed Reception

In such receptions deriving forces for reception are not internal and voluntary facts, they are external and impositional. Legal phenomenon of a legal climate are consciously introduced into a different one but without voluntary adoption. In other words, the imposition of a conqueror or otherwise dependent by a dominant group may not be called reception. "Imposition" as we might call this situation, can occur in various ways.

This type of reception can basically be imposed upon conquest by conqueror, as in the example of upon the Napoleonic conquest of the Netherlands. Another main area of implementing such reception is colonism. Colonist countries usually impose their law upon colonized countries.

2.3. Transplantation of Legal Phenomenon

In the striking sense of the word one should finally distinguish the situation which might be called transplantation of a legal phenomenon, i.e. the situation in which a group of migrants take

⁶ ÖZSUNAY, Ergun(1), Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul, 1976, P.271.

their old law from the former to the new surroundings. For instance what happened in the American colonies and the later united states thus constitutes a combination of a transplantation of one kind of English law, and the reception of another.

Imposition and transplantation thus constitute phenomena which produce effects similar to those of reception, but in their inception they are different. The term "reception" should preferably be preserved to those situations in which legal phenomena of a legal climate are consciously adopted into another legal climate⁷.

3. TYPES OF RECEPTION

A good many variations of receptions may be monitored, but systematically they may be divided into two main groups. The first is total receptions and the second is partial receptions. The later may also be sub-divided into three headings; structural receptions, conceptual receptions, and eclectic receptions.

3.1. Total Receptions

It appears as the adoption of a foreign code in toto. Total reception of "Code Civil" in Benelux countries, Romania and some American countries and that of Swiss civil law in Turkey are the examples of this type.

Total receptions are usually seen due to the political and extraordinary reasons. The reception of Swiss Civil Law in Turkey was because of revolutions aiming to modernize and secularize the Turkish Republic⁸.

Total receptions affect almost all structure of everyday life. In general, reception of a foreign law brings about no problem to the countries having parallel cultural backgrounds. On the contrary, as in the example of Turkey and Japan, reception of foreign law, by the countries which do not have parallel custom in law, effects everyday life deeply and completely⁹. Because Law is a system of reasons, a set of deductions from principles of ethics, morals, or justice¹⁰.

7 RHEINSTEIN(2), op. cit. at 34.

8 ÖZSUNAY(1), op. cit. at 273.

9 RHEINSTEIN, Max(1),Einführung in die Rechtsvergleichung, 1970, P.128.

10 LIBERMAN/ SIEDEL, The Legal Environment of Businsss, Florida, 1989, P. 5.

3.2. Partial Reception

3.2.1. Structural Receptions

In such codifications systematic and conceptual structures are adopted whereas, contents are adapted to fit the requirements of the country. Reception of "Code Civil" in Spain, Portugal and some Latin American states are some examples of this type.

3.2.2. Conceptual Receptions

In this type of codifications only one concept constitutes the subject of reception. To illustrate, German limited company law was adopted by some European countries. Through the conceptual receptions the concept may either be adapted or adopted.

3.2.3. Eclectic Receptions

In this case a foreign law is neither totally nor structurally adopted. Some details of a foreign law are collected together and adopted. This is also called as synthetic reception.

These types are basic ones. Hybrid receptions can possibly occur in some receptions¹¹.

4. GENERAL PROBLEMS OF RECEPTION

Whenever the system of laws of one country is taken over by another, especially appearing in the form of a code, three questions emerge;

.How does it fit into an entirely different background?

.How is the linguistic differences overcome by the translator?

.How do the local courts succeed in interpreting and applying a foreign law?¹²

These are general categories of problems, but problems can not be limited to only these three; some special problems may possibly be seen as to the reception performed in different countries.

¹¹ ÖZSUNAY(1), op. cit. at 276.

¹² LIPSTEIN, K., The Reception of Foreign Law in Turkey, 1956, P.12.

4.1. How Does it Fit into an Entirely Different Background?

Especially in total receptions many problems can arise in the countries having different cultural structures. The first best policy can be a structural reception. Because, in such codifications, the law is adapted to the country. It should also be taken into consideration whether it is a static or dynamic codification. If it is a static codification and even voluntary codification anxiety about "How does it fit to the country?" can be taken into consideration. In contrast, if it is a dynamic codification and even imposed codification this argument turns out to be meaningless because the law is intentionally adopted. In dynamic codifications the problem is never how the law fits to the country, instead, the problem is how people can be forced to espouse the law.

Generally accepted point of view is that laws will never create morals and customs, but they will always follow morals and customs and habits, and that the role of laws will be that of setting principles¹³. Complete reception of foreign law cannot take place where it is accompanied by the extinction of the national character of the receiving country¹⁴. Reception will only be possible on condition that societies are not sharply different to each other¹⁵.

4.2. How is the Linguistic Differences Overcome by the Translator?

Apart from translators' translation capability, he should also possess an excellent background in the source language into which he is translating activity will be influenced by the translator attitudes.

Every translator experiences certain difficulties during the process of translation. The modern translation science lists four types.

aa. Language-specific translation difficulties; difficulties that can be put down to the languages involved, and in particular to the direction of the translation.

bb. Translator-specific difficulties; difficulties that can be put down to the skill of the translator and his mastery in

¹³ FINDIKOĞLU, Z. F., *Special Aspects of the Turkish Reception of Law*, Istanbul, 1956, P.163.

¹⁴ AYİTER, F., *The Interpretation of a National System of Laws Received From Abroad*, Istanbul, 1956, P.42.

¹⁵ UMUR, *Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 1. Cilt, Istanbul, 1987, P.59.

disposing of the source and receptor languages.

cc. Text-type-specific difficulties; difficulties that can be put down to the type of text, e.g. technical translations (technical in the sense of dealing with a particular art, science, profession, including law), literary translations.

dd. Difficulties specific to the individual text; i.e. difficulties that can be put down to the author's mode of expression as regards content and style¹⁶.

4.3. How Do the Local Courts Succeed in Interpreting and Applying a Foreign Law?

This is an important point in codification. Especially in the total receptions between different law families, a great many problems can arise. General principles of the receptor changes, the social and moral values of a society has to be re-appraised by the courts.¹⁷ Total reception from another law family empties the cumulation of ways in which local problems are solved, level of informational cumulation is also falls down. On the other hand, in structural receptions the level of information to which has been reached in the history is saved. It is only problematic areas which are re-arranged to operate, sufficiently.

If judges are instructed to show how the law is to be applied, interpretation problems can be solved. But in the rule of law, it is impossible for anyone to instruct judges on the case. So, this problem can be solved on the law level. While passing from one law family to another law family, abstract laws bring about interpretation problems. Solution can either be casuistic method or abstract casuistic method. As it is known that casuistic laws are sentenced to death in the birth day, the solution can be abstract casuistic method. So that, judges rarely face with interpretation problems. Otherwise, old customs and concepts derived therefrom may imperceptibly influence the interpretation of perfectly straightforward provisions of the code¹⁸.

¹⁶ WEISFLOGF, W. E., Problems of Legal Transaliton, Publications of Civil Institute of Comparative Law, 12th International Congress of Companative Law, 1987, Zürich, P. 179-218. / K. LIPSTEIN, op. cit. at 12 / ADAL, op. cit. at 37-39.

¹⁷ LIPSTEIN, op. cit. at 15.

¹⁸ Ibid.

III. HISTORICAL ASPECT OF TURKISH RECEPTION

1. Meanings of Reception in the Turkish History

In the Turkish history, the history before the Ottoman is omitted in this study, reception has basically two meanings; the first is renewal in Ottoman and, the other is revolution in Turkish Republic. Western law has been in process of being received into Turkey however imperfectly or partially for a period of at least one hundred years¹⁹.

1.1. Ottoman Empire; Renewal

1.1.1. General Circumstances

As a theocratic state Ottoman Empire had a religious legal system. There was not, in fact, renewal movements until Tanzimat. Prior to Tanzimat codification had been in the meaning of "code" , as we had mentioned at the very beginning of this study; result, code itself.

Afterwards it gained another meaning, that is to say, renewal. The adoption of foreign codes in Ottoman Empire and in all countries of the near east was due both to the activities of the Western power and the wishes of the countries concerned²⁰. There was a shar'i law which is based on sharia, moreover, customary law was created by the power given by sharia, furthermore, there was a law applied for minorities and for foreigners living in the country, this law had been created due to the capitulation, for this reason it can be called as Capitulation Law and finally secular law adapted to the country via translation²¹. For the reasons mentioned, Ottoman Empire has poignantly felt the necessity for the establishment of a well settled, universally accepted and universally applicable legal system²². For this reason it was Commercial Law in which the first reception of a

¹⁹ HAMSON, C.J., Preliminary Report, Istanbul, 1955, P.7.

²⁰ ÖZSUNAY, Ergun(3), The Total Reception of Foreign Codes in Turkey, 1970, P.804.

²¹ KAŞIKÇI, Osman(2), Mecelle'nin Hazırlanışı, Özellikleri ve Üzerinde Yapılan Değişiklik Çalışmaları, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1995, P.81.

²² TİMUR, H.,The Place of Islamic Law in Turkish Law Reform, İstanbul, 1956, P.75.

foreign law was able to be given place in Turkey; Kanunname-i Ticaret, 1850²³. This clutter, at least, had to be solved on the civil law because it was the fundamental law²⁴.

1.1.2. Argument on the Sources and Conservative Solution

Almost everyone had agreed on the necessity of, at least, civil law. Yet, these persons divided into two groups by virtue of the fact how the law has to be created. The first group supported the idea of reception from a western country. Ali Pasha was leading to this group. They claimed that French civil law had to be translated into Turkish. Reception of "Code Civil" could get over the problem that country facing with. In contrast, the other group leded by A. Cevdet Pasha was opposite to this idea. They asserted that altering the basic law would constitute destruction... It was impossible to adopt a western law because there was neither religious and cultural nor historical unification between Ottoman and Europe.

1.1.3. Commissions and Medjelle

The argument was decided in favour of Cevdet Pasha. A commission was set up and he was appointed to be the head of the commission. This commission started to work in 1868 and activities of the commission were suspended or were given a vacation in 1876. The planned activity of the commission was not completed up, in any case, there appeared a code under this circumstances. The code was named to be "Medjelle"

Medjelle represents the earliest example of the reduction of Moslem law to the form of a modern legislative enactment²⁵. The reader may diagnose the application of the case law casuistic system in medjelle ²⁶. whereas, it also includes abstract provisions of the casuistic solutions.

²³ POROY, Reha, Son Elli Yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi, 50.Yıl Armağanı, İstanbul, 1973, P 587.

²⁴ KAŞIKÇI(2), op. cit. at 81.

²⁵ ÖZSUNAY(3), op. cit. at 805.

²⁶ The basic difference between two case law system is, the Anglo-American case system developed from court dicisions, whereas the Medjelle itself, is a code and does not rely on jurisprudence. ADAL, op. cit. at 36.

As it has clear and brief expressions; Medjelle can be considered to be successful law by virtue of the language. However, technical law terms keep it away from public. To some extent it imitated western technique. It tended to be a comprehensive restatement of the law except for family law and the law of inheritance²⁷. These exceptions came out due to the characteristic of İslamic law²⁸

Medjelle was tried to be up-dated by commissions. It could bring out almost nothing, but 60+30 articles. These articles were not enacted, so, remained to be drafts²⁹. The reason why this commission did not work properly is that; there was a huge bigotry on the sects, and independent judgments on the law was not functioned.

By means of drafts following medjelle, to some extent, practice of formal sect was able to get rid of, this practice had strongly been exercised. Instead of adopting the law offered by western civilization, the law was changed by other sects' provisions.

Its pure religious bases, caused medjelle impossible to be used in the contemporary Turkish Republic. The idea of adapting the law to contemporary conditions is completely foreign to the system, one can not hope to adapt the law to the needs of a modern society³⁰. This view on the Islamic law was shared by the new Republic as well. On the contrary, it was only recently, when medjelle was abolished in Israel.

1.2. Turkish Republic; Revolution.

As a secular country Turkish Republic had to have a secular law. It mustn't discriminate on the basis of religion. For this reason ministry of justice set up two committees on civil law. These committees were instructed to use religious institutions, foreign laws were allowed to be used as a secondary source on the study. This instruction made impossible to draft a law.

The attempts of Ottoman was reversed in the new republic. The attempts took place in Ottoman had intended to up-date firstly the law and then the government. Seeing that it was impossible to be

²⁷ ÖZSUNAY(3), op. cit. at 805.

²⁸ See for details, KAŞIKÇI, Osman(1), İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul, 1997, P 80.

²⁹ Ibid, P 353 et seq.

³⁰ DAVID, René, Major legal Systems in the World Today, Condon, 1968, P. 428.

accomplished, new republic acted in contrast with the Ottoman; First of all the government was secularized then law was dealt with³¹.

No commission succeeded in drafting a code. As a result commissions were disintegrated and a foreign law was investigated to be adopted. Commissions were working insufficiently, and were still under the influence of Islamic law. They failed to fit the revolutionist ideology.

2. Reception of Swiss Civil Code in Turkey

2.1. General Circumstances

Since the time required for the preparation of a new national civil code was limited, there remained for the Turkish jurists, desirous of the great codes of the century³².

Atatürk, himself, strongly interested in this law. He thought this law as a tool for carrying Turkish nation to the western civilization³³. A special committee was set up in order to translate the Swiss Civil Code from French version into Turkish. While translating, committee had made some changes in the code, because it did not suit to Turkish system as a whole. Spirit of the code was saved. Both civil code and obligation code were translated into Turkish. This study was carried and completed perfectly under supervision of Atatürk.

Great leaders, as in the example of Atatürk, rarely devoted himself to such outputs in the area of law, this is the fact in the history. At give examples; Emperor Justinianus, in drafting "Corpus Juris Civilis" and Napoleon in drafting "Code Napoleon" which is known as "full of spirit of French revolution". Napoleon succeeded in such a result by means of attending into the study with great energy and effort. Justinianus, as another example, was great leader who was perfect at selecting the person whom he studied with. He selected Tribonianus, who had a wide vision on law as well as the other social areas, moreover, he was clever and witty. Justinianus

³¹ KAŞIKÇI(2), op. cit. at 228.

³² İZVEREN, Adil, The Reception of the Swiss Civil Code in Turkey and the Fundamental Problems Arising in the Practice of Turkish Courts out of This Reception of a Foreign Civil Law, İstanbul, 1956, P.172.

³³ SUNGURBEY, İsmet, Medeni Yasa Tasarısında Yöntem ve İçeriğe İlişkin Temel Yanılgılar, Yasa Hukuk Dergisi, C.8, S.12, Aralık 1985, P.1663.

appointed him to be the chairman of codification board. These are all true for Atatürk who appointed M. Esad BOZKURT as a minister of Justice, the minister which brought in the Swiss Civil Code³⁴.

2.2. Alternatives and Selection of Swiss Civil Code

It was possible to select among French "Code Civil", ABGB of Austria, Codice Civile of Italy and the German civil code BGB at the time of studies. ABGB and Codice Civile were the first to be taken out from the list. Main argument was carried on BGB and Code Civil.

Although Code Civil was an old law, it could still be adopted because it was an abstract law. Abstract laws require a long time to become old fashioned. But its spirit was a bit old this is the reason why it was rejected.

For the BGB of Germany, on the other hand, it is different. It was also a new law as much as Swiss Law. Because no law becomes old in 11 years. Abstract casuistic method supplies a long life for BGB. It is also individualist and liberalist law, yet, it is considered a bit conservative. Its support on the freedom is another advantage. One of its disadvantage is that, it has a clear and neat language, but very scientific, Every term has a fix and technical meaning. An ordinary people can hardly understand it. This feature can also be considered as an advantage because every science requires a terminology. BGB has another advantage; in total reception, casuistic method supplies judge with ease; the code itself is the first source for judges to refer. So, by means of casuistic method a lot of provisions can be found in the code and abstract method of the code helps judges with its abstract solutions to settle the dispute easily. Moreover, German law has a huge background on both doctrine and case jurisprudence. Furthermore, in total receptions especially in reception between different law families casuistic method is the best one due to the fact that interpretation does not bring about resurrection of the former law. This is immensely important especially for revolutionist receptions. Yet, it is known that casuistic laws quickly become old, abstract method balances this disadvantage.

Swiss civil code has a national character with language of everyday life. Its articles contain short and comprehensive principles along with its individualist character. Also it is open to renewal. On the other hand there is almost nothing in common between Turkish

³⁴ Ibid. P 1666.

and Swiss society. For this reason, it is not a reception, instead, is a copying action due to the requirement of "Revolution". If an adaptation process had not been continuing since mid-XIX th century, it (application of foreign law) would have been impossible. In any case, Turkish nation had a great difficulty, in accepting this stranger law³⁵.

2.3. Characteristics of Turkish Civil Code

Although Turkish Civil Code was Put into effect as a total reception of Swiss Civil Code, in its task of interpreting and applying the code; Turkish practice has not followed slavishly the Swiss Court or Swiss legal doctrine. Instead, in a number of instances, the Turkish Court of Cassation has disagreed both³⁶.

In practice Turkish Civil Law had a unique character. As a spiritual approach its character can be described as : Revolutionist, Secularist, Democratic, Individualist, Liberalistic, Populist and it also has a social character³⁷.

IV. CONCLUSION

Turkish reception has a special character among all receptions. It is a result and an integrated part of the Turkish Revolution which took place in the new Turkish Republic. The existing laws were not complying with its spirit. In the new system it was impossible to continue with the religion based law.

Ottoman attempts indicated that studies on drafting a law got stucked by the sect bigotry, and no efficient study was accomplished. On the other hand, new republic did not have time to waste, there was a hurry to complete up the chain of revolutions.

It was impossible to draft our own law basically due to two reasons. There was not much enough time to spend studying on and, secondly country was lacking of experts to draft the law in the spirit of revolutionist philosophy. Although the experts supporting revolutions were graduated from western universities, they were still under the influence of Islamic law. Under this circumstances it was

³⁵ UMUR, *op. cit.* at 59.

³⁶ For the examples, see, ARIK, K.Fikret, *The Principal Differences Between Swiss Practice in Interpreting the Civil Code*, Istanbul, 1956, P.144.

³⁷ For the details, see, ÖZSUNAY(2), *op. cit.* at 157.

considered to be impossible to draft our law in Turkey, and so, reception was the only solution for the revolutionist leaders.

At that time, it was possible to select among "Code Civil" of France, "Codice Civile" of Italy, ABGB of Austria, German Civil Code BGB and Swiss Civil Code. ABGB and "Codice Civile" was the first to be taken out from the list. Main argument carried on BGB, "Code Civil" and Swiss code.

There had been attempts to adopt "Code Civil". Since the time before Medjelle, French law was a strong alternative. But its spirit was old this is the reason why it was rejected.

Swiss law had a strong national character, in other words, it had been drafted only for the Swiss people. Switzerland had a cantonal structure which was different from Turkey's uniform structure. In addition to its cantonal structure, Swiss law had not had an advanced or deep background on neither doctrine nor case jurisprudence. Both doctrine and case jurisprudence have vital importance in the total receptions, indeed especially in the receptions by means of which a country passes from a law family to another law family.

Another factor affecting the success of the reception is; what the type of code adopted is. This is immensely important particularly in the reception of code belonging to another law family. In such codifications casuistic laws make more success, because the code is the first source for the judges to consider or look at in the case. In contrast, abstract method keeps the law in effect or maintains its success in the long run. German Civil Code, BGB, was the only law that gathers together these two opposite characters successfully. BGB was also a new law as Swiss law. Because no law becomes old in 11 years. Abstract casuistic method supplies a long life for BGB. In total reception, casuistic method supplies judge with ease. The code itself is the first source for judges to refer. So, by means of casuistic method a lot of provisions can be found in the code and abstract method of the code helps judges with its abstract solutions to settle the dispute easily. Moreover German law has a huge background on both doctrine and case jurisprudence. Furthermore in total receptions particularly in reception between different law families casuistic code is the best choice, because interpretation does not bring about resurrection of the former law. This is immensely important especially for revolutionist receptions. Yet, it is known that casuistic laws quickly become old, abstract method can balance this disadvantage.

It is also individualist and liberalist law. Its support on the freedom is another advantage. One of its disadvantage is that, it has a clear and neat language, but very scientific. Every term has a fix and technical meaning. An ordinary people can hardly understand it. This feature can also be considered as an advantage because every science requires a terminology. Law must be different from poem.

The main reason to adopt Swiss law was M.Esat BOZKURT. He was graduated from a Swiss law faculty. As a revolutionist Minister of Justice he insisted on the Swiss law as if imposing on the other alternatives. If a pure scientific approach is made, reception of Swiss law does not base on the perfect reasons.

Although Swiss Civil Code had not been the best choice, Turkish Civil Law did not develop parallel to Swiss Law. Legal Doctrine and Court of Cassation developed the law through their own view, which adapted the code to the Turkish people. This successful background resulted in a different and independent special civil law for 75 years old Turkish Republic.

As it is known that Turkish Civil Law has been morally accepted. From now on there is only one thing to be done, that is to say; we should advance our law until reaching to the ideal level. We should be anxious about treating wrong goings in practice, and also about how we can arrange our law to meet our all needs that are derived from the nature of mankind. Because those who want to make a revolution, should comply with the requirements of feature of human. Otherwise actions, in the long or short run, can not make a success and results in a chaos or return.

As it is known that Turkish Civil Law has been morally accepted. From now on there is only one thing to be done, that is to say; we should advance our law until reaching to the ideal level. We should be anxious about treating wrong goings in practice, and also about how we can arrange our law to meet our all needs that are derived from the nature of mankind. Because those who want to make a revolution, should comply with the requirements of feature of human. Otherwise actions, in the long or short run, can not make a success and results in a chaos or return.

V. BIBLIOGRAPHY

- ADAL, E., *Fundamentals of Turkish Private Law*, Istanbul, 1994.
ARIK, F., *The Principal Differences Between Swiss Practice in Interpreting*

- The Civil Code, İstanbul, 1956.
- AYİTER, F., The Interpretation of a National Sistem of Laws Received From Abroad, İstanbul, 1956.
- DAVID, R., Major Legal Systems in the World Today, London, 1968.
- FINDIKOĞLU, Z.F., Special Aspects of the Turkish Reception of Law, İstanbul, 1956, P.163.
- HAMSON, C.J., Preliminary Report, İstanbul, 1955.
- İZVEREN, A., The Reception Of Swiss Civil Code in Turkey and The Fundamental Problems Arising in the Practice of Turkish Courts Out of a Foreign civil Law, İstanbul, 1956.
- KAŞIKÇI, O.(1), İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul, 1997.
- KAŞIKÇI, O.(2), Mecellenin Hazırlanışı, Özellikleri ve Üzerinde Yapılan Değişiklik Çalışmaları, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1995.
- LIPSTEIN, K., Reception of Foreign Law in Turkey, 1956.
- LIBERMAN/SIEDEL, The legal Environment of Business, Florida, 1989.
- ÖZSUNAY, E.(1), Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul, 1976.
- ÖZSUNAY, E.(2), Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1986.
- ÖZSUNAY, E.(3), The Total Reception of Foreign Codes in Turkey, 1970
- POROY, R., Son Elli Yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi, 50.Yıl Armağanı, İstanbul, 1973.
- POWELL, R., Law Today, London, 1993
- RHEINSTEIN, M.(1), Einfprung in die Rechtsvergleichung, 1970.
- RHEINSTEIN, M.(2), Types of Reception, İstanbul, 1956.
- SUNGURBEY, İ., Medeni Yasa Tasarısında Yöntem ve İçeriğe İlişkin Temel Yanılgılar, Yasa Hukuk Dergisi, 1963.
- TİMUR, H., The Place of Islamic Law in Turkish Law Reform, İstanbul, 1956.
- UMUR, Z., Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 1. Cilt, İstanbul, 1987.
- WEISFLOG, W.E., Problems of Legal Translation, Zurich, 1987.

Borçlar Kanunu M. 386/f.2
Karşısındaİsimsiz İş Görme Sözleşmeleri
Yapılabilir mi ?

Şaban KAYIHAN
Özcan GÜNERGÖK*

İş görme sözleşmelerinin hemen hepsinde ortak olan nokta, taraflardan birinin (iş görenin) diğer tarafa (iş sahibine) karşı daima bir iş görme borcu altına girmesi ve onun bu borcunu iş görme olarak nitelendirdiğimiz bir faaliyette bulunmak suretiyle ifa etmesidir¹. İşte bundan dolayı iş görme borcu doğuran sözleşmeler arasında büyük ölçüde benzerlik vardır ve bu sözleşmeleri birbirlerinden ayırt etmek çoğu kez önemli güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Zaten BK. m. 386/f.2 bu konuya ilişkin olarak şöyle bir düzenleme öngörmektedir: “Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.” Acaba bu düzenlemenin kapsam ve niteliğini nasıl tesbit etmeliyiz? Öncelikle Yavuz’un da belirttiği gibi, bu hükmün, mehzaz metnini teşkil eden OR. Art. 394/f.2 gözönünde tutularak, “diğer sözleşmeleri düzenleyen kanun hükümlerine tabi olmayan (bu kanunda düzenlenmemiş hiç bir sözleşme çeşidine girmeyen) işlere, vekalet kuralları uygulanır” şeklinde çevrilmesi daha isabetli olurdu².

Borçlar Kanunu m. 386/f.2 hükmünün konumuz bakımından önemi şu noktadadır: Kanunla düzenlenmiş her hangi bir iş görme borcu doğuran sözleşme, vekalet sözleşmesinin oluşmasını önleyecektir. Ancak bu hükmün varlığı başka bir hukuki problemin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu da, kanunla düzenlenmiş belli tipler ve vekalet haricinde, kendine özgü (sui generis) yapısı olan ve vekalet hukukunun uygulanamayabileceği iş görme borcu doğuran sözleşmelerin varlığının kabul edilip edilemeyeceği problemidir.

* Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlileri.

1 Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 1997, sh. 407.

2 Yavuz, Borçlar Özel, sh. 570.

Doğal olarak, öncelikle BK. m. 386/f.2'nin getirmiş olduğu düzenlemeyi ve bu düzenlemenin neden olduğu doktrin tartışmalarını ele almalı ve bu hükme rağmen isimsiz bir iş görme sözleşmesi olabilip olamayacağı sorusuna cevap bulmalıyız.

Gautschi; BK. m. 386/f.2 nin mehzaz metnini teşkil eden OR.Art. 394/f.2'ye ilişkin olarak, İsviçre'de 1911 tarihli Borçlar Hukuku revizyonu ile iş görme sözleşmeleri hakkında sui generis sözleşmelerin hariç bırakıldığı ve bu suretle bu alanda sözleşme özgürlüğü prensibinin bilinçli olarak kısıtlandığı görüşündedir. Bu görüşe göre kanun koyucu, kanunla düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerinde de bir sonuç sorumluluğu değil (Erfolgshaftung) aksine sadece yalın olarak kusur (özen) sorumluluğu (Verschuldenshaftung) öngörmüştür. Buna göre kanunkoyucu, iş görmeden menfaat sağlayacak olan iş sahibinin uğranılan zararı da karşılması gereğini kabul etmiştir³. Yazar bundan başka, OR. Art. 394/f.2 hükmünün iş görme sözleşmelerinin nitelenmesi ve sınırlandırılması için önemli bir kriter verdiğini bu görüşünü gerekçelendirmeksizin ifade etmektedir. Nihayet yazarın görüşüne göre, taraflar iş görme alanında diledikleri biçimde atipik (isimsiz) iş görme sözleşmeleri kuramazlar, zira kanunkoyucu OR. Art. 394/f.2 ile bu alanda kapalı sayı (numerus clausus) hakim kılmayı amaçlamıştır⁴. Ancak hemen ifade edelim ki Gautschi, acentelik sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklarken bu sözleşme türünün sui

³ Gautschi, Georg, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Bern 1967, Vorbemerkungen zu art. 363-379 OR. N.7, sh.14-15.

⁴ Gautschi, 3 Teilband, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR. N. 7, sh. 14-15. İsviçre Federal Mahkemesi de önceki içtihatlarında özellikle Gautschi'nin şerhine ve önceki eleştirilere dayanarak, art. 394/f.2'ye işaretli iş görme sözleşmeleri alanında sui generis sözleşmelere yer olmadığına karar vermişti. (BGE 104 II 108 vd., bkz. Wagen, Slongo Doris, Der Softwareherstellungsvertrag, Zürich 1991, sh. 149). Yine İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 83 II 529 ile Art. 394/f.2'ye dayanarak sözleşmenin ne bir iş görme sözleşmesi ve ne de sui generis olması nedeniyle gayrimenkul idaresi sözleşmesini (Liegenschaftenverwaltungsvertrag) vekalet hükmüne tabi tutmuştur. Fakat Yüksek Mahkeme vekaletin serbestçe geri alınabilirliğini, sürekli bir sözleşmeye uygulanamayacağını uygun görerek, sözleşmenin feshi için iş sözleşmesi hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna vararak burada da tam bir kombinasyon kuramamıştı. (Wagen, age., sh. 149). Yüksek mahkeme daha sonra BGE 106 II 157 vd. ve BGE 104 II 108 ile gayrimenkul idaresi sözleşmesini tamamen vekalet hukukuna tabi tutmuş ve iş görme alanında kendine özgü sözleşmelerin olamayacağını hükme bağlamıştı. (Wagen, age., sh. 149).

generis bir sözleşme sayılabileceğini ifade etmek suretiyle⁵ yukarıda belirttiğimiz görüşü ile çelişkiye düşmüş görünmektedir.

Ancak doktrinde baskın görüşe göre, iş görme alanında, OR. Art. 394/f.2'ye rağmen isimsiz sözleşmeler caiz görülmektedir⁶. Bu görüşteki yazarlar görüşlerini farklı argümanlarla gerekçelendirmektedirler.

Schulep, Vaser ve Vischer'e göre, İsviçre Özel Hukukuna hakim olan sözleşme özgürlüğü prensibi, iş görme alanında da numerus claususu reddeder⁷. Bu itibarla, taraflar sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde iş görme sahasında da isimsiz sözleşmeler oluşturabilirler.

Hofstetter'e göre, numerus clausus sadece zayıfların korunması ya da hukuk güvenliğinin perçinlenmesi amacıyla gerekli görüldüğü yerlerde haklıdır; oysa bu şekilde bir koruma ihtiyacı ve güçlendirilmiş hukuk güvenliği zorunluluğu (isimlendirilmişler dışında) diğer iş görme sözleşmeleri alanında mevcut değildir. Bir numerus clausus daha ziyade ekonomik hayatın ve sosyal yaşamın tutukluk yapmasına yol açar. Bundan dolayı, kanunkoyucu prensip itibarıyla seçme hakkını kullanmış ve sadece lehinde özel sebeplerin bulunduğu yerlerde tip zorunluluğunu benimsemiştir; oysa iş görme sözleşmeleri alanında her halukarda sui generis iş görme sözleşmelerini tamamen yerinde görmekte ve sadece, vekalet hakkındaki kuralların uygulanması yolu ile kendileri için uygun çözümlere varıldığı sözleşme ilişkilerinin vekalet olabileceği sonucuna da vararak OR. Art. 394/f.2'ye (BK. m. 386/f.2) işlerlik kazandırmaya çalışmıştır⁸.

Becker'de başka yasal sözleşme tipleri karşısında vekaletin uygulama alanının sınırlandırılması gereğine işaret etmekte ve sözleşme tiplerine vekalet hükümlerinin doğrudan değil örnekseme (kıyas) yolu ile uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar'a göre, kıyas yolu ile uygulamayı gerektirecek derecede bir yasal sözleşme tipine çok benzeyen ya da kendine özgü (sui generis) sözleşmelerin doğrudan doğruya vekalet hükümlerine bağlı

⁵ Bkz. Gautschi, Georg, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 5. Teilband, Bern 1964, 418 a-418 b, N. 4 b, sh. 200.

⁶ Bkz. Wagen, age., sh.145.

⁷ Wagen'dan naklen, bkz. Wagen, age., sh. 145.

⁸ Wagen'dan naklen, bkz. Wagen, age., sh. 145-146.

tutulmamalıdır⁹. Şu halde Becker'de, iş görme alanında kendine özgü sözleşmelerin var olabileceğini kabul etmektedir.

Zimmermann da iş görme sözleşmeleri alanında tip zorunluluğunu ve numerus claususu reddedenlerin görüşüne katılmaktadır¹⁰. Yazar'a göre, günümüzde iş görme ilişkilerinin çokluğu karşısında ilgili hukuk düzeninin (OR. Art. 394/f.2, BK.m.386/f.2) katı bir şekilde uygulanması suretiyle bu alanda az ihtimallerin tesbit edilmesi isabetli bir tutum olmaz¹¹.

Pedrazzini ise bu hükmün ortaya çıkış tarihine başvurmaktadır: 1881 tarihli eski OR.'ye göre, vekalet sözleşmesinin altına sadece hukuki işlemler konmuştu. Ancak zamanla bu alandaki anlayış değişti ve doktrin ve uygulama fiili davranışları da sözleşme konusu olarak vekalet kavramıyla ilişkilendirdi. Bu itibarla da 1911 İsviçre Borçlar Hukuku revizyonunda kanunkoyucu bu yeni hukuk anlayışını vekaletin tanımı ile ifade etmek istemişti. Uzmanlar komisyonu bundan dolayı kanuni tanımlamayı Art.394/f.2 hükmüyle tamamladı¹². Yazar'a göre, bu fıkra talihsiz formüle edilmiştir. Metin amacı olarak yeterlidir. Vekalet sözleşmesinin, görüşmelerde düzenlenmemiş tüm iş görme sözleşmeleri için hukuki şekil olarak nitelendirildiği vakıasını kanunkoyucu, bilinmeyen maddi keyfiyetlere aktarılabilen o zamanki durumun açıklanması olarak değerlendirmektedir¹³. Böylece, Pedrazzini de günümüz gerçekleri düşünüldüğü takdirde, iş görme alanında da isimsiz sözleşmelerin olabileceğini kabul eden yazarların görüşüne katılmaktadır.

Bucher de borçlar hukuku alanındaki sözleşme serbestisi prensibine işaretler, çeşitli sözleşme türlerinin bağlantılı veya karma sözleşme olarak bir araya getirebileceğini ifade etmektedir¹⁴.

Gauch ise eser sözleşmesine ilişkin olarak şöyle demektedir: "Eser sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkün olmayan her

⁹ Becker, Herman, (Çev. Dura, Suat), İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, madde, 184-551, Ankara 1993, Art. 394 N. 8, sh. 685.

¹⁰ Zimmerman, Peter, Der Geist-Werkvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1984, sh. 73.

¹¹ Zimmerman, age., sh. 73.

¹² Pedrazzini, Mario M., Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel und Stuttgart 1977, sh. 505.

¹³ Pedrazzini, age., sh. 505.

¹⁴ Bucher, Eugen, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. erweiterte Auflage Zürich 1988, sh. 203-204.

sözleşme; vekalet hükümlerine tabi olacak değildir. Zira bu gibi sözleşmeler; isimsiz sözleşmeler de olabilir¹⁵.

Buna göre bu sonuncu yazarlar da iş görme alanında isimsiz sözleşmelerin varlığını kabul eden baskın görüşe katılmaktadırlar.

Türk Hukuk doktrininde de bu konuda görüş ifade eden yazarlar İsviçre doktrinindeki baskın görüşe katılmaktadırlar. Nitekim Yavuz'a göre, iş görme borcu doğuran sözleşmeler, sadece Borçlar Kanunu'nda öngörülen hizmet, istisna, neşir (yayın), vekalet gibi sözleşmelerden ibaret değildir. Bu sözleşmelerden hangisine girdiği oldukça tartışmalı olan sözleşmeler var olduğu gibi, kanunda düzenlenen bu sözleşmelerin dışında yer alan ve tarafların serbest iradeleriyle oluşturduğu tek satıcılık, taşınmazların idaresi gibi başkaca iş görme borcu doğuran (isimsiz) sözleşmeler de bulunmaktadır¹⁶. Yazar, vekaletle ilişkin olarak sevk edilen kanun hükümlerinin yapılarına uygun olmadığı ve kanundaki diğer tiplere de girmeyen iş görme sözleşmelerini kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler olarak nitelendirmekte ve bu gibi sözleşmelere gerekiyorsa vekaletten başka tiplere ilişkin prensiplerin kıyasen uygulanabileceğini veya bu sözleşmelerin kendi yapılarına uyan yeni kurallar koyulması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir¹⁷. Sonuç olarak Yavuz'a göre BK. m. 386/f.2 hükmü, önemli bir boşluğu dolduran bir hüküm olarak değerlendirilmelidir ve BK. m.386/f.2 hükmü dolayısıyla vekalet sözleşmesi öteki iş görme sözleşmelerine oranla genel olarak düşünülmeli, sadece kanunda düzenlenemeyen iş görme sözleşmelerine değil, aynı zamanda kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerine de boşluk doldurucu olarak kıyasen uygulanabilmelidir¹⁸.

Hatemi ise konuya ilişkin olarak şöyle demektedir¹⁹: "Kanaatimce, OR. 394/II (BK. 386/II) kuralı; "numerus clausus" ilkesinin bu alanda varlığını savunmayı zorunlu kılmaz. "Numerus

¹⁵ Gauch, Peter, Der Werkvertrag, 3. Auflage, Zürich 1985, sh. 13, N.43.

¹⁶ Yavuz, Borçlar Özel, sh. 407.

¹⁷ Yavuz, Borçlar Özel, sh. 571. Bkz. aynı yönde, Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Dördüncü Tıpkı Basım İstanbul 1989, sh.384-385

¹⁸ Yavuz, Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Doktora Tezi, İstanbul 1983. sh. 92; Yavuz, Borçlar Özel, sh.578. Ayrıca bkz. aynı fikirde, Bilge, Necip, Borçlar Hukuku,(Özel Borç Münasebetleri), Ankara 1971, sh. 286 vd.

¹⁹ Bkz. Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, sh. 352.

Clausus", kanundan açıkça anlaşılmalıdır. BK. 386/II'nin anlamı şu olmak gerekir: "Somut olayda, yorum yolu ile, isimsiz bir iş görme sözleşmesinden doğan ihtilafın hangi sözleşme türüne ait kural ile çözüleceği tesbit edilemiyorsa; vekaletle ilişkin kurallardan yararlanılır". Şu halde, burada "numerus clausus" ilkesi getiren emredici bir kural değil, sadece, sözleşmeye uygulanacak kanun kuralı, güven ilkesine göre gerçekleştirilecek sözleşme yorumu ile belirlenemiyorsa, tamamlayıcı kural olarak vekalet kurallarının uygulanacağını belirten bir "yorum kuralı" dır. Böylece Hatemi de sui generis iş görme sözleşmelerinin var olabileceğini kabul etmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin en yeni içtihatları da, OR. Art. 394/f.2'nin (BK. m.386/f.2), emredici karakterde bir hüküm olmadığı ve bu nedenle sui generis (kendine özgü), iş görme sözleşmelerinin olabileceğinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir²⁰.

Kanaatimizce, BK. m. 386/f.2. hükmünü, bu hükmün mehz metnini teşkil eden OR. Art. 394/f.2'nin ortaya çıkış tarihçesine bakarak yorumlamamız gerekmektedir²¹. Gerçekten, kanunkoyucu o günkü şartlar çerçevesinde iş görme sözleşmelerinden klasik hukuki ve fiili karakteri bulunan ve basitçe yapılandırılmış hizmet edimlerini anlamıştı. Dolayısıyla o zamandan bu güne kadar ortaya çıkan yeni çeşit sözleşmeleri kanunkoyucu o günkü koşullarda düşünemezdi. Bundan dolayı, bu yeni çeşit sözleşmeler kanunun hiç bir hükmü tarafından ele alınmamıştır ve doğal olarak OR.Art. 394/f.2 (BK.m. 386/f.2) hükmü tarafından da düşünülemeyeceği ortadadır. Bu konuda esas itibariyle baskın görüşe katılmaktayız ancak bize göre, Wagen'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi²², bu

²⁰ Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 09 II 462 vd. mında daha önceki uygulamalara ilişkin eleştirilere de işaretler, eser (istisna) sözleşmesi ve vekalet unsurlu bir sözleşmeyi karışık muhtevalı bir sözleşme olarak nitelendirmek suretiyle, OR. Art. 394/f.2 hükmünün, iş görme alanında isimsiz sözleşmeleri yasaklamadığını hükme bağlamış ve isimsiz sözleşmeleri iş görme alanında da serbest bırakmıştır. (Bkz. Wagen, age., sh. 149-150).

İsviçre Federal Mahkemesi, 110 II 380 ve 114 II 53 sayılı kararlarında, bir mimarlık sözleşmesini (Architektenvertrag) bu bağlamda total müteahhitlik sözleşmesini (Totalunternehmervertrag) karışık muhtevalı sözleşmeler olarak kabul etmiş ve bu karışık muhtevalı sözleşmelere, kısmen eser sözleşmesi kurallarını kısmen de vekalet sözleşmesi kurallarını uygulamak suretiyle, BGE 109 II 462 ile değişen bu konudaki hukuki görüşünü tasdik etmiş ve o zamandan beri de bu uygulamasına bağlı kalmıştır. (Bkz.Wagen, age., sh. 150).

²¹ Bkz.aynı yönde, Wagen, age., sh. 154.

²² Bkz.Wagen, age., sh. 154.

konuda aşağıdaki şekilde tarif edebileceğimiz bir kanun boşluğu mevcuttur:

Alelade vekalet kurallarının uygulanması halinde uygun olmayan sonuçlara yol açabilecek olan bir atipik vekalet söz konusu ise bu atipik vekalet BK. m. 386/f.2) hükmünün uygulanmaması gerekir. Zira bu ihtimalde BK.m. 386/f.2'yi uygulayacak olursak ortaya ihtiyaçlara uygun olan tatmin edici sonuçlar çıkmayacaktır. Şu halde burada, gerçek olmayan bir kanun boşluğu²³(*unechte Lücke praeter legem*) bulunmaktadır²⁴. Şu hale göre, yukarıdaki yazarların da değişik gerekçelerle belirttikleri gibi, bu gerekçeye de dayanarak, iş görme alanında isimsiz sözleşmelerin var olabileceğini kabul etmeliyiz. Bununla beraber, kanunun bu hükmünün revizyona tabi tutulması yerinde olur. Kanımızca bu revizyon için Hatemi'nin BK. m. 386/f.2'ye vermiş olduğu anlam örnek olarak alınabilir²⁵.

²³ Kavram için bkz. Oğuzman M. Kemal, *Medeni Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Bası*, İstanbul 1994, sh. 63-64; Edis, Seyfullah, *Medeni Hkuka Giriş Ve başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 4. Bası*, Ankara 1989, sh, 133-134.

²⁴ Bkz.Wagen, *age.*, sh. 154.

²⁵ Bkz.Hatemi/Serozan/Arpacı, *age.*, sh. 352.

KAYNAKÇA

- Becker, Herman (Çev.Dura, Suat): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde, 184-551, Ankara 1993.
- Bilge, Necip: Borçlar Hukuku (Özel Borç münasebetleri), Ankara 1971.
- Bucher, Eugen: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. erweiterte Auflage Zürich 1988.
- Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 4. bası, Ankara 1989.
- Gauch, Peter : Der Werkvertrag 3. Auflage. Zürich 1985.
- Gautschì, Georg Berner Kommentar: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Bern 1967. (3.Teilband).
- Gautschi, Georg: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 5. Teilband, Bern 1964. (5. Teilband).
- Hatemi, Hüseyin Serozan, RonaArpacı, Abdulkadir: Borçlar hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Oğuzman M., Kemal: Medeni Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Bası,İstanbu l 1994.
- Pedrazzini, Mario M.: Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizensvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel und Stuttgart 1977.
- Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Dördüncü Tıpkı Basım İstanbul 1989.
- Wagen, Slongo Doris: Der Softwareherstellungsvertrag, Zürich 1991.
- Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 5. baskı, İstanbul 1997. (Borçlar Özel).
- Yavuz, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Menedi Hukuklarında Dolaylı Temsil, Doktora Tezi, İstanbul 1983. (Tez).
- Zimmerman, Peter: Der Geist-Werkvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1984.

ÖNCEKİ HUKUKUMUZDA ŞAHİTLİĞİN TANIMI ŞARTLARI VE NİSABI

Murat ŞEN*

GİRİŞ

I- Genel Olarak

Mecelle'nin, bir kimsenin diğer kimseden hâkim huzurunda hakkını talep etmesi olarak tanımladığı dava (1), günümüz Medeni yargılama hukukunda, bir başkası tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin mahkemeden hukuki koruma istemesine denir (2). Mahkemeden hukukî koruma isteyen kimse davacı; diğeri de davalıdır.

Davacı, iddiasının doğruluğuna hâkimi inandırmak için bir takım vasıtalara müracaat eder ki bunlara delil adı verilir (3). Bunlar, günümüz Medeni yargılama hukukunda kesin ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin deliller, ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin olmak üzere dört tane iken, takdiri deliller, şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebeplerinden ibarettir (4).

Günümüz ceza yargılaması ise, devletin belli makamlarının somut bir olayda suç isnadından çıkan uyumsuzluğu yargılaması olup (5), suçtan toplumun zarar gördüğü, dolayısıyla koğuşturmanın toplum adına yapılması gerektiği esasına dayanır. Bu koğuşturmayı yürütmek üzere de savcılıklar ihdas edilmiştir (6). Ceza

-
- * A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi
- (1) Mecelle, m. 1613. Mecelle'nin metni için bkz. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, İstanbul 1305; Ali Himmet BERKİ, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990; Ahmet AKGÜNDÜZ, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986.
 - (2) Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, Medenî Usul Hukuku, Ankara 1989, s. 140.
 - (3) İlhan E. POSTACIOĞĞU, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1970, s. 445-446.
 - (4) Bu konuda geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 255 vd.
 - (5) Nurullah KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. B., İstanbul 1986, s. 122-123.
 - (6) Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, 3. B., İstanbul 1987, s. 24-25; İslâm adliye teşkilatında bu vazifeyle görevli memurlar hakkında geniş bilgi

yargılamasında kural, herhangi bir yolla suç haberini alan ilgili makamın o suç için koğuşturmaya başlamasıdır. Takibi şikayete bağlı suçlarla şahsi dava açılması kabul edilmiş suçlar, bu kuralın istisnasını oluşturur (7). Ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması esası kabul edildiği için, şekli gerçeği aramakla yetinen medeni yargılamadan farklı olarak, her şey delil olarak kabul edilmektedir (8). Bu, "vicdani delil sistemi" adı altında, hem delil serbestliğini hem de delillerin değerlendirilmesinin serbest olduğunu ifade eder (9).

Önceki yargılama hukukumuz (İslâm ve Osmanlı yargılama hukuku), medeni ve ceza yargılaması ayırımına tabi tutulmamıştır (10). Ancak günümüzdeki ayırma paralel olması açısından, böyle bir ayırım ile delilleri yani ispat vasıtalarını belirtmek mümkündür.

İslâm-Osmanlı medeni yargılama hukuku alanında ispat vasıtaları, şehâdet, yemin ve yeminden kaçınmadır (11). İkrar, karşı tarafın iddiayı kabul etmesi olup, bu açıdan bir ispat vasıtası olarak kabul edilmemiştir (12). Ceza yargılaması alanında ise, vicdani delil sistemi kabul edilmemekte ve ispat vasıtaları, had, kısas ve tazir cezalarında farklılık göstermektedir. Had cezaları, ikrar veya şahitlerle ispatlanabilir. Zina davasında ispat, diğer had cezalarından farklıdır. Bunda, sanığın hâkim huzurunda dört kere suçu işlediğini itiraf etmesi veya dört erkek şahitle ispatlaması şartı aranmaktadır (13). Diğer had suçlarıyla kısas davalarında ise, ispat için iki erkek

için bkz. Coşkun ÜÇÖK, Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, AÜHF, Ankara 1964, s.35-36.

(7) KUNTER, s. 91; YURTCAN, s. 24-26.

(8) YURTCAN, s. 37.

(9) KUNTER, s. 541-542.

(10) Sabri Şakir ANSAY, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 3. B., Ankara 1958, s. 293-295; Mehmet Kamil YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 26; Abdülaziz BAYINDIR, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986, s. 79.

(11) BAYINDIR, s. 120.

(12) Hoca Eminefendizâde Ali HAYDAR, Dürerü'l-Hükkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm, C. IV, İstanbul 1330, s. 389.

(13) İbrahim El-HALEBİ, İzahlı Mülteka El-Ebhur Tercümesi, C. III, Çev. Mustafa Uysal, Konya 1993, s. 223.

şahit yeterli görülmüştür (14). Maddi tazminatı gerektiren davalarla tazir davalarında ise deliller, ikrar, yeminden dönme ve şahitlerdir. Burada, iki erkek şahit olabileceği gibi, bir erkek iki kadın şahit de bulunabilir (15).

II- Metod ve Kaynaklar

Bilindiği gibi, önceki usûl hukukumuzun diğer yargılama hukuklarından en önemli farkı, ispat vasıtaları konusundadır. Yargılamanın her safhasının açık olması ve hâkimin takdir yetkisinin dar tutulması yanında ispat vasıtalarının da objektif kıstaslarla değerlendirilmiş olması önceki hukukumuzun en önemli özellikleri arasındadır (16).

Konu ele alınırken öncelikle, şahit ve şahitliğin tanımı yapılacak, hem şahit olabilmek hem de mahkemede şahitlik yapabilmek için hangi şartların bulunması gerektiği belirtilecek ve had, kısas ve diğer davalar açısından şahitlik nisabı ayrı ayrı incelenecektir.

Araştırmada, kanun olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, doktrin eserleri olarak İslâm hukukçularının kaleme aldığı fıkıh kitapları ile günümüz hukukçularının eserleri, Yargıtay kararları yerine de fetva kitapları (17) tetkik edilecektir. Konuyu incelerken, İslâm hukuk ekolleri arasında mukayese yapmakla kalınmayacak, günümüz hukukuyla da paralellik kurmaya çalışılacaktır. Günümüz hukukundaki düzenleme, dipnotta verilecektir. Sade bir dil kullanılmasının tercih edileceği bu çalışmada, İslâm hukuku kaynaklarındaki terimlerin günümüz hukukundaki karşılıklarının verilmesine özen gösterilecektir.

I- ŞAHİTLİK KAVRAMI VE TANIMI

Sözlükte, kesin olarak haber vermek, bildiğini söylemek anlamlarına gelen şehadet (18) kelimesi hukuk terminolojisinde, bir

(14) HALEBİ, s. 223.

(15) YILDIRIM, s. 26.

(16) Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ, Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I, İstanbul 1990, s. 406.

(17) Sava PAŞA, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, C. I, Çev. Baha Arıkan, Ankara 1955, s. 109.

(18) Hayreddin KARAMAN/Bekir TOPALOĞLU, Arapça-Türkçe Yeni Kamus, 8. B., İstanbul 1979, s. 214; Vehbe ZUHAYLİ, İslâm Fikhi Ansiklopedisi, C. VIII,

kimsenin başka bir kimsede olan hakkını ispat için, hâkim önünde ve davalının karşısında ileri sürdüğü iddiası üzerine, üçüncü bir kimsenin "şuna ve şuna şahadet ederim" diyerek davayla ilgili bilgisini bildirmesine denir (19).

Mecelle m. 1684'de şahadeti, "şahadet bir kimsenin âhar kimesnede olan hakkını ispat için huzur-u hâkimde ve hasmeynin muvâcehelerinde şahadet lafzile yani şahadet ederim diye haber vermektir. İşbu muhbire şâhid ve ol kimseye meşhûdünleh ve ol kimesneye meşhûdünaleyh ve ol hakka meşhûdünbih denilir" (20) diyerek tanımlamıştır (21). Buna göre şahitlik, bir kimsenin başkasındaki hakkını ispat için, hâkim huzurunda ve tarafların karşısında, "şehâdet" sözüyle, görerek bildiği şeyi ifade etmesidir (22). Böyle bir beyanda bulunan kimseye «şahit» (23), lehinde

Çev. Ahmet Efe/Beşir Eryarsoy/Fehmi Ulus/Abdurrahim Ural/Y.Vehbi Yavuz/Nurettin Yıldız, İstanbul 1994, s. 301.

- (19) W. HEFFENING, Şâhid, İA., C. XI, MEB, İstanbul 1993, s. 282; Türk Hukuk Lügatı, 3. B., Ankara 1991, s. 307; M. Cevat AKŞİT, İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları, bn., tı., s. 130.
- (20) Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 389 vd.; Hacı Reşid PAŞA, Ruh'ul Mecelle, C. VIII, İstanbul 1328, s. 14 vd.; Ali Himmet BERKİ, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1990, s. 374 vd.; AKGÜNDÜZ, s. 742 vd.
- (21) Günümüz medeni yargılama hukukunda, kanunun şahadeti tanımlamamasına rağmen doktrinde şahitlik (tanıklık), üçüncü kişilerin (davanın tarafları dışındaki kişilerin), dava ile ilgili bir vakıa hakkında, dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgiyi mahkemeye bildirmelerine denir. Mesela, haksız fiilden dolayı tazminat davasında, haksız fiilin meydana geldiği anda (mesela trafik kazası anında) tesadüfen orada bulunan bir kimsenin, kazanın oluşu hakkındaki bilgisini mahkemeye anlatması gibi. Bkz. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 5. B., İstanbul 1990, s. 1766; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; Saim ÜSTÜNDAĞ Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 601.
- Günümüz ceza yargılamasında tanık beyanı, taraflardan olmayan, fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin o olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeye yetkili kılınmış bir mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü beyandır. YURTCAN, s. 227; KUNTER, s. 582.
- (22) Hayreddin KARAMAN, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1987, s. 331-332; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 407.
- (23) Günümüz medeni yargılama hukukunda da şahitlik yapan kişiye şahit (tanık) denir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; KURU, s. 1766. Günümüz ceza

şehadette bulunduğu kimseye «meşhûdünleh», aleyhinde şehadette bulunduğu kimseye «meşhûdünaleyh» ve böylece ispat edilmek istenen hakka da «meşhûdünbih» denilir (24).

Şahitler usûlüne uygun bir şekilde ifade verdiklerinde, hâkim şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması (tezkiye) yapmak ve yapılan şahitliğe göre hüküm vermek zorundadır (25). İddiası reddedilen davacı, iddiasını isbat için şahit dinletmelidir; eğer şahitleri yoksa karşı tarafa yemin teklif edebilir (26).

Bu arada belirtmek gerekir ki, şahitliğin mahkemede ispat vasıtası olarak kabul edilmesi, doğru da yanlış da olabilecek bir haberden ibaret bulunması nedeniyle, mantık kurallarına uymayan bir durumdur (27). Böyle her iki ihtimali de üzerinde taşıyan bir şey, bağlayıcı delil olamaz (28). Ancak, hâkimlerin kararlarında, şahitliğe dayanmalarını emreden naslar (29) ve bu konuda meydana gelmiş

yargılaması hukukunda da tanık, beş duyusu ile elde ettiği gözlemlerini yargıç önünde açıklayan kişidir. YURTCAN, s. 227.

(24) Ömer Nasuhi BİLMEN, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. VIII, İstanbul 1985, s. 118; HEFFENİNG, s. 282; FETAVAYİ HİNDİYYE, Ansiklopedik İslâm Fıkhu, Çev. Mustafa Efe, C. VI, Ankara ts., s. 483.

(25) Ali HAYDAR, C. IV, s. 384; Reşid PAŞA, s. 21.

(26) Alaüddin Muhammed bin Mes'ud El-KASANİ, Bedaiü's-Sanâi Fî Tertîbi's-Şerâi, C. VI, Beyrut 1974, s. 224; Ebû Bekir Muhammed bin Ebî Sehl Şemsüddin Es-SERAHSİ, El-Mebcut, C. XVI, Beyrut 1989, s. 116; KASANİ, C. VI, s. 224; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 407.

(27) Reşid PAŞA, s. 15.

(28) SERAHSİ, C. XVI, s. 112; Kural olarak, zina davasında dört, diğerlerinde iki şahit aranır. Bu kadar şahsın verdiği habere, haber-i vâhid denir ki, bu da kesin bilgi ifade etmez. Ancak burada haber-i vâhid mütevatirin karşılığı olarak kullanılmıştır. Mütevatir ise, Mecelle'nin 1677. maddesine göre, yalan söylemek üzere söz birliği etmeleri imkansız olan bir topluluk tarafından verilen haberdır. Halbuki hâkimin verdiği karar kesin ve bağlayıcıdır. Öyleyse yargı, kesin bilgi ifade eden bir delile dayanmalıdır. Çünkü şahitlik, yargıdan daha alt seviyede olmasına rağmen, kesin bilgi gerektiren bir sebebe, hâdiseyi bizzat görmüş olmaya bağlıdır.

(29) Kur'ân'da, "...Erkeklerinizden iki kişiyi de şahit tutun. Eğer iki erkek yoksa râzı olduğunuz şahitlerden bir erkek, iki kadın (şahitlik etsin)...Tâ ki kadınlardan biri unuttuğunda diğeri ona hatırlatsın..." Süleyman ATEŞ, Kur'ân-ı Kerim ve Yüce Meâli, Bakara/282, Ankara ts., s. 47. Yine Ebû Musa'nın anlattığına göre Hz. Peygambere iki kişi bir deve hakkında iddiada bulundular. Her biri, iki tane şahid getirdi. Bunun üzerine Hz. Peygamber

bulunan icmâ (30) sebebiyle bu mantık kuralı terkedilmiş ve genel bir ihtiyaca cevap verme düşüncesiyle (31), şahitlik mahkeme de delil olarak kabul edilmiştir (32).

II- ŞAHİTLİK İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Hâkimin kararına doğrudan ve kesin olarak esas teşkil eden şahitlik beyanları (33) üzerinde, eski hukukumuzda titizlikle durulmuş ve yalancı şahitliğin önlenmesi için şahitlerde bir takım şartlar aranmıştır. Bunlar, şahitin kör olmaması, dürüst olması, hâdiseyi bizzat müşâhede etmiş bulunması, yapacağı şahitliğin kendisine bir menfaat sağlamaması ve ifadelerinde çelişki bulunmaması gibi hususlardır (34). Şahitlerin verdiği ifadelerin

deveyi ikiye bölerek aralarında taksim etti". İbrahim CANAN, Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve şerhi, C. 14, Ankara 1992, s. 104-105. Bu konuda diğer hadisler için bkz. CANAN, C. 14, s. 102-129.

- (30) Ebû El-Fazl Mecdu'd-din El-MAVSİLİ, El-İhtiyar Metni el-Muhtar il-Fetva Tercemesi, İmam-ı A'zâmın İçtihat ve Görüşleri, Çev. Celal Yeniçeri, İstanbul 1978, s. 135; ZUHAYLİ, s. 301; Ali HAYDAR, C. IV, s. 388.
- (31) İnsanlar arasında anlaşmazlık ve düşmanlıkların olması ihtimali çok yüksektir. Her davayı isbat için kesin bilgi ifade eden bir delil getirmek mümkün olmayabilir ama bir olay sırasında iki kişinin şahit olması ve istendiği zaman mahkemeye gelip şahitlik yapması çoğu zaman mümkündür. Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 122.
- (32) Günümüz medeni yargılama hukukunda da şahit (tanık) delili, kesin değil takdiri deliller arasında sayılmış zayıf, çürük bir delildir. Tanığın bir vakıayı tamamen hatırında tutması ve gerçeği olduğu gibi anlatması zordur. Bundan başka, ahlak, din, şeref ve namus gibi manevî yönleri zayıf olan kişilerin, bilerek gerçeğe aykırı tanıklık yapmaları da mümkündür. Bundan dolayı, tanık delili ancak küçük meblağlar ve senede bağlanması imkansız olan hukuki işlemler ve hukuki fiiller için kabul edilmiştir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; KURU, s. 1769.
- (33) Günümüz medeni yargılama hukukunda ise, tanıklık takdiri bir delildir. Bu nedenle hâkim, tanıkların ifadeleri ile bağlı değildir; tanığın doğru söylemediğini başka delil ve belirtilerle anlarsa, tanık ifadelerinin aksi yönde de karar verebilir. Ancak hâkim tanık ifadelerini serbestçe takdir ederken sadece hâkimin vicdani kanaati yeterli olmayıp, hükümde bir tanığın ifadesinin neden kabul edildiğinin veya edilmediğinin belirtilmesi gerekir. KURU, s. 1798.
- (34) BAYINDIR, s. 144.

doğruluğundan kuşkulanan hâkim, yapılan şahitliği kabul etmeyerek, davacının başka şahitler getirmesini isteyebilir (35).

Şahitlerde aranan şartları, iki ayrı başlık altında incelemekte yarar vardır. Bunlardan biri, "tahammül-i şahadet" adı verilen, hukuki bir muamele veya olay esnasında şahit olabilmenin şartlarıdır. Diğeri ise, "edâ-i şahadet" denilen ve mahkemede şahit olabilmek için aranan şartlardır.

A- Hukuki Muamele veya Olayda Şahitlik İçin Gerekli Şartlar

Bir hukuki olaya veya yapılan bir muameleye şahit olabilmek için üç şart aranır. Bunlar, temyiz kudreti ve görme yeteneğine sahip olma ile hâdiseyi bizzat müşâhede etmekten ibarettir.

1- Temyiz Kudreti

Bir kimsenin makul surette hareket edebilme iktidarına sahip olması olarak tanımlanan temyiz kudreti (36), bir hukuki muamele veya olay esnasında şahit olabilmek için gerekli ilk şarttır (37). Dolayısıyla deliler ve henüz düşünecek çağda olmayan çocuklar şahit olamazlar (38). Temyiz kudretinden yoksun olanların şahitliğinin kabul edilmemesi, bunların, hâdiseyi iyice işitip anlayamayacağı ve mahkemede ifade verinceye kadar zihinde tutamayacağı düşüncesine dayanır (39). Temyiz kudretinden yoksun olduğu bir dönemde, hukuki bir olay veya muameleye şahit olan şahsın, temyiz kudretine

(35) Reşid PAŞA, s. 76-77; Ali HAYDAR, C. IV, s. 514-515.

(36) Türk Hukuk Lügati, Temyiz Kudreti, s. 335.

(37) Osman KESKİOŞLU, Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, Ankara 1988, 252; SERAHSİ, C. XVI, s. 113; KASANI, C. VI, s. 267-268; ZUHAYLİ, s. 303; AKŞİT, s. 131.

(38) HEFFENING, s. 282; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484.

(39) Günümüz medeni ve ceza yargılama hukukunda, tanıklık için yetenek koşulları gösterilmediği için çocukların tanık olarak dinlenilmesi mümkündür. Hatta, akıl ve fehim kuvvetleri gelişmemiş kimselerin de tanıklık yapabileceği kabul edilmiştir. Ancak, «aşıkâr hastalık arazları ile erken bunama, frengi deliliği, ihtiyarlık bunaması, budalalık, ileri derecede hezeyan psikoza, şiddetli safhasında mani gibi ruh hastalıklarından hiç bir vakit sadık ve gerçek tanıklık olamaz.» düşüncesinde olan ruh doktorlarının kaygılarını da hesaba katmak gerekir. Dolayısıyla bu kimselerin tanıklıklarının iyi değerlendirilmesi gerekir. Şerafettin CANPOLAT, Usul Hukukunda Tanık ve Psikolojisi, Adana 1974, s. 18, 20-21; YURTCAN, s. 227-228.

sahip olmasından sonra şahitliğinin kabul edilmemesi de bu sebeptedir (40).

2- Görme Yeteneği

Tahammül-i şahadetin ikinci şartı, görme yeteneğinden yoksun olmamaktır (41). Bu husus, Mecelle'nin 1686'ncı maddesinde "dilsizin ve a'manın şahadetleri makbul değildir" denilerek düzenlenmiştir. A'ma'nın şahadetinin kabul edilmemesi (42), onun, sözü söyleyen kişiyi görememesi ve dolayısıyla sesin sahibini doğru tespit edememesine dayanır. Ses sese benzeyebileceğinden şahitin yalnız sesi işitmesi yeterli görülmemektedir (43).

3- Olayı Bizzat Müşahede

Şahitlerin, şahitlik edecekleri hukuki muamele veya olayı, bizzat görüp müşâhede etmiş olmaları şarttır (44). Bu husus, Mecelle m. 1688'de, "şahidlerin meşhûdünbihi bizzat muayene etmiş olup da ol veçhile şahadet eylemesi lazımdır. Semâ' ile yani nâsdan işittim diye şahadet eylemesi caiz olmaz..." denilerek hükme bağlanmıştır. Buna göre, "halktan böyle işittim" diyerek şahitlik yapılması kabul edilmemektedir (45). Örneğin, bir kimse, iki kişi arasındaki alış veriş görmediği halde, halktan işiterek bu alış veriş davasına şahitlikte

(40) Ali HAYDAR, C. IV, s. 378; Bir hukuki olay veya muameleye şahit olduğunda temyiz kudretinden yoksun olup da, temyiz kudretine sahip iken mahkemede bu durumu gizleyip şahitlik yaparsa, yalancı şahit olmuş olur.

(41) AKŞİT, s. 131; KESKİOĞLU, s. 252-253.

(42) HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 138; ATAR'ın belirttiğine göre, "Katade'den gelen bir rivayette hukuk davalarında körün şahadeti makbul olduğu anlaşılmaktadır". Bkz. Fahrettin ATAR, İslâm Adliye Teşkilâtı, Ankara 1991, s. 198.

(43) KASANİ, C. VI, s. 266; Bundan dolayı bir kişi, gözleri kör iken şahit olduğu bir hadise hakkında gözleri görmeye başladıktan sonra şahitlik etse kabul edilmez. Eğer şahit olduğu zamanki durumunu mahkemeden gizleyerek ifadesini verirse yalancı şahit olmuş olur. Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 403.

Hanbeli ekolüne mensup hukukçulara göre, eğer kör olan bir kişi, satmak ve kiralamak gibi işitmek ile ilgili hukuki muamelelerde, sözleşme yapan tarafları tanıyabiliyorsa şahitlikte bulunabilir. Şafiiler'e göre ise, gözleri görmeyen kimse, görme ile ilgili hususlarda şahitlik edemez. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ZUHAYLİ, s. 304.

(44) AKŞİT, s. 131; Mustafa Reşit BELGESAY, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul 1963, s. 354; HALEBİ, s. 222; BİLMEN, C. VIII, s. 140.

(45) HEFFENING, s. 282; Reşid PAŞA, s. 28-29; Ali HAYDAR, C. IV, s. 414; BİLMEN, C. VIII, s. 140.

bulunursa yalancı şahit olmuş olur. Eğer başkasından duyarak şahitlik yaptığını belirtirse şahitliği kabul edilmez. Yine, biri, duvar arkasından duyduğu sese dayanarak şahitlikte bulunamaz. Çünkü duyduğu ses, sesin sese benzemesinden dolayı, hakkında şahitlik yaptığı kişinin sesi olmayabilir (46).

Sebeup veya delilleri müşahede ile hukuki muamele veya olay müşahede edilmiş olabileceği gibi, müşahede şartı aranmayan hususlar da bulunmaktadır.

a- Sebeup veya Delilleri Müşahede

Mülkiyet davasında şahitlik yapılacaksa, mülkiyetin sebebinin veya delillerinin müşahede edilmesi, bu şartın gerçekleşmesi için yeterlidir. Sebebin müşahede edilmesi, mülkiyeti nakleden sebebin müşahedesiyile olur. Satınalma veya hibe yoluyla mülkiyetin el değiştirdiğini görenin, şahitlikte bulunması buna örnektir (47). Mülkiyetin delilinin müşahedesi ise, zilyedliğin müşahede edilmesiyle olur. Bir şahsın araba, elbise veya evi başkasıyla çekişmeksizin kullandığını görenin, o malın zilyede ait olduğuna şahitliği de bu duruma örnek teşkil eder. Çünkü, kimseyle nizaya girmeden bir malı kullanmak, o malda mülkiyete delildir (48).

b- Müşahede Şartı Aranmayan Hususlar

Bir takım davalarda müşahede şartı aranmaz. Bunlar, neseb, ölüm, evlenme, vakıf, velâyet, zifâf ve mehir gibi davalardır. Bu tür davalarda kişiler, duydukları şeye dayanarak şahitlikte bulunabilirler (49). Bu hususu Mecelle 1688'nci maddesinde, "...bir mahallin vakıf yahut bir kimesnenin fevt olduğunu sikadan işittim diye şahadet etse yani buna şahadet ederim zira sikadan böyle işittim dese şahadeti makbul olur. Ve velâyet ve mevt ve neseup hususlarında vech-i şahadeti böyle tefsir eylemeyerek yani işitme sözünü söylemeyerek sema' ile şahadet eylemesi caizdir..." diyerek düzenlemiştir.

(46) Ali HAYDAR, C. IV, s. 379.

(47) Kira ve ödünç gibi sözleşmelerin yapıldığı anda hâdiseye şahit olanların, bu davalarda şahitlik yapmaları da sebebi müşahedeye dayanır. Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 380.

(48) KASANİ, C. VI, s. 267; HALEBİ, s. 225; Ali HAYDAR, C. IV, s. 380-381; Mülkiyetin delilini müşahedeye dayanarak şahitlik yapabilmek için zilyedin o mala sahip olduğu konusunda kalbine bir kanaat gelmiş olması şartı da aranmaktadır.

(49) SERAHSİ, C. XVI, s. 149; HALEBİ, S. 224; KASANİ, C. VI, s. 266; ZUHAYLİ, s. 304; BİLMEN, C. VIII, s. 140; AKŞİT, s. 131.

Söz konusu davalarda, işitmeye dayanarak şahitlikte bulunmak istihşanen (50) uygun görülmüştür (51). Bu olayların gerçek sebeplerini görenlerin az olması sebebiyle bu kural kabul edilmiştir. Örneğin, sebebi doğum olan nesebin tespiti için, doğumda hazır bulunan ebenin yanında, diğer insanların da işitme yoluyla şahit olması mümkündür. Aynı şekilde, sultanın tayin ettiği kadı veya vâlilerin davalarında da durum böyledir. Ölüm olayında da durum bundan farklı değildir. Çünkü ölenin yanında herkesin bulunması zor bir ihtimaldir. Bundan başka, nikâh akdi yapılırken de bazı özel kişilerden başkasının bulunması mümkün değildir. Fakat, bunlar öyle hukuki olay ve muamelelerdir ki, kısa zamanda duyulur ve bunlara bağlı bir takım hükümler uzun zaman devam eder. Eğer bu davalarda işitmeye dayanarak şahitlik yapmak uygun görülmeseydi bunları müşâhede edenlerin ölmesiyle, onlarla ilgili hükümler çıkmaz girerdi (52).

Bir kişinin söz konusu davalarda (53), duyduğu şeye dayanarak şahitlikte bulunabilmesi için, o şeyin, kendisinde bilgi hâsıl edecek derecede bir kuvvete sâhip olması gerekir ki bu da olay veya

-
- (50) Bilindiği gibi istihşan, kıyasa uygun düşmeyen bir hükmün kıyas-ı hafi, hadis, icma, zaruret ve maslahat gibi bir delille sabit olmasıdır. Abdülkerim ZEYDAN, *El-Veciz Fi Usûl'il-Fikh*, İstanbul 1976, s. 230; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 154-155; Fahrettin ATAR, *Fıkıh Usûlü*, 2. B., İstanbul 1992, s. 71-74; Zekiyüddin ŞA'BAN, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fikh)*, Çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara 1990, s. 159-173; BİLMEN, C. I, s. 17.
- (51) Reşid PAŞA, s. 30; Ali HAYDAR, C. IV, s. 414; Ebû Hanife'ye göre, işitmek (tesâmu') suretiyle şahit olunabilmesi için, haberin meşhur olması, insanlar arasında yaygınlık kazanması ve bu hususta haberin yalanlanamayacak bir hal alması gerekir. Bkz. MAVSİLİ, s. 137.
- Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise, şahitlik edecek kimseye, adalet sahibi iki erkeğin yahut bir erkekle iki kadının haber vermesi gerekir. Maliki ekolüne mensup hukukçular'a göre ise, tesâmu' ile şahitlik yirmi halde mümkündür. Şafiilerin kabul edilen görüşlerine göre ise, nesep, ölüm, vakıf, nikah ve eşyaların mülkiyeti hakkında tesâmu' ve istifaza (yaygın olarak bilinme) yolu ile şahitlik etmek mümkündür. Hanbeliler'e göre ise, nesep, doğum, nikah, ölüm, mülkiyet, vakıf, velayet ve azl hususlarında istifaza yoluyla şahitlik edilebilir. Tesâmu' yoluyla şahitliğin şartı ise, yalan söylemeyecek bir topluluktan işitmek ve büyük bir kalabalıktan öğrenmektir. Bkz. ZUHAYLİ, s. 304.
- (52) ZUHAYLİ, s. 304; SERAHSİ, C. XVI, s. 150; KASANI, C. VI, s. 266.
- (53) Bu davalar, velayet, vakıf, nikah, mehir, zıfaf, ıtk (kölenin hürriyete kavuşması), velâ, mevt ve nesep hususlarından ibarettir. Ali HAYDAR, C. IV, s. 414-424.

muamelenin halk arasında duyulup yaygınlaşması yani şöhretle (54) mümkündür (55).

Duyduğu şeye dayanarak şahitlikte bulunan bir kişinin mahkemede işitme sözünü söylememesi gerekir (56). Hâkime, öyle duyduğu için şahitlikte bulunduğunu söylerse şahitliği geçersiz olur (57). Ancak "bir yerin vakıf yahut bir kimsenin ölmüş olduğunu güvenilir kimselerden duydum" diye şahitlik ederse, şahitliği kabul olur (58).

B- Mahkemede Şahitlik İçin Gerekli Şartlar

Mahkemede şahitlikte bulunmaya "edâ-i şehadet" adı verilir. Mecelle m. 1687, "meclis-i muhakemenin haricinde olan şehadet mu'teber değildir" diyerek, şahitlerin ifadelerini hâkimin huzurunda vermeleri gerektiğini, mahkeme dışında yapılan şahitliğin geçerli olmayacağını (59) belirtmiştir (60). Dolayısıyla davacı, şahitlerin

-
- (54) Şöhret, ya örfi ya da şer'i olur. Örfi şöhret, halkın çoğunun o hâdiseyi bilmesidir. Şer'i şöhret ise, iki erkeğin veya bir erkekle iki kadının şahitliğiyle hasıl olur. Böyle bir haberin yalan olma ihtimaline karşı, hâkim huzurunda yapılan şahitlikte olduğu gibi burada da şahitlerin âdil kimseler olması şarttır. Bu şekilde, bir kişinin yanında iki erkek veya bir erkekle iki kadın şahitlikte bulununca şer'an bu hâdiseye o kişiye göre şöhret bulmuş sayılır. Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 150.
- (55) ZUHAYLİ, s. 304.
- (56) BİLMEN, C. VIII, s. 140-141; Ali HAYDAR, C. IV, s. 420; Mecelle m. 1688/III; Bir çocuğun doğumuna ve beş gün sonra öldüğüne dair tesamu' suretiyle yapılan şahitlik için şu örnek verilebilir: "... hîn-i vefâta habl zâhir ve ma'lûm olub ve târîh-i mezbûrda vilâdet ehl-i mahalle mâbeyninde meşhûr ve müte'aref olduktan sonra Altun bin Abdullah ve Fatuma binti Habîb ve Emine binti İlyas târîh-i mezbûrda nefsi vilâdete an ilmin ve i'kânin ve dört gün sağ olub beşinci gün fevt olduğuna şehâdet-i şer'iyye etdiklerinde..." Bkz. BA-YINDIR, s. 149.
- (57) BİLMEN, C. VIII, s. 141.
- (58) Mecelle m. 1688/IV.
- (59) Reşid PAŞA, s. 27.
- (60) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, tanıklar kural olarak davaya bakan mahkemede dinlenir (HUMK m. 241, m. 255). Hastalık veya sakatlık nedeniyle mahkemeye gelemeyen tanık bulunduğu yerde (mesela evinde, hastanede) dinlenir (HUMK m. 255/I c. 2). Görevsiz (veya yetkisiz) mahkemede dinlenen tanıkların, görevli (veya yetkili) mahkemede dinlenmeleri için hiç bir neden yoksa, görevli (veya yetkili) mahkeme, görevsiz (veya yetkisiz) mahkemedeki tanık ifadeleri ile yetinebilir. KURU, s. 1789-1790.

mahkeme dışında bir yerde şahitlikte bulduklarını iki şahitle isbat etse, geçerli değildir (61).

Mahkemede şahitlikte bulunabilmek için, şahitlerin şahısları, ifadeleri ve şahitlik ettikleri konu ile ilgili birtakım şartlar aranmaktadır. Bu şartları genel ve özel olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

1- Genel Şartlar

Bunlar, bütün şahitlerde bulunması gereken şartlardır. Bunların bulunmaması durumunda o kişinin şahitliği kabul edilemez.

a- Fiil Ehliyeti

Mahkemede şahitlik yapabilmek için gerekli ilk şart, şahidin fiil ehliyetine sahip olmasıdır (62). İslâm hukuk terminolojisinde âkıl (63) ve bâliğ olmak (64) olarak nitelenen fiil ehliyetine sahip olma, temyiz kudreti ile bulûğa ermenin birlikte bulunması halinde söz konusudur (65). Temyiz kudreti, makul surette hareket edebilme iktidarını belirtir. Buna sahip olmayan kimsenin, şahitliğin ne demek olduğunu anlayamayacağı için, şahitliği kabul edilmez (66). Dolayısıyla, deliler ve henüz düşünecek çağıda olmayan çocuklar şahitlik yapamazlar

(61) Ali HAYDAR, C. IV, s. 411.

(62) HEFFENING, s. 282; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 408.

(63) Geniş bilgi için bkz. Abdülkerim ZEYDAN, İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Ali şafak, 2. B., İstanbul 1985, s. 456; KESKİOĞLU, s. 174-175; Hamdi DÖNDÜREN, Akıl, TDVİA, C. II, İstanbul 1989, s. 247; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. II, s. 16-17;

(64) Geniş bilgi için bkz. Ali BARDAKOĞLU, Bulûğ, TDVİA, C. VI, İstanbul 1992, s. 413.

(65) Şakir BERKİ/Hayrullah HAMİDİ, İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri "Kur'anda Hukuk", 2. B., Ankara, 1962, s. 149; HEFFENING, s. 282; HALEBİ, s. 231; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 408; ZUHAYLİ, s. 307; AKŞİT, s. 131.

(66) Günümüz ceza yargılamasında ise, tanık beyanı ile hâkim bağlı bulunmadığı için, tanıklarda fiil ehliyeti şartı aranmamaktadır. Daha başka bir ifadeyle, yaşlı, çocuk, sağır, dilsiz, akıl hastası, özetle her insan tanıklık yapabilir. KUNTER, s. 583; CANPOLAT, s. 27.

(67). Aynı şekilde, şahitin büluğa ermiş yani ergenlik çağına girmiş olması da aranır (68).

b- Dilsiz ve Kör Olmamak

Bu husus Mecelle'nin 1686'ncı maddesinde, "dilsizin ve a'manın şehadetleri makbul değildir" denilerek düzenlenmiştir (69). Dilsizin, bilinen işaretlerle veya yazılı olarak şahitlik yapması da mümkün değildir (70). Çünkü, şahitliğin geçerli olabilmesi için, ifade verilirken şehâdet sözünün söylenmesi şarttır (71). Dilsiz de konuşamayacağı için şahitliği kabul edilmez (72). Gözleri görmeyen kimsenin de şahit olabilmesi mümkün değildir (73).

(67) SERAHSİ, C. XVI, s. 113; KASANI, C. VI, s. 267; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484; HALEBİ, s. 231; ZUHAYLİ, s. 307; ATAR, Adliye, s. 197; BİLMEN, C. VIII, s. 167.

(68) KESKİOĞLU, s. 253; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484; SERAHSİ, C. XVI, s. 113; Olayı büluğa ermemişken gören çocuk baliğ olduktan sonra şehadette bulunabilir. Bkz. HALEBİ, s. 231-232; Küçüklerin birbirlerine karşı şahitlikleri ise, İmam Mâlik'e göre, doktrindeki çoğunluğun aksine olarak, öldürme ve yaralama davalarında mümkündür. ZUHAYLİ, s. 307; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 515.

(69) KESKİOĞLU, s. 253; AKŞİT, s. 131. Konuyla ilgili bir fetvayı burada belirtmek yararlı olacaktır. "Amâ olan Zeyd'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz" (Ali Efendi, Fetavayı Ali Efendi C. II, s. 388, HALEBİ, s. 231'den naklen).

(70) BERKİ/HAMİDİ, s. 149; KASANI, C. VI, s. 268; Maliki hukukçular, işaretinin anlaşılması halinde dilsizin şahitliğinin kabul edileceği görüşündedirler. Çünkü dilsizin anlaşılabilir işareti, talak, nikah ve zihar hususlarında onun konuşması konumundadır, şahitliğinde de böyledir. ZUHAYLİ, s. 309.

(71) BİLMEN, C. VIII, s. 167; Ali HAYDAR, C. IV, s. 402; Reşid PAŞA, s. 26; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484, 514.

(72) Günümüz ceza yargılamasında şahitin sözlü beyanda bulunmasının istisnasını dilsizler teşkil eder. Dilsiz tanık yazabiliyorsa, yazarak ve imzalayarak, yazamıyorsa, işaretinden anlayan biri vasıtasıyla beyanda bulunur. Dolayısıyla, sağır ve kör gibi dilsizler de, özetle her insan tanıklık yapabilir. CANPOLAT, s. 27; KUNTER, s. 583.

Günümüz ceza yargılaması ile İslâm hukuku arasında bir fark da burada kendini göstermektedir. Dilsiz ve a'ma İslâm hukukunda şahitlikte bulunamazken, günümüz ceza yargılamasında bulunabilmektedir. Bunun farklı olmasının sebebi, günümüz ceza yargılamasında vicdani delil sisteminin uygulanması, buna karşılık İslâm hukukunda hakimın şahitin beyanıyla büyük ölçüde bağlı bulunmasıdır.

(73) KESKİOĞLU, s. 253; HALEBİ, s. 231; MAVSİLİ, s. 137; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484; BİLMEN, C. VIII, s. 167; Ebû Hanife, İmam

c- Hürriyet

Şahitliğin geçerli olabilmesi için gerekli olan bir diğer şart da hür (özgür) olmaktır. Bu açıdan kölelerin şahitliği kabul edilmez (74). Fakat, hürriyetlerine kavuştuktan sonra, köleyken meydana gelmiş olan olay ve muamelelere şahitlikte bulunabilirler (75).

d- Adil Olmak

Mecelle m. 1705'de, "şâhidin âdil olması şarttır. Adil, hasenâtı seyyiâtına galip olan kimsedir. Binaenaleyh rakkas ve mashara gibi namus ve mürüvveti muhil hal ve hareketleri itiyad eden eşhasın ve kizb ile maruf olan kesianın şehadetleri makbul olmaz" (76) diyerek bu hususu düzenlemiştir. Buna göre, şahitin hiç kötülüğü bulunmayan değil (77), iyi davranışları kötü davranışlarından fazla olan âdil bir kişi olması gerekir (78).

Muhammed ve Şafii hukukçulara göre, kör, dava konusu olay veya muamele esnasında görme özelliğine sahip olsa bile şahitlik sırasında kör ise şahitliği kabul edilmez. FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 514.

Maliki ve Hanbeli hukukçularla Ebû Yûsuf'a göre ise, sesin sahibinin kim olduğunu yakinen bildiği takdirde, gözü görmeyen kimsenin şahitliği kabul olunur. Yine bunlara göre, gözleri görür haldeyken müşâhede etmiş olduğu olaya kör olduktan sonra şahitlikte bulunulabilir. HALEBİ, s. 231; BİLMEN, C. VIII, s. 167.

(74) HEFFENING, s. 282; AKŞİT, s. 131; KESKİOĞLU, s. 253; BERKİ/HAMİDİ, s. 149; HALEBİ, s. 224; SERAHSİ, C. XVI, s. 113-114; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 484, 516; Hanefi, Maliki ve Şafii hukukçular, şahidin hür olması üzerinde görüş birliğine varmışlardır. Ancak Hanbeli ve Zahiriler'e göre, kölenin şahitliği de kabul edilir. ZUHAYLİ, s. 307; MAVSİLİ, s. 136.

(75) MAVSİLİ, s. 136; KASANI, C. VI, s. 267; HALEBİ, s. 231; "Zeyd'in iddiasına Amr'in âzâd edilmemiş kölesi Bekir'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz. (Feyzullah Efendi, Fetavayı Feyziye, s. 292, HALEBİ, s. 232den naklen).

(76) Ebû Hanife'ye göre, kısas ve had davalarının dışındaki davalarda kural olarak şahitlerin âdil olduğu kabul edilir. İmam Muhammed, Ebû Yusuf ve İmam Şafii ise bu görüşe katılmamaktadırlar. MAVSİLİ, s. 136.

(77) Ali HAYDAR, C. IV, s. 464.

(78) KESKİOĞLU, s. 253; AKŞİT, s. 131; HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 139; HALEBİ, s. 224-225. Şahitlik konusunda adalet denildiğinde, büyük günahlardan kaçınan, farz olan vazifeleri yerine getiren ve davranışlarının iyisi kötüsünden daha çok olan kimse anlaşılır. Kısaca adalet (dürüstlük) ile, iyi davranışların, yanlış tutum ve davranışlardan fazla olması kastedilir. Bkz. Hayreddin KARAMAN, Adâlet, TDVİA, C. I, İstanbul 1988, s. 344;

Şahitlerin âdil olmaları şartı, verdikleri habere güvenebilmek için aranmıştır. Burada adâlet, dürüstlük anlamında kullanılmakta, dürüstlüğün ise tam bir sınırı bulunmamaktadır. Bu sebeple, dürüstlüğün objektif ölçüsünü dikkate almak gerekir. Bu da, kişinin mensubu bulunduğu dinde haram olduğuna inandığı şeylerden sakınması olarak kendisini gösterir (79).

Söz konusu maddede, rakkâs (dansçı) (80) ve maskara gibi namus ve haysiyeti zedeleyen davranışlara alışmış olanlarla, yalancılığı herkesce bilinen kimselerden söz edilmektedir. Maddede sayılanlar örnek kabilinden olup kapsamın genişletilmesi mümkündür (81). Buna göre, oyun ve eğlence ile vakit geçirenler, yahut kendisini satranç ve tavla gibi oyunlara kaptıranlar (82), kadınlaşan erkekler (muhanes, eşcinsel) (83), içkiye alışmış olanlar (84), fâiz yiyenler (85) ve umûmî ahlâka aykırı davranışlarda

FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 485; Reşid PAŞA, s. 33-34; Ali HAYDAR, C. IV, s. 464-466.

- (79) Kural olarak, şahitlik yapabilmek için müslüman olma şartı aranmamakta, ancak bir gayri müslimin müslüman aleyhine şahitliği de kabul edilmemektedir. Bir gayri müslim kendi dininde haram olduğuna inandığı şeylerden sakınırsa, verdiği haberin doğruluğuna güvenilebilir. Ancak müslümanlara karşı düşmanlık beslemesi inancında olduğu düşüncesinden hareketle bir müslümanın aleyhine şahitliği kabul edilemez. Fakat kendi aralarında böyle bir durum söz konusu olmayacağından biri diğeri için şahitlikte bulunabilir. Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 113.
- (80) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 520; "Cemiyetlerde rakkaslık eden Zeyd'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz (Muhammed Arif, Fetavayı Netice, s. 298, HALEBİ, s. 234).
- (81) Bu hususta bkz. FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 514-556; Ali HAYDAR, C. IV, s. 464-465.
- (82) HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 138; KASANI, C. VI, s. 269; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 519-520; BİLMEN, C. VIII, s. 169; "İmam olup tavla, satranç oynamak devamlı âdeti olan Zeyd'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz (Abdurrahim, s. 405, HALEBİ, s. 234).
- (83) BİLMEN, C. VIII, s. 168; HALEBİ, s. 232; MAVSİLİ, s. 138.
- (84) MAVSİLİ, s. 138; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 517, 518; "Şarap içmeye müptela olup devam eden Zeyd'in, şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz" (Ali Efendi, C. I, s. 291, HALEBİ, s. 233'den naklen).
- (85) SERAHSİ, C. XVI, s. 131; MAVSİLİ, s. 138; HALEBİ, s. 234; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 517; BİLMEN, C. VIII, s. 169; "Riba yemek âdeti olan

bulunanların (86) şahitlikleri kabul edilmez. Bu gibi kişiler, tevbe edip durumlarını düzelttikleri taktirde şahitlikleri kabul edilir (87). Ancak yalancılıkla tanınıp şöhret bulmuş bir kimse tevbe etse de şahitliği kabul edilmez. Çünkü, bu kişinin tevbesinde samimi olup olmadığı bilinemez (88).

Ebû Hanife'ye göre, müslümanın dış görünüşü itibariyle âdil olduğunun bilinmesi şahitlik yapabilmesi için yeterlidir. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a (89) göre ise, zahiri adalet yeterli değil, gerçekten âdil olup olmadığının araştırılması gerekir (90).

e- İftira Cezası Görmemek

İslâm hukuku terminolojisinde "hadd-i kazf" olarak nitelenen iffete iftira suçu, namuslu bir erkek veya kadına zina iftirasında bulunulması veya nesebin inkar edilmesi olarak tanımlanmıştır (91). İddiasını dört erkek şahitle isbat edemeyen kişiye, karşı tarafın talebiyle, yaptığı iftiranın cezası olarak seksen değnek vurulur ve buna hadd-i kazif denir (92). Böyle bir kişi tevbe etse dahi şahitliği kabul edilmez (93).

Zeyd'in şehadeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz (Abdurrahim, C. II, s. 404, HALEBİ, s. 234).

(86) BİLMEN, C. VIII, s. 168.

(87) SERAHSİ, C. XVI, s. 132.

(88) SERAHSİ, C. XVI, s. 131.

(89) Ebû Yusuf'a göre, fâsık bir kişi insanlar arasında nüfuz sahibi ve haysiyetli biri ise şahitliği kabul edilir. Çünkü, yaptığı şahitlikte yalan şüphesi olmaz. İtibarlı bir kişi olduğu için, hiç kimse ona ücretle şahitlik yaptırmaya cesaret edemez. Haysiyetinden dolayı da hiçbir menfaat beklemeden yalan söylemekten sakınır. Ebû Yusuf'un bu görüşü taraftar bulamamıştır. Bkz. KASANI, C. VI, s. 269.

(90) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 485; Reşid PAŞA, s. 54; ZUHAYLİ, s. 309-310; SERAHSİ, C. XVI, s. 113.

(91) Bu suç hakkında geniş bilgi için bkz. Abdülkadir UDEH, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, C. IV, Çev. Ali şafak, Ankara t., s. 121- 159; BİLMEN, C. III, s. 229-249; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 319-320; Hayreddin KARAMAN, Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1991, s. 129; Abdurrahman CEZİRİ, Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, Çev. Mehmet Keskin, C. VII, 3. B. İstanbul 1991, s. 3159 vd.

(92) Kur'an, Nur/4, "Namuslu kadınlara (zina suçu) atıp da sonra (bu suçlamalarını ispat için) dört şahit getirmeyenlere seksen değnek vurun ve artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. Onlar yoldan çıkmış kimselerdir";

f- Çok Dikkatsizlik ve Uluorta Konuşmamak

Önceki hukukumuzdaki ifadesiyle fazla gafil ve mücâzif olan, yani çok dikkatsiz ve uluorta konuşan bir kişinin şahitliği kabul edilmez (94). Çünkü, şahitlikte konuyu iyice dinleyip anlamak ve ifade verilecek zamana kadar hafızada tutmak anlamında tam belenmiş olması (zabt) şartı aranmaktadır. Bu husustaki herhangi bir eksiklik şahitliğe şüphe düşüreceği için kişide bu özelliğin bulunmasına dikkat edilir. Bunun için de, çok dikkatsiz olan veya sözlerini uluorta söyleyip ölçülü olmayanların bu durumları halk arasında belirgin hâle gelmişse, bunların şahitliğe ehil olmadığı kabul edilir (95).

-
- (93) M.Hamdi YAZIR, Hak Dini Kur'an Dili, C. V, İstanbul ts, s. 552-553; Muhammed Ali SABUNİ, Kur'an-ı Kerim'in Ahkâm Tefsiri, C. II, Çev. Mazhar Taşkesenlioğlu, İstanbul 1984, s. 94-111.
- (93) Kur'an, Nur/4; Ebû Hanife'ye göre, tevbe etse dahi iftiracının şahadet hakkı düşer. Ebû Yusuf, İmam Züfer ve diğer hukuk ekollerine göre ise, tevbe eden iftiracının kazif cezası tatbik edilmişse, artık şahitliği kabul edilir. Bkz. SABUNİ, s. 107; UDEH, s. 155; FETAVAYI HİNDİYYE, C. VI, s. 485, 521; HALEBİ, s. 232; BERKİ/HAMİDİ, s. 150; HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 137; KARAMAN, Mukayeseli, s. 130; KESKİOĞLU, s. 253; AKŞİT, s. 132.
- Ebû Hanife ve İmam Malik'e göre, iftirada bulunanın şahitlik hakkı ancak had cezasının tatbikiyle düşer. şafii ve Hanbeli hukukçulara göre ise, had cezası uygulanmasa dahi suçun sübutu ile veya suçlunun ispattan aciz kalmasıyla şahitlik hakkının düşeceği kabul edilmektedir. Bkz. UDEH, s. 155. Bu suçta ait şahitliğin kabul edilmemesi cezasını Serahsî ve Yazır şu şekilde yorumlamaktadır: "Burada şahitliğin reddedilmesi cezayı tamamlayıcı mâhiyettir. Değnekler vücûdunu incittiği gibi, şahitliğin kabul edilmemesi de kalbini incitir. Burada caydırma (zehr) mânâsı vardır. Sonra, zina iftirasında bulunan bir kişi, suçunu diliyle işlemiştir. Şahitliğini reddetmek, suç yerine tatbik edilmiş bir cezadır. Hırsızlık cezasında olduğu gibi, bu şekildeki cezalandırma meşrûdur". Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 127; YAZIR, s. 552-553.
- (94) BİLMEN, C. VIII, s. 167; BAYINDIR, s. 155; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 408; AKŞİT, s. 131.
- (95) Ayrıca çok dikkatsiz kişinin, kendine yapılacak telkine göre ifade vermesinden de korkulur. Uluorta konuşan kişi de sözünün meşrû mu yoksa gayri meşrû mu olduğunu düşünmeksizin, dinî ve ahlâki yönden hoş karşılanmayan sözleri söyleyebileceği için, yapacağı şahitlikte de lâubâli ve aldırışsız olacağından endişe edilir. Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 113; BİLMEN, C. VIII, s. 167.

g- Menfaat Sağlamamak

Mecelle m. 1700/I'de "şehadetde def-i mağrem ve cerr-i mağnem yani def-i mazarrat ve celb-i menfaat olmamak şarttır" diyerek, şahidin davadan dolayı bir zarara uğramaması veya bir menfaat elde etmemesi gerektiği hususunu (96) belirtmiştir (97). Mecelle'de belirtilen bu hususu üç başlık altında incelemek mümkündür.

aa- Usul ve Furu'un Birbirine Şahitliği

Mecelle m. 1700/II'de "Binaenaleyh aslın fer'a ve fer'in asla yani âbâ ve ecdad ve ümmehât ve ceddâtın evlâd ve ahfadı lehlerine ve evlâd ve ahfâdın âbâ ve ecdâdı ve ümmehât ve ceddâtı lehlerine ... şehadetleri makbul olmaz" demektedir (98). Buna göre, usul ve furu'un birbirlerine karşı yapacakları şahitlik geçerli değildir (99).

(96) AKŞİT, s. 132; HEFFENING, s. 282; KESKİOĞLU, s. 253.

(97) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, taraflardan her biri, tanığın davada (tanıklık etmekte) hukuki yararı bulunduğu gibi bir nedenle doğru söylemediğini iddia ve ispat edebilir (HUMK m. 254). KURU, s. 1799; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 304.

Tanık, kendisinin veya yakın hısımlarının menfaatinin söz konusu olduğu hallerde tanıklıktan çekinebilir. Bunlar, tanıklığın, tanığın kendisine veya HUMK m. 245/1-3'teki hısımlarından birine doğrudan doğruya mali bir zarar verecek nitelikte olması (HUMK m. 246/1); tanığın kendisinin veya HUMK m. 245/1-3'teki hısımlarından birinin şeref ve haysiyetlerini ihlal etmesi veya haklarında ceza kovuşturması yapılmasını gerektirmesi (HUMK m. 246/2) durumlarıdır. KURU, s. 1772; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 301.

(98) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 524; MAVSİLİ, s. 138; HALEBİ, s. 232; AKŞİT, s. 132; HEFFENING, s. 282. Ancak, çocuğun babasıyla davasının olması durumunda, dedenin, çocuğun babası (yani kendi oğlu) aleyhine ve çocuğu lehine yapacağı şahitlik bu kuralın istisnasını teşkil eder. Çünkü burada dedenin, oğlu daha yakın iken onun aleyhinde şahitlikte bulunması, şahitliğinin reddedilmesini gerektiren töhmeti bertaraf ettiği için dedenin torunu lehindeki şahitliği geçerli olur. Reşid PAŞA, s. 44.

(99) Günümüz medeni yargılama hukukunda, tanıklıktan çekinme hakkı olan tarafların yakınları HUMK m. 245'te tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlardan biri de, iki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve furu yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle sıhriyet hasil olan evlilik bağı kalkmış olsa bile ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ve aralarında evlatlık bağı bulunanlardır (HUMK m. 245/3). KURU, s. 1771; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 300. Aynı husus ceza yargılaması açısından da geçerlidir. Bkz. CMUK m. 47.

Görüldüğü üzere bunların sadece çekinme hakkı olup bunu isterlerse kullanabileceklerdir. Oysa İslâm hukukunda ise, bunların şahitlikleri mahkemece kabul edilmemektedir.

Baba, dede, anne ve nine lehine yapılan şahitlikle, evlât ve torunlar lehine yapılan şahitliklerin geçerli olmamasının sebeplerinden biri, bunların normal olarak birbirlerinin mallarından istifade etmeleri ve bu sebeple de, lehte yapacakları şahitlikte kendilerine bir menfaat sağlama töhmetinin (100) bulunmasıdır (101).

Buna karşılık, kardeş, amca ve dayı gibi diğer akrabalarda durum böyle değildir (102). Örf ve âdete göre, bunlar birbirinin malını harcayamadıkları için birbirlerine yabancı gibi kabul edilirler. Dolayısıyla da bunların birbirleri lehine şahitlikleri geçerlidir. Bu durum, Mecelle'de, "amma ... akrabanın yekdiğeri lehine şهادetleri makbul olur" denilerek belirtilmiştir. Süt babanın süt evladı ve süt evladın da süt babası lehine yapacağı şahitlikler de bu kurala tabidir(103).

bb- Eşlerin Birbirine Şahitliği

Mecelle 1700 üncü maddesinde, karı kocanın birbiri lehine yapacağı şahitliğin kabul edilmeyeceğini, "ehad-i zevceynin diğeri lehine şهادetleri makbul olmaz" (104) diyerek belirtmiştir (105). Ancak, erkeğin karısını ayırıcı boşanma ile boşamasından sonra veya ric'i talakla boşayıp iddeti bittikten sonra, karısı lehine şahitlikte

(100) Töhmet, şahidin lehine şهادet ettiği kimseye bir fayda sağlaması yahut ondan bir zararı defetmesidir. Bkz. ZUHAYLİ, s. 312.

(101) KASANI, C. VI, s. 272; ZUHAYLİ, s. 312.

(102) Bu hususta şu fetva örnek olarak verilebilir. "Zeyd'in iddiasına amcaları Amr ve Bekir'in şهادetleri makbul olur mu? Elcevap: Olur" Abdurrahim, Fetavayı Abdurrahim, C. II, s. 405, (HALEBİ, s. 232'den naklen).

(103) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 525; ZUHAYLİ, s. 313; KASANI, C. VI, s. 272.

(104) AKŞİT, s. 132; KESKİOĞLU, s. 253; HEFFENING, s. 282; SERAHSİ, C. XVI, s. 122-123; Ali HAYDAR, C. IV, s. 449; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 525.

(105) Doktrindeki çoğunluğun görüşü bu iken, Şafii ekolüne mensup hukukçular karı-kocanın birbiri lehine şahitlik yapabileceklerini belirtirler. Bunlar, "karı ile koca arasında meydana gelen şey, sonradan ortaya çıkan bir akittir ve bozulabilir. Bu ise şahitliğin kabulüne engel değildir. Tıpkı ücretli kimsenin yanında çalıştığı kimseye şهادet etmesi gibidir" derler. Bkz. MAVSİLİ, s. 138; ZUHAYLİ, s. 313; "Hind'in lehine kocası Zeyd, şهادet etse, şهادeti makbul olur mu? Elcevap: Olmaz, Abdurrahim, C. II, s. 405, HALEBİ, s. 233'den naklen).

bulunabilmesi mümkündür (106). Çünkü, bu durumda aralarında artık töhmet sebebi kalmamıştır (107).

cc- Diğer Durumlar

Bir kimsenin yardımıyla geçimini temin edenin o kimse lehine; işçilerin de işveren lehine yapacakları şahitliğin kabul edilmeyeceğini Mecelle m. 1700'de belirtmiştir: "Bir kimsenin infakı ile teayyüş eden adamının ve ecîr-i hassının kendi lehine şahadetleri makbul olmaz" (108). Hatta, bir kimse diğeri lehine şahitlikte bulunup da henüz hüküm verilmeden evvel, şahitlikte bulunan kimse lehine şahadette bulunduğu kimsenin bağımlı işçisi olursa, yaptığı şahitlik geçersiz olur (109).

Aynı bunun gibi, ortakların, ortaklık malında (110), bir mala kefil olanın da, malın, kefil olduğu kişi tarafından sahibine iade edildiği hususunda şahitliği kabul edilmez (111). Mecelle bu hususu, "Ve kezalik şeriklerin mal-i şirkette yek diğeri lehine şahadetleri ve kefil bil-mâl olan kimsenin asil tarafından mekful-ün bihin eda olunduğuna şahadeti makbul olmaz" diyerek açıklamıştır. Ortaklık mal ile kefil olunan mal dışındaki hususlarda ise şahitliğin geçerli olduğu "amma sair hususlarda yekdiğerine şahadetleri makbul olur" (112) denilerek belirtilmiştir (113). Yine, bir vakfın geliri ile ilgili bir davada, o gelirden yararlananların (mürtezika) lehteki şahitlikleri de kabul edilmez (114); fakat, vakıf malın aslı ile ilgili şahitlikleri ise geçerlidir (115).

-
- (106) Günümüz medeni yargılama hukukunda ise, aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile iki taraftan birinin karı veya kocası (HUMK m. 245/2) şahitlikten çekinebilir. KURU, s. 1771.
- (107) SERAHSİ, C. XVI, s. 137; Ayırıcı boşanma, nikah bağı tamamen ortadan kaldıran bir boşamadır. İddetin bitmesi de nikahı tamamen sona erdirir.
- (108) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 526; MAVSİLİ, s. 138; AKŞİT, s. 132.
- (109) MAVSİLİ, s. 138; Ali HAYDAR, C. IV, s. 404.
- (110) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, tüzel kişinin taraf olduğu bir davada, o tüzel kişinin organı (kanuni temsilcisi) durumundaki kişiler tanık olarak dinlenemez. KURU, s. 1767.
- (111) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 527-528; HALEBİ, s. 232.
- (112) Mecelle m. 1700.
- (113) Ali HAYDAR, 457.
- (114) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, buna dolayısıyla benzeyen bir husus vardır: Köy orta mallarını ilgilendiren davalarda, davanın tarafı köy halkından olanların, orta mallarından yararlanmaları doğal olduğundan

Mecelle'nin m. 1701'e göre ise, "dostun dosta şehadeti makbuldür. Fakat beynlerindeki dostluk yekdiğerinin malında tasarruf etme mertebesine varırsa ol halde yekdiğerinin lehine şehadetleri makbul olmaz". Buna göre, dostun dosta şahitliği kural olarak geçerli olmasına rağmen, aralarındaki dostluğun birbirinin malında tasarruf etme derecesine ulaşması durumunda (116) geçersiz olur (117).

h- Davalıyla Arasında Bir Düşmanlık Bulunmamak

Mecelle'nin 1702 nci maddesi, "şahid ile meşhûdünaleyh beyninde adaveti dünyeviye olmamak şarttır. Adavet-i dünyeviye örf ile bilinir" hükmü ile, şahit ile davalı arasında bir düşmanlığın bulunmamasını öngörmüştür (118). Düşmanlık, bunların babalarının veya çocuklarının aralarında ise şahitliğe engel değildir (119).

Dünyevi düşmanlık, mal ve makam gibi şeylerden kaynaklanan düşmanlık olup örf ile bilinir (120). Eğer örf, şahit ile davalı arasında düşmanlık bulunduğunu kabul ederse, bu şahitliğe engeldir (121). Bu sebeple, yaralananın yaralayana, öldürülenin yakınlarının katile, zina iftirasında bulunulana bulunana karşı şahitliği kabul edilemez (122).

Düşmanlığın kaynağının dinî bir sebep olması durumunda bu, şahitliğe engel değildir (123). Çünkü, burada yalan şüphesi olmaz.

davada hukuki yararları vardır; bu nedenle, bu kişiler mensup oldukları köyün taraf bulunduğu davalarda tanık olamazlar. KURU, s. 1767.

(115) BAYINDIR, s. 156-157.

(116) HEFFENING, s. 282; Reşid PAŞA, s. 49; Ali HAYDAR, C. IV, s. 449, 459-459.

(117) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, "şahitlerin mücerret davalının meslektaşları olmaları beyanlarının samimi olmadığına delalet etmez. Başka bir ifadeyle, aynı meslek grubundan olanlar birbirlerine şahitlikte bulunabilirler. KURU, s. 1799.

(118) MAVSİLİ, s. 138; HEFFENING, s. 282; HALEBİ, s. 233; BİLMEN, C. VIII, s. 129, 134; ZUHAYLİ, s. 313; KESKİOĞLU, s. 253; Reşid PAŞA, s. 49.

(119) BİLMEN, C. VIII, s. 134.

(120) Ali HAYDAR, C. IV, s. 459.

(121) Doktrindeki bir görüşe göre ise, dünyevi düşmanlık ile kastedilen, bir kimsenin bir şahsa buğzetmesidir. BİLMEN, C. VIII, s. 134; Ali HAYDAR, C. IV, s. 459.

(122) Ali HAYDAR, C. IV, s. 459.

(123) MAVSİLİ, s. 138; HALEBİ, s. 235; Ali HAYDAR, C. IV, s. 460.

Dinî bir yasağı çiğnediği için başkasına düşman olanın, yalan yere şahitlikten de sakınacağı kabul edilir (124).

1- Kendi Davası ve Kendi Yaptığı İş Olmamak

Mecelle m. 1703 "bir kimse hem müddei hem şahit olamaz. Binaenaleyh vasinin yetime ve vekilin müvekkile şahadetleri sahih olmaz" diyerek, bir kimsenin kendi davasına şahit olamayacağını belirtmiştir (125). Buna göre, vasî yetime, vekil de müvekkile şahitlik yapamaz (126). Çünkü, bu durumda kişi, kendisi için şahitlikte bulunmuş olacaktır (127). Burada vasi ile vekil arasındaki fark, vasinin vasilikten çıkarıldıktan sonra şahitlikte bulunamamasına karşın, vekilin, vekâletten azledildikten sonra şahitlikte bulunabileceği hususudur (128).

Yine, bir kimsenin kendi yaptığı işe şahit olamayacağı da Mecelle'nin 1704 üncü maddesinde belirtilmiştir: "Bir kimsenin kendi fiiline şahadeti mu'teber değildir. Binaenaleyh vekillerin ve dellalların biz bey' etmişik diye kendi fiillerine şahadetleri muteber olmaz. Kezalik bir belde hâkimi infisalinden sonra kablel-infisal

(124) BİLMEN, C. VIII, s. 134.

(125) ZUHAYLİ, s. 312; BİLMEN, C. VIII, s. 130.

(126) Günümüz medeni yargılama hukukunda da, taraflar kendi davalarında tanık olamazlar. Tarafların bilgisinden davada isticvap yolu (HUMK m. 230 vd.) ile yararlanılır. Fakat, mahcur veya onaltı yaşından küçük olmaları nedeniyle isticvap yolu ile dinlenemeyen taraflar (HUMK m. 231), tanık olarak dinlenip, belli bir vakta (mesela haksız fiil) hakkında onların bilgilerinden de yararlanılabilmelidir. ÜSTÜNDAĞ, s. 602; KURU, s. 1766.

Günümüz ceza yargılamasında, tanıkların taraflardan biri olmaması lâzımdır. Taraf olan kimse, taraf tutacağından veya tutması çok muhtemel olduğundan, tanık olarak beyanda bulunamaz. KUNTER, s. 585.

(127) Günümüz medeni yargılama hukukunda, taraflardan birinin vekili (avukatı), üçüncü kişi olduğundan, tanık olarak dinlenebilir. Başka bir ifadeyle, avukat, vekaleten takip etmekte olduğu bir davada, taraflara oranla üçüncü kişi durumunda olduğundan, görevi dolayısıyla öğrendiği hususlar dışında tanıklık etmek zorundadır; bu halde, avukatın tanıklıktan çekinme hakkı da yoktur. KURU, s. 1766, 1772; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299. Aynı durum günümüz ceza yargılaması hukukunda da geçerlidir. Yani müdafii de tanık olabilir. CANPOLAT, s. 28.

Buna karşılık, tarafların kanuni temsilcileri tanık olamaz. Kanuni temsilcilerin bilgisinden de isticvap yolu ile yararlanılır (HUMK m. 231). KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 299; KURU, s. 1767.

(128) FETAVAYI HİNDİYYE, C. VI, s. 528; Ali HAYDAR, C. IV, s. 460; BİLMEN, C. VIII, s. 131.

kendisinden sudur etmiş olan hükme şahadet eylese sahih olmaz; amma kablel-infisal bir kimsenin kendi huzurunda vaki olan ikrarına ba'del-infisal şahadet eylese muteber olur". Buna göre, vekillerin ve komisyoncuların (dellalların), "bu malı o kimse nâmına biz satmıştık" diye kendi fiillerine şahitlikte bulunmaları geçerli olmadığı gibi, bir hâkimin görevden ayrıldıktan sonra, görevdeyken vermiş olduğu bir hükme şahitlik yapması da geçerli değildir (129).

2- Özel Şartlar

Bazı davalarda şahitlikte bulunabilmek için bir takım şartlar aranmaktadır. Bunlar, erkek olma, müslümün olma, davanın zamanaşımına uğramaması ile had ve kısas davalarında bizzat görgü şahitinin şahitlikte bulunmasıdır.

a- Erkek Olmak

Had (130) ve kısas (131) davalarında şahitlerin tamamının erkek olması gerekir (132). Kadınların şahitliğiyle had (133) veya kısas cezası verilemez (134).

(129) BİLMEN, C. VIII, s. 131.

(130) Had cezaları, topluma zararı dokunan bir takım fena hareketlerden insanları yasaklayan ve huzurun sağlanmasında önemli katkısı bulunan cezalardır. Bunlar, suçlular hakkında bir ceza olduğu gibi diğerleri hakkında da bir ibret vesilesidir. Had cezalarını gerektiren suçlar yedi tanedir: Zina, iffete iftira (kazf), içki içme, hırsızlık, yol kesme, devlete isyan ve dinden dönme suçlarıdır. Her birinin miktarı ve tatbik şekli değişmez bir şekilde bellidir. Bkz. CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 317-324; BİLMEN, C. III, s. 18; Joseph SCHACHT, İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Mehmet Dağ/Abdulkadir Şener, Ankara 1977, s. 181-186; AKŞİT, s. 53-55.

(131) Kısas, suç ve ceza arasında eşitliği amaçlayan bir ceza çeşitidir. Katili maktule karşı öldürmek, yaralı veya organı kesilmiş birinin kesik veya yaralı organına karşılık suçlunun aynı organını kesmek ve yaralamaktır. Bkz. AKŞİT, s. 55; BİLMEN, C. III, s. 18; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 325-330; SCHACHT, s. 186-192.

(132) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VI, s. 486; HALEBİ, s. 223; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 408; AKŞİT, s. 133.

(133) Bir had suçu olan hırsızlık davasında, bir kadınla iki erkek şahitlikte bulunsa, sadece sanığın çalınan malı tazmin etmesine hükmedilir; had suçlarında kadınların şahitliğinin kabul edilmemesinden dolayı el kesme cezası verilemez. Bkz. Ali HAYDAR, C. IV, s. 397.

(134) KASANİ, C. VI, s. 279.

Had ve kıyaslar dışındaki cezalarda kadınların şahitliği geçerlidir (135). Mecelle m. 1685'e göre, "Hukuk-i ibadda şehadetin nisabı iki er yahut bir er ile iki hatundur. Fakat erkeklerin ıtılayı mümkün olmayan yerlerde yalnız hatunların mal hakkında şehadetleri kabul olur".

b- Müslüman Olmak

Davalının müslüman olması halinde, buna şahitlik yapacakların da müslüman olması gerekir (136). Bu sebeple bir gayri müslimin, müslümanın aleyhine yapacağı şahitlik geçerli değildir (137). Müslüman olmadığı için bir davada şahitliği kabul edilmeyen bir kişi, müslüman olduktan sonra aynı davaya şahitlikte bulunabilir (138).

Burada, zimmi (139) ve müste'menlerin (140) şahitliğine de değinmek gerekir.

-
- (135) Reşid PAŞA, s. 23-24; Ali HAYDAR, C. IV, s. 396-401; Zâhirîlere göre, bir erkekle birlikte birden fazla kadın şahit bulunduğu takdirde, her konuda şahitlikleri kabul edilebilir. Onlar bu hususta ilgili âyetin zâhirî ifadesine dayanmışlardır. Söz konusu âyet, "Eğer iki erkek bulunmazsa o halde razı olacağınız şahitlerden bir erkekle iki kadın..." (Bakara, 282) hükmünü getirmektedir. Sadece zina davasında, aralarında erkek bulunmayan sekiz kadının şahitliğini yeterli görmüşlerdir. Burada iki kadın bir erkek yerine kabul edilmiştir. BİLMEN, C. VIII, s. 126.
- (136) AKŞİT, s. 134; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; HEFFENING, s. 282; KASANI, C. VI, s. 280.
- (137) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 52; ATAR, Adliye, s. 197.
- (138) SERAHSİ, C. XVI, s. 137; BİLMEN, C. VIII, s. 170.
- (139) Zimme, İslâm hakimiyetini tanımak şartı ile, müslüman toplumun, diğer semavi din mensuplarına konukseverlik ve koruma sağladığı süresiz olarak yürürlükte kalan bir tür sözleşmeyi ifade eder. Zimme'den yararlananlara zimmi, topluluklarına ise, eh'üz-zimme denir. CI CAHEN, Zimme, İA, C. XIII, MEB, İstanbul 1993, s. 566; Türk Hukuk Lügatı, s. 371. Başka bir ifadeyle, dini başka olduğu halde İslâm ülkesinde ikamet eden ve bazı istisnaların dışında İslâm hukukunun uygulama alanına dahil olan kimsedir. CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 188.
- (140) İslâm ülkesi vatandaşı olmayan ve izin ve pasaport ile İslâm ülkesine giriş izni verilen yabancılara müste'men, verilmeyenlere ise harbî denir. CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 188-189. Müstemen, başkasının ülkesine eman ile yani müsadde mahsusa ile dahil olan kimsedir, gerek müslim gerek zimmi veya harbi olsun. Türk Hukuk Lügatı, s. 260. İslâm ülkesinde bulunan kafirlerin, zimmi sayıldıkları veyahut kendilerine bir müslüman tarafından eman verildiği takdirde, müslüman makamlarının himayesine resmen hakları vardır. Th. W. JUYNBOLL, Müstemen, İA, C. IV, MEB, İstanbul 1993, s. 240.

aa- Zimmîlerin Şahitliği

İslâm ülkesi vatandaşı olan gayri müslimlerin yani zimmîlerin birbirleri için yapacakları şahitlikler kabul edilir (141). Bunların dinî inançlarının aynı veya farklı olması önemli değildir ama kendi inançlarına göre âdil olmaları şartı aranır (142). Meselâ, dininin yasaklarından sakınan hıristiyanlar, yahudiler aleyhine, yahudiler de mecusîler aleyhine açılmış bir davada şahitlik edebilirler (143). Zimmîler, müstemenler (yabancılar) hakkında da şahitlikte bulunabilirler (144).

bb- Müstemenlerin Şahitliği

Müste'menler kendi vatandaşları aleyhine açılan bir davada şahitlikte bulunabilirler (145). Ancak uyrukları farklı olanların birbirlerine şahitliği kabul edilmez (146). Meselâ, bir İslâm ülkesinde, müstemen bir Fransız, müstemen olan bir İngiliz aleyhine açılmış davada şahitlik yapamaz. Çünkü, bunların ülkeleri farklı olduğu için aralarındaki velâyet bağı kopuktur.

Görüldüğü üzere Zimmîler müste'menler hakkında şahitlik yapabildiği halde, müste'menler zimmîler hakkında şahitlikte bulunamazlar (147).

c- Davanın Zamanaşımına Uğramamış Olması

Kural olarak, had davalarında şahitlikte bulunmak için önceden bir davanın açılmış olması şartı aranmamaktadır (148). Kazf davasında ise, şahitlikte bulunmak için dava açılmış olması gerektiğinden, aradan uzun zaman geçmiş olsa bile şahitliğin

(141) CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; ZUHAYLİ, s. 326; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 52; MAVSİLİ, s. 139; HALEBİ, s. 235.

(142) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 52.

(143) KASANİ, C. VI, s. 280-281; Hanefilerin dışında kalan doktrinindeki çoğunluğa göre, dinleri aynı veya ayrı olsun müslüman olmayanların şahitliği mutlak olarak kabul edilmez. ZUHAYLİ, s. 327. Zahirîler de, gayri müslimin müslümana veya gayri müslime şahitlik edemeyeceğini belirtmektedirler. BİLMEN, C. VIII, s. 173.

(144) FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 52.

(145) HALEBİ, s. 235; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 52; ZUHAYLİ, s. 326; CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

(146) ZUHAYLİ, s. 327; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 52.

(147) MAVSİLİ, s. 139; HALEBİ, s. 235; FETAVAYİ HİNDİYYE, C. VII, s. 52.

(148) Reşid PAŞA, s. 40.

kabulüne engel değildir. Hırsızlık davasında, aradan uzun bir zaman geçmişse ve şahitlikte bulunulmuşsa, hırsızın elinin kesilmesine hükmedilemez. Ancak çalınan malı tazmin etmesine karar verilebilir. Talâk ve nikâh davalarında da durum böyledir (149).

Bazı davalarda ise şahitlikte bulunabilmek için davanın zamanlaşımına uğramamış olması şartı aranmaktadır (150). Kazf dışındaki had davaları ile bir haramın işlenmesine sebep olan fiili durumlara yapılan şahitlikte, özürsüz olarak aradan uzun zaman geçmemiş olması gerekir.

Şahitlikte bulunmak için gecikme açık bir özre dayanıyorsa kabul edilir (151). Davalının, hâkim bulunmayan bir yerde olması ve onu hâkim huzuruna götürmenin gecikmeye sebep olması, özür durumuna örnek teşkil eder. Ebû Hanife, gecikme konusunda bir zaman belirtmemiş, bunu hâkimlerin takdirine bırakmıştır (152). Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise, olayın gerçekleşmesinden itibaren bir aylık veya daha fazla bir gecikmeyi, şahitliğin kabulüne engel saymıştır. Bu müddetin altı ay olduğunu söyleyenler de olmuştur (153). İçki içme suçuna yapılan şahitliğin kabul edilmesi için, davalının ya sarhoş ya da içki kokusunun henüz ağzından gitmemiş olması gerekir. Ancak davalıyı, hâkim huzûruna getirinceye kadar ağzında içki kokusu kalmazsa yine bu şart aranmaz. İmam Muhammed ise, içki içme davasında şahitliğin kabulü için bu şartları aramaz (154).

d- Bizzat Görgü Şahidinin Şahitlikte Bulunması

Had ve kısas davalarında bizzat görgü şahidinin şahitlikte bulunması gerekir. Başkasından naklen şahitlikte bulunanlar (şehadeh ale's-şehadeh) ile kadı mektupları bu had ve kısas davalarında delil olarak kabul edilmez (155).

(149) KASANİ, C. VII, s. 46.

(150) CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

(151) BAYINDIR, s. 162.

(152) BAYINDIR, s. 162.

(153) KASANİ, C. VII, s. 47.

(154) BAYINDIR, s. 162.

(155) CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; KASANİ, C. VII, s. 47.

III- ŞAHİTLİKTE NİSAP

Hangi tür davada ne kadar şahidin delil olarak kabul edileceğini Kur'ân ve sünnet açıklamış bulunmaktadır. Kur'ân ve sünnet'te belirtilen bu rakamlar, şahitlerin asgarî sınırır ve kesindir. Bu sayılardan çok olabilir fakat az olamaz (156).

A- Zina Davası

Zina davasında dört erkek şahidin bulunması şarttır (157). Başka hiç bir davada dört erkek şahit şartı aranmamaktadır (158). Burada kadınların şahitliği kabul edilmez (159).

Bir kişi, nâmuslu olan karısına zina isnadında bulunur veya çocuğun kendisinden olmadığını söylese, iddiasını dört erkek şahitle isbat edemediği takdirde liân (160) ile evlilik sona erdirilir (161).

B- Had ve Kısas Davaları

Zina dışındaki had ve kısas cezalarının tesbiti için iki erkek şahidin bulunması gerekir (162). Kadınların şahitliği bu davalarda da

-
- (156) Günümüz medeni ve ceza yargılamasında, tanıklığın her hangi bir oranı yoktur. «Tanıklık nicelik değil niteliktir» ilkesi, hâkimin takdirine geniş yer veren «vicdani delil» sisteminin bir gereğidir. CANPOLAT, s. 28.
- (157) SCHACHT, s. 202; MAVSİLİ, s. 136; HEFFENING, s. 282; BERKİ/HAMİDİ, s. 144; HALEBİ, s. 223; BİLMEN, C. VIII, s. 123; KESKİOĞLU, s. 253; CEZİRİ, s. 3175; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; ZUHAYLİ, s. 314-315; "Zinanın sabit olmasında şahitlik nisabı kaçır? Elcevap: Dört erkektir. (Fetavayı Abdurrahim, C. II, s. 402, HALEBİ, s. 223'den naklen).
- (158) Dört şahit aranmasında, Allah'ın, kullarının suçunu örtmek istemesi ve ahlâksızlığın duyulup yayılmasına razı olmaması düşüncesi yatmaktadır.
- (159) Bekir TOPALOĞLU, İslâm'da Kadın, İstanbul 1990, s. 244; BİLMEN, C. VIII, s. 123.
- (160) Karısına zina isnat eden Yahut çocuğunun nesebini reddetmek isteyen ve bu iddialarını dört şahitle ispat edemeyen kocanın, hakim huzurunda karısıyla hususi bir şekilde yeminleşmesine denir. Lian'ın asıl gayesi, karının zinasını ispat etmek ve zina mahsülünü çocuğun kocaya nisbet edilmesini önlemektir. Evlenmenin sona ermesi, bu gayenin zaruri bir sonucudur. Bkz. Halil CİN, Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. B., Konya 1988, s. 79-83; CİN/AKGÜNDÜZ, C. II, s. 114.
- (161) CİN, s. 82.
- (162) MAVSİLİ, s. 136; HALEBİ, s. 223; HEFFENING, s. 282; BİLMEN, C. VIII, s. 123; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

geçerli değildir (163). Dolayısıyla, bir erkekle iki kadın, had suçu olan hırsızlık davasına şahitlik yaparlarsa, bu davalarda kadının şahitliğinin geçerli olmamasından ötürü sanığa, el kesme cezası verilemez, ancak malın tazmin edilmesine hükmedilebilir.

C- Diğer Davalar

Had ve kısas dışındaki davâlarda iki erkek veya bir erkekle iki kadın şahitin bulunması yeterlidir (164). Dava konusu mal olabileceği gibi evlenme (165), boşanma, vekâlet, vasiyet ve tazminat gibi şeyler de olabilir. (166). Mecelle m. 1685, "Hukuk-i ibadda şehadetin nisabı iki er yahut bir er ile iki hatundur" demek suretiyle bu hususu düzenlemiştir.

D- İstisnaî Hükümler

Kural bu olmakla birlikte, bunun uygulanmadığı durumlar da vardır. Bunlar, yalnız kadınların şahitliğinin yeterli olduğu, bir erkeğin şahitliğinin yeterli olduğu ve sadece bir kişinin şahitliğinin yeterli olduğu durumlardır.

1- Sadece Kadınların Şahitliği

Erkeklerin bilemeyecekleri konularda, yalnız kadınların mal hakkında şahitlikleri kabul olunur. Mecelle m. 1685/II bu hususu, "Fakat erkeklerin ıtılai mümkün olmayan yerlerde yalnız hatunların mal hakkında şehadetleri kabul olur" demek suretiyle tanzim etmiş bulunmaktadır (167).

Bazı durumlarda da sadece kadınların şahitliği yeterli sayılmaktadır. Bunlar, 1- Çocuğun sağ olarak doğduğuna şahitlik

(163) SCHACHT, s. 202; TOPALOĞLU, s. 244; BİLMEN, C. VIII, s. 123; HALEBİ, s. 223.

(164) TOPALOĞLU, s. 241; MAVSİLİ, s. 136; BİLMEN, C. VIII, s. 123; HEFFENING, s. 282; HALEBİ, s. 224; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; SCHACHT, s. 197; Diğer hukuk ekolleri ise, mülkiyet ve borçlarla ilgili davalarda davacının yemini ile birlikte bir erkeğin şahadetini kabul eder. SCHACHT, s. 197; KARAMAN, Anahatlarıyla, s. 333.

(165) Halil CİN, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, 2. B., Konya 1988, s. 100.

(166) BERKİ/HAMİDİ, s. 141-143.

(167) Bu hükmün dayanağı Hz. Hüzeyfe'nin rivayet ettiği şu hadistir: "Resûlüllah, ebenin doğum hususundaki şahitliğini kabul etti ve şöyle buyurdu: Erkeklerin bizzat bulunmaları mümkün olmayan yerlerde kadınların şahitliği geçerlidir". Bkz. SERAHSİ, C. XVI, s. 142.

(168): Bir kadının, çocuğun sağ olarak doğduğuna şahitlikte bulunması durumunda, çocuğun yıkanıp kefenlenerek cenaze namazının kılınır ve çocukla ilgili miras işlemleri (169) kesinlik kazanır (170). ii- Kadınların, erkeklerin bakamayacakları organlarındaki kusurları hususunda şahitlik (171). iii- Doğum olayına şahitlik (172): Bir kişinin karısının evlendikten altı ay veya sonrasında bir çocuk getirip bunun kocasından olduğunu söylemesi durumunda, koca da karısının doğum yapmadığını iddia ederse, böyle bir durumda bir kadının doğuma şahitliği yeterlidir (173), iv- Bekâret (174): Kadın, kocasının güçsüz olup kendisiyle cinsî temasta bulunmadığını iddia ederek ayrılma talebinde bulunur ve koca da bu iddiayı reddederse, kadınlar karının bekâretini kontrol edip bozulup bozulmadığına şahitlikte bulunurlar (175). Eğer bakire ise dava bir yıl ertelenir. Bir yıl sonra kadın, kocasının hâlâ kendisiyle cinsî temasta bulunmadığını iddia eder ve koca bu iddiayı reddederse, kadınların, "karının bekâretinin hâla bozulmadığı yolunda" tekrar yapacakları şahitliğe dayanarak, hâkim eşlerin aralarını ayırır (176). v- Kadın hamamlarında bir öldürme olayı meydana gelse, buna dair diyet hususunda kadınların şahitliği geçerli olup (177) kısas hususunda ise geçerli değildir (178).

-
- (168) SCHACHT, s. 198; MAVSİLİ, s. 136; Reşid PAŞA, s. 25; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; HALEBİ, s. 224.
- (169) EbûYusuf, İmam Muhammed, Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçulara göre, çocukla ilgili miras işlemleri konusunda bu şahitlik geçerli olur. MAVSİLİ, s. 136; Ali HAYDAR, C. IV, s. 400. Ebû Hanife ise, kadınların bu şahitliğini miras konusunda kabul etmemektedir. MAVSİLİ, s. 136; SERAHSİ, C. XVI, s. 144; HALEBİ, s. 224.
- (170) Ali HAYDAR, C. IV, s. 400.
- (171) TOPALOĞLU, s. 244; SERAHSİ, C. XVI, s. 142; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; HEFFENING, s. 282; MAVSİLİ, s. 136.
- (172) CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.
- (173) SCHACHT, s. 198; MAVSİLİ, s. 136; HALEBİ, s. 224; Bundan sonra erkek eğer, "o çocuk benden değildir" diye iddiada bulunursa, karısıyla kendi arasında liân yapılır.
- (174) SCHACHT, s. 198; CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.
- (175) HALEBİ, s. 224.
- (176) Ali HAYDAR, C. IV, s. 400.
- (177) CİN/AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409; BİLMEN, C. VIII, s. 123.
- (178) Ali HAYDAR, C. IV, s. 401.

2- Yalnız Bir Erkeğin Şahitliği

Bir tek kadının şahitliğinin yeterli olduğu hususlarda yalnız bir erkeğin şahitliği de yeterlidir (179). Çünkü, erkeklerin şahitliği kadınlarınkinden daha kuvvetlidir. Bir kadının şahitliği ile bir konu sâbit oluyorsa, aynı konu bir erkeğin şahitliği ile öncelikle sâbit olabilir (180).

3- Bir Kişinin Şahitliği

Bazı durumlarda bir kişinin şahitliği yeterli görülür. Bunlar, 1- Okulda veya bir meslek öğreniminde bulunan çocuklar arasında meydana gelen olaylarda yalnız bir öğretmen veya ustânın şahitliği (181), 11- şahitlerin ve tarafların ifadelerinin tercümesinde bir tercümanın şahitliği, 111- Gizli tezkiyede, yalnız bir kişinin şahitliği (182) 1v- Hâkimin müzekkiye, müzekkînin hâkime gönderdiği mektupların hâkim veya müzekkî tarafından gönderildiğine şahitlik, v- Telef edilmiş bir şeye kıymet takdirinde bir bilirkişi, v1- Hâkim, iflas ettiğini iddia eden bir borçluyu bir süre hapsedikten sonra, onu serbest bırakması için, bir kişinin onun gerçekten iflas ettiğine dair yaptığı şahitlik, v11- Her hangi birinin öldüğüne dair, iki kişinin âdil bir kişiden duyarak yaptığı şahitliktir.

(179) CİN/ AKGÜNDÜZ, C. I, s. 409.

(180) SERAHSİ, C. XVI, s. 144.

(181) Ali HAYDAR, C. IV, s. 398.

(182) İmam Muhammed'e göre, tezkiye edenlerin iki kişi olmaları şarttır. BİLMEN, C. VIII, s. 155