



T. C. YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ

Istanbul

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

2014

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ

Hukuk Öğretiminde Üç Önemli Kilometre Taşı;
Mukayeseli Hukuk Eğitimi, Hukuk Öğrenimi
Esnasında Staj ve Hukukçu Yetiştirmede Sınav

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN

Memleketimizde Başkanlık Sistemi Hazırlıkları
(Uygulaması)Aleyhine Bazı Düşünceler

Prof. Dr. Emin MEMİŞ

Çevreyi Korumayı Amaçlayan Pozitif Hükümler
Ve Çevre İdare Hukukunu Oluşturan İlkeler

Yrd. Doç. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Halka
Açık Olmayan Anonim Şirketin Kendi Paylarını
Devren İktisabı

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ

Tasdiksiz Defterlere Yazıldığı Gerekçesiyle Kdv
Alanında Yapılan Tarihiyatların Analizi

Arş. Gör. Semih YÜNLÜ

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru
Ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi

Arş. Gör. Evin Emine DEMİR

Tapu Sicilinin Hukuka Aykırı Tutulmasından
Devletin Sorumluluğu

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN

Kitap Tanıtımı:
"Das Staatsrecht der Bundesrepublik
Deutschland (Federal Almanya Cumhuriyeti
Devlet Hukuku)"

Doç. Dr. Salih ŞAHİNİZ

Ahlaka Aykırı Nitelikteki Cezai Şartın
Geçersizliğine İlişkin Hukuki Mütalaa

Arş. Gör. Fatma SÜMER

Seyyid Bey ve "Hak Mefhumunun ve Kuvve-i
Müeyyidesinin Suret-i Telakkisi Hakkında İslam
Felsefe-i Hukuku ile Avrupa Felsefe-i Hukuku
Arasında Bir Mukayese" Başlıklı Konferansı





**T.C. YENİ YÜZYIL
ÜNİVERSİTESİ**
İstanbul

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

DERGİNİN SAHİBİ:

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dekan)

SORUMLU MÜDÜRLER:

Arş. Gör. Fatma SÜMER

Arş. Gör. Ceren KAYA

Arş. Gör. Melisa AYDIN

TASHİH:

Arş. Gör. Merve TURANLI

Arş. Gör. Evin Emine DEMİR

Arş. Gör. Elif Merve SUBAŞI

Arş. Gör. Semih YÜNLÜ

EDİTÖR:

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ

YAYIN KURULU:

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ (Başkan)

Prof. Dr. Celal ERBAY

Prof. Dr. Emin MEMİŞ

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN

Doç. Dr. Salih ŞAHİNİZ

Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN

Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR

TASARIM:

Abdulkadir KARATAŞ

YIL: 2, SAYI: 3, Ocak 2014

YÖNETİM YERİ:

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Cevizlibağ - İstanbul

YAYININ TÜRÜ:

Yerel süreli (Yılda 2 kez yayınlanır.)

İLETİŞİM ADRESİ:

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekanlığı

Yeni Yüzyıl Üniversitesi

Dr. Azmi Ofluoğlu Yerleşkesi

Cevizlibağ / Zeytinburnu İSTANBUL

Tel: 0 212 444 50 01 - 1200

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi Hakemli bir dergidir.
Dergide yayınlanan yazılarda ileri
sürülen görüşler yazarlara aittir,
Fakülteyi bağlamaz.



HAKEMLER KURULU/ REFEREES BOARD

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Fevzi DEMİR (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Fatih UŞAN (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof.Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Talat CANBOLAT (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Fuat YILDIZ (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TİCARET HUKUKU

Prof. Dr. Sami KARAHAN (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Ali AYLI (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yard. Doç. Dr. Abdullah ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MEDENİ HUKUK

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

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof.Dr. Süleyman YALMAN (Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç.Dr. C.Salih ŞAHİNİZ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MEDENİ USUL İCRA İFLAS HUKUKU

Prof. Dr. Abdurrahman KARSLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DEVLETLER ÖZEL HUKUKU

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Doç. Dr. Hakan SAMUR (Mardin Artuklu Üniversitesi İİBF)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

ANAYASA HUKUKU

Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yavuz ATAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Servet ARMAĞAN (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Abdurrahman EREN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

GENEL KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yard. Doç. Dr. Murat TÜMAY (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Celal ERBAY (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yard. Doç. Dr. Mustafa KOÇAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İDARE HUKUKU

Prof. Dr. Emin MEMİŞ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Melikşah YASİN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARAASLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

CEZA VE CEZA USUL HUKUKU

Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Recep GÜLŞEN (Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Ramazan ARITÜRK (U.A. Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Mehmet TENGİZ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yard. Doç. Ali Emrah BOZBAYINDIR (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TÜRK HUKUK TARİHİ

Prof. Dr. Celal ERBAY (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa AVCI (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DEVLETLER UMUMİ HUKUKU

Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MALİ HUKUK

Prof. Dr. Ziyaettin BİLDİRİCİ (Anadolu Üniversitesi İİBF)
Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin
Öz Değerleri

- ✓ Akıl ve bilim
- ✓ Dürüstlük, adalet ve etik
- ✓ Sevgi ve Hoşgörü
- ✓ Hukukun üstünlüğü ve egemenliği
- ✓ Demokrasi kültürü
- ✓ İnsan haklarına saygı

Temel Amacımız

Akıl ve bilim önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek





İÇİNDEKİLER

Hukuk Öğretiminde Üç Önemli Kilometre Taşı; Mukayeseli Hukuk Eğitimi, Hukuk Öğrenimi Esnasında Staj Ve Hukukçu Yetiştirmede Sınav..... 1

Three Milestones in Law Education; Comparative Law Education Internship During Law Education and Exam in The Completion Of Law Education

Prof. Dr. M. Refik Korkusuz - Arş. Gör. M. Halit Korkusuz

Memleketimizde Başkanlık Sistemi Hazırlıkları (Uygulaması) Aleyhine Bazı Düşünceler 9

Central Thoughts on Preparations Towards Presedential System in Turkey

Prof. Dr. Servet Armağan

Çevreyi Korumayı Amaçlayan Pozitif Hükümler Ve Çevre İdare Hukukunu Oluşturan İlkeler27

The Environment Protection Positive Rules And The Environment Administration Law Principle

Prof. Dr. Emin Memiş

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketin Kendi Paylarını Devren İktisabı.....57

Derivative Acquisition Of Own Shares By Joint Stock Companies Pursuant To The Turkish Commercial Code No: 6102

Yrd. Doç. Dr. Fena İpek Kayalı

Tasdiksiz Defterlere Yazıldığı Gerekçesiyle Kdv Alanında Yapılan Tarhiyatların Analizi89

The Analysis Of Tax Assessment Arising From VAT That Recorded To Non-Certified Books

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İleri

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru Ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi103

Gross Fault Of Contractor In Contract Of Work And Period Of Limitation Related To This

Arş. Gör. Semih Yünlü

Tapu Sicilinin Hukuka Aykırı Tutulmasından Devletin Sorumluluğu117

The Responsibility Of Stat For REcord Keeping Contrary To Land Registration Law

Arş. Gör. Evin Emine Demir

Kitap Tanıtımı: "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Federal Almanya Cumhuriyeti Devlet Hukuku)"133

Book Review "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland"

Prof. Dr. Servet Armağan

Ahlaka Aykırı Nitelikteki Cezai Şartın Geçersizliğine İlişkin Hukuki Mütalaa139

Legal Remarks on Invalidity of Immoral Penal Clause

Doç. Dr. Salih Şahiniz

Seyyid Bey ve "Hak Mefhumunun ve Kuvve-i Müeyyidesinin Suret-i Telakkisi Hakkında İslam Felsefe-i Hukuku ile Avrupa Felsefe-i Hukuku Arasında Bir Mukayese" Başlıklı Konferansı147

Seyyid Bey and His Paper on "Comparing European and Islamic Philosophy of Law in Perception of The Concept of Law and Its Sanction Power"

Arş. Gör. Fatma Sümer



HUKUK ÖĞRETİMİNDE ÜÇ ÖNEMLİ KİLOTMETRE TAŞI; -MUKAYESELİ HUKUK EĞİTİMİ, -HUKUK ÖĞRENİMİ ESNASINDA STAJ - VE HUKUKÇU YETİŞTİRMEDE SINAV¹

Three Milestones in Law Education; Comparative Law Education Internship During Law Education and Exam in The Completion Of Law Education²

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ*
M. Halit KORKUSUZ**

ABSTRACT

Most of the academics in the area state that the system has to be amended and the education of law should be contacted with a new system. It is obvious that it is not possible to change the present law education system massively. Instead of this it is necessary purport suggestions that will support the problematic parts of the system. To our point of view comparative law education, compulsory internship during law education and “central examination for the assessment of general legal information”, which would be conducted following the graduation from law faculty and completion of law internship can be named as our suggestions.

Key words: Comparative law, training of lawyer, education of law student, examiatoin of lawyers

ÖZET

Hukuk eğitimi konusunda söz alan akademisyenlerin çoğu, sistemin değişmesi gerektiğini ve yeni bir sistem ile hukuk eğitimi verilmesi gerektiğini beyan etmektedir. Mevcut eğitim sisteminin “toptancı bir mantık ile değiştirilmesi”nin mümkün olmadığı ortadadır. Bunun yerine, sistemin sıkıntılı noktalarına katkı yapacak önerilerde bulunmak gerekir. Bize göre bunlar; mukayeseli hukuk eğitimi, hukuk öğrenimi esnasında zorunlu staj ve Hukuk Fakültesi’nde mezun olduğunda ve avukatlık stajının bitiminde yapılacak “asgari bilgi ölçme ve değerlendirme merkezi sınavı”dır.

Anahtar Kelimeler: Mukayeseli hukuk, avukatlık stajı, hukuk eğitimi, avukatlık sınavı

*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı.

**Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

1 Bu tebliğin sunumu, 9-11 Kasım 2013 tarihinde Akadeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yapılan 1. Hukuk Eğitimi Konferansı’nda yapılmıştır.

2 This presentation is presented at “The First Law Education Conference”in Akdeniz University Law Faculty, 9-11 November 2013

I- MUKAYESELİ HUKUKUN ÖNEMİ

Bir ülkedeki yürürlükte bulunan bir hukuk sisteminin işlerliğinin tespitini ve değerlendirmesini, sadece o ülke hukuk tatbikatına bakarak tespit etmek mümkün değildir. Ülkede tatbikatta olan bir kurumun, diğer ülkelerde karşılık gelen kurumlarla ve ‘uluslararası hukuk’taki kurumlarla olan mukayesesi, o konuda daha ciddi değerlendirme imkanı verecektir. Bu değerlendirmeyi yapacak kurum ise “mukayeseli hukuk” tur.

A- TARİHİ GELİŞİMİ

Batı Dünyası’nda 17. yüzyıl’da başlayan “Mukayeseli Hukuk” çalışmaları, özde muhtelif hukuk düzenlerinde yer alan kuralların birbirlerine kıyaslayarak incelenmesi ve ortak hukuki çözümler bulunmasını konu etmeyi amaçlar³. Her gün biraz daha yakınlaşan hukuk düzenlerinin bu niteliğine rağmen, hukuk eğitimcileri, uzun bir süre bu imkandan uzak durdular. 1901’de Paris’te ve 1919’da da Amerika’da yapılan tarihi toplantıda Roscoe Pound mukayeseli hukuk araştırmaları ile çeşitli hukuk sistemlerinde uygulanabilen ortak normların araştırılması fikrini kabulü etmiş ve bunu takiben, “mukayeseli hukuk” artık bir anabilim dalı olarak inceleme konusu olmaya başlamıştır.

Mukayeseli hukuk günümüzde hukuk alanında, özellikle son zamanlarda, üzerinde çokça durulan ve gelişme sürecini yaşayan bir sistemdir⁴. Bu sistem en temel şekliyle uzak/yakın, yerli/yabancı kavramlarının çok kısa sürede ve büyük ölçüde değiştiği günümüzde farklı kültür ve hukukların incelenip kıyaslanması ve bu sistemleri en iyi şekilde uyumlaştırılmayı amaçlar. Bu bilim dalı, genel hukuk bilgisinin ilerlemesi ve hukuk ilminin gelişiminde önemli bir rol üstlenir⁵. Genel olarak milli hukukun ve milli hukuk kurumlarının daha iyi anlaşılmasını sağladığı gibi, kurumların uygulanmasına pozitif katkıda bulunur. İncelendiğinde karşılaştırmalı hukukun, medeni hukuktan ticaret hukukuna, ceza hukukundan sosyal güvenlik hukukuna kadar hukukun her alanına katkıda bulunduğu görülmektedir.

B- MUKAYESELİ HUKUKTA DİKKAT EDİLECEK TEMEL HUSUSLAR

Mukayeseli hukuk çalışması bir ülkenin diğer ülkeyle karşılaştırılmasından çok daha kapsamlı bir araştırma gerektirmektedir. Karşılaştırması yapılan ülkelerinin hukuki bir soruna yaklaşımlarının birbirinin aynısı olduğunu ifade etmek ya da aralarındaki farkları liste halinde tespit etmek bir karşılaştırmalı hukuk çalışması için yeterli değildir. Bu farklılık veya benzerliğin neden kaynaklandığının da açıklanması ve araştırılması gerekir. O halde bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasında karşılaştırılmak üzere seçilen ülkeler arasında daha detaylı bir inceleme yapmak ve bu kapsamda tarihsel gelişim sürecini, ülkelerin sosyo-politik yapısını ve bağlı olduğu hukuk çevresinin genel özelliklerini de çalışma kapsamında ele almak gereklidir. Örneğin; bir hukuk sisteminde var olan bir kurumun diğer hukuk sistemine

3 ESENER, Turhan, **Hukuk Başlangıcı, Genel Hukuk Bilgisi**, 7. Baskı, İstanbul-2006, s.106.

4 ESER, Albin, **The Importance Of Comparative Legal Research For The Development Of Criminal Sciences**, Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, s. 492 vd.

5 ÖZSUNAY, Ergun, **Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1975, s. 260 vd.

aynen alındığı sonucuna varılırsa; bunun hangi tarihsel temellere dayandığı veya kültürel bir etkileşimin sonucu olup olmadığı açıklanmalıdır.

Mukayeseli hukuk araştırmaları sayesinde kendi milli sistemimizin zayıf ve güçlü yönlerini daha iyi değerlendirebiliriz. Belli ülke uygulamaları kendi sistemimizde yapacağımız yasal düzenlemelerde bize yararlı ipuçları sağlayabilir. Bu karşılaştırmalar sonucunda belirli modellere ait hipotezleri test etmek ve bazı genellemelere ulaşmak suretiyle endüstri ilişkileri alanında “teori” geliştirmemiz mümkün olabilir. Modeller ve teori gelecekteki olası gelişmeler hakkında önemli ipuçları sağlayabilir. Araştırma bulguları, ulusal ve çok uluslu işletmeler, uluslararası sendikalar ve kanun koyucular için yararlanabilecekleri bir kaynak oluşturabilir. Bu noktada sadece kural ve kurumların mukayesesi tekniğinin etkinlik ve yararlılık açısından sorunlar doğurabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Kural ve kurumların mukayesesinden ziyade daha doğru olan yaklaşım bu kurumların işlevlerini mukayese etmektir. Ortak bir plana dayanılan ülke çalışmaları (yatay yöntem) yapmak belki gereklidir; ancak yeterli değildir. Daha yararlı olan yatay yaklaşımın veri ve bilgilerden hareketle belirli boyutların, örneğin (istihdam güvencesi, yönetime katılma, uyuşmazlık çözüm yöntemleri, vb. gibi boyutların) derinlemesine incelenmesine yönelik (dikey yöntem) karşılaştırmalar yapmaktır⁶.

C - HUKUK FAKÜLTELERİNDEKİ EĞİTİME KATKISI

Mukayeseli hukuk her ne kadar yabancı hukuk sistemlerinin incelenmesi gibi algılansa da aslında bir anlamda kendi hukuk sistemimize dışarıdan üçüncü bir göz olarak bakmak, onu uyumlaştırmak için en azından kendi hukukumuzun sağlamasını yapmak için bir araçtır. Bu sayede ulusal mevzuatlarımızdaki eksiklikleri görmek fırsatı yakalarken, çağın ve toplumsal yapının ihtiyaçlarını ve ulusal mevzuatın çağın realitesine uygunluğunu da denetlemiş oluruz. Bunlarla aynı doğrultuda, çağdaş bir hukukçu olma yolunda yabancı hukuklara hakim olmak da çok önemli hale gelmiş bulunmaktadır ki, mukayeseli hukuk araştırmaları bize bu hakimiyeti kazandırma konusunda değerli bir araçtır⁷.

Bu anlamda, laik bir batılı hukuk devleti kurmuş olan Türkiye'nin kültürel köklerini tümünden reddetmesi mümkün olmadığı için kendi medeniyetiyle barışık ve bunu batılı hukuk değerleri ile tezyin etmesi kadar yüz yıl önce terk ettiği “İslam hukuku” sisteminin mukayeseli hukuk ilkeleri çerçevesinde tartışılması, hukuk sistemimize önemli katkı sağlayacaktır. Yüz yıl öncesinde başlayan ve hemen hiç değişikliğe uğramayan hukuk eğitiminin bütünüyle bugün aynen savunulması, mevcut sistemini bir dogma haline getirecektir. Sosyal hayattaki gelişmeyi ve ihtiyaçları gözardı etmiş olacaktır.

Gözardı edilmemesi gereken güzel bir gelişme; Türk hukuk fakültelerinde seçmeli derslere önem verilmeye başlanmasıdır⁸. Ancak gerek dekanlık görevini yürüttüğüm hukuk fakültesinde, gerekse diğer hukuk fakültelerinde gözlemlediğim kadarı ile “Bolonya süreci” olarak başlatılan ve derslerin % 65'inin seçmeli olması

6 <http://journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/sosyalsiyaset/article/view/81> E.T. , 01.12.2013.

7 ÖZSUNAY, s. 283.

8 GÜRİZ, Adnan, Hukuk Eğitime Genel Bakış, TBB Yayınları, S. 59, Ankara-2004, s.25.

öneren sisteme hukuk fakültelerinde yakınlaşamadık. Bu durumun bir çok sebebi var. Alışkanlıklarımızı yenememek ve bir önceki hukuk öğretimine ilişkin eğitimlerin bir sonraki nesilde de bütünüyle aynı olmasını isteme yönünde çok ciddi bir iradenin varlığı, bana göre, bu sebeplerin başında gelmektedir. Örneğin, bugün Avrupa ülkelerinin hukuk fakültelerinde çok ciddi bir kurumsal mahiyet alan; pazarlık hukuku, belagat ve müzakere gibi etkileşim becerilerine yönelik özel derslerimiz yok⁹. Belirtilen hukuk becerilerinin, hem kamu hukuku bölümünde hem de özel hukuk bölümünde tatbiki kabil olduğu her türlü münakaşadan varestedir. Ancak, hukuk eğitimcilerinin, belki de yoğun programları nedeniyle, mukayeseli hukuktan istifade etmekten uzak kaldıkları da yadsınamaz gerçektir. Oysa, her iki bölümde de mukayeseli hukuktan en geniş şekilde istifade edilmesi gerekirdi. Hukuk eğitimcileri, hukuk sistemimizi anlatırken ilgili kurumun hem batı hukuk sistemlerindeki hem de doğu hukuk (İslam hukuku, Çin Hukuku ve Hint Hukuku gibi) sistemlerindeki karşılığını ve uygulamasını anlatabilmeli ve öğrencilere verecekleri ödevlerle de onları bu yönde gelişmeleri için teşvik etmelidir. Aksi takdirde, biz hukuk eğitimcileri, her gün biraz daha yakınlaşan hukuk sistemlerinin sağladığı imkanlardan yararlanmak yerine, dar bir alana, yerele sıkışmak gibi tehlikeyle karşı karşıya kalabiliriz. Örneğin, Roma Hukuku, uzunca bir süre yaşadığı tıkanıklığı 10. YY'da İslam Hukuku kurumlarından sağladığı adaptasyonlarla aşmıştır. Özellikle, kölelerin medeni hukuk anlamında kişi olmadığı ve dolayısıyla temsil yeteneklerinin bulunmadığı noktasından tevkil edilebilir noktasına gelmesinde, İslam hukukçularının geliştirdiği “vekalet ve temsil” kurumunun önemli bir payı bulunmaktadır.

Sayıdığımız bu önemli görevlerine paralel olarak hem yurt içinde hem de yurt dışında karşılaştırmalı hukuk enstitülerinin artan sayısı ve yine üniversitelerde ders olarak kendine sıkça yer bulması da mukayeseli hukukun günümüzdeki önemini göstermektedir. Ayrıca, bu bilim dalında gelinen noktayı mukayeseli hukukun hukuk nosyonunun değişmez bir parçası olacağına belirtileri olarak kabul etmek mümkündür.

II- HUKUK EĞİTİMİ ESNASINDA STAJIN ÖNEMİ

A- HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRENCİLERİ İÇİN STAJIN GEREKLİLİĞİ

Hayatın bilimsel, teknik ve kültürel alanlardaki gelişme ve sorunlarını yakından izleyip, çözümler üretmeyen bir hukuk sistemi ile müfredatını ve öğretim kadrolarını bu gelişmeye uyumlu hale getiremeyen eğitim kurumları, “çağdaş ve demokratik bir düzen yaratma” görevinde zafiyet göstereceklerdir¹⁰.

Hukukta öğretim ve hukukçunun eğitim kavramları birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Bu çerçevede, hukuk öğretiminin amacının kişiye “hukuk alanındaki gerekli bilgiyi aktarmak ve ona gelecekteki hukuk uygulamasının esasları hakkında bilgi vermek” olduğunu söylemek mümkündür. Hukuk öğretimi pratik hukuk eğitimi ile birlikte olduğu takdirde büyük bir kıymet ifade edecektir. Aksi takdirde, günümüzde var olan “hukuk fakültelerinin tatbikattan

9 ROTTLEUTHNER, s. 28.

10 ÇİÇEK, Cemil, **Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi**, TBB Yayınları, S. 59, Ankara-2004, s. 15.

bigane ve salt teorik bilgileri veren kurumlar” yaftalaması devam edecektir.

Belirtilen nedenle öncelikle, hukuk fakültesi öğrenimi devam ederken, öğrencilerin yılın 30-60 günlük dilimlerinde; Fakülte idaresinin kontrolünde mahkemelere giderek oradaki işleyişleri görmesi ve sahip olduğu teorik bilgileri ile karşılaştırması, çok önemlidir. Bu yöntem hukuk öğretiminde izahta sıkıntıya düştüğümüz bir çok açmazımızın aşılmasını sağlayacaktır. Şüphesiz bu staj, Mühendislik Fakültesi öğrencilerinde, halen uygulanmaktadır.

Şüphesiz, hukuk fakültesi eğitimi esnasında yapılacak staj, normal Avukatlık Kanunu esaslarına göre, Barolar nezdinde yapılacak stajın varlığına hanel getirmeyecektir. Hukuk fakültesi eğitimi sırasında getirilecek zorunlu staj deneyimi, öğretim üyeleri gözetiminde olacağı için, öğrencilerin teorik ve pratik bilgilerinin kaynaştırılmasını sağlayacaktır. Öğrenci bir taraftan gördüğü uygulamayı sorgulayacak ve bunun hukuksal teorik alt yapısını sorgulamak durumunda kalacaktır. Bugün, okulla ilişkisi kalkmış avukat stajyerleri, kendilerine bilimsel danışmanlık yapacak, eğitimcilerden mahrumdurlar.

Ayrıca, öğrenim sırasında staj zorunluluğunun Hukuk Fakültesi'ne getireceği zorluk olacaktır. Ancak fakülte idareleri bunu eğitimin bir parçası olarak kabul etmeli ve ona göre plan yapmalıdırlar.

B-AVUKATLIK SINAVININ GEREKLİLİĞİ

Öte yandan, avukatlık mesleği gibi çok ciddi bir kamu görevini icra edecek insanların, mesleki yeterliliğinin ölçülmeksizin mesleğe kabul edildikleri ülke sayısı kanaatimce dünyada bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıdadır. Ne yazık ki bunlardan birisi de ülkemizdir. 28.11.2006 tarihinde kabul edilen avukatlık sınavı hiç uygulanmadan, 5558 sayılı Kanun ile avukatlık sınavı yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır¹¹.

Belirtilen nedenle avukat olmak salt hukuk fakültesinden mezun olmaya indirildiği için, çıraklıktan kalfalığa geçiş için bile yapılan sınavdan daha basit hale getirdi. Hukuk fakültesinden mezun olan herkese verilen staj yapma imkanı ve stajın akabinde verilen “avukatlık ruhsatnamesi” mesleğin ciddiyetini sorgular hale gelmiştir.

Hukuk fakültesini bitirmede mutlaka merkezi sınav yapılarak, belli düzeyin altında kalan hukuk mezunlarının avukatlık stajı yapmaları engellenmelidir. Avukatlık stajını bitirdikten sonra da, ayrıca “ avukatlık sınavı” konulmalıdır. Bu sınavda başarılı olamayanlar avukatlık hak ve yetkilerini kullanamamalıdırlar. Avrupa Birliği ülkelerinin tamamına yakınında mevcut olan bu avukatlık sınavı, her gün artan ve arttığı için korkulan yeni hukuk fakültelerinin kaldırılmasının yerine, daha rekabetçi ortam hazırlayacaktır. Örneğin, iyi eğitim veremeyen hukuk fakültelerine rağbet olmayacak ve iyi eğitimin veremeyen fakülte bir vakıf üniversitesine ait ise

¹¹ Avukatlık sınavının kaldırılmasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla konu Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve mahkeme iddiayı haklı bularak, avukatlık sınavının var olması gerektiği gerekçesiyle, avukatlık sınavını kaldıran 5558 sayılı kanunun 1. ve ilgili diğer maddelerini 15/10/2009 tarihli ve E.2007/16, K.2009/147 sayılı kararı ile iptal etmiştir.

bu fakülte bir müddet sonra kapanmak zorunda kalacaktır.

Avukatlık sınavının uygulanmaya başlaması ile hukuk eğitimine yönelik tartışılan bir çok hususun pratik değeri de olacaktır. Zira, hukuk fakültelerinin kalitelerini de ölçmek için, sınav dışında herhangi bir veri ya da sağlam ölçüt bulunmamaktadır.

Avukatlık stajına başlayabilmek için “staja kabul değerlendirmesi” ve avukatlık mesleğine kabul için “staj yeterlilik değerlendirmesinde” başarılı olma koşullarını getiren yönetmelik değişikliği, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun 7-8 Ekim 2013 tarihli toplantısında kabul edilmiştir. Bu karar, Avk. K.182. maddesi gereğince Adalet Bakanlığı’nın onayına sunulmuştur¹². Ancak, bu yönetim kurulu kararı, muhtemelen ya Adalet Bakanlığı’nca reddedilecek ya da yargı yoluyla iptal edilecektir. Zira, yürürlükten kaldırılmış bir yasa hükmüne göre getirilen bu düzenlemenin kanuni mesnedi bulunmamaktadır.

Söz konusu iyi niyetli girişimin, çıkarılacak bir maddelik yasa hükmü ile kanuni mesnet olarak desteklenmesi çok yerinde olacaktır. Öte yandan, söz konusu alandaki staj, hukuk fakültesi sonrasında ki staja yöneliktir. Oysa, bizim önerimiz olan fakülte eğitimi sırasında stajın ifasından başka normal barolara bağlı olarak yapılan staj öncesinde ve stajın bitiminden sonra yapılacak olan ve muhtemelen Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından gerçekleştirilecek merkezi bilgi tespiti sınavı ile asgari bir bilgi birikiminin altındaki mesleğe kabul edilmesi önlenmiş olacaktır. Aksi takdirde avukatlık mesleği gibi çok saygın bir mesleği, yeterliliği olmayan hukuk fakültesi mezunları eliyle, telafisi güç ve imkansız darbelere maruz kalacaklardır.

12 haber.sol.org.tr/devlet-ve-siyaset/avukatlara-sinav-geliyor-haberi-80851 Erişim Tarihi, 04.11.2013.

SONUÇ OLARAK;

I- Mukayeseli hukuktan yararlanma;

- Mevcut hukuk sisteminin daha iyi öğrenilmesini sağladığı gibi, hukuk uygulamasına da önemli katkı sağlar.

- Mevcut hukuk sistemindeki tıkanıklığın çözümünde perspektif kazandırır.

- Hukuk sisteminde var olan ilgili kurumların, diğer hukuk sistemlerindeki karşılığını öğrenme imkanı verir.

- Öğrencilerin mukayese ve özgün düşünme yeteneklerini arttırır.

II- Hukuk öğretimi devam ederken;

- Öğrencilerin fakülte yetkililerinin kontrolü altında, eğitimin süresi dahilinde 2-3 ay staj görmeleri, onların teorik bilgileri ile pratik deneyimleri öğretim üyeleri kontrolünde kaynaştırmalarını sağlar.

- Hukuk fakültelerinden asgari bir bilgi birikimi ile mezun olup olmadığını ve Baro stajı sonrasında mezunların becerilerini denetleyen mekanizmaların (sınavların) konulmasında yarar vardır.

III- Bir yasa hükmü ile hiç uygulanmadan kaldırılan avukatlık sınavının, objektif kriterlerin tespitinden sonra tekrar yasalaşması, ihmale gelmez bir zorunluluktur.



MEMLEKETİMİZDE BAŞKANLIK SİSTEMİ HAZIRLIKLARI (UYGULAMASI) ALEYHİNE BAZI DÜŞÜNCELER

*Central Thoughts on Preparations Towards Presidential
System in Turkey*

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN *

ÖZET

Hükümet sistemleri tek başlarına bir ülkeyi esenliğe çıkarmaya yeterli sayılmazlar. Her ülkenin insanları ve tarihi şartları, kendi hükümet sistemini ortaya çıkarır. Türkiye’de yaklaşık 150 yıldır, çok az istisnalar dışında, genellikle Parlamenter Sistem uygulanmaktadır. Başkanlık Sistemi ise dünyada sadece ABD’de başarı ile devam etmektedir. Memleketimizde uygulandığı takdirde, faydadan çok zarar getirecektir. Memleketimizdeki anayasa hukukçuları da genellikle bu görüştedirler.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Hukuku, Hükümet sistemleri, parlamenter sistem, başkanlık sistemi, ABD.

ABSTRACT

Government systems alone can not be deemed enough to bring a country to well-being. Every country’s people and historical circumstances bring together its government system. For about 150 years, apart from a few years of exceptions, Turkey has generally been ruled with a parliamentary system. The presidential system is used successfully only in the U.S. If the presidential system is used in our country, it will bring more harm than good. Most of the constitutional jurisprudents share this opinion.

Key words: Constitutional Law, Government systems, the parliamentary system, presidential system, USA.

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Bir müddetten beri memleketimizde başkanlık sisteminin kabul ve tatbiki istikametinde görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler, bilhassa Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) iktidarının ikinci dönem iktidara gelmesinden itibaren gittikçe artan bir tempoyla ortaya konulmuştur.

Yaklaşık iki yıldır ise, yoğun bir şekilde konuşulan bir konu haline gelmiştir. Yapılmakta olan anayasa çalışmalarında da AK Parti tarafından anayasaya konulmak istenmesi sebebiyle bu konuda bir uzman olarak görüşlerimizi açıklamak isteriz.

Her şeyden evvel belirtelim ki başkanlık sisteminin Türk Anayasa Hukuku sistemine alınmak istenmesinin ana sebebi siyasi hayatımızdaki keşmekeşliklerden kurtulmak şeklinde özetlenebilir. Böylece bu sistem yürürlüğe girdikten sonra yasama ve yürütme organları arasındaki hukuki münasebetlerin, daha sağlıklı biçimde gelişeceğine inanılmaktadır. Yani siyasi hayatımızın keşmekeşliklerinden kurtulmak için çare olarak kabul ediliyor.

AK PARTİ delegeleri tarafından TBMM Uzlaşma Komisyonuna da teklif olarak sunuldu.

AK Parti iktidarı uzlaşma komisyonuna delegeleri eliyle verdiği teklifte başkanlık sistemini yapılmakta olan anayasa çalışmalarında nazara alınması ve hatta anayasa metninin içinde, madde ifadeleri şeklinde yer alması istemiştir.

Yaklaşık 45 yıldır anayasa hukuku ile ilgili çalışmalar yapan bir kimse olarak bu konudaki görüşlerimizi aşağıda özetlemeye çalışacağız. Bu açıklamaları yaparken, başkanlık sistemi lehinde gösterilen delilleri sıralamaya gerek görmüyoruz. Çünkü zaten aşağıdaki açıklamalardan, bir buçuk asırdır memleketimizde uygulanan “parlamentar sistem”in kaldırılıp yerine başkanlık sisteminin getirilmek istenmesinin temelleri çürüten deliller sıralanmaktadır:

1-“Meclis Hükümeti”, “Parlamentar Hükümet Sistemi” ve “Başkanlık Sistemi” ve bunların karışımı sistemler tarih boyunca modern demokrasilerde uygulanmıştır.

Her şeyden evvel belirtelim ki hükümet sistemleri modern demokrasilerde yasama ve yürütme organları arasındaki hukuki münasebetten dolayı olarak ortaya çıkarlar. Bir diğer deyişle modern demokrasilerdeki hükümet sistemleri, kuvvetler ayrılığı konusunun bir yansımasıdır. **Başgil** hocamız kuvvetler ayrılığına yer veren ve vermeyen (kuvvetlerin temerküzü) rejimleri, yani hükümet sistemlerini çeşitli kriterlere göre ayrı ayrı ele almaktadır.¹

Modern demokrasilerde çeşitli hükümet sistemleri uygulanmıştır ve uygulanmaktadır. Merhum hocamız **Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil**, bu hükümet sistemlerini çeşitli kriterleri esas alarak uzun uzadıya anlatmış bulunuyor. Biz ise burada daha çok, yasama ve yürütme organları arasındaki hukuki münasebet açısından ve bu kriteri esas alarak görüşlerimizi bildireceğiz.

1 Bkz. Başgil, Ali Fuat. Esas Teşkilat Hukuku, 1. c. Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, İstanbul, 1960. Baha Matbaası, Fasikül 1-2. sh. 294 vd.

Bu kriter esas alındığı takdirde, modern demokrasilerde üç ana hükümet sisteminin söz konusu olduğu görülüyor. Bunlar 1- Meclis hükümeti sistemi, 2- Parlamenter hükümet sistemi ve 3- Başkanlık hükümeti sistemidir. Ayrıca başkanlık ve parlamenter sistemlerin karışımı olan sistemler de görülmektedir (Bugünkü Fransa gibi). Bu üç sistem modern demokrasilerde uygulanmıştır ve halen de uygulanmaktadır. Ama diyebiliriz ki dünyada birinci derecede ve en çok parlamenter hükümet sistemi uygulanmıştır ve uygulanmaktadır. Başkanlık sistemi ise ikinci derecede ve daha çok ABD’de ve Güney Amerika devletlerinde uygulanmaktadır.

Günümüzün sahasında en geniş eser veren anayasa hukukçusu **Prof. Dr. Kemal Gözler** de hükümet sistemlerini geniş bir şekilde açıklamıştır. Konumuzla ilgili olarak belirtelim ki, Gözler, başkanlık sistemini sert kuvvetler ayrılığı sistemi olarak; parlamenter sistemi ise yumuşak kuvvetler ayrılığı olarak adlandırmış ve anlatmıştır.²

Prof. Gözler bu konudaki açıklamalarını bir diğer ve geniş eserinde ortaya koymuştur. Bu geniş eserin adı şöyledir: Anayasa Hukuku’nun Genel Teorisi, 1. Baskı, Haziran 2011, Ekin y. Bu eserin birinci cildi 538 ve devamı sayfelerinde parlamenter sistemi ve başkanlık sistemini kuvvetler ayrılığı prensibinin yumuşaklığı ve katılığına göre adlandırmış ve anlatmıştır.³

Gözler’e göre:

İngiltere’de bugün uygulanan parlamenter sistemin çok geriye giden fikri temelleri bulunmaktadır. Eski Yunan filozoflarından Aristo, orta çağ filozoflarından H. Grotius, Christian Wolf ve Samuel Von Pufendorf’a dayanan teorik esaslar söz konusudur. İngiltere’de kuvvetler ayrılığı ve parlamenter sistem esas itibarıyla İngiliz filozof John Locke tarafından ortaya konulmuştur denebilir. Daha sonra ise Fransız mütefekkir Montesquieu “Kanunların Ruhu” eseriyle kuvvetler ayrılığı teorisini kuran bir mütefekkir olarak kabul edilir. Ve modern anayasa hukukçuları da bu son iki mütefekkirin düşüncelerine dayandırarak öğretirler ve açıklarlar. Montesquieu her şeyden evvel yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirinden ayrılması gerektiğini ifade eder: “Eğer aynı idarenin kişilik ve yapısında, yasama erki yürütme erkiyle birleşmişse hiçbir şekilde hürriyet yoktur. Çünkü aynı monarhin veya aynı senatonun, zalimce yürütmek için zalimce kanunlar yapmasından korkulur.” Aynı mütefekkir ayrıca şöyle diyor: “Yargı erki de yasama ve yürütme erklerinden ayrılmış değilse, gene hürriyet yoktur. Eğer bu erk yasama erkiyle birleşirse, vatandaşların hayat ve hürriyetleri üzerindeki idare keyfi kalmış bir idare olur, çünkü yargıç kanun koyucunun durumuna düşer. Şayet yargı erki yürütme erkiyle birleşirse, yargıç korkunç bir zalim kesilir.”

2 Kemal Gözler, Devlet Başkanları, Bursa, 2001, Ekin y. sh.82 vd..Prof. Dr. Bülent Nuri Esen ise hükümet şekilleri üzerinde farklı kriterlere başvurmadan açıklamalarda bulunmuştur. Bilhassa hükümet şekillerinin tarihi gelişimine temas etmiş ve dünyadaki tatbikatını anlatmıştır. Bkz. Anayasa Hukuku, Ankara-1970, sh. 279-372.

Genel olarak hükümet sistemleri üzerine şu eseri tavsiye ederiz: Dr. Mehmet Turhan, Hükümet Sistemleri, Ankara 2. Bası 1993, Gündoğan y.

3 Bkz. Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa-2001, Ekin Yayınları, c.1,sh. 82 vd. bilhassa sh. 91 vd., ve sh. 100 vd.

Sonuç olarak Moentesquieu'ye göre bu üç kuvvet:

“Esasta bir hareketsizlik, bir duruş meydana getirirler. Fakat eşyanın zaruri hareketi neticesi, kendileri de harekette bulunmaya mecbur oldukları için birbirleriyle uygun hareket etmek zorunda kalacaklardır⁴.”

Kuvvetler ayrılığı teorisi kusursuz bir teori değildir. Bu teoriye çeşitli tenkitler yapılmıştır ve yapılabilir. Bence en önemli tenkit ve Montesquieu'nun yanıldığı nokta şudur: “Yasama ve yürütme organının bir elde toplandığı her hükümet sistemi zalimdir veya diktatördür” tespiti asla doğru değildir. Zalimlik ve diktatörlük yasama ve yürütme kuvvetlerini elinde bulunduran kişi veya organın bu yetkisini kötüye kullanması ve uygulamasıyla orantılıdır. Mesela en tipik örnek şudur: 1920'den sonra 1923'e kadar yasama ve yürütme yetkilerini elinde bulunduran TBMM sırf bu kuvvetler birliği sebebiyle zalim ve diktatör olarak kabul edilemez. Hatta istiklal mahkemeleri kurarak, yargı yetkisini de kullanan TBMM'nin yine sadece bu sebeple zalim olduğu söylenemez. Eğer zalim olarak aranan biri varsa, İstiklal Mahkemelerinin hakimlerinin uygulaması ve yargı fonksiyonunun mantığına uygun olarak muhakeme yapmamalarıdır.

Yine aynı şekilde, 1923–1960 yılları arasındaki yasama ve yürütme yetkilerini, yasamaya ağırlık verecek şekilde elinde bulunduran TBMM'nin yine bu sebeple zalim ve diktatör olduğu söylenemez. Yukarıda dediğimiz gibi, yasama ve yürütme organlarını elinde bulunduran TBMM değil, o dönemdeki tek parti idaresi ve bu parti idaresine bağlı bürokratların anti demokratik ve insan haklarına aykırı uygulamaları zalim ve diktatör olarak kabul edilebilir.

Katı bir kuvvetler ayrılığı sisteminin uygulayan başkanlık hükümet sistemini de yine bu sebeple diktatör ve zalim olarak görülemez. **Prof. Gözler** haklı olarak kuvvetlerin yasama organında birleştiği meclis hükümeti sistemini tahlil etmekte ve bu hükümet sisteminin asla zalim ve diktatör olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir⁵.

2-Her türlü hükümet sisteminde millete hizmet edilebilir. Her birinin de fayda ve mahzurları bulunmaktadır.

İkinci olarak belirtelim ki bu üç hükümet sisteminin her birinin kendine has faydaları ve mahzurları bulunmaktadır. Bu fayda ve mahzurları bundan altmış yıl önce merhum hocamız Başgil belirttiği gibi, günümüzde de değerli öğrencimiz ve meslektaşım **Prof. Dr. Kemal Gözler** de uzun uzadıya açıklamış ve hatta parlamenter sistem ile başkanlık sistemi arasında mukayeseler⁶ de yapmıştır. Her üç hükümet sisteminde de modern kamu hizmetleri sunulabilir. Her üç hükümet sisteminde de o ülkenin vatandaşları refaha ulaştırılabilir ve ülke esenliğe kavuşturulabilir.

3-Hükümet sistemleri tek başına bir devleti ve milleti esenliğe çıkaracak bir vasıta değildir. Önemli olan: a-İdarecilerin iyi niyetli olması, b-Kamu hiz-

4 Bkz. a.g. e. 538 ve devamı

5 A.g.e. s. 553. Gözler meclis hükümeti sisteminin uygulandığı Fransa ve Türkiye'deki tarihi deneyimlerin de diktatörlük olmadığını belirtiyor.

6 Bkz. Gözler,Giriş., sh. 82 vd.

metlerinde “kamu yararı”nın ön planda tutulması ve c- kişi hak ve hürriyetlerinin korunması ve kötüye kullanılmamasıdır.

Belirtelim ki bu hükümet sistemleri bir devleti ve milleti esenliğe çıkarmakta tek başına bir etken değildir. Bir diğer deyişle, bu hükümet sistemleri uygulandığı devletin vatandaşları için yalnız ve tek başına olumlu etki yapmazlar. Milletlerin ve devletlerin yükselmesi ve esenliğe ulaşması için daha başka faktörler de bulunmalıdır. Kanaatimizce bunlar şunlardır:

- a- İdarecilerin iyi niyetli olması,
- b- Kamu hizmetlerinde kamu yararının ön planda tutulması ve
- c- Kişi hak ve hürriyetlerinin korunması ve kötüye kullanılmamasıdır.

Eğer bu hükümet sistemleri tek başına devletleri ve milletleri esenliğe kavuşturmakta yegane çare olsaydı, devletler o hükümet sistemini anayasalarına alır ve uygulamaya geçirirlerdi. Böylece devletleri ve halkı yükselir, refaha kavuşurdu. Hâlbuki modern demokrasilerde bu üç sistem zaman zaman uygulanmış veya terk edilmiştir. Ve bundan sonra da böyle devam edecektir. Çünkü sosyal bir kurum olan devlet tek bir faktörle kurulmadığı gibi, tek bir faktörle de esenliğe kavuşmaz ve o devletin halkı da refah seviyesine erişemez.

4-Memleketimizde bizi Başkanlık Sistemini aramaya sevk eden Parlamenter Sistemin hangi tarafı aksıyor?

Konunun burasında şu soruyu sormak gerekir: Yaklaşık yüz kırk yıldır genellikle uygulanan parlamenter sistemin memleketimiz uygulamasında neresi ve hangi sebeple aksıyor? Hangi aksama sebebiyle idarecilerimiz yüz kırk yıllık uygulamayı değiştirip yeni bir hükümet sisteminin anayasaya alınması için gayret gösteriyorlar.

Bendeniz kırk beş yıllık anayasa hukukçusu olarak bunun cevabını açık seçik bulmuş değilim.

a-Aksama Parlamenter Sistemden değil, Anayasadaki yanlış düzenlemelerdendir.

Burada belirtelim ki memleketimizde yasama ve yürütme organları arasındaki hukuki münasebetlerde bir rahatsızlık varsa, bunun sebebini hükümet sistemlerinin kendisinde değil, daha başka yerlerde aramamız lazım. Mesela bunlardan biri 104. maddedir. Bu madde cumhurbaşkanının **görev ve yetkileri** kenar başlığını taşıyor. 104. madde cumhurbaşkanının görevlerini çok uzun bir metin halinde sıralamaktadır. O kadar uzun ki: **a- Yasama organı ile ilgili olanlar b- Yürütme alanına ilişkin olanlar c-Yargı ile ilgili olanlar** alt başlıkları halinde düzenlenmiştir.

Bu maddede o kadar çok yetki ve görev cumhurbaşkanına verilmiştir ki, parlamenter sistemde pek alışık olmadığımız bir manzaradır. Gerçekten de parlamenter sistemde devlet başkanının sorumsuz olması düzenlenirken, ona az yetki ve görevler verilmesi normaldir⁷. Hâlbuki bu maddeyi hazırlayanlar çok yanlış ve anlaşılmasız bir şekilde parlamenter sistemin kabul edildiği 1982 anayasasında cumhurbaşka-

7 Bkz. Gözler C. II, s. 206 ve devamı.

nına çok geniş yetkiler ve görevler vermeyi tercih etmiştir. Bunun gibi daha birçok misal verilebilir.

Prof. Gözler, parlamenter sistemde devlet başkanının yetkileriyle meclisin yetkileri arasında uyumsuzluk ve çatışma çıktığı zaman: Başkanlık sisteminde başkan tek başına yetkilerini kullanabilir, parlamenter sistemde ise kullanamaz. Bunun gibi, devlet başkanına geniş yetkiler tanıyan başkanlık sistemi daima veya genellikle üstün yetkilere ve uygulamaya sahip bir sistem işleyişi demektir⁸.

b-Daha kötüsü, Anayasal düzenin işlemedeki aksama ve yargı organlarının yetki gaspında bulunmaları yanında Anayasa hükümlerini “ratio legis”-lerine uygun tatbik etmemelerinden de kaynaklanmaktadır.

Bu konuda misal olarak Anayasanın 125. ve 153. maddelerindeki düzenlemeler gösterilebilir:

(1) A.Y. md. 125/4’de şöyle bir hüküm vardır: **“Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisinin kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”**

Bu fıkradaki ikinci cümle, uygulamadaki bir patolojik duruma reaksiyon olarak kabul edilebilir. Yani idari yargı mercileri karar verirken zaman zaman, ve hatta sıkça yürütme görevinin takdir yetkisinin kaldırarak biçimde yargı kararı vermişlerdir. Sayın Başbakan da yargı kararlarının bu özelliğine partilerinin meclis grubunda ve hatta medya mensupları önünde birkaç defa tekrar işaret etmiştir. Ancak Başbakan bu açıklamayı yaparken kuvvetler ayrılığı sisteminden şikayette bulunması uygun bir tabir ve ıstılah seçimi değildir, tersine söz konusu olan kuvvetler ayrılığının kötüye kullanılması ve yargı kararlarının yürütme alanına girerek yetki gaspında bulunmasıdır.

Bu yetki gaspı çok sık görüldüğü içindir ki anayasaya bu fıkra eklenmiştir.

Diğer yandan idari yargı mercilerinin, idarenin elini kolunu bağlayan, yani takdir yetkisini kullanamaz hale getiren kararları, memleketimizin kalkınmasında büyük bir engel oluşturmuştur. İllere idari yargı mercilerinin kurulmasında önce bilhassa Danıştay’ın bazı kararları, her sahada idarenin kararlar almasına ve uygulamasına engel olmuş, kalkınma hamlelerini akamete uğratmıştır.

(2) İkinci bir örnek A.Y. md. 153/2’dir. Bu fıkra şöyle demektedir: **“Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.”**

8 Bkz. Gözler, C. II, s.236, 239 ve devamı.

Burada da anayasa yargısının yasama organının fonksiyon sahasına müdahale söz konusudur. Gerçekten de anayasa yargısı alanında zaman zaman yasama organının yetkisi gasp edilerek kararlar verilmiştir. Yani Anayasa Mahkemesi, kanun koyucu gibi hareket etmiş ve yeni bir uygulamaya yol açacak bir biçimde kararlar vermiştir.

İşte bu yetki gaspına reaksiyon olarak anayasaya bu hüküm konulmuştur. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi geçmişteki uygulamalarından vazgeçmişe benzemiyor.

(3) Bir diğer misal ise Anayasa md. 148/2'dir. Bu fıkranın konumuzla ilgili hükmü şöyledir:

“Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlıdır.”

Görüldüğü gibi burada da bir reaksiyon söz konusudur. Çünkü geçmiş sene-lerde zaman zaman Anayasa Mahkemesi kanunların şekil bakımından anayasaya uygunluğunu denetlerken, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını (bkz. A.Y. md.98) denetlemekle kalmamış, daha ileri giderek, şekil denetimi yapayım derken muhteva denetimi sahasına girmiştir.

Hatta anayasa değişikliklerinde ise **sadece değişikliği şekil bakımından yapmasına yetkili olmasına rağmen**, yetki sahasını taşarak muhteva denetimi de yapmıştır. Böylece anayasa mahkemesi yetkilerini taşkın biçimde kullanmış ve Türk Anayasa Yargısı sahasında kötü bir örnek olmuştur.

Anayasanın yukarıda verdiğimiz hükmüne göre anayasa değişikliklerinde sadece ve sadece şekil denetimi yapabilir. Şekil denetimi ise, sadece değişikliği teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığına münhasırdır. Yani Anayasa md. 175'de belirtildiği gibi anayasa değişikliklerinin teklif ve görüşülmesi hükümlerine uyulup uyulmadığı ile sınırlıdır. Fakat gelin görün ki Anayasa Mahkemesi hemen her anayasa değişikliğini denetlerken şekil denetlemesi yapayım derken muhteva denetlemesi yoluna gitmiştir.

İşte bu patolojik durum Türk Anayasa Yargısı sisteminde rahatsızlıklar ve karışıklığa yol açmıştır.

(4) Dördüncü misal: **Bir diğer kötü düzenleme- temel hak ve hürriyetler sahasında görülür: Bu sahadaki düzenlemelerde temel hak ve hürriyetler tanınmış ancak bunların korunması hususunda birinci derecede yetkili ve etkili İdarenin eli kolu adeta bağlanmıştır.**

c-Kuvvetler ayrılığı (“Seperation des pouvoirs”) Anayasada düzenlenmiştir, ama katı uygulanmaktadır. MGK, SPK, RK, BDDK gibi müessir ve fakat bir bakanlığın alt birimi olmayan kurumlar da çoğalmıştır. Böylece “Isolement des Organes” (organ infiradı) durumu ortaya çıkmıştır. Aslında Kuvvetler Ayrılığı sadece “Seperation des Organes” manasındadır.

Kuvvetler ayrılığı bilhassa yasama ve yürütme organları arasında uyumlu ve yumuşak bir irade ve fonksiyon ayrılığı manasına gelir. Memleketimizde ise bu ayrılık çok katı düzenlenmiş ve katı uygulanmaktadır.

Üstelik bir bakanlığın alt birimi olmayan birçok birimler de ortaya çıkmıştır. MGK gibi... Bunun dışında SPK, RK, BDDK gibi Türk kamu idaresinin çalışmasında müessir fakat bir bakanlığa bağlı olmayan birimler çoğalmıştır.

Böylece “**organ infiradı**” durumu ortaya çıkmıştır. Hâlbuki kuvvetler ayrılığı sadece organların ve bu organların iradelerinin ve fonksiyonlarının ayrılığı manasına gelir.

d-Kabahatli olan “kuvvetler ayrılığı” (“seperation des pouvoir”) prensibi değil, bu prensibinin sorumsuzca uygulanmasıdır (“Isolement des Organes”).

Kanaatimce kabahat, Başbakanın şikâyet ettiği kuvvetler ayrılığında değil, bu prensibin sorumsuzca uygulanmasındadır. Adeta Türk idaresinin yürütme organı içinde bir zıtlaşma zihniyeti müşahade edilmektedir. Yukarıda dediğimiz gibi idari yargı ile idare arasında bir zıtlaşma zihniyeti, idari yargının verdiği kararlarla idarenin görev alanına girme, yani yetki gaspı şeklinde ortaya çıkmıştır. Aynı şekilde anayasa yargısı da verdiği kararlarıyla yasama organının sahasına girmiş, yani yasama yetkisini gasp etmiştir.

Böyle bir patolojik durum yukarıda Başgil hocamızın da dediği gibi demokrasiye, kuvvetler ayrılığına ve insan haklarına derin saygıyı kendi kararlarında gösteren yargı organlarının ve yürütme ve yasama organlarının icraatı ile giderilebilir.

5-Başkanlık sistemine geçilirse idari sistemimizin de değişmesi gerekecektir. Fransâdan alınan “idari rejim” de değişmelidir. Bu da şu demek: Bu sistemi ayakta tutan birçok kanunların da değişmesi gerekecektir.

Başkanlık sisteminin memleketimiz anayasasına alınması öyle zannedildiği kadar basit bir yasama işlemi değildir. Çünkü bu sistemin kabulü ile beraber anayasadaki yasama ve yürütme ilişkileri ve bu ilişkileri düzenleyen maddelerin ifadelerinin de değiştirilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan başkanlık sistemi kabul edilirse memleketimizdeki idarenin çalışmasını düzenleyen birçok kanun ve diğer düzenlemeleri de değiştirmek gerekecektir. Hatta idari yargıyı düzenleyen ana kanunlar ve usul kanunları da başkanlık sistemine uygun olarak değiştirmek gerekecektir.

Halen memleketimizde uygulanmakta olan idari rejim ve bu rejimin uygulanmasının yargısal denetimi, sistem olarak Fransâdan alınmış bulunuyor ve yaklaşık yüz yıldır da uygulanmaktadır. Fransâda ise genellikle parlamenter sistem uygulanmıştır ve idari rejim de bu sistemin mantığına uygun olarak düzenlenmiş ve uygulanmıştır.

Kısacası memleketimizde başkanlık sisteminin getirilmesi, altından kalkılamayacak derecede diğer düzenlemelerin de yapılmasını gerektirir. Bu ise son derece zor ve çok zaman alıcı bir süreç olacağı benziyor.

6-Parlamenteer Sistem modern demokrasilerin çoğunda uygulanmaktadır.

Türkiye’de 1920–1923’te Meclis Hükümeti sistemi (“Confusion des Pouvoirs”), 1923-1960 arasında ise “yasamaya ağırlık veren bir kuvvetler ayrılığı ve parlamenteer sistem” uygulanmıştır.

Demin dedik ki batı demokrasilerinde genellikle parlamenteer sistem düzenlenmiş ve uygulanmaktadır. Türkiye’de de aynı düzenlemeyi ve uygulamayı görmekteyiz. Şöyle ki: Türkiye’de 1876 Anayasası’nın kabulünden itibaren parlamenteer sisteminin esasları anayasaya girmiştir. 1920–1924 arasında da meclis hükümeti sistemi, 1923’te Cumhuriyetin ilânından sonra, 1924 Anayasası’ndan itibaren ise parlamenteer sistem, yasama organı lehine kuvvetleştirilerek uygulanmıştır. 1961 anayasasından itibaren ise, bugüne kadar parlamenteer sistem uygulanmıştır.

Görülüyor ki Türkiye’de parlamenteer sistemin uygulanması, geçici dönemlerdeki meclis hükümeti sistemi hariç tutulursa, yaklaşık yüz kırk yıllık bir maziye sahiptir.

Türkiye’deki hükümet sistemlerinin türleri ve uygulandıkları dönemler bakımından hocamız **Ord. Prof. Dr. Recai Galip Okandan** da faydalı bilgiler vermiştir. Yukarıda dediğimiz gibi 1920–1924 arası meclis hükümeti sistemi 1924’den sonra ise yasama organı lehine bir kuvvetler ayrılığı anlayışıyla parlamenteer sistem uygulanmıştır.⁹

7- Başkanlık sistemi üzerine yapacağımız açıklamalarda örnek ABD’dir.

Modern demokrasilere bakacak olursak başkanlık sistemi tam bir olgunlukla sadece ABD’de başarıyla uygulanmaktadır. ABD’de yürütme organı ile ilgili olarak kısaca şunlar söylenebilir:

Yürütme organı:

a-Cumhurbaşkanı (veya sadece başkan): “ABD’nin başında ve en yüksek icra amiri mevkiinde, yüksek otoriteli bir cumhur reisi vardır. Bütün amerikan milleti tarafından 2 dereceli seçim usulü ile 4 sene için seçilir. Müddeti biten cumhur reisi tekrar seçilebilir...”

Amerikan cumhur reisi başka memleketlerde emsaline rastlanmaya bir vaziyettedir. O ne kraldır, ne imparator, ne diktatördür. Fakat bunların her birinden daha başka ve daha fazla bir otorite sahibidir. Amerikan Anayasası İngiltere’de ve diğer Avrupa demokrasilerinde olduğu gibi kudretsiz ve mesuliyetsiz bir devlet başkanı istememiş; ona geniş salahiyet vermiş ve bu nispette de iş ve mesuliyet yüklemiştir. Amerikan cumhur reisi yalnız ABD başkanı değil, hem de amerikan hükümet reisidir. Yani başka memleketlerde başvekillere ait vazife ve mesuliyetlere de haizdir.

“b-sekreterler...”¹⁰

ABD’de başkanın yetkileri konusunda anayasa hukukçularının hepsinde ortak açıklama şudur: Başkanlık sisteminde başkan, çok geniş ve olağanüstü yetkilere

9 Bkz. Recai Galip Okandan: Umumi Amme Hukuku, İstanbul, 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y. sh.345 vd. ve 355 vd.

10 Bkz. Başgil, Ali Fuat. sh. 257–258.

sahiptir. Ve dünyanın hiçbir modern demokrasisinde bir devlet başkanı bu kadar geniş yetkilere sahip değildir. Eski tarihlerden beri yazılmış anayasa hukuk kitaplarında şu cümleleri ve açıklamaları almak isteriz:

(1) Prof. Yusuf Ziya Özer: “Başkanın çok yetkileri vardır.”¹¹

(2) Prof. Dr. Hüseyin Naili Kubalı: “Anayasa, ABD başkanından devlet başkanlığı ve hükümet başkanı yetkilerini toplamış.” Bütün federal yürütme iktidarlarını ona vermiştir. Buna rağmen siyasi sorumluluğa tabi tutmamıştır. Sınırlı bir monarşide hükümdar ne ise Amerika’da başkan da odur. Amerikan Dışişleri Bakanlarından Swart’ın da dediği gibi, başkan “dört senede bir seçilen bir kraldır.” ABD hükümet sistemine başkanlık hükümeti denmesinin sebebi de budur.¹²

(3) Prof. Dr. Kemal Gözler ise etraflı bilgiler vererek ABD’deki başkanın yetkilerini geniş ve açık bir şekilde anlatmıştır:

ABD Federal Anayasası md. 2, 1. bölüm, 1. Fıkra: “Yürütme yetkisi ABD başkanına verilecektir.” (sh.28)

“Yüksek mahkeme de, özellikle Myers v. United States kararında başkanın yetkilerini geniş şekilde yorumlamıştır. Buna göre, anayasada ayrıca sayılmamış olsa da, anayasa metninin yasaklamaması kaydıyla, bütün yürütme yetkisini başkanın kullanabileceği söylenebilir.

...Başkan tasarımı on gün boyunca imzalamazsa kanun kendiliğinden yürürlüğe giremez...”¹³

(4) Prof. Kemal Gözler bir başka eserinde de aynı manada açıklamalar yapmıştır: “Oysa başkanlık sisteminde yürütme organı tek kişiden oluşur, o da başkandır...”¹⁴

(5) Prof. Gözler Anayasa Hukukunun Genel Teorisi kitabının içinde başkanlık sisteminde başkanın çok geniş yetkilere sahip olduğunu uzun uzadıya açıklıyor.

Başkanlık sisteminde başkanın şu yetkileri bulunmaktadır:

1. **Başkomutanlık yetkisi,**
2. **Af Yetkisi,**
3. **Uluslararası antlaşma yapma yetkisi,**
4. **Yürütme antlaşmaları (executive agreements) yapma yetkisi,**
5. **Elçileri ve diğer temsilcileri kabul etmek,**
6. **Kanunların yürütülmesi görev ve yetkisi,**
7. **Atama yetkisi.** Senatonun görüş ve onayını alarak yüksek devlet bürokratlarını atayabilir

11 Mukayeseli Hukuki Esasleri Dersleri, Ankara, 1939, sh.256–258.

12 Bkz. Ana Hukuk Dersleri, İstanbul, 1971 sh.450. Ayrıca bkz. sh.452

13 Kemal Gözler, Devlet Başkanları, Bursa, 2001, Ekin y. sh. 35. Ayrıca bkz. sh. 265.

14 Bkz. Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa, 2001, Ekin y. sh. 92

8. Azil yetkisi. ABD'de devlet başkanın tayin ettiği kamu görevlileri, senatonun onayını olmadan görevden alma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.

9. Veto yetkisi. Bu yetki çok kuvvetlidir ve başkan isterse bir kanunu bu yetki sayesinde yürürlüğe koymayabilir.

10. Başkanın kongreye ilişkin yetkileri (mesaj gönderme, kongreye toplantıya çağırma ve kongrenin toplantı dönemlerini kapatma yetkileri gibi)

11. Yürütme imtiyazı (executive privilege),

12. Özerk düzenleme yetkisi (executive orders). ABD'de başkanın düzenleyici işlem yapma, yani genel ve kişilik dışı kurallar koyma yetkisi olduğu kabul edilmektedir.

13. Devredilmiş düzenleme yetkisi (statutory powers),

14. Kredileri harcamama yetkisi (impoundment of funds),

Ve bütün bu geniş yetkileri dışında,

15. Devletin başı olma sıfatından kaynaklanan yetkileri de bulunmaktadır¹⁵.

Gözler ABD'de başkanın yetkilerini böylece uzun uzadıya anlattıktan sonra, düzenleme yetkisini, yani düzenleyici işlemler yapma yetkisini de ayrıca açıklamakta ve bu yetkilerin başkana çok geniş bir prestij sağladığını ifade etmektedir. Bilhassa devredilmiş düzenleme, (yani **statutor powers**) ve özerk düzenleme yetkisini (**executive orders**) ayrı ayrı açıklamaktadır¹⁶.

(6) Prof Dr. Bülent Nuri Esen: "ABD'de yürütme kudretini tek başına elde tutar..."¹⁷ **Prof Esen**, başkanın yetkilerini diğer hükümet sistemleriyle karşılaştırarak anlatıyor.¹⁸

Memleketimizde belli başlı Anayasa Hukuku kitaplarından aktardığımız bu bilgilerden sonra, Başkanlık sisteminin memleketimizde uygulanması eğilimine karşı düşünce ve delillerimizi sıralamaya kaldığımız yerden devam ediyoruz:

8- Başkanlık Sistemi dünyada sadece ABD'de başarı ile uygulanmaktadır.

Türkiye'de modern Anayasa Hukukunun kurucusu **Ord. Prof. D. Ali Fuat BAŞGİL** şöyle diyor:

"Görülüyor ki, amerikan rejimi bir taraftan kuvvetler ayrılığı ve istiklali prensibine, bir taraftan da kuvvetlerin işbirliği yapması zaruretine dayanmaktadır. Bu rejimin hedefi hem ferdi hak ve hürriyetleri korumak hem de devlet gemisini selamete yürütmektir. Bu hedefe ulaşmanın tek çaresi organların barışık çalışmasıdır. Başkanlık ile kongre anlaşır ve birbiriyle bağdaşırsa, devlet işleri yolunca gider. Fakat bunlar birbiriyle anlaşamaz da mücadeleye girişirse anayasanın her birine verdiği

15 Bkz. Gözler, c. II, 30-42

16 Bkz. Gözler, c. II, 367-368.

17 Bkz. Bülent Nuri Esen, Anayasa Hukuku, Ankara, 1970, sh. 546. Ayrıca bkz. sh. 563: "Yürütme organı başkandır."

18 Başgil, sh. 568 vd.

salahiyet, ellerinde müthiş bir silah olur. İki organın bu iki mümessili adeta sahnede birbirini yenemeyen iki denk pehlivan gibi savaşıyor. Bundan ise tabiatı ile hem vatandaş hakları hem de amme hizmetleri zarar görür.¹⁹ “

Başgil Amerika'da bu kötü ihtimalin söz konusu olmadığını ve uygulamada ahenkli çalışmaların yapıldığı kanısındadır, ama bu ifadeler memleketimizde başkanlık sistemi lehinde atılan adımlarda hatırdan tutulmalıdır.

Başgil, Amerika'daki iki organ arasındaki uyumlu çalışmayı imrenerek şöyle methediyor:

“Amerikan rejimi, nazari mantığın götürdüğü bu neticeyi vermemiştir. Orda başka memleketlerdeki gibi ne post kavgası ne bir çoğunluk ve azınlık çekişmesi ne de hak ve hürriyetlerin çiğnenmesi var. Bilakis yüz altmış seneden beri (şimdi iki yüz kırk yıla yakın) derin bir değişiklik geçirmeden bu anayasa hâkimiyeti altında, bu büyük memleketin devlet işleri ve vatandaş refahı başka memleketleri imrendirecek bir şekildedir...”

Amerikalı vatandaş hürriyet ve müsavatı kanundan bekler ve orada bulur. Fakat onun nazarından kanun gayri meşruu meşrulaştırmaya, haksızı haklı göstermeye yarayan bir politika oyuncuğu değildir. Amerikalının tanıdığı kanun hakkın aynasıdır. Hususiyle anayasa Amerikalı için, zamanın siyasi icapları ve hüküm süren politika ihtirasları önünde üstüne çul örtülen bir mevta değildir. O bir nevi Tevrat'tır. Amerika'da anayasaya aykırı bir hareket ağır bir cinayettir. Amerikalı vatandaşın bu haleti ve terbiyesidir ki bu bahtiyar memlekette ne anti demokratik kanuna ne de anti demokratik icraata gün gösterir.

Demokrasi terbiyesinin esası insan şahsının yüksek değerine inanmak ve insanlık şerefine hürmet etmektir. İnsan ise fikirleri, kanaat ve akideleri ile insandır. Binaenaleyh demokrasi terbiyesi, fikre, kanaat ve akideye hürmeti emreder. Vatandaşların birbirlerine karşı saygılı olmalarını fikri, kanaat ve akideye hürmet etmelerini ister. Bu terbiye siyasi rekabet ve mücadelelerde azlığın ekseriyetin kanununa tabii olmasını, fakat ekseriyetin de azlığın fikir ve kanaatlerine saygı göstermesini lüzumlu kılar...”²⁰

Başgil, dünyadaki ve Amerika'daki başkanlık sistemine ait son olarak şu değerli kanaatini ifade etmiştir:

“Cenup Amerika'nın Arjantin, Şili, Paraguay, Bolivya, Venezüella, Ekvator gibi Latin memleketleri, az çok farklarla Birleşik Amerika Devletlerini taklit ve sert bir kuvvetler ayrılığı prensibinden hareket etmişlerdir. Fakat yerli halkla İspanyol-Portugal kanının kaynaşmasından doğan bu memleketler halkı için Amerikan rejimi aynı neticeleri ve istikrarlı bir hükümet sükûneti vermemiştir. Amerika'nın devlet başkanlığı rejimi bu memleketlerde diktatörlüğe inkılâp etmiş, orduya dayanan iktidar mücadeleleri içinde zaman zaman ortaya diktatörler çıkmış ve hükümet darbeleri birbirini takip etmiştir...”

19 Başgil, sh. 324.

20 Başgil, sh. 325

Amerikan rejiminde ileride mütalaa edeceğimiz parlamenter rejimin emniyet sübapları olmadığı gibi cenubi Amerika'nın kanı kaynak milletlerinde bu rejim derecesini aşmış buhar kazanları gibi zaman zaman patlamalar yapmış ve siyasi istikrarı altüst etmiştir.”²¹

9-Siyaset Bilimi açısından bir değerlendirme: a-Parlamenter Sistem 150 yıldır uygulanmaktadır. b-Diğer partileri karşısında almak demektir. Buna da gerek yoktur. c-Mevcut istikrar mevhum maslahata kurban edilmektedir.

Sözün burasında siyaset bilimi açısından da bazı değerlendirmeler yapmak isteriz:

(1) Parlamenter sistem yaklaşık yüz kırk yıldır memleketimizde uygulanmaktadır. Böylece alışılmış ve istikrarlı bir yasama yürütme organı münasebeti söz konusudur. Bu istikrarlı durumu değiştirecek anayasa hukuku verileri mevcut değildir.

(2) Başkanlık sisteminde ısrar etmek Ak Parti iktidarı ve çoğunluğunu diğer partileri karşısına almak gibi gereksiz bir sürtüşme ve mücadeleye kaydıracaktır. Kalkınmakta olan memleketimiz açısından böyle bir kavgaanın ve sürtüşmenin gereği yoktur.

(3) **“Mevcut istikrar mevhum maslahata kurban edilmektedir.”** Yani istikrarlı bir yasama yürütme münasebetleri varken, memleketimize faydası pek de kesin olmayan başkanlık sistemini getirmek uygun olmaz.

(4) Başkanlık sisteminin memleketimizde uygulanması, faydadan çok zarar getirir. Bu sistem sadece ABD’de başarıya ulaşmış bir hükümet sistemidir. Yukarıda dediğimiz gibi her sistemin kendi içinde faydalı ve mahzurlu yanları vardır.

Başkanlık sistemi Türkiye’de uygulamaya geçilirse korkum şudur: Çok geniş yetkili başkanlar bu yetkilerini kötüye kullanırlar ve demokrasimiz aleyhine bazı olumsuz gelişmelere yol açarlar. Çünkü memleketimizde siyasi partilerimiz içinde başkan etrafında kümelenme ve onun tek ses tek iktidar anlayışı ile icraat yapmasına insanlar adeta çanak tutarlar. Anayasal hükümlerden çok yetkili kişilerin uygulaması, memleketin ve halkımızın menfaatlerinden çok partilerin menfaati ve oy kaygıları birinci derecede nazara alınır. Bu sebeple memleketimizin sosyal ve siyasi bünyesine uymayan bir uygulamaya müncer olabilir.

(5) Siyasi hayatımızdaki olumsuzlukların çeşitli nedenleri vardır. Özellikle yasama ve yürütme organları arasındaki hukuki münasebetlerde gerginlik, zıtlık zihniyeti sebebiyle zaman kaybolmaktadır. Bilhassa koalisyon hükümetlerinin kurulmasında ve arifesinde haftalarca ve aylarca zaman geçmektedir. Hâlbuki Türkiye kalkınmakta olan bir ülkedir. Ve zamana karşı yarışacak bir durumdadır. Bu sebeple zaman kaybetmeden kamu yararı gözetilerek koalisyon hükümetlerinin kurulması gerçekleştirilmelidir. Hâlbuki uygulamada tam tersi görülüyor.

21 Sh. 329. Amerika’daki anayasal uygulama ve başkanlık sistemi için yazılmış çeşitli çalışmalar bulunmaktadır. Biz şu eseri tavsiye ederiz: James Bryce, Amerikan Siyasi Rejimi. (Çeviren: Türkkiye Ataöv-Arif Payaşlıoğlu), Ankara, 1962, Ankara Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını.

Bu sebeple başkanlık hükümeti sistemi memleketimizde uygulandığı takdirde aynı endişeler önümüze çıkacaktır.

(1) Halbuki memleketimizde siyasi parti mensupları ve halkın durumu başkanlık sisteminin olgun şekilde uygulanmasına pek de müsait değildir. Tıpkı başkanlık sisteminin, sıcak kanlı ve ateşli bünyeye sahip Güney Amerika milletlerinde ve devletlerinde memnuniyetle uygulanamadığı gibi.

Hocamız **Başgil**, Amerikan toplumunun bünyesini iyi incelemiş ve güzel anlatmıştır. Amerikan toplumu, gerçekten başkanlık sisteminin orada uygulanmasına tam uygun bir ortamdır. **Başgil**, Amerikan siyasi camiasının bünyesini şöyle özetliyor:

“Amerika birçok devletlerden teşekkür etmiş olmakla birlikte, siyasi kanaat ve hayat görüşü itibariyle birlik arz eden bir siyasi bünyeye maliktir. Amerikan siyasi camiasında kitle ayrılıkları ve düşmanlıkları doğuran uçurumlar yoktur. Amerikâda herkes hürriyet ve müsavatın yüksek değerine inanır, herkes demokrattır ve cumhuriyete bağlıdır. Herkes cumhuriyetçi demokrasi idealini kanunlaştıran bir anayasanın mihverdi etrafında birleşmiştir. Başka memleketlerde olduğu gibi Amerikâda ayrılık yaratan çetin bir din meselesi yoktur. Halk ekseriyet itibariyle protestandır, fakat diğer dinlere riayetkârdır. Dinciler ve dinsizler diye de bir ayrılık mevzuu yoktur. Herkes kanaat ve akidesinde hürdür. Herkes beğendiği ve inandığı bir dinin ayin ve ibadetlerinde, kıyafet ve geleneklerinde serbesttir. Amerikâda dinlilik ve dinsizlik, başka bazı memleketlerde olduğu gibi, bir hakaret ve istihza mevzuu değildir. Orada, ifadesini işçi hareketlerinde bulan bir içtimai mesele de hemen hemen yoktur.

Amerikâda (cumhuriyetçi) ve (demokrat) diye iki büyük parti vardır. Halk adeta iki partiye bölünmüş gibidir. Galiptir ki, bu iki parti arasında bir ideoloji farkı olmadığı gibi esaslı bir görüş ve program farkı da yoktur. Sanki iki parti hakikatte iki kola ayrılmış tek partidir...”²²

Başgil hocamızın yukarıdaki haklı tespitlerini, onun kitabında işaret ettiği ilmi yabancı kaynaklarda da bulabiliriz. Bulamadığımız bir şey ise, Türk toplumunda, Amerikan toplumunda yukarıda sayılan özellikler ve iki toplumun bünyesi arasındaki derin farktır.

Milletvekilliği yapmış bir öğretim üyesi de aynı istikamette benzer açıklamaları şöyle dile getirmektedir:

1. Başkanlık sisteminin Türkiye’de uygulanması düşüncesi bugün konuşulan bir husus değildir. Geçmişte de zaman zaman gündeme getirilmiştir. Rahmetli Turgut Özal da bunu savunanlar arasında yer almıştır. “Muktedir yöneticiler; sahip oldukları özgüvenleri nedeniyle tek elden daha hızlı ve yeknesak bir yönetim biçiminin daha başarılı olabileceği düşüncesiyle bu sistemi faydalı bulmaktadırlar.”

2. Bu sistemin doğru ve faydalı yanları vardır ama yanlışları ve mahzurları da bulunmaktadır: “Latin Amerika kültürü ve insanıyla Avrupa insanının yaşam

22 Bkz. Başgil, sh. 325–326.

biçimi ne kadar farklı ise Asya insanının özellikleri de farklıdır”²³. Bu farklılıkların en açık şekilde ortaya çıktığı hukuk sahası medeni hukuktur.

3. Başkanlık sisteminin en ve tek başarılı olduğu ülke ABD'dir.

4. “ABD’de sistemin başarısını özetle güçlü yargı, tarihi süreçle edinilmiş ve anlaşma kültürü, disiplinsiz siyasi parti yapısı ve zamanla oluşan ve gelişen kendine has demokratik geleneklerdir... Halbuki ülkemizde bu durum böyle olmaz ve olamaz. Bizde iktidarın ak dediğine kara demeyi maharet demeyi sayan muhalefet anlayışı ve aylarca süren cumhurbaşkanı seçim turları hafızalardadır. Bu sakıncaları nazara almadan Başkanlık Sistemini bize vermek gelecekte krizlere hazır olmak demektir.

5. “Ancak Türkiye parlamenter sistemi 1 asırdır uygulamış ve önemli tecrübeler elde etmiştir. Bu kazanımı sil baştan etmek, yeni sistemler denemek hiç de makul değildir. Aksayan yönleri vardır. Onları onarmak daha makul değil midir? En önemli itiraz istikrarsızlığa değil mi? Bu husus seçim sistemindeki bazı rakamlarla ve oranlarla oynanarak halledilir. Kaldı ki, üç dönemdir istikrar içinde gidiyoruz.”

6. “Ancak bu sistemde halk tarafından da seçilse, halka karşı sorumlu olmayan cumhurbaşkanına geniş yetkiler vermek yanlıştır. Halka hesap veren başbakan olduğuna göre, yetkileri daha da arttırılmalı, her hususta cumhurbaşkanı yürütmenin elini tutmamalıdır. Bu sistemde başbakan başkana yakın güce sahip olacak, parlamentoda her krize rahatlıkla el koyabilecektir. Böylece güçlü bir yürütüme, meşruiyet tartışmalarından arı ve krizsiz bir ülke olacaktır.”²⁴

7. Meslektaşım **Prof.Dr. Ergun ÖZBUDUN** aynı mealde olmak üzere şu ifadeleri kullanmış ve Başkanlık Sisteminin Memleketimizde uygulanması konusunda endişelerini belirtmiş: “Her üç modelin demokratik hükümet sistemleri olduğunda kuşku yoktur. Bunlardan birinin, doğası gereği olarak, diğerlerinden daha demokratik veya daha az demokratik olduğu yolunda peşin bir yargıya varılamaz. Bunlardan herhangi birinin tercihi, her ülkenin, kendi siyasal şartlarına, anayasal geleneklerine, siyasal kültürüne ve pratik ihtiyaçlarına göre yapacağı bir tercihtir ve her üç sistemin de avantajları yanında riskleri ve sakıncaları da olduğu unutulmamalıdır. Ne var ki, Türkiye’de şu anda şahit olduğumuz tartışma, bu avantaj ve dezavantajların rasyonel bir analizinden çok, pek çok başka sorunda olduğu gibi, kutuplaşmış bir ideolojik tartışma biçiminde cereyan etmektedir. Başkanlık sistemini savunan AK Parti sözcüleri, bu sistemi, âdetâ her derde deva sihirlî bir reçete, Türkiye’ye çağ atlatacak bir formül, demokratik sistemlerin evriminin tabii ve zorunlu bir sonucu olarak takdim etmekte; parlamenter sistemi ise, zorunlu olarak, güçsüz, istikrarsız, krizlere boğulmuş, yönetmekten âciz hükümetlere mahkûm bir sistem biçiminde tanımlamaktadırlar.” Başkanlık sisteminde bu tür tıkanmaları ya da kilitlenmeleri çözecek hiçbir mekanizma mevcut değildir. Başkan ve yasama organı çoğunluğunun ayrı partilere veya siyasal eğilimlere mensup olmaları durumunda bu riskler, çok daha ciddî mahiyet alır...”²⁵

23 Bkz. Mehmet Kahraman, Devlet Başkanlığı Sistemi, 4 Nisan 2013 Zaman gazetesi.

24 Bkz. Mehmet Kahraman, aynı makale.

25 Bkz. Hükümet Sistemleri Tartışmaları adlı makale, 8 Nisan 2013 t. Zaman Gazetesi.

8. AK Parti'nin, "Türk usûlü başkanlık sistemi" adı altında sunduğu öneri, bu kilitlenmeleri açacağı umdukları bazı mekanizmalar öngörmekte, ancak bunu yaparken başkanlık sisteminin özünden ve temel mantığından uzaklaşmaktadır... AK Parti önerisinde başkanlık sisteminden ikinci önemli sapma, başkanlık kararnameleleri ile yönetim konusundadır... AK Parti önerisinde daha da endişe verici unsurlar, yargı organına ilişkin hükümlerdir. Yukarıda değinildiği gibi, yargı organının siyasal organlar karşısında bağımsızlığı, hükûmet sistemi ne olursa olsun, bütün demokratik hukuk devletlerinin ortak özelliğidir. Oysa, öneride başkana "Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısını, Danıştay üyelerinin yarısını, Yargıtay cumhuriyet başsavcısını ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin yarısını seçmek" yetkisi verilmektedir...

SONUÇ

Sonuç olarak, AK Parti'nin başkanlık sistemine ilişkin önerisi, bu sistemin özü, temel felsefesi ve onun içerdiği güçlü "frenler ve dengeler" sistemiyle bağdaşmayan, iktidarın bir merkezde aşırı ölçüde yoğunlaşmasına yol açabilecek bir sistem olarak görünmektedir. Sonuçta böyle bir sistem kabul edildiği takdirde Türkiye'nin yarı-otoriter bir sisteme mahkûm olacağı yönündeki eleştiriler abartılı olsa bile, unutmamak gerekir ki, anayasal demokrasinin temel felsefesi, devlet iktidarının bir merkezde aşırı yoğunlaşmasını önleyecek bir frenler ve dengeler sistemi kurmaktır. Ünlü İngiliz anayasa hukukçusu ve düşünürü Lord Acton'un dediği gibi, "iktidar ifsad eder (yozlaştırır), mutlak iktidar mutlak surette ifsad eder."²⁶

Yeni Türkiye dergisi "**Başkanlık Sistemi Özel Sayısına**" makale yazan memleketimiz anayasa hukukçularının hemen hepsi yukarıdaki kanaatlerimizi zaten paylaşmışlardır. Bundan da memnuniyet duyduk²⁷

Kısacası Türk toplumunun bünyesi başkanlık sisteminin memleketimizde uygulanmasına uygun değildir.

26 Bkz. Özbudun'un makalesinin 2. ve son kısmı- 9 Nisan 2013 Zaman Gazetesi.

27 Bkz. Ankara, 2013



ÇEVREYİ KORUMAYI AMAÇLAYAN POZİTİF HÜKÜMLER VE ÇEVRE İDARE HUKUKUNU OLUŞTURAN İLKELER

The Environment Protection Positive Rules And The Environment Adminisration Law Principle

Prof. Dr. Emin MEMİŞ*

ÖZET

Çevreyi korumayı amaçlayan pozitif kurallar, Anayasa, Çevre Kanunu, Medeni Kanun, ilgili yönetmelikler ve Avrupa normunda bulunur.

Türkiyede doğal kaynakları koruma fikri, 1948 yılında gündeme gelir ve 1956 yılında Orman Kanunu ve Milli “Milli Park” kavramı uygulamaya girer.

1982 Anayasası çevrenin korunması maddesini düzenler (m. 56). Bu madde çevre korumayı, devlet ve vatandaşın ödevi olarak verir.

Anayasa çevre koruma maddesi; fiili görev, tartım ölçütü (yararları dengeleme) ve yorum ölçütlerine uygulama sağlar.

Çevre İdare Hukukuna, ulusal esaslı hukuk alanları, AB Çevre projeksiyonu ve Çevre İdare Hukuku ilkeleri girer. Bunlar, çevre koruma ve özen gösterme ilkesi, çevresel zarara sebep olma, kirleten öder ilkesi, çevresel işbirliği ve enformasyon (danışma) ilkeleridir.

Ve sürdürülebilir çevre ile temiz bir çevrede yaşama hakkı esastır.

Anahtar Kelimeler: Pozitif hukuk kuralları, sağlıklı çevre, sağlıklı çevrede yaşama hakkı, çevrenin korunması, sürdürülebilir ekonomi, sürdürülebilir çevre.

ABSTRACT

The positive documents of environment protection are Constitution, environment law, civil code and interested regulations ...with Europe Norm.

The protection idea of natural source in Turkey is put on the agenda in 1948. And the Forest Law an “national park” concept is put into practice in 1956.

The article 56 is interested environment protection and be put into effect with the 1982 Constitution .

The Constitution given together *environment protection duty* to state and compadriot. The article 56 contains actual duty, scala and interpretation prenciples

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi.

about environment.

The Environment Administration Law contains the basic rights rules, The EUROPE environment projection and The Environment Administration Law Principles. For example: (1) Protection and prevention principle, (2) Cause principle, (3)Kooperation principle,(4) Information principle.

The sustainable development and environment concepts are very important for future generations economic and societal needs . For this reason, limited must be used the natural and cultural resources of nature.

Everybody must protect to environment. Especially must protect together the state and compadriod.

Keywords: The positive rules, the healthy an environment, to life in the healthy an environment, to environment protection and prevention, the sustainable economy, the sustainable environment.

I-Ulusal Ekonominin Bir Amacı Olarak Çevreyi Koruma

1.Devletin Çevreyi Koruma Amacını İçeren Objektif Hukuk Hükümleri

(*Anayasa, Çevre Kanunu, Medeni Kanun, İlgili Yönetmelikler ve Avrupa Normu*)

Ekosistemler, belirli çevrelerde yaşayan canlılar, örneğin üreticiler, tüketiciler, ayrıştırıcılar ve bunları sarmalayan su, toprak, hava, ışık, sıcaklık gibi cansız çevrelerin karşılıklı ilişkiler içinde oluşturdukları süreklilik gösterme yetisi olan biyo sistemlerdir.

Çevre koruma uygulaması bağlamında, 1872’de ABD’nde “Yellowstone” ismiyle bilinen bölgenin dikkat çekici, estetik yapısından gelecek kuşakların da yararlanması için bozucu insan faaliyetlerinden korunması amacıyla ilk kez koruma kararlarının alındığını görüyoruz.

Türkiye’de doğal alanların korunması fikri, ilk kez 1948 yılında gündeme gelir. Ve 1956 yılında Orman Kanunu ile “Milli Park” kavramıyla uygulamaya konulmuştur.

Gerek ulusal, gerek uluslararası bazda koruma kararlarının alanların önemine göre uygulanması için çıkarılan belgelerde, mutlak korunması gerekli alanlar, *peyzaş koruma alanları, milli parklar, habitat-tür koruma alanları, doğal sitler, doğal anıtlar...* vurgularını görmek kabildir. Bunları koruma düşüncesi, kamu yararı anlamında alınmış en üst düzeyli kararlar olarak gözlenir. Asıl olan doğal kaynakları koruma bilincinin yurttaşlara kesintisiz aktarılmasıdır. Demek ki, bu yaklaşım biçimi üstün politikaların uygulanması olayıdır.

Bir ülkenin vatandaşları, ülkelerindeki koruma altına konulacak alanların, devredilmez, doğal, kutsal haklarının bulunduğu bu bölgeler üzerine alınacak koruma kararlarının fiili uygulayıcısı konumundadırlar. Nihayet bu kısa bilgilenmeden sonra, sorunu Anayasa düzeyinde ele almalıyız.

1982 Anayasası’nın *II. Kısım Üçüncü Bölüm SOSYAL ve EKONOMİK HAKLAR ve ÖDEVLER* ismiyle *VIII. ana başlığı, “sağlık, çevre ve konut”* olup 56.maddesi kenar başlığı ise, *A- Sağlık hizmetleri ve Çevrenin Korunması; 57.maddesinin B- Konut Hakkı ve IX. Ana başlık da C- Gençlik ve Spor kavramları alt başlığıyla düzenlenmiş hükümleri içerir.*

İlk bakışta Anayasa, **sağlık, çevre, konut** gibi önemi büyük sözcüklerin birbirleriyle ilgisine işaret eder ve bu kavramların anlamının ayrılmaz olduğunu yansıtır. Özellikle **sağlık/konut** sözcüklerinin **alt düzleminin ÇEVRE** olduğu açıktır.

Sağlık ve onsu olmaz “**çevre**” kavramı, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak, çevre kirlenmesini önlemek unsurlarıyla ele alınmaktadır. Her bir unsur bir ödev olarak değerlendirilmekte ve unsurların öznesi olan **devlet + vatandaşlar** birlikte bir ödev yükümü altına sokulmaktadır. Kuşkusuz yaşamsal yoğunluklu bu tür bir ÖDEVİ yerine getirme, anayasal bazda hem devletin hem de vatandaşların

birlikte ulaşacağı, gelecek kuşakları da doğrudan ilgilendiren bir yüce “gaye”dir. Başka anlatımla, çevrenin vurguladığımız unsurlarını işlevsel hale getirme, bu unsurların öznelinin “gaye”sidir.

Örneğin 56.madde gerekçesinde yapılan şu irdelemeler, “*Vatandaşın korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamak Devletin görevidir... Sanayileşmiş toplumların son yıllarda karşılaştıkları önemli sorunlardan biri çevre kirlenmesidir... göç, tabiatı kaldıramayacağı bir yükü karşılaştırmış, sonuçta tabiattaki insan-tabii bitki örtüsü ve su ilişkilerindeki dengeler bozulmuştur. Flora değişmeye başlamış, tabiat, sular, topraklar ve hava o derece kirlenmiştir ki... insanlar için büyük tehlikeler oluşturmaya başlamıştır...* Eskiden hissedilmeyen fakat son yıllarda hissedilen çevre kirlenmesi şimdi dengeli ve sağlıklı çevre bilincini yaratmıştır... Çevreyi koruyan mevzuat kadar eğitim ve devlet denetimi de gereklidir. Çevreyi koruyucu fiili tedbirler ve faaliyetler de gereklidir...” sorunun ne denli yaşamsal olduğunu gösterebilir.

Görülüyor ki, Anayasa gerekçesinde “**korunmuş çevre koşulları**” ile kastedilen şey, Çevrenin korunması yaklaşımı koşullarının olduğu ve bu koşullara devlet ve herkesin riayet etmesidir. Çünkü sağlıklı bir çevreyi koruyacak koşulların, Anayasanın 56.maddesinin içerdiği (a) çevreyi geliştirmek, (b)çevre *sağlığını korumak ve (c) çevre kirliliğini önlemek* gibi ÇEVRE düzleminin öğelerinin gereğini yapmaktan geçtiğini söyleyebiliriz. İnsanların yaşadığı olması gereken temiz bir çevrede, beden ve ruh sağlığının gelişebileceği açıktır. Onun için Çevreyi koruma araçları olarak (1) *mevzuat*, (2) *eğitim*, (3) *devlet(idarenin) denetimi*, (4)*çevreyi koruyucu fiili önlemler ve faaliyetler* kuşkusuz çok önemli olacaktır.

Özetle sağlıklı ve dengeli bir çevre bilinci ile donatılmış toplum olmanın bir amaç olduğu ve bu amacın her birey için “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ile değer kazanacağı açıktır. Bu cümleden olarak 56.madde, çevreyi geliştirme, çevre sağlığını korumak, çevrenin kirlenmesini önlemek işlevlerini, vatandaş ile devlete birlikte yerine getirmesi “ödevini” vermiştir.

Federal Alman Anayasası (Die Verfassung von BRD) **20a** maddesinin kenar başlığı ise “**doğal yaşam kaynakları**”dır. Maddenin içeriğine göre bu “kaynakların” korunması, “gelecek kuşaklara karşı sorumlu olan devlet”e yöneltilmektedir. Devlet, çok daha önemlisi (temel anayasal düzen kapsamında) bu koruma işlevini *yasama, yasa ve hak çerçevesinde* “**yürütme ve yargı organlarıyla**” yerine getirme yükümü altına konulmuştur.

İnsanların “**doğal yaşam kaynakları**”nı koruma demek, özellikle, hava, su, toprak, iklim, hayvanlar, bitkiler, ayrıca doğa ve doğal görünümünü korumak demektir. Bu anayasal öngörü devlete “**gelecek kuşaklara karşı**” bir sorumluluk yükler: Doğal yaşam kaynaklarını koru, çünkü yukarıda sıralanan bu kaynaklar gelecek kuşakların mirasıdır. Hiçbir hukuk düzeni bu doğal yaşam kaynakları mirasını korumadan kaçamaz. Eğer bu kaynaklar olmasa idi, hukuk da olmazdı.

Alman Anayasasının bu emrinde Çevreyi korumanın anlamı 1992 Rio UN Konferansından beri devam eden-derinliğine bir gelişim (nachhaltigen Entwicklung), başka söylemle tüm dünyada propagandası yapılmakta olan

“*müessir*” bir gelişim anlamında kullanılmakta ve doğal kaynakların korunması ödevi ve/ veya gayesinin yapılmasını ısrarla isteme anlamına gelmektedir.¹

Almanya’da uzun zamandır, çevreyi koruma (spesifik önemsiz) saptaması, ilk kez 1994’te bir “*devlet amacı*” hükmüne dönüştürülür(GG md.20a). Yani, çevre koruma emri bizim Anayasada olduğu gibi devlete bir ödev olarak verilmektedir. Esasen Alman Eyaletleri daha önce, çevreyi koruma ödevini, anayasalarında zaten bir “devlet amacı” olarak belirlemişlerdir. Örneğin Baden-Württ. İlk eyalet olarak 1976 Anayasalarında bununla ilgili değişiklik yapmıştır.² Daha sonra Bayern, Saarland ve Rheinland-Pfalz 80’li yılların ortalarında aynı yola girmiş, ancak Brandenburg Anayasasında bir “Çevre Esasını” saptama, asla kabul olunmamıştır.

Temel haklar ve devlet organizasyonu hükümleri yanında devletin amaçlarını kapsayan hükümler de vardır. Ve bu hükümler, anayasaların düzenlediği köklü hükümlerle devlet yaşamını sağlamlaştırılan norm türleridir. Bu hükümler, devlet faaliyetini içerdiği belirli ödevleri sürekli olarak yapma ve onlara riayet etme anlamında bir örnek teşkil etmek üzere yasa koyucuların anayasaya koyduğu anayasa normları olup bağlayıcı etki ya da sonuçları belirlerler.³ Yukarıda değinilen 56.madde, Çevre koruma ve geliştirmeyi, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını, çevre sağlığını korumayı, çevre kirlenmesini önlemeyi amaçlamış ve devleti (idareye) ve vatandaşları birlikte bu öğeleri, “kuvveden fiile” çıkarıp yerine getirmek için ödevli kılmıştır.

Anayasalarda klasik devletlerin amaçlarını yansıtan hükümler, demokratik devlet, sosyal devlet ilkeleri... gibi (1982 A./ md.2, GG. md. 20/1) birer örnek teşkil eder. Devletin amaçsal hükümleri, objektif içerikleri dışında devlete bir yüküm ve riayet etme zorunluluğu getirir. Ancak vatandaşlar, hukuka ve benzer biçimde anayasaya aykırı davranan devletin ekonomik faaliyetleri dolayısıyla, kendine özgü hukuksal vaziyetler oluşturmasına ortak olamaz.⁴

Alman Hukuku değerlendirmelerine bakılırsa (özetle ileri sürülen beyanlarda), **devlete yönelik amaçsal bir hüküm**, ne VwGOŞ 42/2’ye göre *hukuksal bir yardım yapma izninde*, ne de GG md.93/1 Nr.4 ile bağlı BVerfGGŞ 90/1 ile bir *anayasa şikayetinde*, hatta üçüncü kişilere karşı resmi makam müdahalesiyle bir talebin geçerli kılınmasında (GG md.34 ile bağlı BGB §839’a göre) ve bir hizmet kusurunda da gerekmez ama zedelenbilir. Vurgulanan hallerde, malum olduğu gibi her defasında subjektif bir hukukun olanaklı veya *hatta karar aşamalarına göre gerçek bir zedelenme* ya da ihlalin olduğu varsayılır. *Subjektif bir hukuk, devletin amacı olan bir hükümden çıkartılamaz. Anayasada, yalnızca temel hakların objektif ve subjektif işlevleri bulunur.*⁵

Yineleme pahasına, Türk Anayasasının yukarıda değinilen maddesinde(md.56) Çevrenin korunması (“*en büyük insaniçinlik*”) olayı, vatandaşlara ve devlete

1 M.RUFFERT, ZUR 1993, s.208 ff.

2 Petter-Christopf STORM, Umweltrecht VII.Auflage, 2002,s.1.

3 Eckert .KLEIN, DVB1. 1991, s. 729-733.

4 Klaus STERN, StaatsR I, s.123.

5 STORM, Umweltrecht,s.1-2.

doğrudan verilen bir ödev olarak yerine getirilecektir.

2.Devletin Amacını Saptayan Hükümün Muhatapları

Bir devlet amacını simgeleyen hükümün adresleri, devletin bir kısmını oluşturan Belediyeler dahil olmak üzere devletin tüm gücünü oluşturan güçler olarak sayılabilir. Bu adresler, hükümün amacını gerçekleştirmek yükümü altındadır. Bir kez, *yasama, anayasal düzen çerçevesinde doğal yaşam kaynaklarını koruyacaktır, korumalıdır. Yürütme ve Yargı ise yasa ve hak ölçüsünde bu korumayı gerçekleştirecek, sürdürecektir.*⁶

Devletin amacı olan bir hükümle idarenin bağlılığı, özel hukukun içerdiği düzene yönelik idarenin işlem yapmasını ve bütün icraatını da kapsar. Ve idareyi anayasaya bağlılıktan dışlamaz. Anılan GG.20a/3, “**icrai**” güce hitap eder. Bu durum, **kamusal idare** kavramıyla eş anlamlıdır ve takriben sadece **yasal “icrai” düzen idaresi** veya **planlama idaresini** de dar anlamda ifade etmek değildir. Bu (yasanın bağlayıcılığı amacıyla), eskilerin deyişiyle “teklif kabul etmez” idi. Çünkü yasanın üstünlüğü onun tüm etkilerini göstermez. İdarenin işlem yapan kısmı bir özne oluşu, kesin-nihai bir durum anlamına gelmez. Öte yandan bir idari faaliyette, her şeyden önce özel hukuka göre işlem yapmak bakımından (bir seçim olanağı dolayısıyla) anayasal bağlayıcılıktan çekinme olabilir. Bir örnekleme yaparsak, Alman Enerji Sanayi Teşviki Yasasına (EnergG) göre, kamusal teşebbüsün amacı sadece özel hukuka göre enerji üretimi, güvenceli ve olanaklı olan ucuz enerji sağlama girişimi değil, aksine anayasaya göre doğal yaşam kaynaklarını da koruma olarak anlaşılmalıdır.⁷

3. Çevreyi Korumacılığın Temel Haklarla Bağlantısı

Anayasada devlete çevreyi koruma amacı yükümü getiren hüküm, devletin güçleriyle (für die staatlichen Gewalten) bir kesişme ya da çatışma sorunu oluşturabilir. Ve gözetilmesi gereken temel haklarda da. Öyleyse anayasada bir devlet amacı olan hükümün simgelediği Çevre koruma konsepti, kısmen anayasa düzeyi içindedir. Çünkü çevreyi koruma, en büyük “**insaniçincilik**” (anthropozentrisch= antropozantrik) gibi bir değeridir.

Alman Anayasası 2. maddesi ikinci fıkrasında, “**Alman Halkı dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak tanır**” saptaması yapılmıştır. Burada yaşam ve vücut bütünlüğünün anayasal derecesinin önemli çevre önlemlerini de içerdiği söylenebilir. Ayrıca GG madde 14, devlet erklerinin kararlarında mülkiyet ve miras haklarının güvence altında olduğu vurgulanır. Ve devlet erkleri de kararlarında bu hükümlerin gereğini gözetmek durumundadır. Zaten tehlikeyi önleme ve/veya karşı koyma haklarıyla onların sübjektif işlevi geçerli olmazsa, erklerin değerlendirici kararlarında, devletin amacını içeren bir hükümün objektif değerler işlevine tamamıyla benzerlik oluşturuncaya kadar dikkate alınması gerekir.⁸ Örnek

6 Bu konuda daha yakından bilgilenmek amacıyla bk. Michael KLEOPFER, DVB1.1996, s.73-75; STORM, s.2.

7 Bk. STORM, s.2.

8 Bk. KLEOPFER, Umweltrecht (=UmweltR), München 1989 § 2, RNr.11-12.

verecek olursak, Alman BImSchG § 17'ye göre, bir tesisin işleticisi, belirli bir artıkgaz (=Abgas) temizlemeyi üstlenmelidir. Anayasa'nın 12/2 maddesinden ("genel ve eşit olan bir kamu ödevi yükümlülüğü") işletmecinin subjektif hakkını içeren bu takdir kararında, keza 2/2. maddesinde ("*yaşam ve bedensel dokunulmazlık hakkı*") söz konusu olan sağlık ve 14. maddesindeki ("mülkiyet, miras hakkı ve kamulaştırma") komşu taşınmaz mülkiyeti hakkı bakış açılarıyla tartıcı karşılaştırma yapmak gerekecektir. Kaydetmeli ki devlet amacı olarak saptanan hükmün anlamında hiçbir şey değişmez. O bakımdan devlete özgü amaçsal bir kural, tamamlayıcı daha bir güçlendirici etki üretir.⁹

Değnilen 2/2 ve 14.maddelerin kavramadığı çevre varlıklarını koruyucu hukuk da vardır. Çünkü Çevre korumayı simgeleyen devletin amacı olan hükümlere "**mekan**" da girer. Örneğin çevre varlıklarını koruyucu hukuka, **hayvanlar, bitkiler, doğa görünümleri ayrıca doğa ve onun planlaması da girer**. Gerçi bu varlıklar, beden bütünlüğü ışığında da altlanabilir (subsumieren): Eğer insanların beslenmesine hizmet edecekse. Kuşkusuz azami olarak kısmen mülkiyet hakkına da hizmet etmelidir. Ne var ki: Hayvanlar ve bitkilerin doğadaki serbestliği, bu şekilde düzenlenemez. Çünkü insanlara özgü (örneğin **BNatSchG §.1/de** görüldüğü gibi) bir düzenleme işlevini de hiçbir şey değiştiremeyeceği de düşünülmeli. Şimdiye kadar, korumasız kalan bu anayasal alanda, esasen "*devletin amacını tarif normu*"nun kendine has işlevinin yattığı gözlenebilir.¹⁰

4. Çevreyi Korumayı Amaç Edinen Devlete Ait Bir Hükmün İşlevi Nedir?

Anayasa hükümlerinin somut etkileri ya da sonuçları, işlevlerinin tam gözlemlenmesiyle kanıtlanabilir. Bu somut etkileri üçlü bir yansıtmaya bağlı kılma olanağı vardır: (a) *Bu hükümlerin fiili görev işlevi içermesi*, (b) *tartımlama* ve (c) *yorumlama ölçütü*. Bunun yanında, üç devlet erki olan yasama, yürütme ve yargının farklı görevleri dolayısıyla farklı ağırlık merkezlerini oluşturduğu kaydedilmeli.

(a) Fiili görev ölçütü:

İlk olarak hükmün "fiili görev" niteliğinin ne olduğu anlaşılmalıdır. En önce "norm koyucu"ya (= Normgeber/ özetle yasa, mevzuat) ve nizamname koyucuya (Satzungsgeber) bağlı olmak, ne demek istendiğini dikkate almak, başka anlatımla onlara uymaktır. Yani kurallarının somut etkilerine ulaşmak için önce ilgililer tarafından gerektiği yerlerde uygulama eylemine girişmektir. Norm ve nizamname koyucular, çevreyi koruyucu bir norm sistemini ortaya koymak ve iyileştirmek ya da düzeltmek, dolayısıyla bir hakkı teslim etmek göreviyle yükümlüdürler. Ayrıca Devletin amacını saptayan hüküm, bu görevi yerine getirme yükümünü, gerekli biçimde uygulama gibi normatif bir direktifti de içerir. Başka anlatımla devletin amacını saptayan hükümlerin gerçekleşmesi de bir *fiili görev yapma ölçütünü* gerektirir. Doğaldır ki, **yasa koyucu biçimsel ve maddi anlamda hareket serbestisine sahiptir ama normların buyruğu bağlamında bir talep veya hak üretme istisnası yoktur**. Bununla beraber devletin amacı olarak saptanan çevreyi koruma konseptinin uygulanabilmesi için büyük teşvikler yapılabilir. Yaklaşık olarak fiili görev ölçütünün

9 STORM, s.3

10 Karş. KLOPFER, DVBl. 1996, s.72-73; STORM, s.3.

uygulamaya dönüşmesini içeren bir Çevre Yasası(= kodu) yaratılabilir.

Bunun için epey zamandan beri bir çok ülkede bilirkişiler düzeyinde çalışmaların olduğu izlenir.¹¹ Dahası yürütme erki için *bir fiili görev* de vardır. Çevreyi koruyucu basit- yasal normların mevcut olması ve bu normların çevresel bir toleransı ya da hareket serbestliğini tanzim etmesi, yaklaşık olarak idarenin planlayıcı ve düzenleyici alanlarında da bu hareket serbestisini idrak etmesi, kuşkusuz icra erkince de uygulanır.

(b) Bir tartım ölçütü olarak hükmün öngördüğü devlet amacı

(Yararları dengeleme ölçütü):

Doğrusu bir devlet amacını öngören hükmün en önemli işlevi, idarenin bir ticari –sinaî işleme karar vermesinde kendini gösterir. Çünkü verilecek kararlar gelecekte uygulamaya dönüşen işlemin çevresel etkileri, çatışan yararlar konusunu gündeme getirebilir. Dolayısıyla devletin amacını simgeleyen normun sözünün teraziye vurulması, çatışan yararların tartımlama yapılması, başka anlatımla yararları dengeleme zorunluluğu bulunmaktadır.¹²

Normlarda, idarenin takdir hakkının düzenlendiği durumlar da bu zorunlulukta (yararları dengelemede) içkindir.

İdare Hukukunda takdir hakkı normlarının iki büyük kümeye egemen olduğu söylenebilir. (1) Hukuksal *planlamayı içeren normların gaye edindiği son(final) iç yapılanma* sebebi, planlama yapmadaki takdir hakkının, hukuksal, merkezi bir ifadesidir. Bu durum, keza teknik planlama yetkisi (Fachplanungsrecht) ve umumi planlama yetkisi (Gesamtplanungsrecht) için geçerlidir. (2) Genel düzenleme yetkisinin koşullu formülasyon kuran normlarında da takdir yetkisi (Ermessen) yasanın düzenleyici tasarruf yapma (Ordnungsverfügung) alanında her halde *ara bir yolu simgeleyen bir düzenleme* biçimidir.

Takdir yetkisi marjındaki farklılıklara bakmayarak ilgililerin yararlarının teraziye vurulması, diğer söylemle takdir yetkisi veren kuralların sözlerinin tartımlanması, yararların ortalama esasına dayanmayı içerir.

Devletin amacını saptayan Çevreyi koruma hükmü, Alman ve Türk Hukukunda şimdiye kadar ele alınan düzenlemelerde daha bir önemde gözlenir. Örneklersek, Alman Hukukunda **BauGB § 1/5 Nr.7**'den anlaşılan, Çevreyi korumanın önemini içeren bir imar planının yapılmasında yaklaşık olarak anayasal bir ifadesi görülmez. Bu cümleden olarak hatalı bir takdir yetkisi kullanımı nizamnamenin butlanını getirmez.¹³

Alman Hukukunda düzenleme yetkisi (takdir yetkisi uygulama bazında) VwVfG/LVwFG § 40'ın çerçevesinde oluşur. Maddenin sistematığına göre, takdir yetkisinin amacı ve yasal takdir sınırları (Ermessensgrenzen) dikkatle ele alınmak zorunluluğundadır. Takdirin hatalı kullanımı (Ermessensüberschreitung) durumu

11 Bk. KLOEPFER, DVBl, 1996, s.73-80; STORM, s.4.

12 Karş. KLOEPFER, DVBl, 1996, s.73-76.

13 Bk. STORM, s.4.

söz konusu olmaz.¹⁴ Alman Hukukunda **takdir yetkisinin yasal sınırları ölçülülük ilkesi ve onun basamakları, elverişlilik/ gereklilik/makullük kavramlarına da ters düşmemelidir.** Aynı durum bizim hukukumuzda yinelenen kamu yararı ve hizmetin gerekleri yanında da düşünülmelidir.

Son olarak düzenleyici yetki hükmü doğrultusunda alınan idari bir karar, yarar ve zararların bir tartımlamasının yapılması anlamına gelir.

Çevresel değerlerin korunmasındaki yarar, devletin amacını saptayan hükmün ağırlığını taşımalı ya da öne çıkarmalı. Öyle ki: Ekonomik yararları, pekiştirici bir dozda arka plana atma uygun değildir ve zarar doğurucu bir karar, takdir yetkisinin aşılması da demek değildir. Bir örnek verirsek, VHG §§ 1 a/2-3, fıkra 2Nr.2 bağıntısıyla ülke su yasasında bulunan genel yetki bazındaki teke tek hüküm, kaynak suyunu nitrat maddesi zararından korumak için *ticari veya ekonomik gübrenin ortaya atılmasını* sınırlar. Böylelikle devletin amacına yönelik korumayı içeren hüküm sayesinde çevreyi koruma, ülke ekonomisinin yararları bağlamında bitkilerin olanaklı olduğu kadar (optimal) yetişmesini geciktirmemek, hukuki ve daha kolay olabilir.¹⁵ Bu durum Türk Çevre İdare Hukuku için de aynıdır.

(d) Yorum Ölçütü:

Devletin Çevreyi koruma amacını içeren bir hüküm, belirsiz hukuki kavramların yorumlanma durumunda kalınmasında da büyük anlam ifade eder. Çünkü yorum ekseriya bir tartım yapma aracını da içerir. Belirsiz hukuki kavramlardan (*kamu yararları veya benzeri yöndeki ifade dönüşümünü içeren normların*), devletin çevreyi koruma amacını yansıtan amaçsal hükmün esasını oluşturacağı için hükmün ne anlama geldiğini, korumayı öne alacak biçimde dayanak edinerek “normun lafzından bizatihi çıkarma” olanağı vardır.¹⁶

Alman **BBergG** §§ 12 ve 11 Nr.10'a göre, Dağ Hukukunun içerdiği bir onaylama gereğinde, önce Çevrenin korunmasında en büyük bir kamu yararından mahrum kalma nedeni sorunu tetkik edilmelidir. Çevreyi korumanın ağırlığı veya önemi, özellikle doğayı koruma, burada bir devlet amacı olarak Çevreyi koruma ile birlikte tanımlanmalıdır.¹⁷ Ne var ki, başka belirsiz hukuki kavramlarda da karşılaştırmalara gidilebilir. Örneğin bunu amaçsal yorum tetkikine başvuru bağlamında bir yorum ilavesini sağlayan hukuki yöntem öğretisinden çıkarmak olasıdır. Bir normun veya bir kavramın amacının ve anlamının tetkiki aynı tartımlama araçlarıyla birlikte yansıtılabilir.¹⁸ Bu yaklaşım bizim hukukumuz için de geçerlidir.

14 Bk. D. MURSWIEK, DÖV 1996, s.222-229.

15 STORM, s.5.

16 P. HABERLE, Öffentliches Interesse, s.230.

17 STORM, s.5.

18 STORM, s.5.

II- Çevre İdare Hukukunun Hukuksal Çerçevesine Giren Konular

1- Esaslı Ulusal Hukuk Alanları

Çevre Hukukunun hukuki alanlarının klasik bölümlenmesi, Çevre İdare Hukuku, Çevre Ceza Hukuku ve Çevre Özel Hukuku olarak yansıtılabilir. Bu ayırmada Çevre İdare Hukukuna önemle kaydedilmesi gereken bir işlev atfedilir. Çünkü bu alanın araçları olmadan özenli bir politika oluşturma olanaklı değildir. O nedenle Çevre İdare Hukuku devlet ve tüm kişilerin çeşitli hukuki disiplinler içinde ağırlığı olan bir ortak hukuk disiplindir, karma nitelikler taşır. Dolayısıyla Çevre Ceza Hukukunun ve Çevre Özel Hukukunun varlığı sadece tümleyici işlev görme olarak değerlendirilebilir. Daima tanımlanmış bir Çevre kavramının ve bir Çevre Yasasının noksanlıklarını içeren genişlik muvacehesinde, açık bir biçimde Çevreye yönelik düzenleme çokluğunu bir sistemleştirmeye bağlı olarak sistem haline getirip kaydedebilmek sorunsuz değildir ya da birçok sorun bulunmaktadır.¹⁹

Ancak uygulama ve kuramda, “operatif” (operativ) Çevre İdare Hukukunun şu esaslı özel alanlarının olduğu, eskilerin deyişiyle “kabil-i idrak”tır: 1- Çevresel Ekonomi ve Çöp Hukuku, 2-Çevre Koruma Hukuku, 3- Atom ve Radyasyondan Korunma Hukuku, 4- Su Yönetimi ve Koruma Hukuku., Toprağı Koruma ve Atlas Hukuku, 5- Ve Doğayı Koruma Hukuku (Ki: Bu sayımda Gen Tekniği ve Kimyevi Maddeler Hukuku esaslı çevre alanı olarak not edilmekte, ama idarenin icraatı sadece ikincil rol düzeyinde olup seyirci kalması durumuna dikkat çekilmektedir).²⁰

Umumi Planlama veya Teknik Planlama Hukukunun şu diğer çekirdek hukuki alanlarda da ağır ve/veya çok önemli bir rol oynadığı belirtilmeli. Bu esaslı hukuki alanlar, 1- Mekansal Düzen Hukuku, 2- İnşaat Planlama Hukuku, 3- Trafik Yolu Hukuku, 4- Dağınık tarlaların Birleştirilmesi Hukuku.

Bu hukuk alanlarının normlaştırılması tam bir incelemeyle ortaya çıkabilir ve bu alanların bağlılık sırası bir kenetlenmeyle gösterilebilir. Belki böylelikle Umumi Çevre İdare Hukuku söz konusu edilebilir.²¹

2- Avrupa Birliği Çevre Projeksiyonu

Avrupa Birliği, Çevre İdaresi işlemleri yapmak için hukuksal esasları derece derece üretmektedir. Örneğin EGV (md. 130 r'den 130 t'ye kadar) uyarınca, Birlik

19 KLOEPFER, UmweltR. parag.1 RNR.46; STORM, s.5.

20 STORM, s.5-6. Almanya'da Hessen Tüketiciyi Koruma Bakanlığı'nın denetiminde, Mülheim kentindeki bir döner fabrikası, ürettiği ürünlerde “gen manipülasyonlu malzeme kullandığını açıkça beyan etmemesi sebebiyle (ki, bu ağır ihmal olarak değerlendirilir) ağır para cezasına çarptırıldığı” haber verildi. Üretici döner imalatında “genleri değişime uğratılmış soya kullanıldığı” saptanmıştır. Savcı eğer kasıt saptanırsa dava açılacağını söyler. AB ve Almanya Besin Maddeleri Mevzuatına göre, geni değiştirilmiş madde kullanılmasında mutlaka bunun ambalaj, mönü ve paket listelerinde belirtilmesi gerekmektedir. Yapılan rutin denetimlerde anlaşılan soya gen değişimi bir “gıda skandalı” olarak yansıtılmıştır. Ülkemizde bir örnek vermek gerekirse, “Kanada Mısırı” ilk akla gelen olmaktadır. Görülüyor ki, Gen Teknik ve Kimyevi Maddeler Hukuku önemli olduğu kadar, doğal bozulmalara neden olduğu için Çevreyi ilgilendirmektedir. (CUMHURİYET, 29 Mayıs 2005, s.3).

21 Krş. KLOEPFER, UmweltR. parag.3-4; Hans Paul PRÜMM, UmweltschutzR., 1989, s.27 ff.

ortak bir Çevre politikası da gütmek zorundadır. EGV madde 130 r fıkra 2 tümce 1'e bakılırsa, Çevre politikası alanındaki Birliğin faaliyeti, Çevreye özen gösterme ve önleyici koruma esaslarını uygulama, çevreye verilen zarar ve ziyanların üstünlüğüne göre sebeplerinin kaynağıyla savaşıma, ayrıca çevre ihlallerine sebebiyet verme ilkesi (Verursacherprinzip) temelinde sürdürüleceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Topluluk EGV md.130 s veya 100 a bazında toplu yaşam yerlerini sevk ve idare etmek için tüzükler veya önerge çıkararak çevresel politika uygulamalarına yön vermektedir. Bu maksatla "karar" denilen biçim kullanılmaktadır.²²

Birlik Çevre Politikaları uygulama araçlarından Tüzükler, bilindiği üzere EGV madde 189 fıkra 2'ye göre Birlik vatandaşlarına doğrudan etki yapar ve bu mevzuat vatandaşlarca nazarı dikkate alınmak zorunluluğundadır. Tüzük aracı Çevre Politikası alanında nadiren gözlenebilir. Örneğin Alman Çöp Nakletme Tüzüğü, Çevre Yönetimi ve Çevre İşletmesi denetimi hakkındaki tüzük gibi.²³

Esasen EU, Çevre Politikası hukuki uygulama aracı olarak **Yönergelerden** yararlanır. EGV madde 189/3'e göre, yönerge usulen vatandaşlar için doğrudan etki veya bir girişim doğurmaz. Daha çok üye devletler vasıtasıyla **Yönergelerin** gereğinin yapılması, ulusal hukuklarda gerçekleştirilmek zorundadır. Örneğin Çevreye Dair Haberleşmenin Serbest Dolaşımı Üzerine Yönerge, **Kükürtdioksit Hava Kalitesi Sınır Değerleri ve Ana Değerleri Hakkında Yönerge...** üye devlet iç hukukunun parçası olduğu için dikkate alınmalıdır.

İç hukuklar ya da ulusal hukuklar, normların dış etkisiyle dönüştürülmesi veya uyumlu hale getirilmesi gerçekleştirilmelidir. Demek ki Birlik üyelerinin yasaları veya yasal mevzuatı, idari yönetmelikler kifayet etmez.²⁴

Sınırlı varsayımlar ışığında tüzükler gibi yönergeler de doğrudan etkiye sahiptir. Eğer iç hukuklarda dönüşüm veya hukuka uygunluk sağlanamamışsa, o zaman bu durum geçerli olur ve yönerge mutlaka içindekiler itibarıyla ve yeterli olarak muayyen duruma gelir. Uygulamasında icrai muameleye gereksinim yoktur.²⁵

Nihayet EGV madde 189 fıkra 4 anlamında "**Kararlar**" denilen biçimden (die Form der sogenannten Entscheidungen) de Çevre İdaresi için karakteristik, ölçü, talimat, veya benzerinin saptanmasını yapabilmek için yararlanır. Kaynağı EGV 189/4 olan **Kararlar**, genel tasarruflara dahil olduğu halde Alman idari tasarruflarına benzemektedir. Bir örnekleme yaparsak, "Çöplerin Bir Listesi Hakkında Karar", Tehlikeli Çöplerin Bir Listesi Hakkında Karar" gibi Kararlar dikkat çekmektedir.²⁶

Topluluk Hukukunun İcrasına gelince, Birliğin belirli bir tarzda biçimlendirdiği kendine has Çevre İdaresini içermeyen duruma göre oluşmuş ulusal çevre idarelerinden (az sayıda istisnalara kadar) Topluluk Hukukunun İcrasının vücut bulduğu söylenebilir. Ayrıca Tüzükler ve doğrudan etkili olan Yönergelerin

22 Madde 130 s ve 100a değerlendirmesi, farkı için bk. EuGH, ZUR 1994, s.294 ff.; STORM, s.6.

23 STORM, s.6.

24 STORM, s.7.

25 Karş. EuGH, DVB1.1989, s.26.

26 Karş. STORM, s.7.

Topluluk Hukuku icrası esnasında, ulusal hukuk icraatı olarak eskilerin deyişiyle “kuvveden fiile çıkarılan” (gerçekleştirilen) yönergenin icrası gösterilebilir. Şu var ki, Ulusal Usul Hukuku uygulanır ama Topluluk Hukuku Usul Düzenlemesine itiraz olunamaz.²⁷

III- Çevre İdare Standardı Bağlamında Çevre İdare Hukuku İlkeleri

Çevre Hukukunun hukuk yazınında birincil nitelikler (herausragend/hervorragend) içeren dört ilkesini teşhis etme olanağı vardır. Bunlar, çoğunlukla özel Çevre yasalarına uygun olarak her zaman ortaya çıkabilir. Esasen çevrenin genel anlamda korunmasına ilişkin temel ilkeleri, **Zarara yol açma ilkesi** (‘kirleten öder’), **Çevre zarar ve ziyanına yol açanın kusursuz sorumluluğu ilkesi**, **fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi**, **Çevre korumasında sürdürülebilir (dengeli) kalkınma ilkesi**, **Çevre zarar ve ziyanlarını doğmadan önleme ilkesi**, **Çevreyi koruyucu uygun teknoloji ve yöntemlerin tercih edilmesi ilkesi** ve **Çevreye uygunluk denetimi ilkesi** (= Çevresel Etkileşim Değerlendirmesi) olarak değerlendirme ve sayma olanağı vardır. Ancak daha çok İdare Hukuku bağlamında birincil nitelikli ilkeleri öne alıp değerlendirme yapmayı uygun gördüm. Sorunu, Çevre İdare Hukuku bazında yakın plan yineleyerek ele alırsak, öne çıkan şu ilkeleri sayabiliriz:

- Çevreyi koruma ve özen gösterme ilkesi (Schutz-undVorsorgeprinzip)

- Çevresel zarar ve ziyana yol açma ya da çevre zararına sebebiyet verme ilkesi (Verursacherprinzip) = “Kirleten Öder” İlkesi.

- Çevresel işbirliği ilkesi (Kooperationsprinzip),
- Enformasyon- danışma- ilkesi (Informationsprinzip).

a) **Koruma ve özen gösterme ilkesi**

(a) Koruma (Schutzprinzip = Protectionprinciple) ve önleme ilkeleri üzerine:

Çevre İdare Hukukunun kapsadığı çevresel bölümlerinin içeriği, taşınır mallar üstündeki hakkın korunmasına yönelik tehlikeleri, tehlikeyi polisiye önleme geleneğine (an die Tradition der polizeilichen Gefahrenabwehr) bağlar. Şu var ki, insanların çevreye etkileri “**kirlatme**” olarak da isimlendirilir. Bu bağlamda, **kirlatme**, gürültü, radyasyon yayma veya benzeri durumların insanlara, hayvanlara, bitkilere, yapılaraya veya benzeri durumlara oluşturduğu olumsuz etki olarak tanımlanabilir (Immissionen). Başka anlatımla “**kirlatme**” çevre kirlenmesi olayıdır. Buna göre insansı Çevre etkileri, çevre kirlenmesini simgeler ve bu kirlatme veya kirlenme bertaraf edilmelidir. Eğer kirlatmeler, zararlara veya kısmen sadece önemli mahzurlar oluşturuyorsa veya önemli kirlenme üretmişse ve bu sonuçlara müdahale etme, diğer söylemlerle el uzatma akla yakın geliyorsa, o zaman “**ne önemlidir**” sorusunun cevabı, **korumak** olarak karşımıza çıkar.

Alman Hukukundan örnek vermek gerekirse, BImSchG §§ 5 fıkra 1 Nr.

27 STORM, s.7.

1 ve 3 fıkra 1-2 anlamında işletmenin çevreye zarar verici etkilerinin değinilen hükümlere sokulması olası ise, faaliyetin çevre zararına sebep olduğu varsayılır. Böyle bir durumda **koruma ilkesi** söz konusu olacaktır. Kenar başlığı “*ruhsat alma gereği olan tesislerin işleticisinin yükümleri*”nde, Çevrenin korunmasına yönelik yüksek dereceli bir güvence sağlama gereğine yer verilmektedir. Özellikle 1. fıkroda ruhsat alma zorunluluğu olan tesislerin kurulması ve işletilmesi, işleticiye bazı güvenceler getirmesini öngörür. Örneğin işletmelerin çevreye zarar verici etkileri ve başka tehlikeler, umuma ve komşu taşınmazlara- civara büyük zararlar ve büyük yükler (kirlenmeler) getiremez. İşletmelerin Çevreye etkileri ve başka tehlikelere karşı özen gösterme (örneğin önleyici önlem alma) yaklaşımı, işletmelerin Çevreye karşı büyük zararlar ve büyük yüklerle sebep olma durumlarında söz konusu olup, özellikle zararları en aza indirici, teknik durumlara uyan önlemlerin alınıp alınmadığı ön plana çıkar.

Örneğin Çevrenin deyim yerindeyse “baş belası” çöplerden kaçınma gerekir. Onların hiç oluşmaması için ne yapılabileceği konusuna, onları imha edelim, değerlendirelim demeden özen göstermeliyiz.

Önleme ilkesi (Vorbeugungsprinzip):

Çevresel kirlenmenin hiç doğmaması için ortaya atılmış bir ilkedir. Literatürde Maastricht Antlaşması bu ilkeye bir de önlem boyutu eklediği yazılır: **Vorsorgeprinzip**. Ve bu ilkede fiil ile olası sonuç arasında illiyet bağının daha esnek (gevşek) olduğu yazılmıştır. Ancak bu esnek durumlarda da önlem alınması gerektiği, her iki ilkede “çatışan değerlerin” iyi tartımlama yapılması gereği vurgulanmıştır.

Oysa özen gösterme ilkesinin tüm düşünülebilen işlevleri simgelediği savunulabilir. Çevreye zarar verici etki doğuran çöp işlerinden kaçınmaya özen gösterme gereği, çöp üreticisi için bir yükümdür. Yine Krw-/AbfG (“ Umumun sağlığına uygun çöp imhasının esasları” başlığı § 10 fıkra 4 Nr.1) anlamında, “çöplerin insanların sağlığına zarar vermesi” denilmekte ve bu bağlamda eğer sağlığa verilen zararları, insan sağlığına tehlike oluşturma bazında yeterli olarak gözlemleme olanağı varsa, **koruma ilkesi** bağlamında çöplerin imha edilmesi gerekir.²⁸

Tehlikeden korunma işi, bir zarar olasılığının saptanmasıyla başlar. Tehlike fiili ve değerleri koruma ilişkisi, nispi dar bir mekan (hacim v.s) itibariyle bir bağıntı içinde olmalıdır. Ancak olasılık ölçüsü (Wahrscheinlichkeitsmaßstab) sabit büyüklükte alınmamalı. Bu ölçü hukuksal değerleri ya da varlıkları, daha önemli bir biçimde koruyucu olursa, olasılık talepleri veya gerekleri de o kadar daha dardır.²⁹

Gözlem o ki: Koruma ve özen gösterme ilkeleri nüanslarla alışveriş içinde bulunur.

28 JARASS, BImSchG- Kommentar, 6.Auflage 2005, § 3 RNR.13; STORM, s.8.

29 Krş. BVerwGE 45, 51, 61.

(b) “Zarar vermeden sakın”!

Eskilerin söylemiyle, “**ihtiyat**”, özen / ihtimam / dikkat sözcüklerine eş anlamda kullanılır. Literatürde “*ihtiyat*” ilkesi olarak geçmektedir (The precautionary principle of Environmental Law).

“İhtiyat” ileriye düşünerek davranma olarak da tanımlanabilir. Doğaldır ki, “**ihtiyat**” ya da özen gösterme, çevre koruma için çevresel ekonomiyi içeren tesislerin kurulmasında, kurucunun çevresel zararları ileriye düşünerek şimdiden iyi hesaplaması, Alman yasasında dediği gibi “**Çevreye yüksek bir koruma derecesi güvencesi**”³⁰ sağlaması gerekir. Her ne kadar olasılık ölçüsü sadece nispi bir büyüklükte ise de, tehlikeyi önleme alanında bir zararın tüm çıplaklığıyla ortaya konulması ihtimali gereksinimini karşılamaz.³¹

Ancak Çevre İdare Hukukunda, bir olasılık ölçüsü veya doğa bilimsel küçücük bir olasılığa da gereksinim vardır. Bu yüzden tehlikeden korunma yanında, tehlikeler daha baş göstermeden *kısmen tehlikeye* özen gösterme olgusu gerekli olur. Çevre zararlarının mekânsal genişliği, ormanların ölümü veya nedenlere ilişkin noksan bilgi veya zarara yol açan veya alışlagelmişliğin dışında oluşan büyük zararların olasılığı da olduğu gibi, atom çekirdeğinin parçalanmasındaki (Kernspaltung) gibi, Çevreye özen gösterme kavramı (**özenlilik ilkesi**) geliştirilmelidir.³² “İhtiyat” kavramında, tesis kurma niyetinden doğabilecek zararların “*sonunda fena olacağını haber vererek korkutma*” da olmalıdır. Eğer faaliyeti simgeleyen niyette ‘*olabilir*’ veya ‘*küçük ama akla yakın*’ bir durum gözleniyorsa bu yeterlidir.

Almanya’da yaşanan bir olayda, Ruhr Bölgesinde bir tesisin büyük bir yangında çıkardığı çürük gazların yayıldığı Kara Ormanlarda, ormanların ölümünde bir payının olup olmadığı sorusunun çok kompleks bir esasa dayandığı yazılır. Bu büyük yangında yanan tesisin çıkardığı çürük gazların doğrudan ve yaklaşık olarak Freiburg kenti ormanına zarar verdiği yeterli bir olasılıktır ve güçbela ispatlanabilir. Olayda bir çözümleme için tehlikeye karşı özen gösterme ilkesi yardım edebilir. Şöyle ki: Niyet ve zarar arasındaki illiyet bağı ve bir hesaplanabilirlik gereksinimini gözden kaçırmak değil, bu bileşenler arasında nispi geniş bir bağıntı kurma yeterlidir.

Alman BImSchG § 5 fıkra 1 Nr. 2’ye göre, Çevreye zarar verici etkilere karşı önlem almak ruhsat alma gereği olan tesislerin kurulurken ve işletilirken önlem alması demektir. AtomG § 7 fıkra 2 Nr.3’e göre, eğer çevreye oluşabilecek zararlara karşı emniyet önlemi alınırsa, sadece o zaman bir nükleer tesisin açılması kabul olunabilir. Yine WHG § 7a fıkra 1 de özen gösterme ilkesine dayandırılmıştır.³³

Çevre Hukuku ilkelerinden sonuncu ilke olarak değerlendirilen özen gösterme-*ihtiyat-ilkesi* (*vorsorgeprinzip=precautionaryprinciple*) hakkında tartışmalar sürmektedir.

30 BImSchG parag. 5 (1).

31 Bk. HANSEN-DIX, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, s.36.

32 Görüşler için bk. E. REHBİNDER, Vorsorgeprinzip und präventive Umweltpolitik, in: Simonis, Präventive Umweltpolitik, s.5.

33 Bk. STORM, s.8-9.

Çünkü önleyici önlem alma ilkesi ile özen gösterme ilkesinin iç içe geçmiş bir durumu yansıttığı yazılmıştır. Esasen yukarıda değindiğim gibi sözlük anlamıyla özen, *itina*, *ihitimam*, *dikkat gösterme* anlamına gelir. “**İhtiyat**” ise sakınma anlamına gelir. Almanca “Vorsorgeprinzip” kavramında “vorsorge” sözcüğüne ‘**önlem**’ ve ‘**önleme**’ ya da ‘**ihtiyat**’ ve ‘**önleyici önlem**’ olarak iki biçimde anlam verilmektedir. Görüldüğü gibi bu sözcüklerin ortak yanı, Çevre Ekonomisinde her işletmenin çevreye saldıdığı zararın oluşmaması için alması gereken tavırlar olacaktır. Bunlar, işletmeciye, ileriye doğru kurduğu tesisin çevreye zarar oluşturmaması için *gerekli olanı yapacaksın* anlamını ihtar eder, içerir.

“Önlemek tedavi etmekten iyidir” sözü “**önleme ilkesi**” (=Vorbeugungsprinzip) için söylendi (Ki: AT-Antlaşması madde 174 ve Birinci Faaliyet Programında yer alır; çevre kirlenmesinin hiç oluşmaması için alınabilecek önlemlere öncelik verir; örneğin çöplerin nasıl imha edileceği değil, hiç çöp oluşmamasının nasıl sağlanacağına ağırlık verilmelidir) ama “**ihtiyat**” ilkesinde de zarar vermeden “**sakın**” buyruğu vardır. Yani özen göster ki zarar doğmasın. Bu şudur: İşletme zarar doğmaması için daha kaynağında her türlü özeni göstermelidir. Bu bir “**ihitimam**” göstermedir. Sonuçta “önlem” de zararı doğmadan önlemeye yöneliktir.

Şimdi “özen gösterme- ihtiyat” üzerine bazı noktalar işaret olunmalı: **Hukukun istediği bazı veriler bilim tarafından karşılanamaz olsa da Çevrenin korunmasından kaçınma olamaz.** O nedenle özen gösterme ilkesi önem taşır.

(c) Özen gösterme ve belirsizlik, analizlere devam

Bir kez bilim, siyasetçiler ve hukukçuların istediği verileri ortaya koyamayınca “**bilimsel belirsizlik**” dediğimiz realite ile karşılaşırız. Birçok çevre sorununun birbirine bağımlı olması ve çok yönlü olmasının ürettiği karmaşa, belirgin cevaplar vermeyi zayıf kılmaktadır. Bu “**belirsizliktir**” ve bu ‘**kavranamayan bir olasılık**’ biçiminde algılanabilir. Örneğin araba kullananın başında her zaman *bir “risk” algılaması* vardır. Ve sigorta yapmada bir sorun olmaz. Zehirli bir kimyasal maddenin boşaltımı veya baz istasyonu yakınında oturanlar için sağlık sorunu yaşanabilir ama zarar verenin ürettiği bu sorunun ölçüsünün ne ölçekte olduğu zor bir konudur.

Belirsizliğin zaman boyutu da önem taşır. Örneğin günümüzdeki iklim sorunları, küresel ısınma ve genetik değişiklikle değişen organizmaların izlenmesi bize “zaman” boyutu faktörünü gösterebilir.

Özetlersek bilim adamları değişik görüşler sunarken, politik yaklaşımlarda da karmaşa yaşanabilmektedir. Ozon tabakası inceliyor mu? Bunun gibi daha birçok alanda ters açıklamalar belirsizliği artırmaktadır. Elbette “**bilimsel belirsizlik**” olumsuz sonuçlara neden olabilecektir. Böyle olunca siyasetçiler de bilimsel belirsizliği ortaya atarak baskı kuran iş çevreleri yararına irade sunabilmektedir. Dolayısıyla yönetimlerin aldığı tavırlar çevre yanlısı olmakta zayıf kalmaktadır. Gerçi devletlerin kendi ulusal alanlarından başka devletlere sarkacak zararlardan sorumlu olacağı bağlamında önleme ve denetim yapma zorunluluğu değindiğimiz bilimsel belirsizlikler nedeniyle uygulamada olumlu sonuçlar vermemektedir. Çünkü “zarar vermeme” yükümü uygulamada belirsizliğe kaymaktadır. Örneğin

asit yağmurları ve başka konularda ortak değerler konusunda alınacak önlemler “**bilimsel belirsizliğe**” takılmaktadır. Sonuç olarak “**bilimsel belirsizlik tezi**” karar vericileri çevreyi koruma fikrinden uzaklaştırmakta ve az gelişmiş ülkelerde de çevre aleyhine tavırlar takınma izlenebilmektedir.³⁴

Kurulan veya kurulacak bir tesisin çevreyi bozucu etkileri konusundaki bilimsel veri toplamanın ve beklemenin (kabul görmüş “önleyici önlem ilkesi bile) UYGULAMADA etkisiz kalması, “belirsizlik” konusuna çözüm arama sorununu devreye sokmuştur.

İlk çözüm adımı ABD'nin “risk değerlendirmesi” formülü (önlem *konseptinin kamu yönetimi alanına taşınmasından oluşan ‘risk değerlendirmesi’, bilimsel belirsizlik konusuna usul anlamında sınırlı katkı yapar*) olmuştur. Ancak değerlendirmenin esası risk hesabına dayanmakta belirlenebilen riskler açısından yapılmaktadır. Yöntem herkese açık olduğu için politika-bilim arasındaki açıklık sistematik olarak sıfırlanmaya uğraşmıştır. Dolayısıyla “**risk değerlendirmesi**” yapılmadan kararlar alınmışsa (Ki: *Örneğin Bergama davasında Danıştay ‘risk yönetimi analizi yapılmasını öne sürer : D6. D.K.,1998/1830*) mahkemede sorun ileri sürülebilecektir. Ancak bu çaba ‘yarı bilimsel’ bir çaba ile belirsizliği azaltmaya yaramaktadır. Özellikle sağlık alanında (çok az maddelerde) yapılan risk değerlendirmesi analizleri, düşünülen çözümsel etkiyi yapamamıştır.

Alman Hukukunda “*risk değerlendirmesi*”, bireylerin risklere karşı korunması biçiminde algılanmış ve devlete ödev olarak verildi ama çevresel sorunlarda belirsizliğin ağır basması, “ihtiyata” (risk yerine) gitmeyi üretmiştir. İhtiyat ya da özen gösterme ilkesi oluşumunun temelinde Alman Hukuku olduğu gözlenebilir. Özellikle 70’li yıllardan itibaren hava kirlenmesi mevzuat çalışmaları başta olmakla beraber, asit yağmurlarının ormanları öldürmeye başlaması (ki, yeşillerin oy oranını arttırdığı zamanlardır), tehlikelerin ağırlığı bazında özenlilik kavramını öne çıkardı. Böylece bu ilke yani özen gösterme ilkesi, “sürdürülebilir kalkınma” yaklaşımını destekleyen ve çevre korumayı gerçekleştirebilecek yoğun önlemlerin alınmasını destekleyen bir ilke olarak resmi platformda onay görmüştür. Dahası ilke, uluslararası alanda çevre koruma çalışmalarında etki göstermiştir. İlk kez Londra Deklarasyonunda “**ihtiyat yaklaşımı**” ifadesiyle yer alan özen gösterme ilkesi, giderek yeni konferanslarda seslendirilmiş ve sözleşmelere yansıtılmaya başlanmıştır.³⁵

Özen gösterme ya da *ihtiyat ilkesi* önce denizlerin korunması metinlerinde yer alır. Arkasından küresel Çevre konularında ve balıkçılık konusunda yer aldığı gözlenir. İlkenin yansıtılması olayında Yeşilbarış (Greenpeace) örgütünün çabaları büyüktür. BM Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu Çevre Hukuku Uzmanlar

34 “Bilimsel belirsizlik” deyimini hakkındaki değerlendirmeleri: Bk. TURGUT, Çevre Hukuku, Ankara 1998,s.314.

35 Evrensel metinlere girmeye başlayan özen gösterme ilkesini (ihtiyat ilkesini) şu metinlerde görme olasılığı: Bergen Bakanlar Deklarasyonu, Montreal Protokol Değişiklikleri (1990), Bamoka Sözleşmesi, Oskar Sözleşmesi, Sınırlar Ötesi İrmaklar ve Uluslararası Göllerin Kullanılması ve Korunması Sözleşmesi, AB Maastricht Sözleşmesi, Rio Bildirgesi, İklim Değişikliği Sözleşmesi, Biyolojik Değişiklik Sözleşmesi.

Grubunun yaptığı bir çalışmada³⁶ Çevre zararları devletlerin egemenliği dışındaki alanlarda oluşmuşsa risk durumu için mevcut Devletler Hukukunun önlemleri dışında bir özen göstermeyi zorunlu kıldığı söylenebilir. Ayrıca zarar ziyanın büyüklüğü bağlamında özen göstermenin yoğunlaştırılması görüşünün yansıtıldığı görülür.

Türk mevzuatında özen gösterme ilkesine rastlanmaz. Ancak imzalanan Rio Bildirgesi (ki, bağlayıcılığı yok, gelenek hukuku vasfı kazandırdığı anlayışı vurgulanır), Basel ve CITES Sözleşmeleri bağlamında ilkeyi uygulamak gerektiği savunulabilir. Soruna yeni yeni önem vermeye başladığımızı, sözleşmelerin gereğini yapmamız yolundaki çevresel düzenlemelerde sınırlı olsa da ilkeye yer verildiği izlenebilir. Halkı doğrudan ilgilendirmesi anlayışına saygıdan olsa gerekir ki, ÇED Yönetmeliği, ÇED uygulaması sürecinde yapılması gereken “katılım toplantısında”, tesisten en çok etkilenebilecek yöre halkının toplantıya katılabilmesi için kolay ulaşılabilecekleri bir yerde toplantı yapılmasına “özen gösterilir” derken (md.9 a), çevresel zararlara uğrama olasılığı olan çevre halkının rızasına önem verildiği sonucu çıkarılabilir. Demokratik bir ölçü olduğu için faaliyetin yöre halkını çağırma özen gösterme en azından çevre etkilerini daha doğmadan engellemeye yarayabilir. Sağlıklı ve yaşanabilir bir çevre hakkını içeren bir özen gösterme ilkesinin çıkış noktası, geniş bir yorumlu Yönetmeliğin bu maddesinden çıkarılabilir.

Uluslararası metinleri baz alırsak özen gösterme ilkesinin iki unsuru olduğu vurgulanabilir: 1- *Bilimsel belirsizlik ki çevresel korunmayı engellememesi için bu ilke ortaya çıkmıştır*, 2- Potansiyel çevre zarar tehlikesi. Bir kez tehlikenin olasılığı saptanınca çevrede doğacak zarar ve kirleticiler arasındaki illiyet bağı kurabilecek açık veriler olmamasına karşı, olası sonuçların gerçekleşmesini önleyecek önlemlerin alınmasını gerektirecektir. Açıkçası bilimsel sonuçların alınmasını bekleme yerine, önce potansiyel çevresel zarar ve ziyanların doğmaması için halk arasında söylendiği üzere “çok geç olmadan” özenli (tedbirli) hareket edilmesi algılanması içinde olunacaktır. Başka anlatımla, **tehlike** ve özen arasında bir seçim yapılacaktır. Şayet tehlike seçilirse, geri dönülemez zararların doğması veya az bir zarar görme olasıdır. Yok eğer özenlilik seçilirse, tehlike ya önlenmiş olur veya beklenen zarar azaltılmış olarak ortaya çıkabilir.³⁷

Çevreyi korumada özen gösterme ilkesinin önemi, insanlığın ortak değerleri, gelecek kuşaklar üzerine yapılan araştırmalardan ortaya konulan hareket noktası olarak “**sürdürülebilir kalkınma**” ve bütünsel görüşleri içermesinden ileri gelmektedir. Çevre korumaya katkı sağlayan yanı, korumada potansiyel zarar ziyanın neler olduğu, nasıl bir toplum kurulması gerektiği olgularını, diğer

36 Bk. Environmental Protection and Sustainable Development: *Legal Principles and Recommendations*; TURGUT, s.313.

37 Özen gösterme ilkesinin bulunduğu ulusal ya da evrensel metinlerde, belirsizlik unsuru için ilkenin algılanma ve kapsam yönünden yansıtılmasının nasıl kavranması gerektiği, şu sözlerde görülebilir: “*Bilimsel bulguların inandırıcı olmaması*”, “*hiçbir bilimsel verinin bulunmaması*”, “*mutlak ve açık bilimsel delil olmaması*”, “*bilimin belirsiz, güvenilmez ve elverişsiz olması*”, “*uygun bilimsel bilgi ve belge noksanlığı*”... Tehlike unsuru için de “*makul temelleri olan zararlar*”, “*olası zararlı etkiler*”, “*ciddi veya geri çevrilemez zarar*”, “*önemli bir azalma veya kayıp tehlikesi*”, “*potansiyel olarak zarar verici etkiler*”... sözleri kullanılmıştır.

anlatımla çevresel ölçüt ve önemini yansıtmada yatmaktadır. Korunacak “huşuların” neler olduğu kapsam olarak işaretlenirken, korumada zaman boyutunun da bu “huşularla” iç içe girdiği gözlenir. Gelecek kuşakların korunması şimdiden önlem almayı zorunlu kılar. Çünkü doğabilecek zararların tehlikelerinin bir hesabı olmalıdır. Böyle olunca önceden gözlenemeyen çevresel zararlar için özen ya da “ihtiyat”, bir sigorta kaynağını oluşturur. Gelecek kuşaklar için mevcut doğa kaynaklarının daha şimdiden korunması yaklaşımı, eko-sistemi benimseme demektir. Çevre hukukunun gelişmeye devam etmesinde bu ilkenin uluslararası boyutlarda “devrimci” katkı sağlayacağı vurgulanmıştır. Kanımca “önleyici ilke” zaten özenlilikte içkindir. Özen gösterme, dikkatli, ihtiyatlı olmak demektir. İhtiyatlı olmak ise önceden önlem önlemi almaktır. Literatürdeki karmaşıklık kanımca epistemolojiktir. Bir kere “önleyici ilkenin” çevrenin özümleme kapasitesini esas almasının çevreyi korumada yeterli olmadığı özen gösterme ilkesiyle (70’li yılların kirlilik mevzuatına yansımış) anlaşıldığı tezi (ki, çevrenin özümleme kapasitesinin var olan bilimsel donelerle saptanamadığı, eko-sistem içindeki girişikliği yansıtamadığı... gibi eleştiriler), “ihtiyat ilkesinde” bu ilkenin zaten var olduğunu görmezlikten gelmektedir.

Örneğin özen gösterme ilkesi bağlamında “kirleticilerin” azaltılması veya yok edilmesi “teknolojileri” savunulmuş, deniz kirliliği sözleşmelerinde özen gösterme ilkesinin yer alması, denizlere salınan atıkların ne derece özümleme kapasitesine yatkın olduğunun saptanamayışı, bu ilkenin daha öne çıkmasını sağlamıştır savı, bilimsel belirsizlik kavramına daha çok çare olduğu anlamına gelmez. Böyle bir karşılaştırma yerine, özen göstermenin çevreyi korumada ne denli yarar arttırdığını görme meselesidir. İhtiyat ölçeğinin tehlikeyi önleme ilkesi olarak öne çıkması ve yararı, işbirliği, eğitim ve hukukla desteklenme ölçüsünde olacaktır.

Çünkü küresel ısınma yani sera gazlarının artması, gazların artmasını ve yüzdelelerini bırakırsak; fosil yakıt tüketimi, orman katliamları, yoğun tarım ve yakıt sızıntısından oluşan metan gazı, birçok soğutucu, iç patlamalı motorlar ve kentleşmeden kaynaklandığı izlenebilmektedir. Sera gazını en çok salan devletlerin (Kyoto’yu imzalamayanlar) önlenemeyen sahip olma duygularını yok etmesi işlerine gelmezse, “ihtiyat ilkesinin” anlamı sadece ahlaksal bir nutuk olarak kalacaktır.

Bir görüşe göre, özen göstermek için alınacak önlemlerin ne ölçekte olacağını saptayamama, ölçek olarak hizmet için geniş çaplı olduğu ve genel bir amaç bazında iyi ama çevresel zararları üreten sorunları çözebileceğine kanmak “hata olur” değerlendirmesi yapılır. Başka bir görüş, bir manifesto değerlendirmesini yaparak ilkenin etkilerinin Çevre Hukukunun bir evrensel ilkesi olmasını yansıtmadığını vurgular. Bir diğer bakışta da yorum konusu öne çıkar. Çünkü somut olaylarda nasıl uygulanması gerektiğinde yanıt alınamamakta, bunun ilkenin normatif gücünü zayıflatacağı belirtilir.

Yine özen gösterme ilkesinin bir ilke mi, yoksa siyasal yaklaşım mı? Sorusu sorulur. Ve klasik iktisat ve sanayicilerin bazıları bu ilkeyi olumlu karşılamamakta, ilkenin “mutlak” anlaşılmasına karşı durmaktadırlar. Belirsizlik olunca, çözüm sağlanıncaya dek ve belirsizlik saptanıncaya kadar

devam etmek, sonuç alınca önlemi belirlemek biçiminde görüş bildirilir.³⁸

Değerlendirmelerin bir sonucu da özen gösterme ilkesinin çevresel korumada reddedilmemesidir. Belirsizlik tanımlamaları yapılagelmiş ama çevre hakkı bağlamında bir hak talebinin karşılanmasına engel olunamamıştır. Uluslararası platformlarda aksine uygulanması yönünde gelişimler kaydedilmiştir. Her ne kadar genel bir ilkenin yasal etkisinin olmayacağı savunulmuşsa da ilkeye yer veren sözleşmelerin uygulanamayacağını söylemek zayıf kalmaktadır.

Ancak özel bir yer, önem kazanmış olan “softlaw”(esnek hükümlü) araçlarının örneğin Gündem 21 ve Rio Bildirgesinin özen gösterme ilkesini önemle kaydettiği bilinmekte ve birçok uluslararası girişim metinleri izlendiğinde çevreyi koruma bazında bu ilkenin evrensel, bölgesel yerel formatlarda hızının kesilemeyeceği ve politika oluşturacağı, dolayısıyla bir **hukuk genel ilkesi** olabileceği düşünülebilir.

Esasen ilke “sürdürülebilir kalkınma” ilkesiyle paralel düşünülmektedir. Örneğin “Bergen Balkanlar Bildirgesi”, sürdürülebilir kalkınma yaklaşımının özen gösterme ilkesine dayandırılması gerektiği belirtilir. İlkenin sadece kirlenmeyle değil, çevre ekonomilerinin getirdiği her tür tehlikeler için de kullanılması gerektiğini savunmak kolay olsa gerektir. Tehlike ve belirsizlik konularının derecesinin yüksek olduğu konularda uygulanmasının önem kazandığı bu ilke, metinlerden çıkarılabileceği oranda (1) kirlilik, (2) kirlilik dışındaki olaylarda uygulanabilir. İlkinde deniz kirliliği öne çıkar. Denize salınan atıkların bazıları yasaklanmış, bazıları ise koşullara bağlanır. Ozon tabakası delinmesi...gibi bazı küresel kategori tehlikeler alanında uygulanması, özellikle belirsizliklerin çokluğu anlamında söz konusudur.

Yine insan sağlığı açısından toksik zehirlenmeler alanında ilkenin uygulanabileceği belirtilir. Kyoto uzlaşmasında belirsizlikler karşısında bazı önlemlerin alınmasında birleşme sağlanır.

Bir başka uygulama alanı ise genetikdir. Çünkü genetik açıdan değişikliğe uğratılmış organizmaların çevresel bir zarar doğurup doğurmamasının önemi, özen gösterme ilkesini gündeme getirmektedir. Onun için bu tür gen değişikliği üreticilerinin çevresel zararlara neden olmamasını gösterme yükümü altına sokulması, ilkenin uygulanmasını gerektirmektedir.

Yine ilkenin biyolojik çeşitlilik alanında (flora, fauna türleri ve ortamları, yaban hayvanları yaşamı...) öne çıkması, uygulama alanının çevresel genişliğe kaydırıldığını da gösterebilir. İlke evrensel metinler yanında iç hukuk metinlerinde de örneğin, su kirlenmesi, radyasyon ve kimyasalların kirletme olaylarında kullanılmak üzere yer alır. Mahkemeler de belirsizlik nedenleriyle, çeşitli yorum çabalarıyla uygulama alanını somutlaştırmaya uğraş vermektedir.³⁹

38 Aktaran TURGUT, s.317-318.

39 TURGUT, s.321-322.

(d) Acaba yiyeceklerin genetik yapısı ile oynanarak elde edilen genetik yapısı değiştirilmiş yiyecekler (GD) zararlı mı veya yararlı mıdır?

Esasen GD yiyeceklerin insanlığın yararına olduğu ilk planda söylenebilir. Çünkü ucuz, verimli ve besleyici değeri yüksek olan ürünler üretilebilecektir. Bu nüfusu hızla artan dünyanın bir bakıma beslenme sorununa önemli bir katkı demektir. Çünkü gelecekte daha önemli proteinler örneğin aşular içeren birçok ürün geliştirilebileceği, güvenlik sorunlarının dahi aşılabileceği yazılmaktadır. Bir örnek verirek “mısır ve soya fasulyesinde olduğu gibi protein kalitesi geliştiriliyor, *metiyonin*, *riptofan*, *lizin* gibi amino asitlerin miktarı artırılıyor, yağ içeriği değiştiriliyor, yeni proteinler ekleniyor; pamukta ürünün lif dayanıklılığı ve kalitesi geliştiriliyor; pirinçte ürünün A vitamini miktarı artırılıyor; brokoli de ürünün raf ömrü arttırılıyor; kahvenin kafein içeriği azaltılıyor”. Daha da önemlisi, bitkinin haşere ve virüslere karşı dayanıklılığının arttırılması için bazı bakteri ve virüslerin belirli genleri bitkiye aktarılmakta, dolayısıyla daha az haşere ilacı (pestisit) kullanılmış olacaktır. Yine bitkilerin yabancı otlara karşı kullanılan ilaçlara (herbisit) karşı da toleransı geliştirilmiş olabilmektedir. Üstelik bitki ilaçtan etkilenmiyor ve tek tip bir ilaç yabancı otları temizlemede yeterli olabiliyor. “Sonuçta çevre kirliliği de azaltılıyor” (ŞENEŞ/YÜCEL, CUMHURİYET BİLİM TEKNİK, s.8-9)

DNA yapısının keşfinden 20 yıl sonra, 2001 yılında İnsan Genomu Projesi, insan genomunun kaba yapısını açıklar ve “GENOM SONRASI” döneme girilir. Gelişim teknolojiye de yansır. Yansımanın önemli bir alanı da Gıda Teknolojisidir. Bu tabloya damgasını vuran hiç kuşkusuz “genetiği değiştirilmiş yiyecekler” (GD) olmuştur. GD, genetiği değiştirilmiş organizmalardan elde edilmiş yiyecektir. Bu organizma biçimi, genetik materyali doğal olmayan yollarla değiştirilmiş organizmaları simgeler. Günümüzde GD yiyecekler konusunda **iki görüş** çatışmaya devam etmektedir. GD yiyecekleri savunanlar bunların normal bitki ve hayvan üretiminden farklı olmadığını söylemektedir. Ancak Avrupada bu yaklaşıma iyi bakıldığı söylenemez. Karşı görüş ise genetik mühendisliğin artık doğanın yapmadığı değişiklikleri yaptığını, belli bir canlının genlerinin kesilerek başka canlılara nakledildiğini, ancak türler arasında bir karmaşa yaratılabileceğini, kuşkusuz bunun da güvenlik ve Çevre sorunları üreteceğini ileri sürer. Örneğin domates ve patatesin donmasını önlemek için Kuzey Kutbunda yaşayan bir balığın “donmayı önleyen protein genleri” bu yiyecek bitkilerine nakledilir. Ne var ki insanlar zaten geçmişte çaprazlama yöntemiyle genetik değişimler yapma yoluna girmiştir. Dolayısıyla bitkilerin doğal yaşam yerleri dışında örneğin soya Asya bitkisinin Amerikada yetiştirilmesi gerçekleştirildi. Yakın zamanlarda kobalt 60 izotopu ile tohumlar gama ışınlarına maruz bırakılır ve mutasyona uğrayanlar arasında istenenler seçilir.

Nihayet 1970’ten beri 1800 civarında farklı bitki geliştirildi. 1996 yılında ürün üretimine geçildi ve yaygınlaştı. 2001 verilerine göre ABD’de GD ürünlerinin mısırdaki %20, soyadaki %63, pamukta %13 kanolada % 5 üretildiği belirtilir. GD’ler zararlı mı diye sorarsak, geçmişin geleneksel değişiklikleri yüzyılları almıştır denir ve günümüze ulaşıldı ama bazı biyo-teknoloji firmaları ve bilim adamlarının GD’i zararsız bulsalar da sorunu hemen kesip atmak kolay değildir. Çünkü YİYECEK

GÜVENLİĞİ ÖNEMLİ BİR HALK SAĞLIĞI sorununu simgeler. Örneğin henüz korkulacak boyutlarda olmasa da GD yiyecekler alerji yapmaktadır. Başka çok daha önemli bir endişe kaynağı ise “ yeni gen taşıyan ürün yendiğinde bu yeni genin bağırsaktan sızarak hücrelerin genetik materyali ile birleşmesi ve bunun istenmeyen sonuçlara yol açması, bağışıklık sistemini etkileyerek kanser riskini artırması”, ayrıca benzer bir mekanizma sonucu GD’nin bakterilerde antibiyotik direncine yol açacağı ve diğer önemli bir zarar verme endişesinin de çevreye verilebilecek zararlarda düğümleşmesi, doğal zenginliklerin azalması, pestisitlere dirençli yabancı otların doğmasına neden olacağı korkularının yaygın olduğu yazılmaktadır... Şu var ki, endişeleri kanıtlanma için zaman gerekmektedir.

Yukarıda vurguladığım “belirsizlikler” bir yana, GD mühendisliğinde en tehlikeli gelişme bazı bilinen zengin ülkelerin bu sahada ekonomik tekel oluşturması, ucuz tohum elde ederek dünya pazarına sunması, ancak bu tohumların taşıdığı “terminatör gen” nedeniyle önem arz etmekte ve dünya tarımını bu teknoloji sahiplerince ele geçirilmesi, bazı ülkelerde sadece GD ürünlerinin üretilmesine izin verilmesi olayları, korkuları pekiştirmektedir. Denebilir ki bu yeni teknoloji alanı insanlık için yararlı olabilecektir. Gelecekte belki de önemli proteinler(örneğin aşular) içeren yeni yiyecek bitkiler sağlanabilecek, güvenlik sorunları aşılabilecektir. Ama ne zaman? O nedenle AB gibi temkinli olmak akılcı gözüküyor. Dünya’da ve ülkemizde de organik tarıma geçiş projelerine girişme olguları ve bizim ülkemizde görülen tonlarca sebzenin bazı Avrupa ülkelerinden geri dönmesi haberleri ve insanoğlunun doymazlığı sorunları, Danıştay’ın Bergama davasında belirttiği gibi (D6.D.K., 1998/1830- 01.04.1998) bizi kamu yararı ilkesi bazında “risk yönetimine” yöneltmekte ve birtakım çevre ekonomisi olaylarında, sürdürülebilir kalkınma ilkesi bağlamında çevresel risk sorunu çıplaklığıyla tartışıldıktan ve bilimsel bulgular gözetildikten sonra izin verilmelidir yargısına ulaştırmaktadır. Çünkü hiçbir yarar insan yaşamından önemli değildir.

Bilindiği gibi hukuk, belirgin olan hallerde, sorumluluk ve yüküm getirir. Özen gösterme ilkesi ise takdir ve politik boyutlu olduğu için farklı yorumlar getirme olasıdır. Özen demek çevresel zarar verme olasılıklarında özen alma bilinçliliğidir. Önlem için öncelikle tehlikelerin hangi ölçekte olabileceği saptanmalıdır. İkincil olarak ne tür önlem alınacağı önem taşır. Bunu anlatmak için metinlerde vurgulanan sözcüklerden çıkarak mutlak olarak anlaşılma istenmiyorsa ilkenin düzenlenmesinde “ekonomik sözcüklere”, tehlike konusunda ise büyüklüğüne ilişkin açıklamalara bakmak gerekecektir. Eğer faaliyet zararsız olacaktır diyemiyorsak, bir önleme girişiminde “ekonomi faktörü” denge olarak kullanılacaktır. Almanyaya ölçülülük ilkesini kullanmakta ve bu ilkenin de ekonomik boyuttan bağımsız olmadığı vurgulanmakta, özen gösterme ilkesinin kullanılmasında ise merkezi bir nokta oluşturmakta, İngiltere potansiyel kirletici maddeleri sınırlamada “fayda-maliyet” analizi, Hollanda ise aynı yönde ekonomik değerlendirmeyi esas almaktadır. Sonuç olarak tüm anlatılanlar, ilkenin uygulanmasında bir “denge arama amacı”na yönelik işlediği görülebilir.

(e) Özen gösterme ilkesinin uygulanması üzerine

İlkenin uygulanmasında sorulara belli cevaplar verme kolay gözükmemektedir. Uygulama kararı alınınca ne çeşit önlem alınacağı, örneğin **yasaklama, hareketsiz kalma** veya faaliyet için etkin sınırlama mı getirilecek? İlkenin ilk olarak ortaya konduğu Almanya'da (yön verici kitapçık hazırlamada bile) netlik sağlanamamıştır. Ve uygulamada karşımıza iki genel nokta çıkar: 1- *Uygulamaya karar verme-ön koşulun aşılması- ile hiçbir hareket yapmama*, 2- *Harekete geçme*. Harekete geçmemeyi tehlike karşısında susma olarak almamak gerekir. Söz konusu olan susma, tehlikeli olan faaliyetin yasaklanması ya da faaliyete izin verilmemesi anlamına gelir. Diyelim ki bir atık sorunu için **“hareketsiz kalma”**, atığın salınmasına izin verilmemesi anlamına gelir. Burada özen gösterme ilkesi en katı biçimiyle uygulamaya konulmaktadır. Başka anlatımla tolerans sıfırdır. Risk hiç alınmamaktadır. Yasaklama yöntemi seçeneği, politikacı ve sanayicilerce hoş karşılanmamakta ama çevrecilerce benimsenmektedir. Yasaklama seçeneği maddi hukukla temas sağlayabilen dar önlemlerden biri olarak gözlenir. Bu yöntem sözleşmelere veya ulusal mevzuata doğrudan yansıtılma biçiminde- belirtme suretiyle veya kimyasallar ve türlere ait olarak yapılan listelemelerde yer verilmeyenler için yasaklama getirme biçiminde olduğu görülmektedir. Bir örnek verirsek Helsinki sözleşmesi (Ek V kısmında bütün maddelerin Baltık Denizine boşaltımını en sıkı biçimde yasaklar) ve kara kökenli kaynaklardan doğan deniz kirliliğinin önlenmesine dair Paris Sözleşmesi net yasaklamalar öngörür. Aynı amaç, bu çalışmada değinilen Avrupa Birliği 5. Çevre Eylem Programında ele alınmıştır. Tür mevzuatı, tehlikeli atıkların denetimi yönetmeliğinde (md.5a), 38. madde istisnaları hariç her türlü atığın ithali yasaklanmıştır.

Yine Katı Atıkların Denetimi Yönetmeliği Madde 24/3'e göre *katı atık depolarının yasaklanma halleri* şöyle sayılır: Taşkın riskinin yüksek olduğu yerler; heyelan, çığ ve erozyon bölgeleri; içme, kullanma ve sulama suyu sağlanan yer altı suları koruma bölgelerinde katı atık depo tesislerinin yapılmasına izin verilmez.

Gene madde 18, katı atıkların 1-Üretici ve taşıyıcılar eliyle denizlere, 2- Göllere, 3- Ve benzeri alıcı ortamlara, 4- Caddelere, 5- Ormanlara, 6- Çevrenin olumsuz doğrultuda etkilenmesine neden olacak yerlere dökülmesini yasaklar.

Özen gösterme ilkesinin uygulanmasında yukarıda değinilen ikinci alternatif harekete geçme, tehlikelere karşı bazı önlemleri devreye sokmak anlamına gelir. Bu önlemler, ülkeden ülkeye, çevresel sektörlere göre sert veya geniş olabilir. Örneğin, Almanya asit yağmurları ve iklim değişikliği konusundaki önlemleri sertleştirir. İngiltere, pragmatik, taktiksel ve sonradan faal olarak tanımlanan İngiliz yaklaşımını benimseme bazında “gevşek” tavır içindedir. Bu yönde söylenmesi gereken bu durum da önlemler alınırken hangi yöntemlerde karar kılınacağıdır. Örneğin, **“müdahaleci”** veya **“piyasa yöntemi”** mi seçmeli? Burada devreye giren **“kırleten öder”** (zarara yol açma) ilkeleri tartışma yöntem sorununu gündeme taşır. Ve özen gösterme ilkesi yönünden de önem arz eder. Bir kere ilkede belirsizlik vardır ve bu olgu hareket noktası olarak alınır. Ve burada olasılık hesabıyla ölçüm yapılamaz. Çünkü ekonomik araçların uygulanmasında uygun bir durum üretmeyeceği olgusunun göz ardı edilmesi, ilkenin istenen işlevine

taş koymaktadır. Bu analiz tartışma yaratır. Anılan her iki yöntemin birlikte uygulanmasının savunulduğu da görülebilir. Özen gösterme ilkesi uygulanmasında alınacak önlemler doğrudan veya dolaylı olmaktadır. Alınacak önlemlerin çoğunluğu anlatılan sebepler bazında maddi hukuk değil, usul hukuku bağlamında kurallarla düzenlenmiştir. Özetle alınacak önlemleri, 1- Kanıtlanma yükünün ters – düz edilmesi 2- İzin sistemlerinde değişiklik yapma, 3- Bazı üretim sistemlerinin kullanılmasının zorunlu kılınması başlıklarında sorgulamak gerekir.⁴⁰

(f) Özen gösterme ilkesi için bir sorgulama

Özen gösterme ilkesi bağlamında şu konular sorgulanmalıdır: 1- Malların serbestliği esasında doğabilecek tehlikeleri önleme, 2- Malların dolaşımı tehlikelerine karşı özen gösterme, 3- Kent planlamasında özen gösterme, 4- Sürdürülebilir kalkınma (bu kavrama dönülecektir).

-Birinci konu: Çevre İdare Hukuku mevzuatı özellikle özen gösterme (ihtiyat) önlemlerinin somutlaştırılmasında “teknik standartları” (Technikstandards) ön görür. Bunlar çevresel değerlerin somut durumlarından bağımsız olup endüstri işletmelerinin veya benzerlerinin çevresel etki alanlarında (ışınma, radyasyon veya tesir yapma gibi fiziksel etkilerle) çevre zararlarına sebebiyet vermesinin önemli bulunmasında zarar verenin ya da işletmenin nedenli özen gösterdiğini saptamaya, diğer deyimle tehlikelerden korunma için alınan önlemlerin somutlaştırılmasında kullanılır. Somutlaştırmanın bazı biçimleri bulunur:

En zayıf basamak: Bu basamak, genel kabul ve uygun bulunmuş teknik düzenleme standardını simgeler. Bu basamak kapsamı, pratikte bir fiilin yerinde olup olmadığını göstermeye yarayan teknikler anlaşılır. Bilim ve tekniğin yeni gelişimlerinde, doğaya uygun olarak bu mütevazı ölçüm ilk kez çok geç nazarı dikkate alınmıştır. Bu standart (genel kabul görmüş teknik norm), Alman Hukukunda (WHG § 7a fıkra 1 cümle 1’ e göre) pis suların nakliyesinde (asgari talep biçimiyle) görülebilir. Hükümde, “teknik duruma göre olanak varsa” denmekte ve pis suyun nakliyesine izin vermede, eğer zararlı pis su (lağım suyu) madde naklinde (teknik durum ve mevcut duruma göre), dikkate değer olan bir usule riayet olanaklıysa sadece o zaman izin verilir.⁴¹

En güçlü standart: Bu standart “teknik durum” (Der Stand der Technik) kavramını Alman mevzuatında (BImSchG§ 3 fıkra 6, WHG § 7a fıkra 5 ve Krw-/ AbfG§ 12 fıkra 3 uyarınca) kirlenme fillerinin sınırlanmasında alınacak önlemlerin pratiğe uygunluğunun güvenceye kavuşturmasını belirleyen işletme biçimleri veya donanımları, modern usulün kalkınma niteliğini çerçeveleyen “teknik durum” standardıdır. Burada sürekli teknik gelişimler, daha iyi nazarı dikkate alınır. Çünkü devam eden bu teknik gelişimler sadece genel formatta uygulanmaz, aksine onların

40 Önlemlerin değerlendirilmesi için bk. TURGUT, s.329-338. Özen gösterme ilkesinin özü eski yaklaşım belirsizlik olgusunda olduğu gibi çevreyi korumada bugün artık kullanılamayacağı görüşünü arkada bırakır. Artık uygulamada objektif kurallar saptanabilir. Önemli olan çevre varlıklarının yedieminini olduğumuz bilincine ulaşmamızdır. Günümüzün çevreyi koruma siyasetine egemen olan antroposantrik anlayıştan ekolojik anlayışa doğru yürüme neden gerçekleşmesin? Yeter ki doğaya yediemin olalım. Başka çare de yoktur çünkü bizlerde doğanın yasaları kapsamındayız.

41 STORM, s.9.

pratiğe uygunluğun sağlanmasını da güvenceye kavuşturur. “Teknik durum” keyfiyeti, işletmeden yansıyan kirlenmeler ve pis su nakliyesinde özen gösterme ölçüsünü (değinenen § 5 ve § 7a) simgeler.⁴²

En güçlü özen gösterme ölçüsü: “Bilim ve Teknik Durum” çerçevesini yansıtır. Bilim ve Teknik Durum çerçevesi en yeni bilimsel bilgileri yönlendirir. Onun bir işletme deneyimine gereksinimi yoktur.⁴³ Devam eden (sürdürülebilir) kalkınmaya, faaliyeti simgeleyen **niyetin** hızlı bir uyumunun sağlanması olanaklıdır. Bu ölçü ile bir işletmenin durdurulması durumu, Alman AtomG § 7/1 Nr.3 hükmünde görülebilir.

-İkinci konu: özen gösterme, tehlikeleri önleme önlemleri durumlarına yönelik olarak da gözlenir. Burada sınaı işletmelerin veya benzeri durumların etki doğurduğu alanlardaki olanaklı zararları ve sadece koruma ilkesindeki gibi olası hesap yapma, yeterli değil, çevresel değerlere yüklenebilir yüklerin de hesaba katılması gerekir. Alman atom yasası § 7/1 Nr.3 yaklaşık bir durumu yansıtır. Özen göstermenin bu biçimi, yine Alman UVHG § 1 ve § 12’de mevzu bahis edilir.

Türk Hukukunda “çevresel etkileşim değerlendirme” (ÇED) denilen durum, değinenen yasada “çevreye uygunluk denetimi” (=Umweltvertraglichkeitsprüfung) olarak yansıtılır. Bu şudur: Çevre Ekonomisi endüstri işletmesi daha kurulmadan çevreye uygunluk değerlendirme yapılarak ruhsat verilecektir.⁴⁴

-Üçüncü konu: nihayet özen göstermeye da “ihtiyat” , devletin planlama yaparken gözetmesi gereken bir planlama ilkesidir de. Örneğin planlamada gerekli özeni göstermek veya önleyici önlemleri almak, hiçbir yerde bir standartlaşma sağlamıyorsa, planlama öngörölmüş fiili enstürman kullanımına özgüdür.⁴⁵ Bu cümleden olarak özen gösterme ilkesi, kuşkusuz planlamanın daimi bir karakteri olduğunu içermez. Zararlı ışınlar yayma veya çevre etkilerini (kirlenme oluşturma) sınırlama alanında, özen gösterme, zararların sonunda fena olacağını göstererek korkutma işlevi bir kolaylık sağlar. Ancak bu normlara ilişkin bir “planlaştırma” (Planifizierung) olayı değildir.

-Dördüncü konu: Devamlı-sürdürülebilir kalkınmayı içerir. Gelecek kuşaklar için devamlı bir kalkınma veya gelişimin ana fikri olan iyileştirme öngörüsü, Alman Anayasası madde 20a da yansıtılır. Bu yaklaşım, gelecek için özen gösterme düşüncesine daha büyük bir önem verilmesini simgeler. Başka anlatımla bu ifade devamlı ve sürdürülebilir kalkınma ana fikrini iyileştirmenin ifadesidir.⁴⁶

(g)Tehlikelere karşı özen göstermede Çevre standartları sınır değerleri oluşturma

Bir çevresel zarar, bir kirlenmenin ne olduğu sorusunun cevaplanması önce doğa bilimlerinin bir meselesidir. Doğa bilimleri, havanın, suyun veya insanların

42 STORM, s.9.

43 KLOEPFER, Umweltrecht, § 2RNr. 46.

44 Geniş bilgi için bk. STORM, s.14-26.

45 Krş. REHBINDER, s.5.

46 Heinz-Joachim PETERS, Leitbilder, Umweltqualitätsziele und- standardsausrechtlicher Sicht, Krş. REHBINDER, s.5. PETERS, LeitbilderUmweltqualitätsziele, in : ANL,...Laufen 1994 s.153.

üstünde yaşadığı toprağın, hayvanlar ve eşyaların zarar ve ziyana uğramaya başlamasından itibaren bir değişim oluşmaya başladığında sorunun doğumuna yönelik bir açıklama getirmelidir. Çevre mallarına, değerlerine yüklenebilir yüklerin sınırlarını göstermelidir. Başka bir anlatımla doğa bilimleri, çevreye yüklenen olumsuz yüklerin sınır değerlerini saptar ve gösterir. Bu değerler doğanın bozulmaya başladığı ve doğal yaşama olabilecek zararları gösterdiği için yaşam için çok önemli uyarıdır. Doğa bilimleri aynı zamanda her çevresel münferit niyetin yöneleceği yarar ve zararlarını, çevreye verebileceği yük çerçevesinde doğabilecek etkilerin olup olmadığını tahmin etme veya takdir ederek gerçekleştirmek için çevrenin doğal yaşam ortamlarını araştırma ve ispat yöntemlerini de göstermelidir. Gereğinde ışın yayma sınırlaması olasılığı hakkında enformasyon yapmalı, büro kurmalı ve bilgi sunmalıdır. Ayrıca özünde teknik kurallar koyma, teknik durumu ve bilimsel ve teknik durum kapsamında tanımlamalar getirmelidir. Bir “niyetin” çevresel önemi bakımından denetiminde, ekseriya bir veya daha fazla doğa bilimcinin değerlendirme raporu sunması gereklidir: Küçük ve büyük niyet içeren çevresel bir faaliyet türü, farklı ölçülerde neden uygulanmalıdır? Çevresel bilirkişi raporu çevresel bir faaliyeti oluşturacak münferit niyetin esasını irdeleyip meydana çıkarır. Söz konusu niyetten, çevresel koruma değerlerine isabet edecek yüklenebilirlik sınırlarının nerede oluşabileceği, söz konusu niyet ve onun uygulamada oluşturacağı çevre etkilerinin bu sınırları aşip aşmayacağı, ve hangi teknikle faaliyetin çevresel yayma, sızıntılarının... sınırlandırılabilceğini gösterir. Olayların çokluğu ve birleştirme gerekçelerinden veya öngörülebilirlik yüzünden doğa bilimleri bilgileriyle genelleştirilen genel çevre standartlarını yazmak ve değinilen doğa bilimsel yöntemler doğrultusunda iş kurmak herhalde çevre için bilimsel bir yok ve en doğrusu olacaktır. Ekseri kirlenme sınır değerlerine oranla, bugün *tehlikelere karşı özen gösterme* alanında (im Bereich der Gefahrvorsorge) Çevre İdare Hukuku kirlenme sınır değerlerini (Immissionengrenzwerte) sık sık çevresel tehlike üretecek faaliyetlerden korunma alanında tanıtmaktadır. Ancak kirlenme sınır değerlerini dar bir çerçevede de verir.⁴⁷

Örneğin Alman yasalarına göre (BImSchG§ 5Nr.1 ve buna bağlı TA-LuftNr. 2.5.1.) eğer sınır değer 10,08 mg/metreküp miktarını aşıyorsa, insan sağlığında azotdioksit(Stickstoffdioxid) tehlikesi başlar. WHG § 7a fıkra 1'den teknik kural koyma, sınır değerinin kullanımı ışığında **Awasser VO** vasıtasıyla saptanır.

Çevre İdare Hukukunda Çevre standartlarıyla kirlenmelerin zararlılığı veya yaklaşık teknik durumdaki gibi belirsiz hukuki kavramlar konulur. Belirsiz hukuk kavramlarının konulması norm somutlaştırmaya yarar.⁴⁸

Çevre İdare Hukukunda, doğa bilimsel bilgilerinin dönüştürülmesinin farklı yolları vardır. Bunun yanında, bu “transkripsiyon” (bir değerlendirme yetkisinde - hakkaniyetinde) tüm yarar ve zararların tartıldığı bir süreci simgeler ve zarar- yarar bağlantısı dikkatle kurulmalı ve gözetilmelidir.⁴⁹

47 STORM, s.10-11.

48 Bk. BVerwGE72,300,320.

49 Krş. BVerwGE 61, 295,299.

Sınır değerlerinin doğru konulması hemen hemen düşünülebilir tüm hukuk biçimlerinin uygulanmasıyla oluşur. Şu var ki: Sınır değerleri formel – katı veya hukuk dışı çevre standartlarının statik işaretlerini yerine oturtmak bağlamında (Örneğin Alman Hukukunda yaklaşık olarak DIN-Normen veya VDI- Regeln biçimlerinde olduğu gibi) tanımlama yapılabilir. Örneğin TA-Luft “in Nr. 2.3.1” alınabilir. Yine Alman Hukukunda örneğin GfAVO, StrISchVO veya idari hükümlerde olduğu gibi yaklaşık olarak TA-Luft, TA-Larm, Abwasser, VwV. hükümlerinde olduğu gibi, genel düzenlemeler, hukuki nizamnameler ön plana çıkar. Bundan başka Alman Hukukunda münferit olay düzenlemesi olarak idari muamelelerin hukuki biçimi de dönüştürmede (transformasyonda) ağır bir rol oynar. İlk olarak kuşkusuz bu durum tüm olaylar için geçerlidir. Örneğin kapıyı kapatan ya da kapatmayan düzenlemelerin nerede olduğu, olabileceği ön plana çıkar. Burada idare münferit bir olay ya da “ekspertiz” vasıtasıyla saptanmış olan bir sınır değerleri sonuçlarını içeren bir idari muamele ile hukuki bağlayıcı kurguyu kurar. O zaman norm koyucu hükümlerin varlığı kendiliğinden anlaşılır veya yolu kapatılmayan düzenlemenin tanımlanması söz konusu olur. Ve idare, teknik-bilimsel keyfiyet meşguliyeti ışığında bizzat norm koyabilir. Örneğin DIN’de olduğu gibi hukuk dışı teknik normlara da dayanılabilir.⁵⁰ Norm uygulamasında somutlaştırıcı hükümlerin olmayışı başarısızlıkla sonuçlanmamalı. Nihayet idari muamele, eldeki genel düzenlemede dönüştürme aracı olarak da görülmelidir. Zaten idari hükümler ekseriya bunun için geçerlidir. Çünkü idari muamele vasıtasıyla ilk dış etki sağlanabilir. Dış etki yapmayı sağlayabilen yasalar ve nizamnamelerde de idari muamelenin işlevi vardır. Çünkü idari tasarruf ya da muamele, idare için yalnızca bir icra dayanağı ve idarenin işlevindeki hukuksal nedeni simgeler.⁵¹

b) Zarara yol açma ilkesi

Çevre İdare Hukuku ayrıca Çevre tehlikelerine karşı korunma ve/veya özen gösterme konusunu kim takip etmelidir ve masrafları kim karşılamalıdır sorusunun yanıtları hakkında kurallar oluşturur. Ve bu bağlamda literatürde “sebeplendirme”, “sebebiyet verme”, “kırleten öder” gibi deyimlerle ifade olunan Çevre zararına yol açma ilkesi (=Verursacherprinzip), zarar ziyan hesabında çözüm sağlayan bir ilke olarak kullanılır. Çevreye karşı bir zarara sebep olan hakkında bir karar oluşturma aracı olur. Şu kadar var ki, kimi kez “nimetler külfetler karşılığıdır” özdeyişinde olduğu gibi, çevresel giderimler sübvansiyonlarında ortak yükümlülük ilkesi (= Gemeinlastprinzip) de devreye girer ve masraflara katılma sağlanır. Çevresel zararların karşılanmasında zarara yol açandan veya sorumlulardan bir bedel alma sadece Özel Hukukun gerçek ve tüzel kişilerinden değil, aksine zarara yol açan faaliyeti simgeleyen **niyetin** taşıyıcısı Kamu Hukuku kişinin davranışlarıyla da söz konusu olabilecek, dikkate alınacaktır.

Zarara yol açma ilkesinin hukuki bir düzenleme olarak anlamı ne olabilir?

Bu ilkenin kaynağı, geleneksel polisiye ve hukuk düzenidir. Bu kaynaktan iki “varyant” gözlenir: 1- Çevresel zarar ziyana davranışlarıyla sebep olan fiili

50 Bk. BENDER/SPARWASSER/ENGEL, Umweltrecht, Heidelberg, 1995, RNr.1/64.

51 Bk. STORM, s.11-12.

sorumlu bir kişi, 2- Ve mülkiyet veya kullanım alanındaki hakları zarara uğrayan komşuluk hukuku bağlamında konumsal sorumlu olan bir kişi.⁵² Fiili ve konumsal sorumluluk (=Handlungs- und Zustandsverantwortung) durumları özellikle Alman Hukukunda Çevre Hukukunun çok sayıdaki hükümlerinden tespit ve tayin edilebilir. Örneğin BImSchG§ 5 “işletmeci”(ki, کنار başlığı, “*ruhsat alma gereği olan tesislerin işletmecisinin yükümleri*”dir) sözcüğünün formatını verir. Yine WHG § 2 sudan yararlananın yükümlerini, KRW-/AbfG § 5, üretici ve mülk sahibine yüküm yükler.

Alman Hukukunda, Çevre yasalarında bir dereceye kadar özel düzenlemeler yoktur denebilir veya eldekiler kesin kurallar değildir. Polisiye ve *hukuk düzeninin genel esaslarını* içeren tüm kurallar bağlamında çözüme ulaşma olasıdır.⁵³ Tehlikeden korunma anlamında, sadece klasik bir tehlike anlayışı mevcudiyetinde yükümlülük getiren hesaplamının bu yöntemleri değil, aksine özen gösterme kurum ya da kuruluşlarının hesaplama ölçüsü de geçerlidir. Olası bir çevre zararına sebep olanlar, yasal olarak göz önüne alınması gereken özen gösterme ilkesi bazında yükümlüdür.

Zarara yol açma ilkesini geniş anlamda anlama: Çevre Hukukunda, Çevreye verilen zararlar *zarara yol açma ilkesinin* içerdiği başka konular bazında, Çevre zarar ve ziyanına yol açana masrafları yükleyen diğer tüm düzenlemelerde, zarar veren yükümlü değilse de *koruma ve özen gösterme ilkelerinin* kendiliğinden uygulaması geçerli olur.⁵⁴ Bu hususta gene Alman mevzuatı Krw-/AbfG § 15 fıkra 1 e göre, kamu tüzel kişileri (KörperschaftendesöffentlichenRechts) çöplerin imhasında yükümlüdür. Ve masraflar çöp üreticisi veya mal-mülk sahiplerince karşılanır. Yine AbwAG § 9 fıkra 1 e göre atık su oluşturucusu bir mali yükümlülüğü yerine getirmekle yükümlüdür.

c) İşbirliği İlkesi

Çevre İdare Hukukunda Çevre korumayı destekleyen bir başka ilke işbirliği (ortak etme) ilkesidir. Çevreye ilişkin özel yasalarda yazıya dökülmüş değilse de düzenlemelerin bir sıralanması biçiminde ifade görülebilir. Örneğin Alman mevzuatı BImSchG§51'e veya Krw-/ AbfG § 60 göre, ilgili bölgelerin birbirlerine kulak vermesi, gene Çevreyi korumada işletme görevlilerinin birbirlerini ziyaret etmeleri ya da birbirlerine kulak vermeleri (WHG § 21a veya Krw-/ AbfG § 54 göre de)... gibi.⁵⁵

Ülkemiz ÇED Yönetmeliğine göre de halkın katılımı toplantısı başlığında, tesisten en çok etkilenecek yöre halkının kolayca ulaşabileceği bir yerde toplantı yapılmasına özen gösterilmesi ve “**halkın katılımı toplantısı**” düzenlenecektir. (m.9)

52 Geniş bilgi için Bk. DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht des Bundes und Länder, Köln 1985, s.307. Bk. KLOEPFER, parag.3 RNR.35.

53 Bk. KLOEPFER, parag.3 RNR.35.

54 BENDER/SPARWASSER/ENGEL, RNR.1/74.

55 STORM, s.13.

İşbirliği ya da eskilerin deyimiyle “teşrik-i mesai”, Devletin Çevreyi koruma alanında belirli bir olayın diğer ilgilileriyle veya zarara sebep olan veya olabilecek aktörleriyle işbirliği yapması demektir.⁵⁶ Ancak bu anlayış, devletin, yasaklanmış bir hukuki çevreyi koruma gereklerinden vazgeçeceği anlamına gelmez. Çevre aktörlerinin aşırılık taşıyan her faaliyetlerinin işbirliğiyle onaylanacağı demek de değildir.

“İşbirliği ve eşgüdüm ilkesi” diye yazıldığı görülebilen bu ilkenin, Çevre Hukukunun ayrı bir ilkesi olarak ele alınması konusunda genel bir onayın bulunmadığı da yazılmıştır. Gerekçe olarak gösterilen kanıt, *işbirliğinin usulü nitelikli normlarla ilişkili* görülmesidir. Bunun anlamı, işbirliği ilkesinin diğer ilkelerin gerçekleştirilmesinde bir rol oynayabileceğidir. Dolayısıyla bu ilkenin ayrı incelenmesinde yarar vardır.

Özellikle Rio Konferansı, işbirliği ilkesinin ön plana çıkmasında rol oynar. Konferansta iş birliğinin önemi ve yoğunluğu üstünde durulur. Rio Bildirgesinde konu değişik açılardan yansıtılmıştır. Altı çizilen husus, küresel ortaklık (globalteihaberschaft-globalpartnership) esasında birleşmedir. Çünkü bildirgenin 7. İlkesinde konu farklı yönlerden vurgulanmış ve yeryüzü ekosisteminin ancak böyle bir ortaklık yaklaşımıyla korunacağı seslendirilmiştir. Ancak böylesi bir ruh bütünlüğü yarar sağlayabilir. Özetle işbirliği ilkesi karşılıklı görüş alışverişi yapma, teknoloji, belge ve bilgi alışverişi yapma, başka anlatımla söz konusu olan Çevrenin korunması için her tür görüş paylaşımını sağlamadır. Bunun için de dayanışma olgusu öne çıkmaktadır. Bir kez ortaklaşma, çevresel politikaların saydamlaşması, plan-program ve hukuki kuralların oluşumunda birliktelik sağlama, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde de yarar sağla demek olacaktır. Bunlar gereklidir. Çünkü çevresel sorun, çok yönlü, karmaşık ve evrensellik taşır. İşbirliği esasen katılım sürecini simgeler. Ve işbirliği ilkesi, ulusal, evrensel, yerel ve bölgesel formatlarda gerekli görülmektedir. Dolayısıyla devletler ve diğer aktörlere (rol alacak kişi, topluluk, kuruluş) yükümler düşmektedir. Sorumluluk paylaşması (bu ilke sayesinde) merkezi kurumlar, yerel idareler, birtakım kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, özel sektör, uluslararası kuruluşlar ve çevreci bireyler dahi katılarak oluşabilir. Bu yaklaşım bir iletişim ağı kurar. Bu cümleden olarak hukuki düzenlemeler gereklidir. Yeni organlar çeşitli biçimlerde yansıyabilir. Uluslararası alanda da işbirliği için bir mekanizma kurulmalıdır. Bu mekanizma belki de dünya için koruyucu bir anahtar rolünü yerine getirmeye elverişli olacaktır. Adı geçen Bildirgenin 12. Maddesi, devletlerin saydam ve destekleyici bir uluslararası ekonomik sistemi geliştirebilmesi için “ işbirliğine gitmelidir” saptamasını yapar.⁵⁷

d)Enformasyon İlkesi

Nihayet literatürde enformasyon ilkesinden (Informationprinzip) söz edildiğini kaydetmeliyim. Enformasyon, “haber”, “malumat” anlamında kullanılır. Fiil kök, “bilgi vermek” ya da “haberdar etmek” anlamında kullanılır. Konuyu Çevreyi

56 Bk. PRÜMM, Umweltschutzrecht, s. 76.

57 TURGUT, s.187-189.

koruma bazında irdelersek, Çevreye zararlı ortak olan veya olmayan herkesin, kuruluşların, devletin veya idarenin “çevresel konularda” birbirlerine danışmaları, birbirlerini bilgilendirmeleri ve bir ana koruma konsepti üzerine anlaşmalarıdır. Ancak böylesi çevresel uzlaşmalar doğanın korunmasına katkı sağlayabilir.

Almanya’da Çevre Enformasyon Yasası (UIG) ile federal yasa koyucu ortak hukuk ölçülerine göre çevresel enformasyon makamlarına serbest bir “yanaşma”, huzura çıkma ve bilgilendirme anlayışı benimsenmiştir. Söz konusu yasa § 1, fıkra 1 ve cümle 1’e göre, herkes, bir makamda veya devlet denetimi altında bulunan üçüncü kişilerde mevcut olan Çevre hakkındaki bilgilere serbestçe ulaşmada bir talep hakkına sahiptir. Böyle bir talep hakkı, özel bir yarar sağlama varsayımıyla değil, baskı kurarak da çevre üzerinde hak iddia etmektir. Bilgilere serbestçe ulaşabilmenin üreteceği doğrudan veya dolaylı baskılarla da çevresel zararlara “dur” diyebilmez. Başka anlatımla kamuoyu baskısıyla çözüm katkıları sağlama yaklaşımıdır.⁵⁸ UIG § 4, fıkra 1 ve cümle 2’ye göre enformasyon talep hakkı bir dilekçeyle gerçekleştirilebilir. Paragraf 5/1’e göre, hangi bilgilerin istenebileceği, özellikle yeterli bilgi sunumunun tanınması gerektiği yansıtılmaktadır. Yine 5/2 cümle 1’e göre yetkili makam iki ay zarfında bir “idari tasarruf”la (Verwaltungsakt) dilekçeye alçakgönüllülük içinde yanıt vermelidir. Yetkili makam “malumat” talebinde bulunana her türlü dokümanter bilgileri müsaade eder. Ancak UIG §§ 7 ve 8’e göre kamusal ve özel belgelerin korunmasında mevcut komisyonlar ve sınırlamaları sınırsız, yani kayıtsız koşulsuz değildir. Örneğin § 7 fıkra 1 Nr.2’ye göre bir mahkeme usulü veya ceza hukuku hazırlık soruşturması ve bir idare hukuku usulü süresinde makamlar, usul sebebiyle veriler ve belgeler bakımından bir talep hakkına yanıt verme durumunda değildir. Geniş anlamda İdare Hukuku Usulü kavramı ise Avrupa Hukukuna uygun yorumlanması gerekir. Ki, sadece “itiraz usulünün” (Wiederspruchverfahren), hazırlık soruşturması konuları üzerinde konuşulması düşünülebilir.⁵⁹ Eğer objektif, meşru ve ekonomik bir yarar mevcutsa ve ekonomik bir ticari işletmeyle bağıntı içindeyse, sadece sınırlı bir kişiler çevresine bilgi sunma kabul olunabilir ve iş sahibinin iradesine göre gizli tutma olabilir. Yine UIGGebV’e göre, görev fiilleri için (ücret alma ve bilgi vermede) makamlar hak iddia edebilir. Bu kuşkusuz serbestçe çevresel enformasyona ulaşmada ölçüsüz zorlaştırmaya kayabilir ve yüksek bir takdir hakkı anlamını taşır.

Ülkemiz yönetmeliği de “*halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere... halkın katılımı toplantısı düzenlenir*” (md . 9/1) der.

58 Değerlendirmesi için bk. RÖGER, UIG-Kommentar, § 4 RNr.7.

59 RÖGER, § 7 RNr. 27.

SONUÇ

Geçmişte “doğa beleştir” tezi bağlamında, doğal kaynaklardan yararlanma ve doğayı tahrip etme yaklaşımları uygulamalarında insanoğlu durumun vahametini giderek kavramış ve doğayı korumak gerektiği bilinci (zamanımıza değin) politikalar üretmeye devam etmiştir. En azından, Çevreden “sürdürülebilir çevre” bazında yararlanma esası sürecine girilmiştir. “Yeşil barış” örgütü Çevreyi koruma fikri üzerine geliştirilmiş bir yaklaşım tarzını, tüm Dünyaya yama temelinde mücadeleye girişmiştir. Dahası, Dünya gelecek kuşakların mirasçı olduğu bir gezegen olarak tasarımılaştırılmış ekolojik bir Çevre, canlıların yaşamlarını sürdürmesi için tasarımılanmış bir ekosistem varlıktır.

Canlılar ve gelecek birlikte ele alındığında doğaya mirasçı kuşaklar, yaşam kaynağı olabilecek “sürdürülebilir bir çevrede”, *sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına* sahip canlılar olarak gözlenmektedir. Bu kaçınılmaz bir formül olarak yansımaktadır. Doğa tükenmeden, doğayı canlıların yaşayabileceği bir Çevre olarak geleceğe taşımak kaçınılmaz olduğuna göre, Çevreyi yönetme düzenini içeren hukuk kurallarını üretmek de insanın yaşadığı her Çevre için zorunlu bir disiplin hukukunu gerektirmektedir.

İşte Çevreyi koruyup sürdürecektir hukuksal bir düzen, Anayasalardan, kanunlardan, uluslar arası anlaşmalardan güç alan hükümlerle oluşturulacaktır. Bugün AB Hukukunda ve üye ulusların iç hukuklarında gerekli donanımların oluşturulduğu, oluşturmanın sürdüğü orta yerde durmaktadır. Örneğin bir Çevre Kolluğu devrededir. Çevre koruma ilkeleri pozitif hukuklarda gözlenebilmektedir. Uygulamalarda Çevre İdare Hukuku İlkeleri pratikte yararlanılan ilkeler olarak yerini almış, mahkemeler içtihat oluşturma çabası içindedir.

Asıl olan Çevreyi korumada, Devlet ve bireylere birlikte Çevre koruma ödevi verilmiştir. Çok daha önemlisi, Çevre onu korumayı hak eden bilinçli insanların, Çevre bilinci ile beslenmiş insanların dayanışması ile gerçekleşebilir bir tez olarak gözlenmektedir. Ve her devlet (uluslar arası platformların denetim işlevleri yüklenmeleri bazında), doğanın beş değil tükenir bir tasarım olduğunu göz önünde bulundurarak, beşçilere izin vermemek durumunda olmalıdır. Çünkü doğa yok olmadan kurtulması için ne pahasına olursa olsun açgözlü politikaları yeni frenlerle bağlamak zorundadır. “Benden sonra tufan” egosunun neler getireceğini görmezlikten gelme dayanılmaz hafifliğinin artık fark edilmesi gereken bir çağda yaşamaktayız. Bu cümleden olarak asıl olan Çevre Yönetim Hukukunu her devlet kuramsal temellerde, hukuksal temellerde çok önemli bir hukuk alanı olarak oturtmaya devam etmelidir. Yargı kararları, birileri kazanacak diye değil toplumların kazanması, her bireyin yararına olacak diye uygulanmalıdır.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE HALKA AÇIK OLMAYAN ANONİM ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI DEVREN İKTİSABI

*Derivative Acquisition Of Own Shares By Joint Stock Companies
Pursuant To The Turkish Commercial Code No. 6102*

Dr. Ferna İPEKEL KAYALI*

ÖZET

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda (eTK) anonim şirketin kendi paylarını iktisabı istisnai haller haricinde yasak iken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TK) ile birlikte sınırlı bir iktisap serbestisi getirilmiştir. Reform niteliğinde sayılan yeni düzenleme ile anonim şirketin kendi paylarını iktisabı sınırlı da olsa olanaklı hale gelmiştir. Ancak bunun için - istisnai haller haricinde - anonim şirket bazı koşulları yerine getirmekle yükümlü tutulmuştur. Bu koşulların başlıcaları, yönetim kurulunun yetkilendirilmesi, iktisap edilen pay miktarının sermayenin yüzde onunu aşmaması, iktisap bedelinin dağıtılabilir yedeklerden karşılanması ve iktisap edilen payların iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayrılmasıdır. Kanun koyucu payların yavru şirket aracılığıyla iktisabını da açıkça düzenlemiştir. Ayrıca gerek kanuna uygun gerek kanuna aykırı iktisap halinde, anonim şirketin uhdesindeki payların - bedelsiz payların iktisabı hariç - hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceği öngörülmüş, böylece söz konusu payların yazgısı eTK'ya nazaran ağırlaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: kendi paylarını iktisap, koşullar, yetkilendirme, yüzde on limiti, iktisap değeri, dağıtılabilir yedekler, yavru şirket aracılığıyla iktisap, kanuna aykırı iktisap, bedelsiz paylar.

ABSTRACT

The acquisition by joint stock companies of their own shares has been regulated by the Turkish Commercial Code Nr. 6102 (TK) in a detailed fashion. While the acquisition by a joint stock company of its own shares was prohibited under the Turkish Commercial Code Nr. 6762 (eTK), the TK has introduced a limited freedom of purchase. Indeed the new provisions allow a company to purchase its own shares up to a certain limit. This however requires companies to fulfill certain conditions, except in cases expressly authorized by the TK. Such conditions include the empowerment of the board of directors, the ten per cent limit, the obligation to pay the purchase price out of distributable reserves and the allocation of a reserve

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

which is equivalent to the purchase price. The TK also regulates the acquisition of own shares through a subsidiary. In cases of lawful and unlawful purchases of own shares, the shares held by the company do not carry any rights, except the right to purchase gratis shares.

Keywords: purchase of own shares, conditions, empowerment, ten percent limit, purchase price, distributable reserves, acquisition by a subsidiary company, unlawful purchase, gratis shares.

I. GENEL BAKIŞ

A. Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisabının Nedenleri

Anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı gerek şirket gerek pay sahipleri açısından birçok fayda sağlamaktadır¹. Bunlar arasında iktisap neticesinde pay sayısı azalacağından iktisabın pay başına kârın artmasına yol açması; şirket yönetimiyle anlaşamayan azlığa şirketten ayrılma imkânı tanınması; payları borsada işlem gören şirketlerde fiyat dalgalanmalarının dibinde alım ve tepesinde satım yapmak suretiyle hisse senedi fiyatlarının aşırı düşüş yaşamasına engel olması; şirketin düşmanca ele geçirilmesine karşı bir savunma yöntemi teşkil etmesi; birleşme ve karşılıklı iştiraki kolaylaştırması sayılabilir. İşte bu yararları nedeniyle, anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı konusunda getirilen yasaklayıcı düzenlemelerin yerindeliği sorgulanmış, söz konusu şirketlerin bu konuda belli bir esnekliğe sahip olmaları gerektiğine inanan pek çok ülke anonim şirketin kendi paylarının iktisabını kolaylaştıran düzenlemeler getirmiştir.²

6762 sayılı eTK'da, kanunda tahdidi olarak sayılan istisnalar haricinde anonim şirketlerin kendi paylarının iktisabını yasaklayan emredici bir düzenleme öngörülmüştü.³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TK) ise, anonim şirketlerin, sermayelerinin yüzde onunu aşmamak kaydıyla, kendi paylarını iktisap etmelerine olanak tanınmıştır. Kanun koyucu limited şirketlerin kendi esas sermaye paylarını iktisap etmelerini de kolaylaştırmış (TK md. 612) olmakla birlikte, çalışmamızda yalnız halka açık olmayan anonim şirketlerin kendi paylarını devren iktisabı incelenmiştir.⁴ Çalışmamızda yer alan açıklamalar, anonim şirketlerin kendi

1 Bir şirketin kendi paylarını iktisabının fayda ve sakıncaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özdamar, s. 57-94;

Çelikaş, s. 116-158; Aydın, s. 66-114; Pulaşlı, ss. 1225-1233; Ayan, s. 190-193.

2 Avrupa Komisyonu'nun talebi üzerine bir araya gelen bir grup iktisatçı tarafından 2012 yılında yayımlanan bir raporda, şirketlerin kendi paylarını iktisaplarının tamamen yasaklanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Söz konusu raporda, bu işlemin inovasyona yapılan yatırımı azalttığı ifade edilmiş, ayrıca temettü dağıtma ile kıyaslandığında bu işlemin faydalarının açık olmadığı, temettü dağıtımını istikrarlı pay sahipliğini ödüllendirirken bu işlemin kısa süreli pay sahipliğini ödüllendirdiği belirtilmiştir. Raporda, Amerika Birleşik Devletlerinde yerleşik şirketlerin kendi paylarını iktisabının asıl nedeninin borsa kurunu manipüle etmek olduğu ve meydana gelen fiyat artışlarından faydalanan asıl kişilerin, iktisap kararının alınmasını müteakip ellerindeki hisse senedi opsiyonlarını kullanan üst düzey yöneticiler olduğu ileri sürülmüş, 1990'ların sonuna kadar birçok Avrupa ülkesinde yasak olan bu işlemin, tekrar yasaklanması gerektiği ileri sürülmüştür; bkz. Financing Innovation and Growth: Reforming a Dysfunctional System, ss. 7-8, http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/policy-briefs-finnov-022012_en.pdf.

3 Bkz. Y. 11. HD., 27.09.1985, E. 4447, K. 4897.

4 TK, bir şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin diğer kanunlardaki hükümleri saklı tutmuştur (TK md. 387). Nitekim 6.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda (RG 30.12.2012, S. 28513) halka açık ortaklıkların, kendi paylarını, Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) tarafından belirlenen şartlar çerçevesinde satın alabileceği, Kurul'un, halka açık ortaklıkların kendi paylarını satın almasına ilişkin şartlara, işlem sınırlarına, geri alınan payların elden çıkarılması veya itfası ve bu hususların kamuya açıklanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyeceği ifade edilmiştir (SPK md. 22). Ek olarak, Kurul'un 10.08.2011 tarih ve 26/767 sayılı ilke kararı ile, payları İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında (İMKB) işlem gören şirketlerin kendi paylarını satın almaları durumunda uymaları gereken ilke ve esasları belirlenmiştir. Keza 28.02.1960 tarih ve 7462 sayılı Ereğli Demir Ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi Kanununda (RG 1.03.1960, S. 10445), 6102 sayılı TK'nun şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hükmünün bu şirket hakkında uygulanmayacağı, aksine bu hususların adigeçen şirketin esas sözleşmesi ile tespit olunacağı açıkça hüküm altına almıştır (7462 sayılı Kanun md. 3).

paylarını iktisabı ile aynı koşullara tâbi tutulan anonim şirketlerin kendi paylarını rehin olarak kabulü halinde de uygulama alanı bulur. Konunun önemi ve kapsamı açısından, TTK m. 380'de "kanuna karşı hile" başlığı altında düzenlenen anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap etmek amacıyla üçüncü kişilere finansal yardım sağlamaları ise bu makalenin devamı niteliğinde ayrı bir makale konusu yapılacaktır.

TK'nun kendi paylarını iktisap ile ilgili hükümleri incelenirken, bu düzenlemeyi yakından etkileyen 13.12.1976 tarih ve 77/91/AET sayılı Anonim Ortaklıkların Kuruluş İle Sermayelerinin Korunması İle İlgili **İkinci Şirketler Hukuku Yönergesi**⁵, İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht*; OR) ve Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun (*Aktiengesetz*; AktG) ilgili düzenlemelerine de yer verilmiş, aradaki benzerlik ve farklara vurgu yapılmıştır. Bu düzenlemelerin yanı sıra bir bakış açısı kazandırması açısından Fransız Ticaret Kanunu (*Code de Commerce*; C. com.) ile **İngiliz Ortaklıklar Kanununun** (*Companies Act*; Comp. Act) anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabına ilişkin ilgili hükümlerine yer geldiğinde atıf yapılmıştır.

B. Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisabına İlişkin TK'daki Düzenlemenin Amacı

6102 sayılı TK'nun "**Şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi**" kenar başlıklı 379. maddesinin 1. fıkrası "*Bir şirket kendi paylarını⁶, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez*" hükmünü ihtiva etmektedir.⁷ 6762 sayılı eTK'dan farklı olarak yeni düzenleme mutlak iktisap yasağı yerine sınırlı bir iktisap serbestisi öngörmektedir. Kanunun genel gerekçesinde, kendi paylarını iktisabın başka bir eksene oturtulduğu ifade edilmekle beraber bunun sebebi hakkında bir açıklama yapılmamış, daha ziyade Yönergenin üye devletler üzerindeki etkilerinden bahsedilmiştir. Esasen yeni düzenleme bir yandan anonim şirketlere kendi paylarını iktisap hususunda geniş yetki ve hareket alanı tanımakta, diğer yandan şirket kaynaklarının esas sermaye ve bağlı yedeklere zarar verecek şekilde iadesine karşı alacaklıların korunmasını sağlamaktadır.⁸

Bu noktada TK md. 379'un gerekçesinde kullanılan ifadelerin eleştiriye açık olduğunu belirtmekte fayda vardır. Şöyle ki; anılan maddenin gerekçesinde bir yandan *yasağa* ilişkin hükümlerin emredici olduğu belirtilmekte, diğer yandan yeni düzenlemenin bir reform niteliği taşıdığı, şirketlere tanınan bu *serbestinin* onlara

5 Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, OJ L 026, 31/01/1977 P. 0001 – 0013. Bundan böyle Yönerge olarak anılacaktır.

6 6762 sayılı eTK md. 329'da yer alan "hisse senetleri" ifadesi, 6102 sayılı TK md. 379 ile isabetli olarak "payları" ifadesi ile değiştirilmiştir.

7 *Kendigelen*'in işaret ettiği üzere, bu cümlede yer alan "ve" bağlacının, kenar başlıktaki gibi "veya" olması gerekirdi; bkz. *Kendigelen*, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 271, dpn 102.

8 *Groner*, s. 133.

geniş yetki verdiği ifade edilmektedir. Yeni düzenleme ile anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı belli bir limit dahilinde mümkün hale geldiğinden, giderek kanun koyucunun kendisi yeni düzenlemenin bir reform niteliği taşıdığını ifade ettiğinden, madde gerekçesinde yasaktan ziyade sınırlı bir serbestiden bahsedilmesi daha isabetli olurdu.

II. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI DEVREN İKTİSABI

Kural olarak anonim şirket kendi paylarını belirli koşulları yerine getirmek şartıyla iktisap edebilir. Ancak kanunda öngörülen istisnai hallerde iktisap herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın da gerçekleştirilebilir. Her halde kendi paylarını iktisap eden şirketin uyması gereken bazı ilkeler mevcuttur. Aşağıda bu hususlar ayrı ayrı değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.

A. İktisabın Konusu ve Kapsamı

Kanun ile sınırlanan, bir şirketin kendi *paylarını* iktisabıdır. Payın senede bağlı olup olmaması önem taşımadığı gibi, payın nama veya hamiline yazılı olması ya da imtiyazlı olup olmaması da önemli değildir. Pay senetlerinin yerini tutmak üzere çıkarılan ilmühaberler de TK md. 379'un kapsamında mütalaa edilmek gerekir.⁹ Buna karşın iktisabın konusunu *pay* oluşturduğundan, bir şirketin kendi tahvillerini, intifa senetlerini, temettü kuponlarını iktisabı TK md. 379'daki sınırlamalara tâbi değildir. İktisabın dayandığı sebebin de (satış, trampa, bağışlama, komisyon gibi) herhangi bir önemi yoktur.¹⁰

Bir şirketin kendi paylarının mülkiyetini değil de sadece paylarla ilgili tasarruf işlemlerinde bulunma yetkisini (*Verfügungsbefugnis*) elde etmesi TK md. 379 hükmünün uygulama alanına girmez. Bu sebeple örneğin inançlı devir (*Legitimation-sübertragung*) hükmün kapsamında değildir.¹¹

B. Anonim Şirketin Kendi Paylarını Koşullara Bağlı İktisabı

Sınırlı bir iktisap serbestisi getiren yeni düzenleme, anonim şirketin kendi paylarının iktisabını bazı koşullara tâbi tutmuştur.¹²

1. İktisaba Konu Payların Miktarı

Bir şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için gereken ilk koşul, iktisaba konu olan payların miktarının, şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşmamasıdır (TK m. 379/1). Böylece iktisap yasağı kural olarak sermaye-

9 Aynı yönde bkz. *Teoman*, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, s. 61.

10 *Hüffer*, § 71, N 4-5.

11 *Hüffer*, § 71, N 6.

12 Bir şirketin kendi paylarını iktisabını şartlı sermaye ile karşılaştıran *Biçer*, TK md. 379'daki koşulların sağlanmasının kolay olmadığından hareketle, kendi paylarını iktisabın şartlı sermayeye alternatif bir yöntem olmadığını, TK md. 379 ve devamındaki koşullar sağlansa dahi yönetim kurulunun şirketin elinde bulunan payları kendi istediği kişilere vermek suretiyle şirketteki güç dengelerinde oynama yapabileceğini, oysa şartlı sermaye artırımına katılmaya hakkı olan kişilerin sadece kendi iradelerine bağlı olarak şirketin paylarını iktisap edebildiklerini dile getirmektedir; bkz. *Biçer*, ss. 65-66.

nin yüzde doksanı için geçerli olup, sermayenin yüzde onu oranındaki pay iktisabı yasak dışıdır¹³. Bir başka deyişle, yüzde on sınırı dahilinde iktisap edilen payların elden çıkarılma zorunluluğu yoktur. Maddede yer alan sınırlamanın amacı, anonim şirketin ortaklık yapısının önemli surette değişmesini¹⁴ ve ayrıca şirket alacaklıları aleyhine sermayenin azalmasını önlemektir.¹⁵ Gerçekten bu sınırlama sayesinde bir yandan anonim şirketin kendi paylarının tamamını iktisap etmek suretiyle tek pay sahibi olmasının, diğer yandan ise şirketin fiilen tasfiyesinin (*faktische Liquidation*) önüne geçilmiş olmaktadır¹⁶.

TK'daki limit, İsviçre (Art. 659/1 OR), Alman (§ 71 Abs. 1 Ziff. 8 AktG) ve Fransız (C. com. art. L225-209-2)¹⁷ Hukukunda yer alan limit ile paralellik arz etmektedir¹⁸. İkinci Yönergede 2006 yılında yapılan bir değişiklik neticesinde ise anonim şirketlerin dağıtılabilir özvarlıkları oranında ya da Yönergenin tâbiriyle "özvarlıklarını 15. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen miktarın altına düşürmeyecek şekilde" kendi paylarını iktisap etmelerine izin verilmiştir¹⁹. Böylece Yönerge geniş bir iktisap serbestisi getirmiş, üye devletleri bağlayıcı bir iktisap limiti öngörmemiştir. Ancak **üye devletlerin bir iktisap limiti öngörmeye karar vermeleri durumunda bu limitin yüzde ondan az olmaması** gerektiği kabul edilmiştir (md. 19/1c/i).²⁰ Görüldüğü üzere, Yönergede iktisap limitinin kaldırılmış olması itibarıyla, TK ile Yönerge arasındaki uyum önemli ölçüde ortadan kalkmıştır.

13 *Pulaşlı*, s. 1224, N 3.

14 *Groner*, s. 151. Benzer bir sınırlama, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısının esas sözleşmeyle sınırlandırılabilmesine olanak tanıyan TK md. 434/2 ile borsada kote edilmiş bağlı nama yazılı payların devri çerçevesinde öngörülebilene ve yüzde ile ifade edilen iktisap üst sınırına ilişkin TK md. 495/1'de mevcuttur.

15 *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, N 1952.

16 *Groner*, s. 88 ve 151.

17 Gerçi Fransız hukuku uyarınca iktisap edilen payların kullanılacakları amaçla bağlantılı olarak iktisap limiti değişmektedir. Buna göre, çalışanları pay sahibi yapmak amacıyla iktisap ile pay sahiplerine tekrar satmak amacıyla iktisap hallerinde iktisap limiti yüzde on iken, bir şirketin kendi paylarını, birleşme, bölünme veya malvarlığı devri işlemleri çerçevesinde iktisap etmesi hallerinde iktisap limiti yüzde beşe düşmektedir. Görüldüğü üzere, bir yandan iktisabın belirliamaçlar için yapılabileceği belirtilmiş, diğer yandan iktisap limitine ilişkin farklı tavanlar öngörülmüştür. 2012-354 sayılı Kanun (Loi No. 2012-354 du 14 mars 2012 de finances rectificative pour 2012 ORF n°0064 du 15 mars 2012) ile kabul edilmiş olan bu düzenleme, hisse senetleri teşkilatlanmış bir piyasada işlem görmeyen şirketlerin kendi paylarını iktisabını kolaylaştırmak amacıyla getirilmiştir.

18 İsviçre hukukunun aksine (Art. 659/2 OR), Türk Hukukunda, bağlı nama yazılı payların şirket tarafından iktisabı halinde daha yüksek bir limit öngörülmemiştir.

19 Yönergenin ilk halinde de yüzde on limiti öngörülmüştü. Ancak daha sonra Avrupa Komisyonu (Komisyon), şirketlerin kendi paylarını iktisabının kolaylaştırılması gerektiği kanaatine varmış ve şirketler hukuku uzmanlarından oluşan bir üst düzey grubu bu konuda önerilerde bulunması için görevlendirmiştir. Söz konusu grup tarafından 2002 yılında hazırlanan "Avrupa'da Şirketler Hukuku İçin Modern bir Hukuki Çerçeve Hakkında Rapor"da (*Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, 4 November 2002, ss. 84-85), yüzde on limitinin keyfi bir limit olduğuna işaret edilmiş, şirketlerin dağıtılabilir özvarlıkları oranında kendi paylarını iktisap edebilmeleri önerilmiştir. İşte bu öneri neticesinde 06.09.2006 tarih ve 2006/68 sayılı Yönerge ile İkinci Yönergede değişiklik yapılmıştır.

20 Belirtmek gerekir ki, 2009 yılında İngiliz Ortaklıklar Kanununda yapılan değişiklik neticesinde yüzde on limiti kaldırılmış, şirketlere dağıtılabilir özvarlıkları oranında iktisap serbestisi getirilmiştir; bkz. 21.07.2009 tarihli The Companies (Share Capital and Acquisition by Company of its Own Shares) Regulations 2009 (2009/2022).

Kanun koyucu bir üçüncü kişinin kendi adına ancak şirket hesabına iktisap ettiği paylar açısından da yüzde on limitinin uygulanacağını öngörmüş (TK md. 379/1 2. cümle), böylece doğrudan iktisaplar ile dolaylı iktisaplar arasında bir fark gözetmemiştir.²¹

2. Genel Kurulun Yetkilendirme Kararı

Bir şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için gereken ikinci koşul, genel kurulun bu hususta yönetim kurulunu yetkilendirmiş olmasıdır.²² Genel kurulun yetkilendirme kararını bir ön şart olarak arayan Türk Hukuku bu noktada İsviçre Hukukundan ayrılmaktadır. Zira İsviçre Hukukunda bir şirketin kendi paylarını iktisabı hususunda tek yetkili organ yönetim kurulu olup²³, yönetim kurulu bu yetkisini genel kurulun yetkilendirme kararına ihtiyaç olmaksızın kullanmaktadır²⁴. Esasen TK'daki yeni düzenlemenin getiriliş amacı (anonim şirketlere kendi paylarını iktisap hususunda geniş yetki tanınması) göz önüne alındığında, bize

21 Aynı kural Yönergenin yanısıra (md. 19/1), Alman (§ 71d) ve Fransız mevzuatında (C. com. art. L225-206) da yer almaktadır. Kanundadüzenlenmemiş olmakla beraber, bir şirketin kendi paylarını *dolaylı olarak* iktisap ettiği hallerde Art. 659 OR'deki genel kuralın uygulanacağı İsviçre öğretisi tarafından kabul edilmektedir; bkz. *Lenz/von Planta*, Art. 659, N 14 ve orada anılan yazarlar.

22 Bu koşul, Yönergenin (md. 19/1a) yanısıra, Alman (§ 71 Abs. 1 Ziff. 8 AktG), Fransız (art. L225-207 vd. C. com.) ve İngiliz (s. 693 vd. Comp. Act) mevzuatında da aranmaktadır.

23 Yönetim kurulunun münhasır yetkileri arasında sayılan bu yetki, yönetim kurulunun rızası ile dahi genel kurula devredilemez; bkz. *von Planta/Iffland*, s. 305, http://www.lenzstaehelin.com/uploads/tx_netvlsldb/Rachat_d_actions_de_societes_cotees_problemes_actuels_et_evolution_de_la_pratique_2005_02.pdf

24 Buna karşın iktisap edilen payların iptali için genel kurul kararına ihtiyaç vardır (Art. 732/1 OR) ve bu yetkinin yönetim kuruluna devri mümkün değildir. İktisap edilen payların iptali yetkisinin genel kurula tanınmış olması sebebiyle yönetim kurulu, genel kuruldan, ya halihazırda iktisap ettiği payların iptalini ya da henüz iktisap etmediği payların iptalini istemek zorunda kalmaktadır, ki her iki çözümün uygunluğu tartışmalıdır. Zira ilk halde şirketin kendi paylarını iktisabı için ayrılan likit varlıklar harcadıktan sonra söz konusu payların iptali hakkında karar vermek zorunda kalan genel kurul bir oldubittiyeye gelmekte; ikinci halde ise şirket, hakkında iptal kararı verilmiş olan kendi paylarını iktisap edememe ya da söz konusu payları fahiş bir fiyattan iktisap etme riskini taşımaktadır. İşte İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Taslağında öngörülen "sınırlı esnek sermaye sistemi" (*Kapitalband*), bir şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin kurullar ile söz konusu payların iptaline ilişkin kurullar arasında bir uyum sağlanmasını amaçlamaktadır. Kayıtlı sermaye sisteminde olduğu gibi bir taban sermaye (*Basis-kapital*) ve tavan sermaye (*Maximalkapital*) öngören bu sistem, sermayenin artırılmasında olduğu gibi azaltılmasında da esneklik sağlamakta, sermayeyi kayıtlı sermaye miktarına kadar azaltma yetkisini yönetim kuruluna tanımaktadır. Bir başka deyişle, yönetim kurulu, tespit edilecek olan asgari ve azami limitler dahilinde esas sermayeyi arttırabilecek veya azaltabilecektir. Böylece bu sistem, iktisap edilen payların iptali yetkisinin yönetim kuruluna devrine olanak tanımaktadır; bkz. *Iffland*, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* 54 (2008). Ayrıca bkz. *Böckli*, *Schweizer Aktienrecht*, § 4 N 271 vd.; *Zindel*, s. 590 vd. Çağlar, sınırlı esnek sermaye sisteminin kabulü halinde, şirketin kendi paylarını iktisabını düzenleyen hükümler ile sermayenin azaltılmasını düzenleyen hükümlerin gözden geçirilmesi gerektiğini, aksi takdirde yönetim kurulu sermayeyi, sicilde kayıtlı sermayenin % 50'sine kadar azaltmak istediğinde, yüzde onluk iktisap limitinden ötürü bu yolla sermaye azaltımının mümkün olmayacağını, bu durumda şirketin ancak payların itibari değerinin düşürülmesi yoluyla sermaye azaltımına başvurabileceğini ifade etmektedir; bkz. Çağlar, s. 149. Buna karşın *Iffland*, sınırlı esnek sermaye sisteminin kabulü halinde yüzde on eşliğinin öneminin göreceli hale geleceğini, zira en azından teorik olarak, iktisap edilen payların iptal edilmesi suretiyle yüzde on eşliğinin "sıfırlanması", akabinde tekrar esas sermayenin yüzde onu oranında payların iktisap edilmesi, daha sonra iktisap edilen bu payların da iptal edilmesi ve esas sözleşmede belirtilen asgari sermaye miktarına varıncaya kadar bu şekilde devam edilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Bununla birlikte yazar, ard arda yapılacak iktisap ve iptal işlemlerinin gereksiz yere karmaşık olacağını kabul etmekte, bu sebeple sermaye azaltımına dayalı iktisaplarda yüzde on limitinin uygulanmamasını önermektedir; bkz. *Iffland*, s. 53.

göre de genel kuruldan yetki istenmesi eleştiriye açık bir husustur.²⁵

Genel kurul yönetim kuruluna sadece yetki verebilir; ona iktisap yükümlülüğü getiremez. Yetkilendirme kararının iktisaptan önce alınması gerekir.²⁶ Yetkilendirme kararında herhangi bir sebep gösterilmesine gerek yoktur; yetki, hiçbir sebep gösterilmeden dahi verilebilir.²⁷ Buna karşın genel kurul, yetkinin kullanılmasını belli amaçlara bağlayabilir. Kanunun genel gerekçesinde, genel kurulun belirleyeceği amacın kanuna, ahlâka ve adâba aykırı ve borsa ticareti yapmaya yönelik olamayacağı ifade edilmiştir. Yetkilendirme kararı esas sözleşme değişikliği gerektirmediğinden adi nisapla (TTK md. 418) alınabilir ve ticaret siciline tescili gerekmez.

Yönetim kurulunun genel kuruldan aldığı yetkiyi devredip devredemeyeceğine dair kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanunun genel gerekçesinde bu hususun öğretilmeye bırakıldığı ifade edilmiştir. İsviçre Hukukunda yönetim kurulunun bu yetkisini bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üst düzeyde yönetime²⁸ ya da üçüncü kişilere devredemeyeceği kabul edilmektedir.²⁹ Fransız Hukukunda ise yönetim kurulunun bu yetkisini genel müdüre (*président directeur general*) ya da genel müdürün onayı ile bir veya birden fazla müdüre devredebileceği açıkça öngörülmüştür. TK md. 367/1 uyarınca yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Yine TK md. 370/2 uyarınca yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. TK md. 375 ise yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerini saymaktadır. Bunlar arasında kendi paylarını iktisap yer almamakla birlikte, şirketin üst düzeyde yönetimi (TK md. 375/1a) yer almaktadır. Kanaatimizce kendi paylarını iktisap şirket politikasının veya stratejisinin bir parçası olup, maddede geçen “üst düzeyde yönetim” kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Buradan hareketle, bir şirketin kendi paylarını iktisap yetkisinin yönetim *kuruluna* ait olduğu, dolayısıyla bu yetkinin devredilemeyeceği sonucuna varılmalıdır.

Genel kurulun yönetim kuruluna tanyacağı yetki süresi en çok beş yıl için geçerlidir (TK md. 379/2). Bu süre, payların iktisap edilebileceği azami süredir. Paylar bir kez (TK md. 379'a uygun olarak) iktisap edildikten sonra, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın şirketin uhdesinde kalabilirler. Yetkilendirme kararının belli bir bitiş tarihi (örn. 26.04.2015'e kadar) veya zaman aralığı (örn. yetkilendirme

25 TK'nun kabulü sürecinde *Moroğlu*, TK md. 381/1 hükmü karşısında genel kuruldan yetki istenmesinin pratik bir yararı ve önemi kalmadığını, öte yandan zaten özenli bir tacir gibi hareket etmek zorunda olan yönetim kurulunun yakın veya ciddi bir kayıp olmadan kendi paylarını iktisaba kalkışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu ifade etmek suretiyle, TK'nun 379. maddesinin 2. fıkrası ile TK'nun 381. maddesi hükmünün Tasarı'dan çıkarılması ve bunların yerine iktisap konusunda, toplanacak ilk genel kurulun bilgilendirilmesini öngören bir düzenlemenin 379. maddenin son fıkrası olarak getirilmesini önermiş idi; bkz. *Moroğlu*, Değerlendirmeler ve Öneriler, s. 103.

26 *Bezenberger*, § 71 N 17.

27 *Helvacı*, s. 224; *Kitanoff*, s. 85; *Bezenberger*, § 71 N 18.

28 Bu kavram için bkz. *Pulaşlı*, ss. 949-951, N 226-230. Akdağ Güney “Geschäftsleitung” terimini “üst yönetim” olarak tercüme etmektedir; bkz. *Akdağ Güney*, s. 98.

29 *Lenz/von Planta*, Art. 659, N 2a.

kararından itibaren X ay veya yıl) içermesi gerekir³⁰. Yetki, süresi dolduğunda veya daha önce yenilenebilir³¹. Öte yandan yetkilendirme kararına istinaden şirket kendi paylarının yüzde onunu iktisap eder, ardından örneğin yüzde altısını elden çıkarırsa, mevcut yetkilendirme kararına dayanarak tekrar yüzde altı iktisap edemez, bilâkis yeni bir yetkilendirme kararı gerekir.³²

Kanunda uzun bir yetki süresi öngörülmüş olması yerindedir. Böylelikle yetkilendirmelerin her yıl tekrarlanması önlenmiş, şirketlerin zamandan ve maliyetten tasarruf etmeleri sağlanmıştır. Ayrıca kanunda öngörülen süre gerek Yönergede (Yönerge md. 19/1a)³³ gerek Alman (§ 71 Abs. 1 Ziff. 8 AktG) ve İngiliz (Comp. Act s. 694/5 ve md. 701/5)³⁴ Hukukunda öngörülen süre ile paralellik arz etmektedir.³⁵

Yetkilendirme kararının herhangi bir süre içermemesi halinde yetkilendirme kararının yazgısı kanunda düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu durumda kararın iptali istenebilir. Öte yandan, süre içermeyen yetkilendirme kararının sermayenin korunması hükümlerine aykırı olduğu, giderek bätül olduğu ileri sürülebilir³⁶.

Genel kurulun yetkilendirme kararında, iktisap edilecek payların toplam itibarı değerleri ile bu paylara ödenecek bedelin alt ve üst sınırının³⁷ gösterilmesi zorunludur (TK md. 379/2).³⁸ Böylelikle **şirketin kendi paylarını iktisabı için ödeyeceği bedel**, yetkilendirme kararında gösterilen alt ve üst sınır dahilinde olmalıdır. *Kendigelen*, isabetli olarak yetkilendirme kararında üst sınırın gösterilmesini anlamlı bulmakla beraber, alt sınırın da gösterilmesinin zorunlu kılınmasının pratik bir faydası olmadığını, alt sınırın altında bir pay iktisabı imkânı doğduğunda yönetim kurulunun bedeli düşük diye pay iktisap edip edemeyeceği sorununun ortaya çıkacağını ifade etmektedir.³⁹ Nitekim Yönergede iktisap edilecek paylar için ödenecek bedelin üst sınırının gösterilmesi aranmış (Yönerge md. 19/1a), alt sınırın gösterilmesi aranmamıştır. Bu sınırları içermeyen yetkilendirme kararının yazgısı kanunda düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu durumda da

30 *Bezenberger*, § 71 N 20.

31 *Bezenberger*, § 71 N 19.

32 *Bezenberger*, § 71 N 21.

33 Yönergede 2006 yılında yapılan değişiklikten önce onsekiz ay olarak öngörülen bu süre, 2006/68 sayılı Yönerge ile beş yıla çıkarılmıştır. *Wymeersch*, yetkilendirmenin kurumsal yatırımcılar tarafından bir *anti-takeover* yöntemi olarak görülmesi sebebiyle bir çok şirketin yetkilendirme kararı almakta sorunlar yaşadığına işaret etmekte, bu sebeple yapılan değişikliğin önemini vurgulamaktadır; bkz. *Wymeersch*, s. 18.

34 2009 yılında İngiliz Ortaklıklar Kanununda yapılan değişikliğe kadar bu süre onsekiz ay idi. Yeni düzenlemenin gerekçesinde, şirketlerin zaman ve masraftan tasarruf edebilmeleri için azami yetki süresinin beş yıla çıkarıldığı ifade edilmiştir.

35 Fransız Hukukunda ise bu süre oniki aydır.

36 Ayan da sürenin belirtilmediği yönetim kurulunun yetkilendirmesine ilişkin genel kurul kararının geçersiz olacağı görüşündedir; bkz. *Ayan*, s. 208.

37 Üst sınırın tayininde belirleyici olan, iktisap tarihindeki değil yetkilendirme kararı tarihindeki esas sermayedir; bkz. *Bezenberger*, § 71 N 21.

38 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'na Hazırlanan Görüş'de, TK md. 379/2'de iktisap işleminin hangi gerekçelerle yapılabileceğine genel olarak işaret edilmemiş olması eleştirilmiştir; bkz. ss. 226-227.

39 *Kendigelen*, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 275. Aynı yönde bkz. *Bezenberger*, § 71 N 22.

kararın iptal edilebilir, hatta b t l olduğu ileri s r lebilir⁴⁰.

3. Yakın ve Ciddi Kayıp Halinde Yönetim Kurulunun Yetkili Olması

Belirtmek gerekir ki, yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için gerekli olduğu takdirde genel kurulun yetkilendirme kararı olmaksızın bir şirket kendi paylarını iktisap edebilir (TK md. 381). Böylece kanun koyucu, yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak amacıyla yapılan iktisaplarda - İsviçre Hukukunda olduğu gibi - münhasıran yönetim kurulunu yetkili kabul etmiştir. Aynı düzenleme Yönergede de yer almaktadır (Yönerge md. 19/2).⁴¹

TK md. 381 hükmünden açıkça görüldüğü üzere, pay sahiplerinin değil, bizzat şirketin kaybı hükmün uygulama alanına girmektedir. Bu sebeple, örneğin piyasanın düşüşte olması TK md. 381'e istinaden iktisap yetkisi vermemektedir. Zira bu durum şirketi değil, pay sahiplerini kayba uğratacak niteliktedir.⁴² Öte yandan şirketin zararı yerine kayıptan bahsedilmiş, buna gerekçe olarak "kayıp" sözcüğünün daha geniş olduğu ve zararı da kapsadığı, zararın borçlar hukuku anlamında malvarlığı eksilmesi veya artmasının önlenmesi olduğu; kaybın ise şirketi, pay sahiplerini, önemli bir yatırımı, pazar payını etkileyebilecek olumsuz herhangi bir sonuç olduğu ifade edilmiştir⁴³.

Her kayıp değil, sadece yakın ve ciddi niteliği haiz olan kayıp TK md. 381'in uygulama alanına girmektedir. Ancak "yakın ve ciddi" ibaresinin ne anlama geldiği kanunda açıklanmamıştır. *Pulaşlı*, "yakın ve ciddi tehlike"yi, bir şirketin kendi paylarını satın alarak zararını denkleştirme dışında başka şekilde kurtulmasının mümkün olmadığı bir durumda mevcut olması şeklinde tanımlamaktadır.⁴⁴ Kaybın ciddi sayılması için, olağan bir şirket kaybını aşması gerekir. Bununla birlikte söz konusu kaybın mutlaka şirketin varlığını tehdit etmesi gerekmez. Ancak şirketin büyüklüğü ile mali gücü dikkate alındığında zararın önemli sayılması gerekir⁴⁵. Esasen kaybın ciddi olup olmadığının tayini için, kaybın derecesi ile şirketin kendi paylarının iktisabı ile gireceği risk arasındaki ilişkinin saptanması gerekmektedir.⁴⁶ Kaybın yakın sayılması için ise, kaybın öngörülebilir bir gelecekte (überschaubare Zukunft) meydana gelmesinin beklenebilir olması gerekir.⁴⁷ Kaybın yakın olması gereğinden hareketle, hâlihazırda meydana gelmiş bulunan kayıpların da hükmün uygulama alanına girdiğini kabul etmek gerekir.⁴⁸ Kaybın her iki niteliği de haiz olması gereği, TK md. 381'in uygulama alanını oldukça kısıtlamaktadır. Nihayet

40 Aynı yönde bkz. *Ayan*, s. 210.

41 TK'dan farklı olarak Yönergede, bir şirketin bizzat veya kendi adına ancak şirket hesabına hareket eden bir üçüncü kişi aracılığıyla iktisap ettiği payların o şirketin ya da ona bağlı bir şirketin çalışanlarına verilmesi halinde de genel kurulun yetkilendirme kararına ihtiyaç olmaksızın bir şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesine izin verip vermeme konusunda üye devletlere serbesti tanınmıştır. Ancak bu yolla iktisap edilen payların, iktisaplarından itibaren oniki ay içerisinde elden çıkarılmaları gerekmektedir (md. 19/3).

42 *Kitanoff*, s. 78.

43 Bkz. TK md. 381 gerekçesi.

44 *Pulaşlı*, s. 1236, N 33.

45 *Hüffer*, § 71 N 7; *Kitanoff*, s. 78.

46 *Kitanoff*, s. 78 ve özellikle d n. 322.

47 *Kitanoff*, s. 79; *Hüffer*, § 71 N 7.

48 *Kitanoff*, s. 79.

kendi paylarını iktisabın, kaybın önlenmesi için zorunlu olması gerekir. Bunun için iktisabın kaybın önlenmesi için başvurulabilecek tek araç olması şart değildir; iktisabın makul bir alternatifinin olmaması yeterlidir⁴⁹.

TK md. 381 gerekçesinde “yakın ve ciddi tehlike”ye örnek olarak bir şirketin kendi paylarını iktisap edememesi durumunda borca batık bir kişiden alacağını tahsil edemeyecek olması veya bir şirketin hisse senetlerinin değerinin borsada aniden düşmesi veya düşme tehlikesinin doğması gösterilmiştir. Bu haller dışında, bir şirketin yabancılaşmasını ya da düşmanca ele geçirilmesini engellemek amacıyla yapılan iktisaplar da TK md. 381 kapsamında değerlendirilebilir.⁵⁰

Yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için yapılan iktisaplarda yüzde on sınırına uyma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır⁵¹. *Kendigelen* TK md. 381’de sadece yetkilendirme kararının istisna kapsamında kabul edildiğinden, bu sebeple TK md. 379’da öngörülen diğer kanuni şartların varlığının aranması gerektiği görüşündedir.⁵² *Helvacı* da aynı görüşü paylaşmaktadır.⁵³ Kanaatimizce de yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için yapılan iktisaplarda yetki şartı dışındaki diğer tüm iktisap şartlarına (yüzde on limit şartı, iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra kalan şirket net aktifinin, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamından az olmaması şartı ile pay bedellerinin tamamen ödenmiş olması şartı) uyulması gerekir. Bu yorum tarzı Yönerge’deki düzenleme ile de uyumludur. Zira Yönergede, yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için yapılan iktisaplarda üye devletlere sadece 19. maddenin 1. fıkrasının (a) bendini uygulayıp uygulamama konusunda serbesti tanınmıştır (Yönerge md. 19/2). Anılan bent ise sadece genel kurulun yetkilendirme kararı ile ilgili olup, diğer iktisap şartları (ve bu meyanda yüzde on limiti) ile ilgili değildir. Bir başka deyişle, Yönergede, yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için yapılan iktisaplarda yetki şartı dışındaki diğer iktisap şartlarından muafiyet öngörülmemiştir.⁵⁴ Kaldı ki TK md. 381’i farklı bir şekilde yorumlamak, TK md. 382’de öngörülen istisnaların tahdidiliği ilkesine de halel getirir. Gerçekten genel kural bir şirketin kendi paylarını ancak TK md. 379’daki iktisap şartlarına uymak kaydıyla iktisabı olup, sadece TK md. 382’deki istisnai hallerde söz konusu şartlara uyma zorunluluğu yoktur. Şayet kanun koyucu yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için yapılan iktisaplarda yetki şartının yanısıra diğer iktisap şartlarını da

49 *Hüffer*, § 71 N 8; *Bezenberger*, § 71 N 31.

50 *Pulaşlı*, s. 1236, N 33. Aynı yönde bkz. Kitanoff, s. 79. Ekonomik krizlerin dahi bu kapsamda mütalaa edilebileceği hakkında bkz. *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Geleceği Hazırlayan Bir Düzenleme*, PwC Türkiye 2011, ss. 35-36, <http://www.pwc.com/tr/tr/publications/assets/eTK-yeni-turk-ticaret.pdf>

51 Oysa Alman Hukukunda yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak amacıyla yapılan iktisaplarda da yüzde on sınırının geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir (§ 71 Abs. 1 Ziff. 8 AktG).

52 *Kendigelen*, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 273. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı’na Hazırlanan Görüş ise, TK md. 381’e istinaden yapılan iktisaplarda yüzde on sınırının üzerine çıkılabileceğini savunmaktadır; bkz. s. 227.

53 *Helvacı*, s. 226.

54 Gerçi kendilerine tanınan serbesti çerçevesinde bir iktisap limiti öngörmüş olan üye devletler, yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için yapılan iktisaplarda yüzde ondan az olmayacak şekilde) öngörmüş oldukları limite uymak zorundadır.

aramamış olsaydı, bu iktisap halini TK md. 382'de düzenlerdi.

Ayrıca TK md. 382'de sayılan istisnai hallerden birine dayanarak iktisap edilen payların en geç iktisaplarından itibaren üç yıl içinde elden çıkarılması gerekmekte iken (TK md. 384), yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak amacıyla iktisap edilen payları elden çıkarma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla TK md. 381 uyarınca yapılan iktisaplarda yüzde on limitinin geçerli olmadığı savunulursa, bir anonim şirket yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak amacıyla pekâlâ %40, hatta daha yüksek oranda payını iktisap edebilecek, giderek bu payları elinde tutabilecektir. Bu ise şirketin ortaklık yapısını önemli ölçüde değiştirecektir. Gerçi TK md. 379/3 gereği bu oranda bir iktisabın ancak söz konusu şirketin elinde yeterli miktarda net aktifin bulunması kaydıyla yapılabileceği ileri sürülebilir. Ancak TK md. 379/3'da yer alan koşulun da TK md. 381'deki iktisaplar açısından geçerli olup olmadığı kanundan anlaşılmamaktadır. Zira TK md. 381 bu konuda da açık değildir. Kanımızca TK md. 381'e dayanan iktisaplar sadece yetkilendirme kararından muaf olup, TK md. 379'da yer alan diğer tüm sınırlamalara tâbidir.

Payların yakın ve ciddi bir tehlikeden kaçınmak amacıyla iktisabı halinde yönetim kurulu ilk genel kurula; a) iktisabın sebep ve amacı; b) iktisap edilen payların sayıları, itibarî değerlerinin toplamı ve sermayenin ne kadarını temsil ettiği, c) bedeli ve ödeme şartları hakkında yazılı bilgi vermekle yükümlüdür (TK md. 381/2).⁵⁵ Bu hüküm ile şeffaflık ve kurumsal yönetim ilkelerine uyum sağlanmaya çalışılmıştır.

4. İktisap Edilecek Payların Bedellerinin Ödeneceği Kaynak

Kanun koyucu, iktisap edilecek payların bedellerinin ödeneceği kaynağa ilişkin olarak da bir sınırlama getirmiştir.⁵⁶ Buna göre, iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra kalan şirket net aktifinin⁵⁷ en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun veya esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin⁵⁸ toplamı kadar olması gerekmektedir (TK md. 379/3). Bir başka deyişle, iktisap edilecek payların bedeli, dağıtılabilir yedek akçelerden karşılanmalıdır. Böylece kanun koyucu, şirket alacaklılarını korumak amacıyla, kâr payı dağıtımında olduğu gibi (TK md. 509/2)⁵⁹ kendi paylarını iktisabı da sermayenin korunması hükümlerine tâbi tutmuştur⁶⁰.

Bu sınırlamanın herhangi bir istisnası bulunmamaktadır. Dolayısıyla örneğin dağıtılabilir yedek akçelerin mevcut olmaması halinde, TK md. 531 uyarınca haklı sebeple fesih davası çerçevesinde mahkeme tarafından anonim şirketin feshi yerine

55 Benzer bir hüküm Yönergede de yer almaktadır (Yönerge md. 19/2).

56 Bu sınırlama Yönergenin yanısıra (Yönerge md. 19/1b), İsviçre (IBK md. 659/1) ve Fransız Hukukunda (C. com. art. L225-210) da yer almaktadır.

57 TK md. 379/3'deki "net aktif" terimi ile, şirketin borçları ile varsa zararları düşüldükten sonra malvarlığının defter değeri kastedilmiştir; *Tekinalp*, Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 78, N 9-33.

58 Maddenin gerekçesinde, "Kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler" ibaresiyle, şirketin iradesiyle ayrılmış bulunan esas sözleşmesel ve olağanüstü yedek akçeler ile kanunî yedek akçelerin kullanılabilir bölümü ve geçen yıllardan aktarılan kârın kastedildiği ifade edilmiştir.

59 Bu hüküm uyarınca kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir.

60 *Bezenberger*, § 71 N 4-5.

daha ılımlı bir çözüm olarak şirketin kendi paylarını iktisabına karar verilemez.⁶¹ Dağıtılabilir yedek akçelerin mevcut olup olmadığı onaylanan son yıllık bilanço uyarınca tespit edilir.⁶²

İktisap edilen payların bedellerinin dağıtılabilir yedek akçelerden ödenmemesinin sonuçları kanunda düzenlenmemiştir. Bu sınırlamaya uyulmadan yapılan iktisap, sermayenin iadesi teşkil eder, giderek kanuna (sermayenin iadesi yasağına) aykırılık sebebiyle geçersiz sayılır.⁶³ Bu sonuca varmak için tarafların dağıtılabilir yedek akçelerin mevcut olmadığını bilmeleri, bir başka deyişle subjektif ögeler rol oynamaz.⁶⁴

TK md. 379'a istinaden kendi paylarını iktisap eden şirket, iktisap ettiği payların değerini karşılayan tutarda bir yedek akçe (karşılık)⁶⁵ tesis etmekle yükümlüdür (TK md. 520/1).⁶⁶ Kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, bahse konu yedek akçe (karşılık) iktisap tarihinde tesis edilmelidir. Söz konusu yedek akçe (karşılık), şirketin uhdesindeki payların bilançonun aktifinde yer almasının karşılığını oluşturduğundan⁶⁷, şirket kendi paylarını elinde tuttuğu müddetçe, iktisap edilen payların değeri tutarındaki sermayenin pay sahiplerine dağıtılması engellenmiş olmaktadır.⁶⁸ Öte yandan bu karşılığın ayrılması, iktisap edilen payların bir süre sonra iktisap bedelinden daha düşük bir bedelle elden çıkarılması tehlikesinin önlenmesi açısından da önem arz etmektedir.⁶⁹ Karşılık ayırma zorunluluğu Yönergede de (Yönerge md. 22/1b) aranmaktadır.⁷⁰

TK md. 520/1 uyarınca ayrılması gereken yedek akçe kanuni yedek akçelerin bir parçası olup, buna uygun olarak yalnız sınırlı olarak çözülebilir yani dağıtılabilir veya sermayeye eklenebilir.⁷¹ Gerçekten söz konusu yedek akçe ancak şirketin uhdesindeki payları elden çıkarması veya imha etmesi halinde iktisap değerlerini karşılayan tutarda **çözülebilir. Kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte,**

61 *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 204 vd.; *Groner*, s. 134.

62 *Groner*, ss. 141-142; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, N 381.

63 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 50 N 158; *Groner*, s. 134.

64 *Groner*, 146. Karşı görüş için bkz. *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, N 403.

65 Karşılık, temelde ve kökeni itibarıyla yedek akçe olsa bile, gerek amaç gerek sarf yöntemi açısından yedek akçeden farklıdır. Gerçekten karşılık her türlü zarar için değil, özel rizikolar için ayrıldığından, yedek akçeden daha dar bir amaç hükmünü ihtiva eder. Oysa yedek akçe için kanunda öngörülmuş olan amaç hem değişik hem de çok geniştir. Zira karşılık belli veya tahmin edilebilen müstakbel borç ve yükümleri veya değer düşmelerini karşılarken, yedek akçe genel bir güvence niteliğindedir. Karşılık ile yedek akçe arasındaki bu fark, karşılığın ayrılmasına sebep olan olayın gerçekleşmeyeceğinin kesinleşeceği ana kadar varlığını sürdürür. Olayın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması ile "serbest kalan" karşılık, aslına yani "yedek akçe"ye dönüşür; bkz. *Tekinalp*, Anonim Ortaklığın Bilançosu ss. 250-253.

66 6762 sayılı eTK döneminde böyle bir zorunluluk bulunmamakla beraber, *Tekinalp*, tedbir ilkesi gereği anılan yedek akçenin ayrılmasının zorunlu olduğunu ifade etmekteydi; bkz. *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N 834a.

67 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 50 N 159.

68 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 50 N 159; *Groner*, 88.

69 *Keskin*, s. 416.

70 Bu zorunluluk İsviçre (Art. 659a/2 OR), Alman (§ 71 Abs. 2 AktG), Fransız (C. com. art. L225-210) ve İngiliz (Comp. Act s. 669/1) mevzuatında da aranmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, Yönerge gereği bu karşılığın ayrılması sadece iktisap edilen payların aktifleştirilmesi şartını öngören üye devletler açısından zorunludur. Oysa bu şart tüm üye devletler tarafından aranmamaktadır.

71 *Böckli*, Neun Regeln, Schweizer Treuhand 575 (2011); *Roberto/Trüb*, ss. 371-372.

iktisap edilen paylar şirketin uhdesinde bulunduğu müddetçe, söz konusu payların değerinde meydana gelen değişiklikler TK md. 520/1 gereği ayrılan karşılığın şekillenmesinde rol oynamaz.⁷²

5. İktisap Edilecek Payların Bedellerinin Ödenmiş Olması

TK md. 379'da aranan bir diğer koşul, iktisap edilecek payların bedellerinin tümünün ödenmiş olmasıdır (TK md. 379/4). Bu koşul şirketin kendisine borçlanmasını engellemek amacıyla getirilmiştir.⁷³ Gerçekten bu koşulun aranmamış olması, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesine (TBK md. 135), dolayısıyla ödenmeyen pay bedelinin sona ermesine yol açardı.⁷⁴ Aynı koşul Yönergede de (Yönerge md. 19/1) yer almaktadır.⁷⁵ İsviçre öğretisinde, bir yandan payların iktisap değerini diğer yandan bakiye sermaye borcunu karşılayacak tutarda serbestçe tasarruf edilebilir kaynakların mevcut olması kaydıyla, bedelleri kısmen ödenmiş payların iktisap edilebileceği kabul edilmektedir.⁷⁶ Ancak TK m. 379/4 hükmünde yer alan “*sadece bedellerinin tümü ödenmiş bulunan paylar iktisap edilebilir.*” şeklindeki ifade Türk Hukuku açısından böyle bir yoruma müsaade etmemektedir.

6. Diğer Koşullar

Nihayet belirtmek gerekir ki, bir şirketin kendi paylarını iktisabı için kanunun çeşitli maddelerinde yer alan başka koşullara da uyulması gerekir. Bu meyanda bir şirketin tek pay sahibi olacak şekilde kendi paylarını iktisap edemeyeceğini ve ettiremeyeceğini öngören TK md. 338/3 hükmü karşımıza çıkmaktadır.⁷⁷ Bu koşul İngiliz Ortaklıklar Kanunu'nda (Comp. Act s. 690/2) açıkça hükme bağlanmıştır. Keza esas sözleşmede bir şirketin kendi paylarını iktisabını yasaklayan bir hüküm yer almamalıdır. Şöyle ki; bir şirketin kendi paylarını iktisabı için esas sözleşmede bir hüküm bulunmasına ihtiyaç yoktur. Ancak iktisabın sınırlandırılabilmesi veya yasaklanabilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir düzenleme bulunması gerekmektedir. İşte bir şirketin kendi paylarını iktisabı için esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmamalıdır. Bu koşul da İngiliz Ortaklıklar Kanununda (Comp. Act s. 690/1) açıkça öngörülmüştür.

C. Anonim Şirketin Herhangi Bir Sınırlamaya Tâbi Olmaksızın Kendi Paylarını İktisap Edebileceği Haller

6762 sayılı eTK'da yer alan istisnalar TK'da da muhafaza edilmiştir (TK md. 382). Şöyle ki; aşağıda incelenen istisnai hallerden birinin varlığı halinde anonim şirket, TK md. 379'da öngörülen sınırlamalara (yüzde on sınırı, yetkilendirme kararı, payların iktisap bedellerinin ödeneceği kaynak ve payların bedellerinin

72 Roberto/Trüeb, ss. 371-372.

73 *Kendigelen*, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 271. TK md. 379 gerekçesinde ayrıca şirketin, sermaye koyma borcunda temerrüdün sonuçlarını düzenleyen TK md. 482 ve devamı hükümlerinin tehdidi altında bulunmasının düşünülemediği ifade edilmiştir.

74 *Kitanoff*, s. 92.

75 Bu koşul Alman (§ 71 Abs. 2), Fransız (C. com. art. L225-210) ve İngiliz Hukukunda da (Comp. Act s. 691) aranmaktadır.

76 Roberto/Trüeb, s. 361; *Lenz/von Planta*, Art. 659, N 5.

77 *Kendigelen*, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 272, dpn 103.

tümünün ödenmiş olması) uymaksızın kendi paylarını iktisap edebilecektir.

TK md. 520/1'de öngörülen karşılığın yalnızca payların TK md. 379 uyarınca iktisap edildiği hallerde mi ayrılmasının zorunlu olduğu yoksa payların TK md. 382'de sayılan istisnalardan birine dayanılarak iktisap edildiği hallerde de mi ayrılması gerektiği hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce istisnai hallerden birine dayanılarak yapılan iktisaplarda karşılık ayrılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim Yönergede sayılan istisnai hallerden birine dayanılarak yapılan iktisaplarda böyle bir karşılığın ayrılması aranmamıştır. Kaldı ki TK md. 382'deki bazı istisnalar açısından böyle bir karşılığın ayrılmasına ihtiyaç dahi bulunmamaktadır. Örneğin bir şirketin kendi paylarını sermaye azaltımı amacıyla iktisabı halinde böyle bir karşılığın ayrılmasına ihtiyaç yoktur.⁷⁸ Keza payların miras veya bağışlama yoluyla yani ivazsız olarak iktisabı halinde de bu karşılığın ayrılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira bu son halde iktisaptan kaynaklanan bir masraf söz konusu değildir.⁷⁹

1. Anonim şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinin azaltılmasına karar vermesi

Bu istisnanın⁸⁰ öngörülmesinin sebebi, TK md. 473 ve devamındaki sermaye azaltımına ilişkin hükümlerin, giderek bu hükümlerde yer alan koruma mekanizmalarının uygulanacak olmasıdır. Bu istisna kapsamında sermayenin azaltılması, payların bedelleri verilerek itfası yoluyla gerçekleştirilmektedir.⁸¹ Esas sözleşmede hangi payların itfa edileceği gösterilmiş olabilir. Aksi takdirde eşit işlem ilkesine uygun hareket edilmelidir.⁸² Yıldız, itfa tüm pay sahiplerine oransallık ilkesine göre uygulanmış ise, eşitlik ilkesine riayet edilmiş sayılacağını ifade etmektedir.⁸³ İtfa edilecek payların bedellerinin tespitinde rayiç veya gerçek bedelin esas alınması gerekmekte olup, söz konusu bedelin pay sahiplerini zarara uğratacak şekilde tespit edilmemesi gerekir.⁸⁴

Belirtmek gerekir ki, TK md. 382 gerekçesinde “birinci bendde şirketin, fazla sermayeyi iade amacıyla, sermaye azaltması düzenlenmiştir” denilmektedir. Oysa sermaye azaltımı sadece fazla sermayeyi iade amacıyla değil, bilanço zararını kapatmak amacıyla da yapılabilir. Bu sebeple, kanaatimizce TK md. 382/1'de yer

78 Keskin de sermaye azaltımına dayanan iktisaplarda alacaklıların korunması için gereken tedbirler zaten alınmış olduğundan karşılık ayrılmasına ihtiyaç olmadığı görülmüştür; bkz. Keskin, s. 415.

79 Groner, s. 139; Böckli, Schweizer Aktienrecht, N 932.

80 Bu istisna Yönergenin yanısıra (Yönerge md. 20/1/a), Alman (§ 71 Abs. 1 Ziff. 6), Fransız (C. com. art. L225-207) ve İngiliz Hukukunda da (Comp. Act s. 659/2/a) yer almaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, Fransız hukuku uyarınca bir şirket ancak bilanço açığını kapamak için yapılan sermaye azaltımı dışındaki sermaye azaltımlarına istinaden kendi paylarını iktisap edebilir (C. com. art. L225-207).

81 Tekinalp, bu yolla iktisap halinde alacaklılar yönünden bir tehlike yaratılmadığından, sermayenin azaltılmasına ilişkin eTK md. 396 vd. (TK md. 473) ve devamında yer alan koruyucu hükümlerin ya uygulanmayacağını ya da duruma uyarlanacağını ifade etmektedir; bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N 837b. Aydın ise bu görüşün TK'da pozitif bir dayanağı olmadığını, dolayısıyla sermaye azaltımına dayalı iktisaplarda da TK md. 473 ve devamında yer alan aşamaların aynen takip edilmesi gerektiğini savunmaktadır; bkz. Aydın, s. 216, dñ 89.

82 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N 837; Pulaşlı, s. 1238, N 40.

83 Yıldız, s. 205. Aynı yönde bkz. Çelikaş, s. 197; Aydın, ss. 217-218.

84 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N 837a.

alan istisnanın sermaye azaltımının amacından bağımsız olarak uygulama alanı bulması gerekir.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken bir diğer husus, eTK md. 329/2'de sermaye azaltımına dair bir karara dayanılarak iktisap edilen payların imhasıyla ilgili bir tutanak tutulması ve bu tutanağın ticaret siciline verilmesi öngörülmüşken, TK md. 382'de böyle bir tutanaktan bahsedilmemiş olduğudur. Bu sebeple, bundan böyle itfa edilen payların sayısını ve özelliklerini içeren bir tutanağın tutulmasına ve ticaret siciline verilmesine gerek yoktur.

2. Anonim şirketin kendi paylarını iktisabının küllî halefiyet kuralından kaynaklanması

Bu istisna⁸⁵ ile ilgili olarak önemli bir hususun belirtilmesinde fayda vardır: 6762 sayılı eTK'da "hisse senetleri bir mamelekin veya işletmenin borç ve alacaklarıyla beraber temellük edilmesi neticesinde şirkete geçmişse" denilmek suretiyle bu istisnanın kapsamına cüz'i halefiyet hallerinin girdiğine işaret edilmişken (eTK md. 329/b. 3), 6102 sayılı TK md. 382'de açıkça ve yalnızca küllî halefiyetten bahsedilmiştir. TK md. 382'nin gerekçesinde de bu istisnanın birleşme, bölünme ve mirasla intikal gibi yollarla iktisap edilen paylar hakkında uygulanacağı belirtilmiş, cüz'i halefiyet hallerine yer verilmemiştir. Dolayısıyla yeni düzenlemede bu istisnanın kapsamına sadece küllî halefiyet halleri girmektedir; cüz'i halefiyet halleri istisna kapsamından çıkarılmıştır.

Kanunda bu yolla iktisap edilen payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması gerektiğine dair bir zorunluluk öngörülmemiştir. Buradan hareketle bedelleri kısmen ödenmiş payların da bu yolla iktisap edilebileceği söylenebilir⁸⁶. Ancak sermayenin tedariki ilkesi göz önüne alındığında, bu şartın aranmamış olması eleştiriye açık bir husustur. Fransız Hukukunda bu yolla iktisap edilen payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması açıkça aranmıştır (C. com. art. L225-213).⁸⁷

3. Anonim şirketin kendi paylarını iktisabının bir kanuni satın alma yükümünden doğması

TK md. 382 gerekçesinde, bu istisnanın⁸⁸, Özelleştirme Kanunu veya diğer bir kanunun herhangi bir hükmü dolayısıyla iktisap edilen paylar hakkında uygulanacağı ifade edilmiştir.⁸⁹

85 Bu istisna Yönergenin yanısıra (Yönerge md. 20/1/b), Alman (§ 71 Abs. 1 Ziff. 5) ve Fransız Hukukunda (C. com. art. L225-213) da mevcuttur.

86 Aynı sonuca Alman Hukukunda da varılmaktadır; bkz. *Kitanoff*, s. 77. *Aydın*, bedeli tamamen ödenmemiş payların da bu kapsamda devralınmasına izin verilmesi gerektiği, ancak şirketin, bu yolla iktisap ettiği payların ödenmemiş bedelleri tutarında bir karşılık ayırması gerektiği görüşündedir; bkz. *Aydın*, s. 241.

87 Fransız Hukukunda ek olarak şirketin iktisap ettiği payların nama yazılı hale getirilmesi aranmıştır.

88 Bu istisna Yönergede de (Yönerge md. 20/1/d) yer almaktadır.

89 6762 sayılı eTK döneminde, bir şirketin kendi paylarını rehin olarak kabulü ile ilgili olarak bu istisna kapsamında mütalaa edilen haller mevcuttu. Gerçekten eTK md. 313 uyarınca yönetim kurulu üyelerinden her biri, itibari değerleri esas sermayenin en az %1'ine muadil miktarda hisse senedini şirkete tevdi etmekle yükümlüydü ve anılan hisse senetleri rehin makamında idi. Aynı şekilde 25.04.1985 tarih ve 3182 sayılı mülga Bankalar Kanununun (RG 02.05.1985, S. 18742) 22. maddesi ile de banka yönetim kurulu üyeleri için bir rehin mükellefiyeti öngörülmüş idi. Ancak bu hükümlerden hiçbirini TK'ya alınmamıştır.

4. Bedellerinin tümü ödenmiş olmak şartıyla, anonim şirketin kendi paylarını iktisabının cebri icradan bir şirket alacağına tahsili amacıyla yönelik olması

Bu istisna⁹⁰ sayesinde bir şirket kendi paylarını cebri icradan iktisap edip ihale bedeli ile alacağını mahsup edebilecektir.⁹¹ Amaç, şirketin alacağını⁹² elde etmesi için her kaynak ve araçtan yararlanmasını sağlamaktır.⁹³ 6762 sayılı eTK uyarınca, iştirak taahhüdünden doğan şirket alacaklarının tahsili amacıyla yapılan iktisaplar bu istisnadan hariç tutulmuştu⁹⁴. Yeni düzenleme cebri icradan iktisap edilecek payların bedellerinin tümünün ödenmiş olması şartını getirmek suretiyle aynı sonuca ulaşmıştır.⁹⁵

Burada işaret etmek istediğimiz bir diğer husus, 6762 sayılı eTK döneminde öğretilen çoğunluk görüşünün, bu istisnanın işleyebilmesi için icra takibi yapılmasının şart olmadığı, tarafların aralarında yapacakları bir sulh sözleşmesi ile de bir şirketin kendi paylarını ifa makamında iktisap edebileceği yönünde olduğuydu.⁹⁶ Yeni düzenlemede ise iktisabın cebri icradan olması şart koşulmak suretiyle, 6762 sayılı eTK dönemindeki çoğunluk görüşünün benimsenmediği açıkça ortaya konmuştur⁹⁷.

5. Kendi paylarını iktisap eden anonim şirketin bir menkul kıymetler şirketi olması

Bu istisna ile ilgili belirtilmesi gereken en önemli husus, 6762 sayılı eTK md. 329'un 4. bendinde "*hisse senetlerinin devir veya rehin alınması keyfiyeti esas mukaveleye göre şirket konusuna giren muamelelerden ise*" ifadesi kullanılmışken, 6102 sayılı TK md. 382/1'in (e) bendinde menkul kıymetler şirketinden bahsedilmiş olmasıdır.⁹⁸ Menkul kıymetler şirketi kavramını yatırım ortaklığı olarak anlamak

90 Bu istisna Yönergede de (Yönerge md. 20/1/g) yer almaktadır.

91 *Aydın*, bu istisna kapsamında iktisabın ancak kanunen bağlı malvarlığı unsurlarına dokunulmaması ve şirket bakımından ciddi bir zarar tehlikesinin önlenmesi için gerekli olması kaydıyla yapılabileceği görüşündedir; bkz. *Aydın*, s. 222.

92 *Tekinalp* bu bentte yer alan "alacak" kavramının geniş yorumlanması gerektiği, müeccel alacakların da bendin kapsamında kabul edilmesi gerektiği görüşündedir; bkz. *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N 838.

93 *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N 838. Bu istisna Yönergede de yer almaktadır (Yönerge md. 20/1 g).

94 Oysa bir şirketin, kendi paylarını, iştirak taahhüdünden doğan alacağı için iktisap etmesi hali Yönergede bir istisna olarak yer almaktadır (Yönerge md. 20/1e). Aynı şekilde İngiliz Hukuku uyarınca da iştirak taahhüdünden doğan şirket alacağına ödenmesi amacıyla şirket tarafından iktisap edilen paylar istisna kapsamındadır (Comp. Act s. 659/2/c).

95 *Aydın*, bir şirketin henüz bedeli tamamen ödenmemiş bir payı, pay sahibinin iştirak taahhüdü dışındaki bir borcuna karşılık devralması durumunda, alacaklı ve borçlu sıfatı şirkette birleşeceği için bakiye sermaye taahhüdünün ifasının olanaksız hale geleceğini, bu sebeple kanun koyucunun "bedellerinin tamamen ödenmiş olması" şartını aradığını ifade etmektedir; bkz. *Aydın*, s. 219.

96 Özdamar, s. 195; Çelikleş, s. 199.

97 Buna karşın tasfiyeye giren bir şirketin bu istisnadan faydalanıp faydalanamayacağına ilişkin 6762 sayılı eTK dönemindeki tartışma çözüme kavuşturulmamıştır. Bu tartışmada ileri sürülen görüşlerin özeti için bkz. Özdamar, ss. 195-197; Çelikleş, ss. 199-200; *Aydın*, ss. 222-226.

98 *Aydın*, TK md. 382/1e'de yer alan istisnanın Yönergedeki karşılığının Yönerge md. 20/1c'de yer alan "bir banka veya finansal kurumun alım komisyoncusu sıfatıyla bir şirketin paylarını edinmesi" hali olduğunı ifade etmektedir; bkz. *Aydın*, ss. 325-327. Bize göre TK md. 382/1e'de yer alan istisnanın Yönergedeki karşılığı, Yönerge md. 20/1h'de yer alan "bedelleri tamamen ödenmiş olmak kaydıyla, sabit sermayeli bir yatırım ortaklığının kendi paylarını iktisabı" halidir.

gerekir⁹⁹. Gerçekten Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan bu değişikliğe gerekçe olarak, eTK'da yer alan ve şirketin iştigal konusuna vurgu yapan ifadenin uygulamada geniş yorumlanabileceğinin düşünüldüğü, oysa Yönergenin sadece menkul kıymetler yatırım şirketlerine özgü bir istisna getirdiği, dolayısıyla TK md. 382/1'in (e) bendinin Yönergeye uygun olarak sadece menkul kıymetler yatırım şirketlerine özgülendiği ifade edilmiştir.¹⁰⁰ Oysa Yönergede "yatırım ortaklıkları", yatırım riskini yaymak ve yönettiği varlıklardan elde ettiği gelirlerden pay sahiplerini yararlandırmak gayesiyle yegâne iştigal konusu çeşitli hisse senetlerine, arsa veya sair değerlere yatırım yapmak olan ve kendi hisse senetlerini halka arz eden şirketler olarak tanımlanmıştır (Yönerge md. 15/4a). Bir başka deyişle, Yönergenin kapsamına sadece hisse senetlerine yatırım yapan yatırım ortaklıkları yani menkul kıymetler yatırım ortaklıkları değil, aynı zamanda arsa veya sair değerlere yatırım yapan yatırım ortaklıkları da girmektedir. Bu açıdan Yönergedeki "yatırım ortaklığı" kavramı, TK md. 382/1(e)'deki "menkul kıymetler şirketi" kavramından daha geniştir. Ancak TK m. 382/1(e)'nin açık ifadesi karşısında, diğer yatırım ortaklığı türlerinin (yani gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının) bu istisna kapsamında olmadıklarını söylemek mümkündür.¹⁰¹

6. Bedellerinin tamamı ödenmiş olmak şartıyla, anonim şirketin kendi paylarını ivazsız iktisap etmesi

Bu istisnaya göre bir şirket kendi paylarını bağış veya vasiyetname yoluyla ivazsız olarak iktisap ederse TK md. 379'daki koşullara uymak zorunda değildir (TK md. 383/1). Zira bir şirketin kendi paylarını ivazsız iktisabı ne pay sahiplerinin ne de alacaklıların menfaatlerini olumsuz yönde etkilememektedir.¹⁰² Aynı kural bir ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı halinde de geçerlidir (TK md. 383/2). Ancak yeni düzenlemede "bedellerinin tamamen ödenmiş olması" şartı getirilmek suretiyle eTK döneminde öğretilen çoğunluk görüşü açıkça benimsenmiştir.¹⁰³ Böylelikle ivazsız olarak iktisap edilecek payların bedellerinin tümünün ödenmemiş olması ve dolayısıyla bakiyenin şirket tarafından ödenecek olması halinde TK md. 379'daki genel kural uygulanır. Aynı şekilde şart veya yükümlülük içeren bağışlamalarda şartın veya yükümlün ivaz niteliği taşıması halinde de TK md. 379'daki genel kural uygulanır.¹⁰⁴

99 *Manavgat*, s. 318.

100 Bkz. *Kendigelen*, Gerekeçli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 472.

101 6762 sayılı eTK döneminde *Aydın*, eTK md. 329/2 gereğince bir şirketin edindiği payları ilk fırsatta elinden çıkarması zorunluluğundan hareketle, yatırım ortaklıklarının kendi paylarını iktisap etmelerinin eTK md. 329 kapsamında değerlendirilemeyeceğini haklı olarak ifade etmiştir. 6102 sayılı TK md. 384'de ise sadece TK md. 382/1 hükmünün (b) ilâ (d) bentleri ile TK md. 383 hükmüne göre iktisap edilen payların elden çıkarılması öngörüldüğünden, bir başka ifadeyle TK md. 382/1'in (e) bendinde yer alan istisna uyarınca iktisap edilen payların elden çıkarılması düzenlenmediğinden, 6102 sayılı TK'nun kabulüyle birlikte yatırım ortaklıklarının kendi paylarını iktisabıyla ilgili bu sorunun ortadan kalktığı düşünülmektedir.

102 *Kitanoff*, s. 76.

103 Bkz. Özdamar, ss. 208-209; Çelikaş, s. 203; *Aydın*, s. 240. Bu istisna Yönergenin yanısıra (Yönerge md. 20/1c), Alman (§ 71 Abs. 1 Ziff. 4) ve İngiliz Hukukunda (Comp. Act s. 659/1) da yer almaktadır.

104 *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N 842; Özdamar, s. 209; Çelikaş, ss. 203-204; *Aydın*, s. 236.

TK md. 379/1'de bir şirketin kendi paylarını "esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda *ivazlı* olarak iktisap ... edemeyeceği" açıkça öngörüldüğünden, giderek bu hükmün mefhumu muhalifinden ivazsız iktisapların genel kural kapsamında olmadığı anlaşıldığından, TK md. 383/1'deki istisnanın ayrıca öngörülmesine gerek olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Ancak TK md. 383/1'de ayrıca ivazsız olarak iktisap edilecek payların bedellerinin tümünün ödenmiş olması şartı getirildiğinden, bu hükmün yerinde olduğu sonucu çıkmaktadır.

TK md. 382'de sayılan istisnaların sınırlı sayıda olduğu maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.¹⁰⁵ Dolayısıyla bu istisnaların yorum yoluyla genişletilmesi veya esas sözleşme ile başka istisnalar öngörülmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, kuruluştan veya sermaye artırımından doğan sermaye borcunu yerine getirmedikleri için TK md. 482-483 uyarınca ıskat prosedürüne tâbi tutulan pay sahiplerinin paylarının geçici bir süre de olsa şirketin mülkiyetine geçmesi hali ile borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların TK md. 493 uyarınca anonim şirket tarafından iktisabında - TK md. 379'daki diğer sınırlamaların uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olmakla birlikte¹⁰⁶ - en azından yüzde on iktisap limitinin uygulanmaması gerektiğini belirtmek gerekir.

7. Elden Çıkarma Yükümlülüğü

Bir şirket, yukarıda (2), (3), (4) ve (6) nolu paragraflarda sayılan yollardan biriyle iktisap ettiği payların toplamının esas veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşan kısmını, şirket için herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her halde iktisaplarından itibaren üç yıl içinde elden çıkarmakla yükümlüdür (TK md. 384). Böylece yeni düzenleme, istisnalar kapsamında iktisap edilen payların elden çıkarılmasına ilişkin azami bir süre öngörmüştür.¹⁰⁷

105 Yönergede, TK'da sayılan istisnalar dışında ayrıca iki istisnaya daha yer verilmiştir. Bunlardan ilki, bir şirketin, kendi paylarını, bağlı şirketlerdeki azlık pay sahiplerini tazmin etmek amacıyla iktisap etmesi hali (Yönerge md. 20/1f); diğeri ise bedellerinin tümü ödenmiş olmak kaydıyla bir şirketin paylarının bir banka veya finansal kurum tarafından alım komisyoncusu sıfatıyla iktisap edilmesi halidir (Yönerge md. 20/1c).

106 *Tekinalp*, TK md. 493 çerçevesinde gerçekleştirilen iktisaplar açısından TK md. 379/3'deki şartta uyulmasına gerek olmadığını zira bu şartın yalnızca TK md. 379/1 uyarınca gerçekleştirilen iktisaplarda uygulandığını, TK md. 379/3'deki şartın öngörülme sebebinin, TK md. 379/1 uyarınca iktisap edilen payların elden çıkarılmasının zorunlu olmamasından kaynaklandığını, oysa TK md. 493/1 uyarınca satın alınan payların hemen devredilmeleri gerektiğini ileri sürmektedir; bkz. *Tekinalp*, Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, ss. 48-49, N 6-17. Buna karşın *Kendigelen*, TK md. 379/3'deki şartın burada da uygulanmasının zorunlu olduğunu, aksine bir yorumun sermayenin iadesine ilişkin yaşağın dolanılmasına yol açacağını savunmaktadır; bkz. *Kendigelen*, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 404. Öte yandan *Tekinalp* TK md. 493 çerçevesinde gerçekleştirilen iktisaplar açısından yetkilendirme kararına veya yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığına da gerek olmadığı zira TK md. 493/1'in TK md. 379/1'deki yaşağa açıkça bir istisna getirdiği görüşündedir; bkz. *Tekinalp*, Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, s. 48, N 6-17

107 Oysa eTK'da bu istisnalara istinaden iktisap edilen payların ilk fırsatta elden çıkarılması düzenlenmiş, herhangi bir süre öngörülmemiştir (eTK md. 329/2). Bununla birlikte öğretilerde "ilk fırsatta" ibaresi, ortaklık çıkarları da gözönünde tutularak zaman zaman ve şartlarda şeklinde yorumlanmaktadır; bkz. Çelikaş, s. 205. Yönergenin yanısıra (Yönerge md. 20/2 ve 3), Alman (§ 71c Abs. 2), Fransız (C. com. art. L225-213) ve İngiliz Hukukunda da (Comp. Act s. 662) istisnai iktisap hallerinde elden çıkarma yükümlülüğüne ilişkin azami bir süre öngörülmüştür. Yönergede ve Alman Hukukunda istisnai yollarla iktisap edilen payların elden çıkarılma süresi üç yıl olarak belirlenmişken, Fransız hukuku ile İngiliz

Öngörülen sürede elden çıkarılmayan veya çıkarılmayan payların sermayenin azaltılması yoluyla derhal imha edilmeleri gerekir (TK md. 386).¹⁰⁸ Belirtmek gerekir ki, yukarıdaki istisnalardan birine dayanılarak iktisap edilen payların toplamı şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşmıyorsa, bunların elden çıkarılması zorunlu değildir. Kuşkusuz bir şirketin yüzde onu aşmayan payları dahi devretmesine bir engel yoktur.

Elden çıkarma yetkisi yönetim kuruluna ait olmakla birlikte, yönetim kurulunun bu yetkisini kullanabilmesi için genel kurulun yetkilendirme kararına gerek olup olmadığı hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Alman öğretisinde konu tartışmalı olup, hâkim görüş önceden bir genel kurul kararına ihtiyaç olmadığı yönündedir.¹¹⁰ Kanaatimizce de yönetim kurulunca payların elden çıkarılması için ayrıca bir genel kurul kararına ihtiyaç yoktur. Aksinin kabulü şirketlerin ciddi bir zaman ve maliyet kaybına uğramalarına yol açar. Kaldı ki TK md. 382'de yer alan istisnalardan birine dayanılarak yapılan iktisaplarda yetkilendirme kararı aranmamaktadır. İktisap aşamasında dahi gerek görülmeyen genel kurul kararına elden çıkarma aşamasında gerek bulunduğunu ileri sürmek kanaatimizce anlamsızdır.

Bu bağlamda belirtmek istediğimiz bir diğer husus, eTK md. 329/son fıkrada istisnai yollarla iktisap edilen payları elden çıkarma ve imha işlemlerinin yıllık faaliyet raporunda gösterilmesi gereğinden bahsedilmişken, TK md. 379 ve devamında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğudur. Ancak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan **Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında** Yönetmelik'de¹¹¹, şirketin iktisap ettiği kendi paylarına ilişkin bilgilerin yıllık faaliyet raporunda yer almasının zorunlu olduğu açıkça belirtilmiştir.

Öte yandan TK md. 381 uyarınca payların yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesi amacıyla iktisabı halinde yönetim kurulu, ilk genel kurula; iktisabın sebep ve amacı, iktisap edilen payların sayıları, itibarî değerlerinin toplamı ve sermayenin ne kadarını temsil ettiği, bedeli ve ödeme şartları hakkında yazılı bilgi vermekle yükümlü tutulmuşken, TK md. 382'deki istisnai hallerden birine dayanılarak iktisap edilen paylar açısından böyle bir bilgi verme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Gerçi yukarıda ifade edildiği üzere, istisnai hallerden birine dayanılarak yapılan iktisapların yıllık faaliyet raporunda yer alması zorunludur. Yıllık faaliyet raporu ise genel kurul toplantısından önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur (TK md. 437/1). Bu hükümden hareketle, genel kurulun, TK md. 382'ye istinaden iktisap edilen paylar hakkında da bilgilendirildiği ileri sürülebilir. Ancak TK md.

Hukukunda bu süre iki yıldır.

108 Belirtmek gerekir ki, her ne kadar Yönergede deüç yıl içerisinde elden çıkarılmayan payların iptal edilmesi aranmış ise de, bu iptali sermayenin azaltılması şartına tâbi tutup tutmama konusunda üye devletlere serbesti tanınmıştır. Ancak itfaya tâbi payların iktisabı neticesinde şirketin net aktif, sermaye ile kanun veya esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin altına düşecek ise, söz konusu iptalin sermaye azaltımı şartına tâbi tutulması zorunludur (Yönerge md. 20/3).

109 Madde gerekçesinde sadece idare işlevinin gereği olarak elden çıkarma yetkisinin yönetim kuurlunda olduğu ifade edilmektedir.

110 Bu görüş lehine ve aleyhine olan yazarlar için bkz. *Bezenberger*, § 71 N 82 dn 221'de anılan yazarlar.

111 28.08.2012, S. 28395.

381'de yer alan bilgi verme yükümlülüğü son derece ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olup, bu derecede ayrıntının yıllık faaliyet raporunda yer alması şüphelidir. Kaldı ki yukarıda anılan Yönetmelik'de, iktisap edilen paylara ilişkin hangi bilgilerin yıllık faaliyet raporunda yer alması gerektiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce genel kurula bilgi verme yükümlülüğünün TK md. 382'ye istinaden yapılan iktisaplar için de açıkça öngörülmemiş olması eleştiriye açık bir husustur.¹¹²

D. Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisabında Dikkate Alınması Gereken Diğer Hususlar

Anonim şirketin kendi paylarını iktisabında kanunda öngörülen şartların yanı sıra bazı hususların dikkate alınması gerekmektedir. Şöyle ki; öncelikle payların iktisabı bağlamında eşit işlem ilkesine dikkat edilmelidir. Bir başka deyişle, kural olarak tüm pay sahiplerine paylarını eşit şartlarda satma konusunda eşit olanaklar tanınmalıdır.¹¹³ Eşitlik ilkesi yönetim kurulunun kendisine yakın kişilerin paylarını gerçek değerinin çok üzerinde bedel ödeyerek satın almasını ve o kişilere avantaj sağlamasını engeller¹¹⁴. Ancak istisnai hallerde yönetim kurulu belli kategori pay sahiplerinin veya münferit pay sahiplerinin paylarını iktisap edebilir. Bunun için hem objektif ve inandırıcı sebeplerin bulunması hem de diğer pay sahiplerinin haksızlığa uğramamaları gerekir. Bu şartların mevcut olması halinde eşit işlem ilkesinden sapılabilir.¹¹⁵

Bu bağlamda gözetilmesi gereken bir diğer husus, şirket tarafından ödenecek iktisap bedelinin **âdil** olması gerektiğidir.¹¹⁶ Payların piyasa değerinin **âdil** (*fair value*) olduğu varsayılır. Dolayısıyla teklif edilen iktisap bedelinin payların piyasa değerinin altında olmaması gerekir.¹¹⁷ Öte yandan teklif edilen iktisap bedelinin, payların piyasa değerinin belirgin bir şekilde üzerinde de olmaması gerekir. Aksi takdirde iktisabın sermayenin korunması ilkesine aykırılığı iddia edilebilir.¹¹⁸ İktisap edilen payların güvenilir bir piyasa değerinin bulunmadığı veya piyasanın etkin bir piyasa (*efficient market*) olmadığı hallerde - ki bu duruma özellikle iktisap edilen payların borsada işlem görmemesi halinde rastlanmaktadır - iktisap bedelinin

112 Fransız hukuku uyarınca ise denetçiler, bir önceki hesap yılında payların hangi koşullarda iktisap edildiğine ve iktisap edilen payların hangi amaçla kullanıldıklarına dair olağan genel kurula bir rapor sunmakla yükümlüdür (C. com. art. 225-209-2).

113 *Bezenberger*, § 71 N 63.

114 *Ayan*, s. 196.

115 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 50, N 169-171; *Weibel*, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 360 ve 362 (2009). TK md. 493 uyarınca anonim şirketin, devredene, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi hesabına almayı önererek onay istemini reddetmesi, eşit işlem ilkesinden ayrılmasını haklı kılabılır; bkz. *Böckli*, *Schweizer Aktienrecht*, N 252. Buna karşın yönetim kurulu üyelerinden birinin veya yakınlarının paylarının, onları finansal krizden kurtarmak amacıyla anonim şirket tarafından iktisabı söz konusu ilkedden sapılması için yeterli değildir; bkz. *Böckli*, *Schweizer Aktienrecht*, N 252.

116 *Böckli*, *Neun Regeln*, *Schweizer Treuhand* 575 (2011).

117 *Weibel*, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 360 (2009). Fransız Hukukunda iktisap bedelinin, bağımsız denetçi tarafından hazırlanan ve olağan genel kurula sunulan raporda yeralan en yüksek değerden daha yüksek olmaması ve yine aynı raporda yer alan en düşük değerden daha düşük olmaması gerektiği açıkça düzenlenmiş olup, bu hükmün ihlali iktisabın hükümsüz sayılmasına yol açar (C. com. art. L225-209-2).

118 *Böckli*, *Schweizer Aktienrecht*, N 250.

tespiti için genel kabul gören **şirket değerlendirme** metodlarına başvurulması gerekir.¹¹⁹ Herhalde iktisabı konu alan hukuki işlemin tarafları, piyasa koşullarına uygun (*at arm's length*) davranmalıdır.¹²⁰ Kanaatimizce borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı payların iktisabı halinde, TK md. 493/5 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iktisap bedelinin payların gerçek değerini yansıtmaya sağlanabilir.¹²¹

Kanunda bir açıklık bulunmamakla beraber, kendi paylarının değerini önemli ölçüde etkileyecek ortaklık içi bir olayı öğrenen şirket, durumu derhal teklifte bulunduğu pay sahiplerine bildirmeli veya iktisabı ertelemelidir. Bu çözüm kurumsal yönetim ilkelerinden "açıkla ya da kaçın" (*disclose or abstain*) ilkesi ile de uyumludur.¹²²

TK md. 379'a uygun olarak yapılan iktisabın bir sebebe dayanması gerekmediğinden, kanun koyucu bu payların yazgısına ilişkin bir hüküm öngörmemiştir.¹²³ Dolayısıyla kendi paylarını TK md. 379'a istinaden iktisap eden bir şirket dilerse bu payları belirli bir süre elinde tutup tekrar elden çıkarabilir, dilerse sermaye azaltımı kararı almak suretiyle bu payları itfa edebilir.¹²⁴ Ancak genel kurul yetkilendirme kararında söz konusu payların elden çıkarılmasına ilişkin bir süre öngörebilir veya bu payların hangi hallerde elden çıkarılması gerektiğini belirtebilir.¹²⁵

Payların elden çıkarılması bağlamında yönetim kurulu, şirketin menfaatlerini dikkate almak ve keyfi bir davranış sergilememek kaydıyla elindeki payları dilediği kişilere (mevcut pay sahiplerine veya üçüncü kişilere) devredebilir.¹²⁶ Bu noktada mevcut pay sahiplerinin bu paylardan öncelikle alma hakkı bulunmadığını belirtmek gerekir.¹²⁷ Zira şirketin kendi paylarını elden çıkarması mevcut paylara yönelik bir değiş-tokuş işlemi (*Austauschgeschäft*) olup, yeni pay ihracı söz konusu değildir. Ancak payların mevcut pay sahiplerine satılmasına karar verilmesi halinde

119 Groner, s. 214; Weibel, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 360 (2009).

120 Roberto/Trüeb, s. 360; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N 169-171.

121 Bu hüküm uyarınca devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir; bu halde mahkeme şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır.

122 Böckli, Neun Regeln, Schweizer Treuhand 575 (2011).

123 TK md. 379 gerekçesinde, iktisap ihtiyacının çok çeşitli sebeplerden doğabileceği ve sebep ortadan kalkmadıkça iktisap edilen payların elde tutulmasının gerekli olabileceği ifade edilmiştir.

124 Bir şirketin sermaye azaltımı kararı almak suretiyle elindeki payları itfa etmeyi seçmesi halinde, sermaye azaltımı kararı genel kurul tarafından alınır (TK md. 473). Sermayenin azaltılması esas sözleşme değişikliği gerektirdiğinden, genel kurulun devredilemez yetkilerindedir (TK md. 408/2/a).

125 Fransız Hukukunda ise bir şirketin kendi paylarını elinde tutabileceği azami bir süre öngörülmüştür. Şöyle ki; bir şirket iktisap ettiği payları, duruma göre, iktisap edildikleri yıl içerisinde veya iktisap edildikleri tarihten itibaren iki yıl içerisinde veya iktisap edildikleri tarihten itibaren beş yıl içerisinde elden çıkarmalıdır (C. com. art. L225-209-2).

126 Bkz. Yıldız, s. 82.

127 Moroğlu, Esas Sermaye Artırımı, ss. 163-164; Özdamar, ss. 213-214; Çelikaş, s. 206; Aydın, s. 266; Weibel, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 358 (2009). Yıldız, esas sözleşme ile buna ilişkin bir düzenleme yapılmasının ve mevcut pay sahiplerine söz konusu payların satımında payları ile orantılı bir öncelik hakkının tanınmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir; bkz. Yıldız, s. 82. Elden çıkarma çerçevesinde pay sahiplerinin bir öncelik hakkı bulunduğu yönünde bkz. Groner, s. 149; Bezenberger, § 71 N 80.

kural olarak tüm pay sahiplerine eşit davranılması gerekir.¹²⁸ Gerek Yönerge (Yönerge md. 19/1) gerek Fransız Hukukunda (C. com. art. L225-209-2) payların elden çıkarılmasında eşit işlem ilkesine uyulması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. İsviçre Hukukunda ise bu ilkeye uyulması gerektiği öğretide kabul edilmektedir.¹²⁹ Kaldı ki TK'nun 357. maddesi eşit işlem ilkesini temel ilkelerden saymış ve pay sahiplerinin eşit şartlarda eşit işleme tâbi tutulacağını açıkça ifade etmiştir.

III. ANONİM ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABININ SONUÇLARI

A. Anonim Şirketin Kendi Paylarından Doğan Paysahipliği Hakları

6762 sayılı eTK md. 329/son fıkrâ/c. 2 uyarınca, bir anonim şirket tarafından iktisap edilen payların genel kurulda temsili caiz değildir.¹³⁰ Ancak eTK döneminde, söz konusu paylardan doğan malvarlığı haklarının kullanılabilip kullanılmayacağı öğretide tartışılmış¹³¹, çoğunluk görüşü, bir şirketin kendi paylarından doğan malvarlığı haklarını kullanabileceği yönünde şekillenmiştir.¹³²

Bedelsiz payların iktisabı hariç, bir şirketin iktisap ettiği kendi paylarının hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceğini öngören TK md. 389, eTK dönemindeki tartışmalara son vermiştir. Gerçekten hükmün ifade tarzı, iktisap edilen paylardan doğan yönetsel hakların yanısıra (bedelsiz payların iktisabı hariç)¹³³ malvarlığı haklarının da kullanılmayacağını tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Nitekim TK md. 389 gerekçesinde de, kendi paylarını iktisap eden şirketin bu paylardan doğan oy hakkını kullanamayacağı ve (bir malvarlığı hakkı olan) temettüyü alamayacağı vurgulanmıştır.¹³⁴ TK md. 389 gerekçesinde sayılan pay sahipliği hakları örnek olarak verilmiş olup, kendi paylarını iktisap eden şirketin, madde gerekçesinde sayılmayan pay sahipliği haklarını da kullanamayacağı açıktır. Böylece eTK'dan farklı olarak, TK, şirketin uhdesindeki paylardan doğan pay sahipliği haklarının neredeyse tamamını - paylar şirketin uhdesinde kaldığı müddetçe - kullanılmaz hale getirmiştir. TK md. 389'daki "bir

128 Böckli, Neun Regeln, Schweizer Treuhand 575 (2011); Bezenberger, § 71 N 80.

129 İsviçre öğretisi uyarınca elden çıkarma halinde eşit işlem ilkesinden sapılması, ancak meşru bir amacın (legitimate business purpose) bu ilkeye aykırı davranılmasını gerekli kılması ve daha uygun bir çözümlen bulunmaması halinde mümkündür; bkz. Groner, s. 149.

130 6762 sayılı eTK döneminde öğretideki çoğunluk maddedeki "temsili" ifadesinin kapsamına, genel kurulda oy kullanmanın yanı sıra dar anlamda genel kurula katılma, iptal davası açma ve azlık haklarını kullanma gibi diğer yönetsel hakların da girdiği görüşündeydi; bkz. Teoman, Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsili Caiz Değildir, s. 286; Teoman, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu; Çeker, s. 227; Özdamar, s. 218; Çeliktaş, s. 219.

131 Bu tartışmaların özeti için bkz. Çeliktaş, ss. 208-214.

132 Aydın ise, bir şirket kendi kendisinin pay sahibi olamayacağından, dolayısıyla iktisap ettiği paylardan kaynaklanan hiçbir hakkı kullanma imkânını elde edemeyeceğinden, her ne kadar eTK md. 329'da açıkça zikredilirse de, şirketin elindeki paylardan kaynaklanan malvarlığı haklarından faydalanamayacağını ifade etmiştir; bkz. Aydın, s. 286.

133 Ancak bedelsiz paylardan doğan haklar da kullanılmaz.

134 TK md. 389 gerekçesinde, bir şirketin iktisap ettiği kendi paylarına isabet eden kâr payının kanuni yedek akçelere alınıp şirketin malvarlığı haline mi geldiği, yoksa özel bir hesaba konulup payın devri ile birlikte devralana mı verileceği sorununun çözümünün içtihadı ve öğretiyeye bırakıldığı ifade edilmiştir. Tekinalp, bir şirketin elindeki paylara ait kâr payının serbest yedek akçe hesabına alınacağı görüşündedir; bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N 844.

şirketin kendi paylarının - bedelsiz payların iktisabı hariç - hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceği" şeklindeki açık ifadeye rağmen, TK md. 388'in gerekçesinde bir şirketin TK'nun 379 ilâ 381. maddeleri uyarınca kendi paylarını iktisap etmesi halinde bu paylardan kaynaklanan rüçhan haklarını kullanabilip kullanamayacağı sorununun çözümünün öğretiyeye açık olduğunun ifade edilmesi yerinde olmamıştır.

Kanun koyucunun, bir şirketin kendi paylarının yazgısı noktasında tercihini Alman Hukukundan yana kullandığı anlaşılmaktadır. Gerçekten § 71b AktG uyarınca da bir şirketin kendi paylarından doğan tüm yönetsel ve malvarlığı hakları donmaktadır. İngiliz Hukukunda da bir şirketin kendi paylarından doğan hiçbir hakkı - özellikle genel kurula katılma ve oy kullanma hakkını - kullanamayacağı (Comp. Act s. 726/2), ayrıca şirketin kendi paylarından doğan kâr payı ve tasfiye payını talep edemeyeceği açıkça ifade edilmiş, sadece bedelsiz pay alma hakkı saklı tutulmuştur (Comp. Act s. 726/3 ve 4).¹³⁵

TK md. 389 gerekçesinde, yabancı öğretilerde "pay sahipliği vermemeye"nin geçici bir hal olduğu, paylar şirketin elinde iken pay sahipliği haklarının donduğu ancak payların devri ile birlikte söz konusu paylardan kaynaklanan hakların canlandığı görüşünün savunulduğu ifade edilmiştir. Gerçekten TK md. 389'un 2. cümlesinin dayanağı olan § 71b AktG ile ilgili olarak Alman öğretisinde, anılan hükmün tüm pay sahipliği haklarının donmasına yol açtığı, ancak payların bir başkasına devri halinde söz konusu hakların tekrar canlandığı kabul edilmektedir.¹³⁶ Hakların donmasının geçici olduğu, payların devri ile birlikte bu hakların tekrar canlandığı görüşü, yönetsel haklarla ilgili olarak eTK döneminde de dile getirilmiştir.¹³⁷

Bir üçüncü kişinin kendi adına ancak şirket hesabına iktisap ettiği paylardan doğan hakların yazgısı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Gerçi TK md. 379/1 (2. cümle) "*Bu hüküm, bir üçüncü kişinin kendi adına, ancak şirket hesabına iktisap [...] ettiği paylar için de geçerlidir*" hükmünü içermektedir. Ancak bu hüküm sanki sadece hükmün ilk cümlesinin (yani yüzde on sınırlamasının) üçüncü kişinin kendi adına ancak şirket hesabına iktisap ettiği paylara uygulandığı zannını uyandırmaktadır. Kanaatimizce TK md. 379/1 hükmünün 2. cümlesi, bir üçüncü kişinin kendi adına ancak şirket hesabına iktisap ettiği payların da hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak bu cümlenin 389. maddede yer alması daha yerinde olurdu.

135 Fransız Hukukunda ise bir şirketin kendi paylarından doğan oy hakkını kullanamayacağı ve kâr payını talep edemeyeceği açıkça ifade edilmiş (C. com. art. L225-210), tasfiye payı ve sair haklarla ilgili olarak ise bir açıklık getirilmemiştir. İsviçre Hukukunda ise tüm pay sahipliği hakları değil yalnızca oy hakkı ile buna bağlı diğer haklar (örn. genel kurul toplantısına katılma hakkı, bilgi edinme hakkı, belgeleri inceleme hakkı) donduğundan (Art. 659a/1 OR), bir şirket kendi paylarından doğan malvarlığı haklarını kullanabilmektedir. Özellikle bir şirketin kendi paylarından doğan kâr payını ve tasfiye payını talep hakkı mevcuttur; bkz. *Lenz/von Planta*, Art. 659a, N 9 vd; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, ss. 437-438, N 81. Ancak bir şirketin kendi paylarını elden çıkarması halinde, payları devralanın geçmişte dağıtılmamış kâr payını talep hakkı yoktur; bkz. *Roberto/Trüeb*, s. 369. Ayrıca bkz. *von Bühren/Stoffel/Weber*, s. 57, N 224. Yönergede de sadece oy hakkının donacağından bahsedilmiş (Yönerge md. 22/1/a), diğer hakların yazgısı hakkında karar verme yetkisi üye devletlere bırakılmıştır.

136 *Bezenberger*, s. 1014, N 1.

137 Bkz. *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N 844; *Teoman*, Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsili Caiz Değildir, s. 288; *Özdamar*, ss. 217-218; *Çeliktas*, ss. 215-216.

Yönergede ise bu konu açıkça düzenlenmiş, bir şirketin kendi paylarını bizzat veya kendi adına ancak şirket hesabına hareket eden bir üçüncü kişi aracılığıyla iktisap etmesine üye devletlerce izin verilmesi halinde, bu paylardan doğan oy hakkının donacağı açıkça ifade edilmiştir (Yönerge md. 22/1). Bu konu İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olmakla beraber, İsviçre öğretisinde, bir üçüncü kişinin kendi adına ancak şirket hesabına iktisap ettiği paylardan doğan oy hakkının, üçüncü kişinin herhangi bir pahasıplığı riski (*Aktionärrisiko*) taşımaması kaydıyla donacağı, aksinin kabulü halinde söz konusu paylardan doğan oy hakkının yönetim kurulunun talimatları doğrultusunda kullanılma riskinin doğacağı, bunun ise kabul edilebilir olmadığı kabul edilmektedir. Buna karşın pahasıplığı riski taşıyan üçüncü kişinin kendi adına ancak şirket hesabına iktisap ettiği paylardan doğan oy hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir.¹³⁸

Bir şirketin elindeki paylardan doğan oy hakkının kanuna aykırı olarak kullanılması, genel kurula yetkisiz katılma sonucunu doğurur. Bu durumda, söz konusu aykırılığın genel kurul kararının alınmasında etkili olması halinde kararın iptali istenebilir.¹³⁹ Bu sonuç TK md. 379 ve devamında açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, TK md. 446/1/b'den hareketle aynı sonuca ulaşılabilir. İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Taslağında, bir şirketin kendi paylarından doğan oy hakkını (kanuna aykırı olarak) kullanmasının genel kurul kararının alınmasında etkili olması halinde bunun bir iptal sebebi oluşturacağı açıkça öngörülmüştür.¹⁴⁰ Yetkisiz katılmayla ilgili olarak TK'da yer alan bir diğer yaptırım da, her pay sahibinin, hakkı olmayan kimselerin genel kurul toplantısına katılmalarına karşı gerek yönetim kuruluna gerek toplantı başkanlığına itirazda bulunabilecek ve bu itirazlarını toplantı tutanağına geçirtebilecek olmasıdır (TK md. 433/2).¹⁴¹

Son olarak eTK döneminde bir şirketin iktisap ettiği kendi paylarının yeter sayıların hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalı iken¹⁴², TK md. 389'da söz konusu payların genel kurulun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı açıkça ifade edilmek suretiyle¹⁴³ eTK dönemindeki tartışmalar sona erdirilmiştir.¹⁴⁴

138 *Lenz/von Planta*, Art. 659a, N 2; *Roberto/Trüeb*, s. 371, N 9.

139 *Teoman*, Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsil Caiz Değildir, s. 298. Ayrıca bkz. *Iffland*, s. 53.

140 *von Bühren/Stoffel/Weber*, s. 57, N 223a.

141 Kanun koyucu ek olarak oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaları dolanmak veya herhangi bir şekilde etkisiz bırakmak amacıyla, payların veya pay senetlerinin devri ya da pay senetlerinin başkasına verilmesini de geçersiz saymıştır (TK md. 433/1). Çeker, bu düzenlemenin amacına uygun olarak geniş yorumlanması ve sınırlamaları dolanmaya yarayan her türlü işlem ve davranışın yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir; bkz. Çeker, s. 229. Ayrıca TK md. 389 gerekçesinde bir şirketin hamiline hisse senetlerini inanca bir işlem ile devredip kendisini genel kurulda temsil ettiremeyeceği ifade edilmiştir.

142 Bu husus, makalemizde incelenen hukuk sistemlerinde de düzenlenmemiştir.

143 TK md. 389 gerekçesinde, şirketin iktisap ettiği kendi payları tutarınca toplantı nisabının azalması azalmadığı konusunun içtihadı ve öğretiye bırakıldığı ifade edilmiş olmakla birlikte, madde metninde bu sorunun çözümü yer aldığından, anılan madde gerekçesinin yerinde olmadığını söylemek gerekir. Yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları açısından da aynı çözüm geçerlidir.

144 6762 sayılı eTK döneminde *Teoman*, anonim şirkette toplantı yetersayılarının esas sermaye tutarına göre belirlendiği ve şirketin iktisap ettiği kendi paylarını derhal elden çıkarma yükümlülüğü bulunduğu göz önüne alındığında, şirket tarafından edinilen payların toplantı yetersayısının hesaplanmasında göz

B. Kanuna Aykırı İktisabın Sonuçları

Kanuna aykırı olarak iktisap edilen paylar, iktisapları tarihinden itibaren en geç *altı ay* içinde elden çıkarılmalıdır (TK md. 385).¹⁴⁵ Elden çıkarma görevi yönetim kuruluna ait olup, yönetim kurulu bu görevi eşitlik ve kamuyu aydınlatma ilkelerine uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür. Bu süre zarfında elden çıkarılmayan veya çıkarılamayan paylar, sermayenin azaltılması yoluyla hemen¹⁴⁶ yok edilmelidir (TK md. 386).¹⁴⁷ Elden çıkarmanın mümkün olmadığı hallerde örnek olarak olumsuz piyasa koşulları verilebilir.¹⁴⁸ Kanuna aykırılığı ortadan kaldırmak için şirketin başvurabileceği bir diğer imkân, tescil edilmiş bulunan esas sermaye miktarını artırmaktır.¹⁴⁹

Öte yandan, kanuna aykırı iktisap neticesinde şirket, pay sahipleri veya alacaklılar aleyhine bir zararın doğması halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna da gidilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanuna aykırılık yüzde on limitinin aşılmasından kaynaklanmışsa ve fakat şirket kendi paylarını piyasa değerinden iktisap etmişse, şirketin, pay sahiplerinin veya alacaklıların zarara uğradığından bahsetmek pek mümkün değildir. Öte yandan anonim şirketin, kendi paylarını, piyasa değerini önemli ölçüde aşan bir fiyattan iktisap etmesi halinde, yapılan ödemenin kasden ve sebepsiz olması kaydıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilir.¹⁵⁰

TK. md. 379'un gerekçesinde, kanuna aykırı olarak iktisap edilen payların yazgısı hakkında bir hükme bilinçli olarak yer verilmediği, sadece elden çıkarma zorunluluğu öngörüldüğü, yabancı öğretide bu hükmün iktisap işleminin geçersizliği görüşünü devre dışı bıraktığı şeklinde yorumlandığı, ancak sorunun çözümünün öğretisi ve mahkeme kararlarına ait olduğu ifade edilmiştir.

Yönergede, Yönerge hükümlerine aykırı olarak iktisap edilen payların elden

önüne alınması gerektiğini, ancak karar yetersayısının hesaplanmasında bu payların hesaba katılmalarına gerek olmadığını ifade etmişti; bkz. *Teoman*, Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsili Caiz Değildir, ss. 293-296. Aynı yönde bkz. Çelikaş, s. 219. Buna karşın *Tekinalp*, eTK md. 329/3'de yer alan "şirketçe devralınan payların umumi heyette temsili caiz değildir" hükmünün, söz konusu payların genel kurulun hem toplantı hem de karar nisabında hesaba katılmayacakları şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündeydi; bkz. *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N 844. *Tekinalp*'in vardığı sonuç - ileri sürdükleri gerekçeler farklı olmakla beraber - başka yazarlar tarafından da benimsenmişti; bkz. Çeker, s. 228; Özdamar, s. 220; *Aydın*, ss. 278-282.

145 Özdamar, kanuna aykırı olarak iktisap edilen payların maliyetlerinin altında devredilmemeleri gerektiği, aksi takdirde şirketin üst üste iki kez zarara uğrayabileceği görüşündedir; bkz. Özdamar, s. 229. Yönergeye aykırı olarak iktisap edilen payların ise iktisaplarından itibaren bir yıl içerisinde elden çıkarılmaları gerekir (Yönerge md. 21).

146 TK md. 386 gerekçesinde "hemen" sözcüğünün "hiç vakit geçirmeden" anlamına geldiği, sözcüğün anlamının somut olayın özelliklerine göre tanımlanacağı, ancak "hemen" sözcüğünün "şirket için müsait olan bir zamanda" şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir.

147 *Kendigelen*, TK md. 379'daki kural emredici ise kurala aykırı iktisapların da geçersiz olacaklarını, dolayısıyla artık şirket tarafından iktisap edilmiş elden çıkarılması zorunlu bir paydan da söz edilemeyeceğini ifade etmektedir; bkz. *Kendigelen*, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 275.

148 *Groner*, s. 158.

149 *Groner*, s. 158.

150 *Groner*, s. 158 ve 215. Buna karşın bir şirketin elindeki payları iktisap bedelinin altında satmak zorunda kalması halinde, yüzde on limitinin aşılmasından dolayı şirketin zarara uğradığından bahsedilebilir; bkz. *Groner*, s. 158.

çıkartılması öngörölmüş (Yönerge md. 21), iktisap işleminin (tasarruf işleminin) yazgısı hakkında ise bir düzenleme getirilmemiştir. Fransız Hukukunda da kural, kanuna aykırı olarak iktisap edilen payların elden çıkartılması olup¹⁵¹, sadece iki halde iktisap edilen payların *kendiliğinden* iptali söz konusudur.¹⁵² Bu iki hal dışında kanuna aykırı iktisaplar hakkında hükümsüzlük yaptırımının uygulanmayacağı Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından açıkça ifade edilmiştir.¹⁵³ İsviçre Hukukunda ise kanuna aykırılık hallerinden sadece yüzde on limitinin aşılması ile ilgili olarak konu düzenlenmiş, söz konusu limitin aşılması halinde elden çıkarma yükümlülüğü öngörölmüştür.¹⁵⁴ Bunun haricinde, iktisap limitlerini içeren Art. 659/1 ve 2 hükümlerinin düzen kuralı niteliğinde olduğu ve dolayısıyla söz konusu limitlerin ihlâlinin iktisap işlemini geçersiz kılmayacağı kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Buna karşın İngiliz Ortaklıklar Kanununda, kanuna aykırı iktisap halinde iktisabın geçersiz olacağı açıkça öngöröldüğü gibi, şirket ile kusuru bulunan yöneticiler ayrıca ceza yaptırımına tâbi tutulmuşlardır (Comp. Act s. 658/2)¹⁵⁶.

Alman hukuku uyarınca da şirket, kanuna aykırı olarak iktisap ettiği payları iktisaplarından itibaren bir yıl içerisinde elden çıkarmak veya sermaye azaltımı yoluyla imha etmekle yükümlüdür (§ 71c Abs. 1 ve 3). Öte yandan iktisabın kanuna aykırı olması halinde, tasarruf işlemi geçersiz sayılmamış (§ 71 Abs. 4 S. 1 AktG)¹⁵⁷ iktisabı konu alan borçlandırıcı işlem ise bätül sayılmıştır (§ 71 Abs. 4 S. 2 AktG)¹⁵⁸.

Türk Hukukunda taşınmaz mülkiyetinin devri¹⁵⁹ dışındaki tasarruf işlemleri açısından, borçlandırıcı işlemdeki sakatlığın tasarruf işlemine sirayet edip etmediği, bir başka deyişle tasarruf işleminin illi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu sebeple iktisabı konu alan hukuki işlemin (borçlandırıcı işlemin) kanuna aykırı

151 Buna göre, kanuna aykırı iktisap edilen payların, iktisaplarından itibaren bir yıl içerisinde elden çıkartılması, bu sürenin sonunda da iptal edilmeleri gerekir (C. com. art. L225-214).

152 Bu hallerden ilki, iktisap edilen payların C. com. art. 225-209-2'de belirtilen amaçlar dışında bir amaç için kullanılması; ikincisi ise anılan maddede belirtilen amaçlar için kullanılmakla beraber aynı maddede belirtilen sürelerle riayet edilmemesidir.

153 Bkz. Cass. 1ère civ., 17 décembre 2009, n° 08- 12.344.

154 Buna göre ilgili şirket aşan payları iki sene içerisinde elden çıkarmak veya sermaye azaltımı yoluyla imha etmekle yükümlüdür (Art. 659/2 OR).

155 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 50 N 173. Ayrıca bkz. *von Planta/Iffland*, s. 304; *Groner*, s. 157; *Böckli*, *Schweizer Aktienrecht*, § 4 N 402.

156 6102 sayılı TK'nun yürürlüğe girmesinden önce *Moroğlu*, TK md. 385 hükmünün yeterli bir yaptırım oluşturmadığını, bu hükmün ayrıca yöneticiler ve yönetim kurulu üyeleri hakkında bir tazminat ve ceza yaptırımına yer vermesi gerektiğini ifade etmek suretiyle, İngiliz Ortaklıklar Kanununda yer alan yaptırımı benzer bir yaptırım önermiştir; bkz. *Moroğlu*, *Değerlendirmeler ve Öneriler*, s. 105.

157 Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda 1978 yılında yapılan değişiklikle getirilen § 71c'ye göre, şirket, kanuna aykırı olarak elde ettiği kendi paylarını satmak veya itfa etmek suretiyle elden çıkarmalıdır. İşte şirketin kanuna aykırı olarak edindiği payları § 71c kapsamında başkasının mülkiyet alanına müdahale etmeden elden çıkarmasını mümkün kılmak üzere § 71/4 düzenlemesi öngörölmüş ve tasarruf işleminin geçersiz olmadığı hükmüne bağlanarak şirketin pahası sifati kazanmasına olanak sağlanmıştır; bkz. Hüffer, § 71 N 24.

158 *Bezenberger*, s. 991, N 71. *Tekinalp*, § 71/4 AktG hükmünün açıklanması güç bir hüküm olduğunu, zira aynı aykırılığın borçlanma ve tasarruf işleminde birbirine zit iki sonuç doğurabilmesi için tasarruf işleminin onarıcı etkiye sahip olması gerektiğini, oysa böyle bir hukuk kuralı olmadığını, öte yandan böyle bir hükmün, aykırılığa girişenleri hemen tasarruf işlemini gerçekleştirmeye teşvik edeceğini ifade etmektedir; bkz. *Tekinalp*, *Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, s. 76, N 9-24.

159 MK md. 1024 uyarınca hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.

olması¹⁶⁰ dolayısıyla iktisap işleminin geçersiz sayılıp sayılmayacağı konusunda genel hükümler yardımcı olmamaktadır. Kanaatimizce, her ne kadar TK md. 379'un gerekçesinde yasağa ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu ifade edilmişse de, aynı gerekçede kanuna aykırı olarak iktisap edilen payların yazgısı hakkında bir hükme bilinçli olarak yer verilmediği belirtildiğinden, bu gerekçenin, kanuna aykırı iktisapların hükümsüz sayılacakları şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Kaldı ki TK md. 385'de kanuna aykırı iktisapların yaptırımı olarak payların elden çıkarılması öngörülmüştür. Bu hükmün işleyebilmesi için iktisap işleminin geçersiz sayılmaması gerekir. Zira şirketin maliki olmadığı bir pay üzerinde tasarruf etmesi (yani bu payları elden çıkarması) mümkün değildir. Nihayet eTK md. 329'daki ifadenin yeni düzenlemede yer almamış olması eleştiriye açık bir husustur. Gerçekten eTK md. 329'da bir şirketin kendi paylarını iktisabı sonucunu doğuran aktinlerin hükümsüz olacağı açıkça belirtilmişken, TK md. 379'da böyle bir ifadeye yer verilmemiştir. Oysa söz konusu ifade, en azından borçlandırıci işlemler açısından hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağına açıkça göstermektedir.

IV. ANA ŞİRKETİN PAYLARININ YAVRU ŞİRKET TARAFINDAN İKTİSABI

6762 sayılı eTK'da ana (hâkim) şirketin paylarının yavru (bağlı) şirket tarafından iktisabı hakkında herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Ancak öğretilerde çoğunluk bu halde de eTK md. 329'un uygulanması gerektiğini kabul etmekteydi.¹⁶¹ 6102 sayılı TK ise, TK md. 379'da belirtilen tüm sınırlamaların hâkim şirketin paylarının bağlı şirket tarafından iktisabı halinde de uygulanacağını öngörmektedir (TK md. 379/5).¹⁶² Böylece kanun koyucu doğrudan ve dolaylı iktisapları aynı sınırlamalara tâbi tutmuştur.¹⁶³ Dolayısıyla bağlı şirketin de yüzde on limitine uyması ve serbestçe tasarruf edilebilir kaynaklara sahip olması gerekir.¹⁶⁴ Yüzde on limitinin aşılmadığının tayininde, bağlı şirketin elindeki hâkim şirket payları, hâkim şirketin kendi elindeki payları ve üçüncü kişilerin hâkim şirket hesabına iktisap ettikleri payları dikkate alınır¹⁶⁵.

160 Örneğin iktisabı konu alan sözleşmenin her iki tarafının bu durumu bilerek ve isteyerek sözleşme yapmaları halinde, bu sözleşme TBK md. 20'ye göre bâtil sayılır; bkz. *Pulaşlı*, s. 1248, N 71.

161 Bkz. *Arslanlı*, s. 133; *Teoman*, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, s. 65; *Kendigelen*, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, ss. 78-79. *Tekinalp* ise bu sorunu karşılıklı iş-tirakçevesinde incelemiş, karşılıklı katılma iştirak bulunan ortaklıklar arasında hâkimiyet ilişkisinin varolup olmadığının eTK. md. 329'un uygulanıp uygulanmamasında önemli rol oynayacağını ifade etmiştir; bkz. *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N 843b.

162 İsviçre Hukukunda da bir hâkim şirketin paylarının, çoğunluğu (*mehrheitlich beteiligt; participation majoritaire*) hâkim şirkete ait olan bir bağlı şirket tarafından iktisabı da bir şirketin kendi paylarını iktisabı olarak kabul edilmiştir. Böylece Art. 659 ve 659a'daki sınırlamalar hâkim şirketin paylarının bağlı şirket tarafından iktisabı halinde de uygulanmaktadır (Art. 659b/1 OR). Art. 659b OR'de "çoğunluk" (*mehrheitlich beteiligt; participation majoritaire*) kavramı tanımlanmamıştır. Alman Hukukunda da aynı kural geçerlidir (§ 71d AktG). Oysa İngiliz Hukukunda ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı - kanunda tahdidi olarak sayılan istisnalar dışında - yasaklanmıştır (Comp. Act s. 136 vd.).

163 Hangi hallerde iki şirket arasında ana şirket-yavru şirket ilişkisinin varsayılacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Teoman*, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, ss. 62-65; *Okutan*, s. 67 vd.

164 *Groner*, s. 145.

165 *Okutan*, s. 214.

Bu hükmün getiriliş sebebi, hâkim şirketin - bağlı şirket üzerindeki hâkimiyeti aracılığıyla - bağlı şirket tarafından iktisap edilen hâkim şirket payları üzerinde de söz sahibi olacağı düşüncesidir. Yönergede de benzer bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, bir anonim şirket, bir sermaye şirketinin oy haklarının çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahipse *ya da* o sermaye şirketi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak hâkim etki uygulayabiliyorsa, söz konusu anonim şirketin paylarının bu sermaye şirketi tarafından iktisabı, anonim şirketin kendi paylarını iktisabı sayılır (Yönerge md. 24a).¹⁶⁶

Belirtmek gerekir ki, yavru şirketin bir karşılık tesis etmesi gerekip gerekmediğine dair kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Alman Hukukunda bu konu açıkça düzenlenmiş olup, yavru şirket de bir karşılık ayırmakla yükümlü tutulmuştur (§ 272/4 HGB). *Okutan* yavru şirketin bu tür bir karşılığı basit karşılıklı iştirak durumunda değil, sadece hâkimiyetin bulunduğu (nitelikli) karşılıklı iştirak durumunda ayırması gerektiği görüşündedir¹⁶⁷. Kanaatimizce TK md. 379/1 hükmünün 2. cümlesinin geniş yorumlanması suretiyle yavru şirketin karşılık ayırmakla yükümlü olduğu sonucuna varılmalıdır¹⁶⁸.

6762 sayılı eTK'da, yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirket paylarından doğan hakların yazgısına dair bir açıklık yoktu.¹⁶⁹ TK'da ise yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirket paylarından doğan oy hakları ile buna bağlı hakların donacağı açıkça ifade edilmiştir (TK md. 389/son cümle)¹⁷⁰. Ancak kanun koyucu sadece "yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait *oy hakları ile buna bağlı hakların*" donacağından bahsettiğinden, kanaatimizce yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarından doğan malvarlığı hakları ana şirketin genel kurulunda kullanılabilir.¹⁷¹ Kanun koyucu yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirket paylarından doğan hiçbir pay sahipliği hakkının kullanılamayacağını öngörseydi, TK m. 389/1'in 1. cümlesindeki ifadenin aynısını 2. cümlede de tekrarlardı¹⁷². TK md. 389/son cümlede bu şekilde kaleme alınmasına gerekçe olarak Adalet Komisyonu, Yönergede 2006 yılında yapılan değişikliği göstermiştir.¹⁷³

166 Gerçi ana şirket yavru şirketin oy haklarının çoğunluğunu dolaylı olarak elinde tutuyorsa veya ana şirket yavru şirket üzerinde dolaylı olarak hâkim etki uyguluyorsa - yavru şirketin elindeki ana şirkete ait paylardan doğan oy haklarının donması kaydıyla - üye devletler, yavru şirketin ana şirketin paylarını iktisabını, ana şirketin kendi paylarını iktisabı olarak değerlendirmek zorunda değildir.

167 *Okutan*, s. 213, dn 584. Karşılıklı iştirak türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Okutan*, s. 170 vd.

168 *Ayan* da yavru şirketin karşılık ayırmakla yükümlü olduğu görüşündedir; bkz. *Ayan*, s. 216.

169 *Tekinalp* ancak ana şirket-yavru şirket arasındaki karşılıklı iştirak bir hâkimiyet ilişkisini birlikte getiriyorsa, yavru şirketin elindeki ana şirkete ait paylardan doğan oy hakkının donacağı görüşündeydi; bkz. *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu); N 843a.

170 İsviçre Hukukunda da (A) şirketinin (B) şirketinin çoğunluk hisselerine sahip olması halinde, (B) şirketi tarafından (A) şirketinin paylarının iktisabının, (A) şirketinin kendi paylarını iktisabına ilişkin sınırlamalara ve sonuçlara tâbi olacağı öngörüldüğü (Art. 659b/1 OR), giderek Art. 659a/1 OR'de sadece "oy hakları ile buna bağlı diğer haklar"ın donacağı ifade edildiği için, İsviçre Hukukunda da yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirket paylarından doğan malvarlığı haklarının kullanılabilir.

171 Bu görüş, eTK döneminde öğretilerdeki çoğunluk tarafından savunulan görüş ile paraleldir; bkz. *Tekinalp* (Poroy/Çamoğlu), N 844a; Çeliktaş, 210; *Aydın*, s. 287. Aksi yorum tarzı için bkz. *Okutan*, s. 215.

172 Nitekim karşılıklı iştirak durumunda da kanun koyucu açıkça bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği haklarının donacağını ifade etmiştir (TK md. 201/1).

173 Bkz. *Kendigelen*, Gerekleştirme-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 477. Gerçekten Yönergede de (Yönerge md. 24a) TK md. 389/son cümle ile aynı sonuç öngörülmüştür.

Kanun koyucu ana şirketin paylarının hem ana şirket hem de yavru şirket tarafından iktisabının sonuçlarını düzenlememiştir. İsviçre öğretisinde bu durumda Art. 659 OR'de yer alan iktisap limitinin hesaplanması açısından hem ana şirketin hem de yavru şirketin iktisap ettiği payların toplamının esas alınması gerektiği, bunun yanı sıra serbestçe tasarruf edilebilir kaynakların mevcut olup olmadığının tespitinin ana şirket göz önüne alınarak yapılması gerektiği, keza yedek akçeyi tesis etmesi gerekenin de yine ana şirket olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁴ İsviçre öğretisinde benimsenen bu çözüm neticesinde iktisap edilen paylar yavru şirketin bilançosunun aktifinde yer alırken, kanun uyarınca tesis edilmesi gereken yedek akçe ana şirketin bilançosunun pasifinde yer almaktadır. Böylece sermayenin korunması, payları yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirket tarafından yerine getirilmektedir.¹⁷⁵ Kanaatimizce Türk Hukukunda da aynı çözüm benimsenebilir.

174 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 50, N 180-182.

175 *Roberto/Trüeb*, s. 375; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 50, N 180-182.

V. SONUÇ

6102 sayılı TK ile, gerek Yönerge gerek birçok AB üyesi ülkelerdeki düzenlemelere paralel olarak bir şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda esnek bir rejim getirilmiştir. Yeni düzenleme ile birlikte mutlak iktisap yasağı kaldırılmış, yerine sınırlı bir iktisap serbestisi getirilmiştir. Özellikle sermaye piyasalarının giderek küreselleştiği bir dönemde yeni düzenlemenin Türk şirketlerini yabancı rakipleriyle daha rahat rekabet edebilir hale getireceği, bu açıdan onlara önemli katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

Bununla birlikte, bir şirketin kendi paylarını serbestçe tasarruf edilebilir özvarlıkları limitinde iktisap etmesine müsaade eden Yönergenin aksine, TK md. 379 çerçevesinde yapılan iktisaplar açısından yüzde on limitinin öngörölmüş olması isabetli olmamış, TK ile Yönerge arasındaki uyum önemli ölçüde ortadan kalkmıştır. Şirketlerin kendi paylarını iktisaplarının arkasında yatan sebeplerin şirketten şirkete değışiklik gösterdiği olgusu dikkate alındığında, iktisap edebilecekleri pay miktarı açısından şirketlere azami esneklik sağlanması gerekir. Gerçi bir şirketin kendi paylarını serbestçe tasarruf edilebilir özkaynakları limitinde iktisabına müsaade edilmesi halinde diğer pay sahiplerinin paylarının bu yolla sulandırılması tehlikesi ortaya çıkabilir. Ancak pay sahipleri, yetkilendirme kararında, gerek şirket tarafından iktisap edilecek pay miktarına gerek iktisap edilen payların kullanımına ve elden çıkarılmasına ilişkin sınırlamalar getirmek suretiyle menfaatlerini koruyabilirler. Örneğin yetkilendirme kararında, söz konusu payların elden çıkarılmadan önce mevcut pay sahiplerine önerilmesi şartı getirilebilir.

Kanaatimizce en azından bazı hallerde yüzde on iktisap limiti yerine daha yüksek bir limitin öngörölmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilebilirdi. Örneğin TK md. 531 uyarınca haklı sebeplerin varlığında azlık, mahkmeden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilir. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihinde en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. İşte söz konusu fesih davası çerçevesinde davacı pay sahiplerinin paylarının şirket tarafından satın alınmasını kolaylaştırmak amacıyla iktisap limitinin arttırılması daha isabetli olurdu. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Tasarısında bu halde iktisap limiti yüzde yirmiyeye çıkarılmıştır.

Yeni düzenlemenin eleştiriyeye açık bir diğer yönü ise, TK md. 382'de yer alan sermaye azaltımına dayalı iktisaplar konusunda kanunda herhangi bir esnekliğin öngörölmemiş olmasıdır. Gerçekten yukarıda belirtildiği üzere, bir şirket, 379. maddedeki sınırlamalarla bağlı olmaksızın, sermayesini azaltmak amacıyla kendi paylarını iktisap edebilir (TK md. 382/1a). Sermayenin azaltılması ise TK md. 473 ve devamındaki ağır koşullara tâbidir. Oysa İsviçre Borçlar Kanunu Değişiklik Tasarısı ile öngörölen *Kapitalband* sistemine benzer bir düzenlemenin TK'da da yer alması, sermaye azaltımı amacıyla yapılan iktisapların tâbi olduğu ağır koşulların yumuşatılması bakımından yerinde olurdu.

Nihayet yeni düzenlemede TK md. 382'deki istisnalara dayanılarak gerçekleştirilen iktisaplar açısından bilgi verme yükümlülüğünün öngörülmemiş olması da bir eksiklik teşkil etmektedir.

TASDİKSİZ DEFTERLERE YAZILDIĞI GEREKÇESİYLE KDV ALANINDA YAPILAN TARHİYATLARIN ANALİZİ

*The analysis of tax assessment arising from VAT that recorded to
non-certified books*

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ*

ÖZET

Türk vergi sisteminin özü beyandır ve bu büyük oranda defter tutma ve belgelendirme üzerine inşa edilmiştir. Defter tutma ve tasdikine ilişkin hükümler 10.01.1961 tarihinde yürürlüğe giren Vergi Usul Kanununda yer almıştır. Bu hükümler zaman içinde ihtiyaçlara göre değiştirilmiş ve geliştirilmiş olsa da işin omurgası yasanın ilk yürürlüğe girdiği şekliyle korunmaktadır. Bu sisteme göre defterlerin tasdik ettirilmemesi re'sen takdir sayılmakla birlikte mükelleflerin gerçek belgelere dayanan giderleri kabul edilmektedir. Ancak daha sonra 1.1.1985 tarihinde yürürlüğe giren Katma Değer Vergisi (KDV) Kanunu temelli uygulamalarda belgeler gerçek de olsa tasdiksiz defterlere yazılı KDV indirimleri salt bu nedenle reddolunmaktadır. Aksi yönde Maliye Bakanlığı özeldeleri olsa da genel geçer uygulama bu yöndedir. Mükellefler üzerinde yıkıcı etkiler yapan bu uygulama KDV Kanunu, Kanunun gerekçesi, diğer vergi yasaları ile yargı kararları ekseninde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler; Tasdiksiz Defter, Katma Değer Vergisi İndirimi, İndirimin reddi, Yasal defterler

ABSTRACT

In essence, Turkish tax system is based on declaration and it is largely built on book-keeping and documentation. The provisions regarding books to be kept and their certification had been stated by tax procedural law that was entered into force on 10 January 1961. Although these provisions had been amended and improved according to the needs in time, the backbone has been maintained in the system by the law as the first entered into force. In this system, while non-certified books may be deemed discretionary (ex-officio), taxpayers' expenses which are based on official documents are accepted. However, in accordance with Value Added Tax Law that was entered into force on 1st January 1985; VAT deductible shall be rejected if recorded by non-certified books, even though the documents are official. Although there is an advance ruling service of the Ministry of Finance, the com-

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

mon implementation is ongoing in this direction. This implementation that causes destructive effects for taxpayers was investigated in terms of judicial decisions with Value Added Tax Law, its legal grounds and other tax regulations.

Key words; non-certified books, deductible VAT, rejection of VAT deduction, legal books.

GİRİŞ

Vergi sisteminin beyana dayanması mükellefi kendi inisiyatifi ve iradesiyle başa bırakması, onu gönlünde kopan bir rakamı vergi olarak beyan etmesine razı olması demek değildir. Beyan sistemi şekli unsurlar silsilesidir. Belirtmek gerekir ki şekli unsurların her biri özde mükellefin beyan edeceği vergi matrahının tespitinde önemli bir işlev görmektedir. Defter tasdiki de verginin şekli bir unsurdur.

Vergi yasalarında şekli yükümlülükler oldukça ayrıntılıdır; hatta diyebiliriz ki günümüzde verginin şekli unsurlarını yerine getirmek, özellikle küçük ve orta boy işletmeler için maddi olarak ödemek kadar meşakkatli bir işe dönüşmüştür. Mükelleflere serbest muhasebeci ve mali müşavir tutma zorunluluğunun getirilmesinin nedenlerinden biri de bu şekli yükümlülükleri bir başına yerine getiremeyeceğine ve dolayısıyla vergi kaybına sebebiyet vereceğine olan inançtır. Denebilir ki, Devlet aslında kendisinin yapacağı işleri şekli yükümlülüklerle mükellefe yüklemiştir. Böylece hem işlem maliyetinden kurtulmuş hem de beyan adı altında mükellefi sisteme katarak vergilendirme süreçlerine katılımcı ve demokratik bir görünüm vermiştir.

Ancak bu şekli yükümlülükler bazen öyle müeyyidelere bağlanmıştır ki mükellefin mücbir sebep dışında bir şekilde bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde yapılan yanlış uygulamalar sonucu karşı karşıya kalacağı müeyyidelerle şekli yükümlülük arasındaki ölçü orantısız bir şekilde kaçmıştır. Öyle ki bazen bütün varlığını kaybına yol açan çok tehlikeli bir vergi tarhiyatı ile karşı karşıya kalabilmektedir. Defterlerin tasdiksiz olması halinde Vergi İdaresinin KDV alanında yaptığı uygulamalar tam da böyledir. Mükellefin bütün KDV indirimleri reddedilmekte, giderleştiremediği yüksek faizler ödemek zorunda kalabilmekte, üç kat vergi ziyai cezası kesilebilmekte ve hakkında hapis cezası istenebilmektedir.

KDV KANUNU 34 ÜNCÜ MADDENİN YÜKSEK TARHİYATLARA GEREKÇE KILINDIĞI DURUMLAR

KDV Kanununun “İndirimin Belgelendirilmesi” başlıklı 34 üncü maddesinin birinci fıkrası son derece ağır tarhiyatlara dayanak oluşturacak şekilde çalıştırılmaktadır. Uygulamada KDV Kanununun 34 üncü maddesinin şekli unsurlarına uyulmadığı gerekçe gösterilerek yapılmış çok sayıda tarhiyata rastlanılmaktadır¹. Tespit edebildiklerimizi tarhiyat gerekçelerine göre ana konu başlıkları halinde ayrıntılarına girmeden sıralamak gerekirse:

-Yasal defterlerin tasdiksiz veya geç tasdik ettirilmiş olması,

-Yeni bir işyeri kiralandığında yahut satın alındığında o yere ait olan elektrik, su, telefon, doğalgaz gibi kamu kuruluşlarınca verilen hizmetlere ilişkin faturaların eski sahip veya kiracılar adına düzenlenmiş olarak gelmeye başlaması,

1 Geniş bilgi için bkz: MAÇ Mehmet,KDV-5 (e-Kitap); <http://www.bdo.com.tr/vergi/kdv.php>

- Sahte veya yanıltıcı belge kapsamında yapılan kimi uygulamalar,
- Yasal defterlerin yazılı olmadığı ya da kayıt süresinin sonu geçirilerek yazıldığı tespitini,
- Bilgisayar ortamında tutulan kayıtların yasal defterlere yazılmaksızın KDV beyannamesinin verilmiş olması,
- Mevcut defter ve belgelerin inceleme elemanına ibraz edilmemesi,
- Bulgelerin indirim yapıldıktan Yani KDV beyannamelerinin verilmesinden sonra yasal defterlere işlenmesi,
- Defter ve belgelerin yayii hali,

Alanında şekil şartlarına uyulmadığı gereğiyle yapılan tarhiyatlar mükellefin kaderini varlık ve yokluk arasında bir yargı kararına bağı hale getirmektedir. Bu alandaki yargı kararlarında ise bir istikrar yoktur. Tarhiyatlar bazen kaldırılmakta bazen ise şaşkırtıcı bir şekilde tasdik edilmektedir. Bu şekilde sonuçlanmış yargının nihai kararlarıyla mükellef aleyhine kesinleşmiş tarhiyatlarda; bu tutarların ne kadarının ödendiği, mükellefin bu borçları kendi kaderlerine terk edip etmediği, faaliyetini başka bir çatı altına kaydırıp kaydırmadığı, kayıt dışına çekilip çekilmediği hususlarındaki bilgilere sahip değiliz. Hiç kuşku yok ki bu veriler bilinmiş olsa, sorun; ekonomik, mali ve soysal yönleriyle birlikte daha doğru bir mecrada konuşulacaktır.

KDV KANUNUNUN KONUMUZLA İLGİLİ HÜKÜMLERİ

Konumuzla ilgisi açısından KDV Kanununda KDV indirimi ile ilgili iki madde vardır. Bunlardan birisi KDV Kanunun “İndirimin Belgelendirilmesi” başlıklı 34 üncü maddesi diğeri ise “Kayıt düzeni” başlıklı 54 üncü maddesidir. Madde başlıklarında da anlaşıldığı üzere 34 üncü madde “İndirimin belgelendirilmesi” ile ilgilidir. Defterler, KDV’nin muhasebeleştirilmesi ve kayıt düzeni ile ilgili olan ise 54 üncü maddedir. Defterlerin tasdik işlemi “kayıt düzeni” ile doğrudan belge sistemi ile ikinci derecede bağlantılıdır. Ancak tasdiksiz defterlerdeki KDV indirimi 54 üncü maddeyle değil de 34 üncü madde ile ilişkilendirilerek tarhiyat konusu edilmektedir.

İNDİRİM YASAĞININ DAYANAĞI OLARAK KDV KANUNUN 34’ÜNCÜ MADDESİ

Şimdi, öncelikle defterlerin tasdiksiz olduğu durumlarda KDV indirimlerinin reddine gerekçe olarak gösterilen KDV Kanunun 34 üncü maddesinin birinci fıkrasını irdelemek üzere yazalım.

“1. Yurt içinde sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait Katma Değer Vergisi, alış faturası veya benzeri vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebilir.”

Maddede tasdiksiz defterlerin konusu dahi geçmemektedir. Kanuni defterlerden söz edilmektedir. KDV'nin dayanağı olan belgelerin kanuni defterlere yazılmakla indirileceğine dair bir ifade yer almıştır. Kanuni defterlere kaydedilmeyen KDV'nin indirilmeyeceğine dair açık bir hüküm yoktur.

İşlemlerin akış sırasına göre yazmak gerekirse bu tarz tarhiyatların mantığına göre KDV indiriminin gerçekleşebilmesi için,

- (1) Ortada bir alış faturası veya benzeri fatura olmalı,
- (2) Fatura ve benzeri belgeler² defterlere kaydedilmelidir.

Vergilendirmenin aktif tarafı olan Vergi İdaresi söz konusu koşullardan birinin yokluğu halinde KDV indirimlerini reddetmektedir. Bu mantıkla defterin tasdiksiz olduğu durumlarda alış faturası ve benzeri belgeler noksansız mevcut olsa dahi tasdiksiz defterler kanuni unsurlardan yoksun görüldüğü için bu defterlere kayıtlı KDV'lerin indirimi kabul edilmemektedir. Görüldüğü üzere bu tarhiyatlar yasal boşluklar doldurulmak suretiyle yapılmaktadır. Şöyle ki;

- (1) Tasdiksiz defterler kanuni şartlardan yoksun kabul edilmektedir,
- (2) Açık bir indirim yasağı olmadığı halde böyle bir sonuca hükmün mevhum-u muhalifi zorlanarak gidilmektedir.

KDV indirimi, KDV'nin temeli ve en önemli özelliğidir. KDV indirimi kabul edilmezse, mükellefler alışları sırasında ödedikleri KDV'yi mahsup edemeyeceklerinden; tahsil edilen KDV'nin tamamını olduğu gibi vergi dairesine ödemek zorunda kalacaklardır ki, mükerrer vergi ödemesine yol açan böyle ağır bir yükü bir tek vergi mükellefinin kaldıramayacağı açıktır. Gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında giderlerin kabul edilmemesi ve bütün hasılatın vergi matrahı kabul edilerek vergilendirilmesi gibi ağır ve katlanılamaz bir durumdur bu. Peki, KDV indiriminin reddi gibi ağır sonuçları olan bir uygulamaya tasdiksiz defter gibi bir usul noksanlığını dayanak yapmak doğru mudur? Çalışmamızda cevabı aranan sorulardan biri budur.

Bu noktada referansımız VUK'nun, vergi kanunlarının nasıl uygulanacağını tain ve tespit eden 3 üncü maddesidir. Maddenin ikinci paragrafı şöyledir:

2 Buradaki fatura benzeri belge, perakende satış fişleri, yazarkasa fişleri, giriş ve yolcu biletleri ile gider pusulası, serbest meslek makbuzu ve bazı durumlarda gümrük makbuzlarını ifade etmektedir. Müstahsil makbuzu fatura benzeri belge niteliği taşımakla birlikte KDV indirimine konu bir işlevi yoktur.

“Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır.”

KDV Kanunu madde 34’ün lafzı açık değildir. Vergi idaresinin ağırlıklı uygulaması tasdiksiz defterlerdeki KDV indiriminin reddi yönündedir ve bu da vergi yasalarının yorum kurallarından biri olan “tersi ile ispat”a dayandırılmaktadır. Tarhiyat olarak somutlaşan bu uygulama resmi görüşlerle de teyit edilmiştir. Ezcümle Maliye Bakanlığı, 19.11.1999 tarih ve 50537 sayılı muktezasında zamanında tasdik ettirilmemiş defterlerde yazılı KDV indirimlerinin reddedilmesi yönünde görüş bildirmiştir³. Maliye Bakanlığının 27.10.2000 tarih ve 49122 sayılı muktezası da⁴ aynı doğrultudadır ve mükellef için olumsuzluk bildirmektedir. Yasal defterlerini kanuni süresi geçtikten sonra tasdik ettirmiş mükelleflerin KDV indirimlerinin kabul edilmeyeceği dolayısıyla bu mükelleflere KDV iadesi yapılamayacağı bildirilmiştir.

Vergi İdaresinin KDV Kanununun 34 üncü maddesine ruhuna uygun uygulamaları da mevcuttur. Vergi İdaresinin vergi incelemesi yapmak suretiyle KDV indiriminin doğruluğunu tespite yönelik özelgeleri işin özünü kavramaya yöneliktir. Ezcümle 9.9.1999 tarih ve 37935 sayılı Maliye Bakanlığı muktezasında, bilanço defteri (yevmiye defteri) yerine yanlışlıkla işletme defteri tutulmuş olması halinde işletme defterine yazılı belgelerin KDV indirimine dayanak teşkil edebileceğini ifade eden, işin özüyle barışık bir görüş bildirmiştir⁵. Bir başka özelgede; usulüne göre tasdik ettirilmemiş defterlere kaydedilen belgelerin gerçek olduğuna kanaat getirilmesi ve bu belgeleri düzenleyen satıcıların belgede yazılı KDV’yi beyan ettiğinin tespit şartıyla bu belgelerde yazılı KDV’nin indiriminin kabul edileceği yönünde görüş bildirilmiştir⁶. Bir diğer Bakanlık muktezasında tasdik işleminin hiç yaptırılmamış olması veya önceki yıl için tasdik ettirilmiş olan defterin ara tasdiksiz olarak izleyen yılda kullanılmaya devam etmesi halinde bu defterlerde yazılı belgelerin gerekliliği konusunda inceleme elemanının kanaati mevcutsa KDV indiriminin kabul edilebileceği öngörülmüştür⁷.

Maliye Bakanlığı bu bakış açısıyla tasdikli defterlerin arka yüzüne yazılı KDV’lerin de indirebileceğini kabul etmiştir. KDV indirimi bakımından ana defter yevmiye defteridir. Tasdikli defterlerin yetersiz kalması halinde mükellefler kayıtlarını bu kez tasdikli yevmiye defterinin sayfaların arka yüzüne yazmaktadırlar. Defterin arka yüzüne yapılan kayıtların geçerli olup olmadığı uygulamada tereddüt konusu olmuştur. Gelirler Genel Müdürlüğü 02.11.2003 tarih ve 50774 sayılı özelgesi ile yevmiye defterinin arka yüzlerinde yer alan kayıtlara istinaden KDV indiriminin mümkün olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Yine Gelirler Genel Müdürlüğü’nün

3 Yaklaşım Dergisi, Ağustos 2002 Sayısı s. 262

4 Yaklaşım Dergisi, Ağustos 2002 Sayısı s. 262

5 Yaklaşım Dergisi, Ekim 2001 Sayısı s. 246

6 Yaklaşım Dergisi, Ağustos 2002 s.262

7 Yaklaşım Dergisi, Ekim 2001 S:246

02.11.2003 tarih ve 50774 sayılı muktezasında, tasdikli defteri kebire kayıtlı olmak şartıyla yevmiye defterinin tasdikli arka yüzüne kayıt yapılmış olması, KDV indirimine engel olarak görülmemiştir⁸. Ancak bu özgelere yine de tasdikli defterlerin arka sayfalarına yazılı KDV'nin reddine ve tarhiyata dönüştürülmesi için yeterli olmamıştır.

KDV KANUNUNUN GEREKÇESİ AÇISINDAN

Sorunu, yöneme takılmadan 3 üncü maddenin uygulama kıstaslarından maddenin konuluşundaki maksat yönünde incelemeye devam edersek, KDV Kanunu 34 üncü maddenin gerekçesi şöyledir⁹:

“Bu madde ile vergi indirimi mekanizmasının işleyebilmesi için gerekli bazı şekil şartları tayin edilmiş bulunmaktadır.

Buna göre, yapılacak indirimin gerçeğe uygun olması ve bu hususun mükelleflerce tevsik edilmesi zorunludur. Bu nedenle indirim konusu Katma Değer vergisinin, maddede belirtilen belgelerde gösterilmesi ve kanuni defterlere kaydedilmesi şartı konulmuştur.”

Madde gerekçesi, maddenin “İndirimlerin Belgelendirilmesi” olan ismiyle bütünlüklüdür. Madde gerekçesinde, bu hükmün şekli şartlarını tayin ettiği açıkça vurgulanmıştır ki bu önemlidir. Şekli unsurun iki ayak üzerine oturduğu bunlardan birinin “KDV'nin belgelerde gösterilmesi” diğerinin “kanuni defterlere kaydedilme” olduğu açıkça yazılıdır. En önemlisi bu şekil şartının amacına yapılan vurgudur. Çünkü gerekçede açıkça bu şekli unsurların indirimin gerçeğe uygunluğunu sağlamaya yönelik olduğu yazılıdır. Yani, indirimlerin gerçeğe uygunluğunu sağlamada KDV'nin “belgelerde gösterilmesi” ve “kanuni defterlere kaydedilmesi” araç işlevi görmektedir.

Özetle, hükmün yasa koyucu tarafından kabul edilen gerekçesi tasdiksiz defterlere yazılmış KDV'nin reddini değil, gerçeğe uygunluğunun tespitini öngörmektedir ki bunun yolu ise vergi incelemesidir.

KDV KANUNU MADDE 54 AÇISINDAN

KDV Kanununun 34'üncü maddesinin sistematik analizi, maddenin vergi yasaları içindeki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısına dayanır ki öncelik KDV Kanunundaki hükümlerdir. Belirtmek gerekir ki, KDV Kanununda defter tasdiki ile ilgili bir düzenleme yoktur. KDV Kanunu 34 üncü maddenin konumuz itibariyle bağlantılı olduğu hüküm ise yukarıda da değindiğimiz üzere KDV Kanunu madde 54'tür. Bu maddede KDV'nin defter kayıtlarında nasıl gösterileceği/ muhasebeleştirileceği ile ilgili hususlar düzenlenmiştir. Muhasebeleştirme alanında KDV'nin kendine has özellikleri vardır. Bu özellikler Kanununun 54 üncü maddesinde “Kayıt

8 Geniş bilgi için bkz: <http://www.bdo.com.tr/vergi/kdv.php>

9 Geniş bilgi için bkz: <http://www.bdo.com.tr/vergi/kdv.php>

düzeni” başlığı altında düzenlenmiştir¹⁰. Konumuza açıklık getireceği için madde- nin birinci fıkrasını aynen aktarıyoruz:

“Katma Değer Vergisi mükellefleri, tutulması mecburi defter kayıtlarını ve bu verginin hesaplanmasına ve kontrolüne imkan verecek şekilde düzenlerler.

Bu kayıtlarda en az aşağıdaki hususların açıkça gösterilmesi şarttır:

a) Vergi konusu işlemlerin mahiyeti, vergisiz tutarları, hesaplanan vergi indirilebilir veri miktarları,

b) Vergiden istisna edilen işlemlerin, indirim hakkı tanınan ve tanınmayanlara göre mahiyeti ve ayrımı ile hesaplanan indirilebilir vergi miktarı,

c) İndirim konusu yapılamayacak işlemlerin niteliği ve bu işlemlerle ilgili vergi miktarları,

d) Matrah ve indirim miktarındaki değişmelerle, ödenen terkin edilen ve iade olunan vergiler.”

Madde 54’ün üstlendiği misyon; hesaplanan KDV, yüklenen KDV, indirilecek KDV, indirilmeyecek KDV, giderleştirecek KDV özetle KDV’ye ilişkin hassasiyetlerin doğru tespitidir. Kuşkusuz bunun zemini maddede de yazıldığı gibi kanuni defterlerdir. Peki, defterlerde gösterilmemiş ise ne olacaktır? Maddede, KDV indirimlerinin reddini öngören bir yaptırıma yer verilmemiştir. Şu halde mükellefin yüklediği KDV’nin peşinde gidilecek, bunun için vergi yasalarının öngördüğü bütün araçlar son kertesine kadar seferber edilecektir. Danıştay’ın çeşitli kararlarında bunu görmekteyiz. Danıştay, KDV Kanunu madde 34’e göre yapılan tarhiyatları çözüme bağlarken bazı kararlarında bu şekli unsuru bir tarafa iterek doğrudan doğruya işin özünü tespite yönelmiştir. Bu amaçla somut olaya göre vergi incelemesi, karşıt inceleme, mal ve hizmet satın alınan firmalar nezdindeki faturaların temini edilip edilmediği gibi yöntemlerin etkin olarak kullanılıp kullanılmadığına bakarak karar vermiştir¹¹.

Konunun bir tarafı da bu tarz şekli noksanlıklara maalesef en fazla küçük ve orta ölçekli mükelleflerin takılmalarıdır. Zira bu mükelleflerin hem yeterli kadroları yoktur, hem de bazen de işlem maliyetleri açısından bu tür şekli yükümlülükleri ihmal edebilmektedirler. Buna karşın büyük firmaların oturmuş muhasebe kadroları ve ayırdıkları fonlarla bu tarz yükümlülükleri sorunsuz ikmal edecek kapasiteleri mevcuttur.

VERGİ USUL KANUNUN KONUMUZLA İLGİLİ HÜKÜMLERİ DEFTER TASDİKİ İLE KDV İNDİRİMİ ARASINDAKİ BAĞLANTI

Konumuz itibariyle defterlerin tasdiksiz oluşunun ya da geç tasdikinde ne anlaşıldığını ve bunu KDV indirimi ile ilgisini açıklamamız gerekmektedir. Bunun içinde vergi yasalarında yer alan defter tutma ile ilgili kimi hükümlerle defter tas-

10 Normalde VUK’ta düzenlenmesi gereken kayıt düzeni ile ilgili hususlar KDV’nin VUK’tan sonra yürürlüğe giren bir yasa olması nedeniyle VUK’ta düzenlenmiştir.

11 Geniş bilgi için bkz: <http://www.bdo.com.tr/vergi/kdv.php>

diki ile ilgili hükümlere bakmak gerekecektir¹². VUK, bu hükümlere oldukça geniş şekilde yer ayırmıştır. Bunlardan 172 inci maddede mükelleflerin tutacağı defterler sayılmış, 220 inci maddesinde ise tasdiki mecburi defterler belirlenmiştir¹³. Defter tutmadaki amaç ise VUK'un 171 inci maddesinde açıklanmış olup önemine binaen bu maddeyi kanundaki haliyle naklediyoruz:

“Mükellefler bu kanuna göre tutacakları defterleri vergi uygulaması bakımından aşağıdaki maksatları sağlayacak şekilde tutarlar:

1. *Mükellefin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumunu tespit etmek;*
2. *Vergi ile ilgili faaliyet ve hesap neticelerini tespit etmek;*
3. *Vergi ile ilgili muameleleri belli etmek;*
4. *Mükellefin vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden kontrol etmek ve incelemek;*
5. *Mükellefin hesap ve kayıtlarının yardımıyla üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumlarını (emanet mahiyetindeki değerler dahil) kontrol etmek ve incelemek.*

Yukarıda incelediğimiz KDV Kanunu Madde 54, VUK 171 inci maddenin KDV'ye uyarlanmış halidir. VUK'un defter tutmak ile hükümleri ödenmesi gereken verginin doğruluğunu sağlamaya yönelik bir kanıtlama ve güvenlik tedbiri işlevi görmektedirler. VUK'un 223 üncü maddesiyle defterlerin tasdik makamının temel olarak noter veya noterlik görevini ifa ile yükümlü olanlara bırakılması bu güvenliği sağlamaktan başka bir şey değildir. Noterlik Kanununun 1 inci maddesinde; noterlerin görevi, bir kamu hizmeti olarak hukuki güvenliği sağlamak adına işlemleri belgelendirme olarak açıklanmıştır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Noterlik Kanununda olsun veya başka bir hukuki normda olsun Türk hukuk sisteminde noter huzurunda belgelendirilmemiş bir hukuki işlemin belge ve kanıt olarak değer taşımayacağına dair bir hükme rastlayamayız. Noter huzurunda gerçekleştirilmeyen işlemlerin de doğruluğunun ortaya konulması halinde kanıt olarak değer kazanacağından kuşku yoktur. Tasdiksiz defterler de bu kabildendir.

Bu bakış açısı VUK'un 3 üncü maddesinin “Vergi Kanunlarının Uygulaması ve İspat” başlığındaki “ispat”ı açıklayan “vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır” hükmü ile uyumludur. Bütün bunlar ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olarak açıklanan vergi incelemesinin ulvi amacıyla bütünlüklüdür (VUK md. 134).

12 Beş kitaptan oluşan VUK'un İkinci Kitabının; İkinci Kısım, Üçüncü Kısım, Dördüncü Kısım, Beşinci Kısım, ve Altıncı Kısım'daki 171 ve 258 arasındaki 77 madde defter tutma ve belge sistemi ile direkt ve dolaylı bağlantılıdır.

13 Tasdiki zorunlu olan defterler: 1.Yevmiye ve envanter defteri, 2.İşletme defteri, 3.Çiftçi işletme defteri, 4.İmalat ve İstihsal Vergisi defteri, 5.Nakliyat Vergisi defteri, 6.Yabancı nakliyat kurumların hasılat defteri,7.Serbest meslek kazanç defteri.

TASDİKSİZ DEFTERLER YOK HÜKMÜNDE MİDİR?

VUK'un 30 uncu maddesinde tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmı tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olursa re'sen takdir nedeni kabul edilmiştir. Gelir vergisi, kurumlar vergisi, özel tüketim gibi yasalarda "tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmı tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olursa", vakfa, re'sen takdir nedeni olarak incelemecilere ya da takdir komisyonlarına gönderilmekte bu kişi ve merciiler somut olayı inceleyerek bir sonuca gitmektedirler. Şayet mükellefin bu tasdiksiz defterlere yazılı kayıtları doğru ve dayandığı belgeler gerçekse bunlar kabul edilmektedir. Yani defter tasdiksiz de ya da hiç tutulmamış da olsa fatura ve benzeri bilgilere dayalı giderlerin inkarı mevzu bahis değildir. Defterlere yazılı kayıt ve tutarlar ile vergi dairesine yapılmış beyanlar dışında bir kazancın tespiti halinde vergi kaybına sebebiyet verildiği gerekçesiyle bu tutarlar vergi ziyayı cezalı resen tarhiyata konu edilmektedir. Bu durumda VUK 352'de öngörülen 1'inci derece usulsüzlük cezası da kesilmektedir. VUK'da defter tasdiki ile ilgili bir hüküm de VUK'un 352 inci maddesinin 2 inci fıkrasının 8 inci bendinde yer almaktadır. Burada tasdiki mecburi olan defterlerden herhangi birinin tasdik muamelesinin yaptırılmamış olması 1'inci derece usulsüzlük olarak belirlendikten sonra "kanuni sürenin sonundan başlayarak 1 ay geçtikten sonra tasdik ettirenler tasdik ettirilmemiş sayılır" tümcesine yer verilmiştir. Tasdiksiz defterlerin hangi durumda re'sen takdir nedeni teşkil ettiği ile bu tür defterlere uygulanacak usulsüzlük cezasının derecesini belirleyen bu tümce, tasdiksiz defterin yok sayılmasına ve ibraz edilmemesine dayanak gösterilemez. VUK'un 352 maddesinin 2 inci fıkrasının 6 inci bendinde ise, tasdiki mecburi olan defterlerden herhangi birinin tasdik muamelesinin, süresinin sonundan başlayarak bir ay içinde yaptırılmış olması ikinci derece usulsüzlük suçu olarak kabul edilmiştir.

Vergi Usul Kanunundaki bu hükümler bütün diğer maddi yasalar yönünden geçerli olduğu halde, KDV uygulamasında Kanunun 34 üncü maddesi gerekçe gösterilerek farklı bir uygulama yapılmaktadır. Oysa tasdiksiz defter olayında gelir ve kurumlar vergisi yönünde ne yapılıyorsa KDV açısından da yapılması gereken bu olmalıdır. Olay, KDV yönünden de resen takdir nedenidir. İndirime konu olan belgelerin doğruluğu ile bu belgelerde yazılı olan KDV'lerin hazineye intikalinin sağlanıp sağlanmadığı işin özüdür. Bu noktada belgelerin gerçekliğinin aranması tabii olanıdır. Belirtmek gerekir ki belgelerin gerçekliğiyle, defterin tasdiki ya da tasdiksizliği farklı şeylerdir. Defterler tasdikli olsa da olmasa da KDV indirimi açısından belgelerin gerçeğe uygunluğu olmazsa olmaz bir koşuldur. Defterler içerdikleri kayıtların doğruluğuyla bir değer ifade ederler. Yasal defterler, dayanakları olan belgelerden soyutlanmış olarak bir değer taşımazlar. Bu bağlamda defterin tasdiksiz oluşu içerdiği kayıtların ve dayanağı olan belgelerin yok hükmünde olduğu sonucu getirmez. Bu durumda yapılması gereken konunun incelemeciler veya takdir komisyonlarına intikalidir. Buralarda maddi dayanakları oturtulmuş sağlam verilere dayalı bir matrah farkı oluşturduğu takdirde sadece bu farkın tarhiyata dönüştürülmesidir.

KDV'NİN DEFTERLERE KAYDINA İLİŞKİN HÜKÜM MALUMUN İLANIDIR.

Vergi İdaresinin diğer vergiler açısından istikrarlı bir şekilde uyguladığı bu yöntem, aynen KDV açısından da geçerli olduğu halde KDV yönünden farklı uygulama yapılmaktadır. Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde bu paradoks açıklanacaktır.

KDV alanında farklı uygulamaya gösterilen gerekçe Kanunun yukarıda alındığımız “indirim belgelendirilmesi” başlıklı 34 üncü maddesindeki “kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebilir” ifadeleridir. Aslında burada geçen “kanuni defterlere kaydedilmek” koşulu malumun ilanıdır. Yani bu hüküm maddede yazılı olmazsa fatura ve benzeri belgeler ile bu belgelerde yer alan KDV tutarları kanuni defterlere yazılmayacak mıdır? Maddede KDV indirimlerinin reddini öngören açık bir hüküm olmadığı halde Vergi İdaresi şöyle bir kurgu yapmaktadır: Bir defter tasdiksiz ise bu defter artık kanuni unsurlardan uzaktır. Yani ortada kanuni bir defter yoktur. Şu halde tasdiksiz bir deftere yazılı olan fatura ve benzeri belgelerin önemi yoktur, belgeler ister gerçek olsun ister olmasın hiç fark etmez, bu belgelerde yazılı olan KDV’lerin indirimi reddolunacaktır. Oysa yukarıda da izah ettiğimiz üzere aynı belgeler; gelir, kurumlar, ÖTV gibi diğer vergiler açısından geçerli kabul edilmekte ve bir tarhiyata konu edilmemektedir. Üstelik bu kanunlarda da KDV Kanununun 34 üncü maddesi benzeri hükümler olduğu halde. Ezcümle GVK’nun 68 inci maddesinde serbest meslek kazancının tespitinde indirilecek giderler, 10 bent halinde sayılmış; VUK’un 210 uncu maddesinde ise giderlerin nevi ve yazıldığı tarih, miktarı ile kimden alındığının Serbest Meslek Kazanç Defterine yazılacağı belirtilmiştir. “Zirai işletme hesabında giderler” başlığı altında GVK madde 57’de öngörülen giderler ile VUK’un 213 maddesindeki “Çiftçi İşletme Defteri” arasında da aynı paralel kurulmuştur. GVK’nın ticari kazancının tespitinde indirilecek giderlerle ilgili GVK’nın 40 no.lu maddesi ile VUK’un 183. Maddesindeki Yevmiye Defteri¹⁴, 184’deki Defterikebir, 185. inci maddesindeki Envanter Defteri ile 194’deki İşletme Hesabı Defteri arasındaki bağlantı benzerdir. Zaten KDV Kanununun 34 üncü maddesinde sözü edilen kanuni defterler bu defterlerden başkası değildir; “kanuni defterlere kaydedilmek şartı” da VUK’un kayıt nizamı ile ilgili maddelerinde yazılan KDV yönünden de bağlayıcı olan kurallardır. KDV Kanununun 34 üncü maddesinde sözü edilen “kanuni defterlere kaydedilmek” ifadesi, VUK’un kayıt nizamı ile ilgili maddelerinde bağımsız değildir.

Şimdi bu maddelere bir göz atalım: 215 inci maddede Türkçe tutulma zorunluluğu, 216 inci maddede mürekkeple yazılacağı, 218 maddede boş satır bırakılmayacağı, sayfaların yok edilmeyeceği, 219 uncu maddede kayıt zamanı yazılıdır. VUK’un 227 inci maddesindeki tevsik mecburiyetine ilişkin hükümlerin bu kapsamla alakası açıktır. Defter tutmanın ve belge sisteminin önemini VUK’un 227 inci maddesinin başlığı olan “ispat edici kâğıtlar” ifadesinden de anlıyoruz.

14 Yevmiye Defteri KDV indirimi yönünden esas defterdir.

Görüldüğü üzere gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında tasdiksiz ya da süresinde tasdik işlemi yapılmamış defterlere yazılı giderler ve bu giderlere ilişkin belgeler yok sayılmamaktadır. Aynı belgelerin KDV açısından yok sayılmasını bir şekil şartıyla açıklamak hem hakkaniyete aykırıdır, hem de hukuki değildir.

YARGININ YAKLAŞIMI

Tasdiksiz defterlere yazılı KDV'nin indirimi konusundaki Maliye Bakanlığının ikircikli görüşü Danıştay kararlarına da sirayet etmiştir. Yargının şekle takılan kararları yanı sıra işin özünü yakalamaya yönelik KDV'lerin doğruluğunu ilke eden kararları mevcuttur. Bu tür kararlara örnek vermek gerekirse:

Danıştay 7. Dairesi 7.11.2001 tarih ve E:2006/6138, K:2001/3474 sayılı kararıyla tasdiksiz de olsa yevmiye defterine kaydedilen faturaların gerçeğe aykırı veya yanıltıcı olup olmadığı yönünde araştırma yapılmaksızın sadece tasdiksiz deftere kaydedildiği gerekçesiyle KDV indiriminin reddedilmesinde isabet bulmamıştır. Danıştay bu kararıyla, tasdiksiz defterlere bir usul eksikliği olarak bakmakta ve tek başına KDV indirimine engel görmemektedir.

Danıştay 4. Dairesi'nin 25.06.2007 tarih ve E:2006/3914, K:2007/2295 sayılı karar hükmü "geç tasdik ettirilmiş defterde kayıtlı KDV'nin başkaca bir engel bulunmadığı takdirde indirilebileceği" yönündedir¹⁵.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun (VDDGK) Yaklaşım Dergisinin Nisan 2006 sayısında yayımlanan 17.06.2005 tarih ve E:2005/110; k: 2005/177 sayılı kararında da sadece yevmiye defterinin tasdiksiz arka sahifelerine yapılan kayıtların KDV indirimi için yeterli olduğu görüşü benimsenmiştir¹⁶. VDDGK diğer kararı ise 26.01.2007 tarih ve E:2006/228, K:2007/57 sayılıdır¹⁷.

15 Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi Ocak/2009 Sayısı s.311

16 Mali Çözüm Dergisi Sayı 97

17 Mali Çözüm Dergisi S:97

6. SONUÇ

1- Yasal defterlerin tasdiksiz oluşu veya geç tasdik ettirilmesine ilişkin şekli eksiklik; gelir, kurumlar ve ÖTV söz konusu olunca re'sen takdir nedeni olarak ya bir vergi incelemesine konu olmakta ya da vergi matrahı maddi dayanağı gösterilmek suretiyle takdir komisyonları tarafından takdir edilmektedir. Mükellefin yasal harcamalarının bu nedenle reddi söz konusu değildir. Ancak söz konusu olan KDV ise, ister vergi incelemesine dayansın ister takdir komisyonu kararına; her durumda mükellefin koca bir yıl içindeki KDV indirimlerinin tamamı reddolunmaktadır. Belirtmek gerekir ki böyle bir uygulamanın yasal bir dayanağı yoktur. Yanlış olan KDV alanındaki uygulamadır.

2. Bu tarhiyatlar KDV Kanununun 34 üncü maddesine dayandırılmaktadır. Bu maddenin lafzında kafa karıştıran bir taraf olsa da maddenin ruhu, yazılı gerekçesi ve sistematik analizi böyle bir yoruma kapalıdır.

3. Tarhiyata konu edilen katma değer vergisi, vergi ziyaı cezası ve gecikme faizi ile birlikte istenmektedir. Böylesine ağır sonuçları olan bir tarhiyatın salt defter tasdiki gibi bir şekil noksanlığına dayandırılması kabul edilemez. Yapılması gereken KDV indirimine konu olan belgelerin doğruluğunun vergi incelemesi yoluyla tespitidir. Bu amaçla somut olaya göre karşıt inceleme, mal ve hizmet satın alınan firmalar nezdindeki faturaların temini gibi yöntemler etkin olarak kullanılmalıdır. Yargıdan beklenen ise, böylesine ağır sonuçları olan bir uygulamada sadece şekle takılmaması, önüne gelen somut olaya göre indirimine konu olan KDV'lerin doğruluğunun tespitine yönelmesidir.



ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AĞIR KUSURU VE BUNA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Gross Fault Of Contractor In Contract Of Work And Period Of Limitation Related To This

Arş. Gör. Semih YÜNLÜ*

ÖZET

Bilindiği gibi, eser sözleşmelerinde en önemli meselelerden birisi “ayıp” hususudur. Çalışmamızda öncelikle, eser sözleşmelerinde yüklenicinin ağır kusuru kavramı incelenecektir. İkinci olarak, ayıba ilişkin zamanaşımı süreleri yüklenicinin ağır kusurlu olması haline göre değerlendirilecektir. Sonuç olarak esas mesele ise ağır kusur kavramının tanımlanması ve genel hükümlere göre tazminatın özellikle ağır kusur halinde uygulanacak zamanaşımı süreleridir.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Ayıp, Ağır Kusur, Zamanaşımı

ABSTRACT

As is known, one of the most important matters in contracts of work is “defect” subject. In this study firstly, gross fault term in contracts of work will be considered. Secondly, period of limitation related to defect in gross fault of contractor will be evaluated. Finally, main matter is description of gross fault and periods of limitation will be applied especially in gross fault for compensation according to general provisions.

Key Words: Contract of Work, Defect, Gross Fault, Period of Limitation.

I. GİRİŞ

“Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi” isimli bu çalışmada eser sözleşmelerinde yüklenicinin ayıplı ifası hususunda önem arz eden durumlardan ve 6098 sayılı TBK düzenlemesinde de yer alan “ağır kusur” ve buna ilişkin olarak “zamanaşımı” hususunda getirilmiş olan yeni düzenleme üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda ağır kusurluk kavramı değerlendirilecek ve özellikle de yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde iş sahibinin yükleniciden genel hükümlere göre isteyebileceği tazminatın tabi olacağı zamanaşımı incelenecektir.

II. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

Giriş yapmak gerekirse; eser sözleşmeleri bir tarafı yüklenici(müteahhit) diğer tarafı ise iş sahibi olarak nitelendirilen kişilerden oluşan bir sözleşme türüdür¹. Bu sözleşmede yüklenici nitelik ve nicelikleri belirlenmiş olan bir eseri imal/inşa etmeyi ve ardından da iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır². İş sahibi ise yüklenicinin bu borcuna karşılık kararlaştırılmış olan bedeli yükleniciye ödemeyi borçlanmaktadır³. Bu husus TBK md. 470’de “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre iş sahibi bedel ödemekle yükümlü iken, yüklenici hem eseri imal/inşa etmekle hem de eseri teslim etmekle yükümlüdür⁴. Eser teslimi borcu, kanunda açıkça sayılmamış olmakla birlikte⁵ sözleşmeye ilişkin diğer hükümlerden ve borcun niteliğinden anlaşılmaktadır. Ayrıca yukarıda belirtilen asli edim borçlarının yanında yükleniciye yan borç olarak ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü öngörülmüştür (ayıpsız eser teslim etme yükümlülüğü). Bu borçların dışında ayrıca yüklenicinin sadakat ve özen borçları da bulunmaktadır⁶.

- 1 Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler, 11. bs., İstanbul, Beta, 2012, s. 435.; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 7.; Yusuf Büyükkay, Eser Sözleşmesi, Ankara, Yetkin, 2013, s. 27.; Emre Gökayla, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 12.
- 2 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri C. II, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 48.
- 3 Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 5.; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel İlişkileri, 9. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 313.; Turan Şahin, “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, SDÜ Hukuk Fakültesi, C. I, S. 2, 2011, s. 135.; İzzet Karadaş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 35.; Zekeriya Kurşat, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, İÜHFH, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 145.; Özge Yücel, “Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Ve İş Südürme Borcu”, AÜEHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 781.; Seda Öktem, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıntan Doğan Hakları”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, 2006, s. 1947.
- 4 Yarg. 14. HD., 23.01.2007 T., 2006/9031 E., 2007/415 K.: “...Yüklenicinin temel borcu ise, eseri (binayı) meydana getirmektir. Bir bina inşasından amaç, o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir...”(K.İ.B.).
- 5 Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. bs., İstanbul, Der, 2010, s. 33.; Tandoğan, Özel II, s. 124.; Ayhan Uçar, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, AÜEHFD, C. V.; S. 1-4, 2001., s. 513.; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir, İleri Kitabevi, 2013., s. 665.
- 6 Yaşar Engin Selimoğlu, İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, Adalet, 2010, s. 84.; Yarg. 14. HD.,

Diğer taraftan, eser sözleşmesinin geçerliliği kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır⁷. Bu nedenle eser sözleşmeleri sözlü olarak (açık ya da örtülü irade beyanıyla) da yapılabilir. Ancak eser sözleşmesinin bazı özel türleri için buradaki şekil serbestisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Örneğin, çift tipli karma yapıya sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul edilen sözleşmelerden olsalar da içerdikleri taşınmaz satış vaadine ilişkin hükümlerden dolayı resmi şekle tabidirler⁸. Bunun gibi İnşaat sözleşmeleri de kural olarak şekle tabi olmadan yapılabilecekleri halde, Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'nda şekle ilişkin uyulması gereken özel hükümler bulunmaktadır⁹. Öte yandan eser sözleşmesiyle bir taşınmazın inşa edilmesi ve mülkiyetinin geçirilmesi borçlanılmışsa bu eser

11.10.2011 T., 2011/9418 E., 2011/11817 K.: "...Gerçekten, yüklenicinin yapımını üstlendiği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve o hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, yüklenicinin hem sadakat ve hem de özen borcunu kapsar. Çünkü, iş görme niteliği icabı başkasının menfaatine hareketi gerektirir. Dolayısıyla, yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri sözleşmesine, amacına ve fenne uygun şekilde meydana getirmek zorundadır. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu eserdeki eksik ve ayıplı işler bedeli 2.650,00 TL olarak saptandığından, davalının bu miktarla sorumlu tutulması doğrudur..." (K.İ.B.).

- 7 Gümüş, a.g.e., s. 7.; Tandoğan, Özel II, s. 28.; M. Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi Ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 3.; Erman, İnşaat, s. 17.; Leyla Müjde Kurt, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 43.; Yarg. 15. HD., 18.12.1997 T., 1997/4721 E., 1997/5462 K.: "...Ortada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunmamaktadır. Yasaca eser sözleşmesi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Burada sözü edilen şekil bir sıhhat şartı olmayıp, ispat şartıdır. O halde eser sözleşmesinin adı biçimde yapılmış olması geçerli olduğundan mahkemece işin esasına girilerek tarafların delilleri toplanılıp hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, aksine düşünce ile sözleşmenin geçersiz olduğundan ve bu nedenle de cezai şart istenemeyeceğinden bahisle davanın reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan bozmayı gerektirmiştir..." (K.İ.B.).
- 8 Tandoğan, Özel II, s. 29.; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin, 2008, s. 25.; Etem Saba Özmen/Tuba Akçura Karaman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1, 2013, s. 53.; Nurettin Filinte/Duygu Pişkinçaya, "Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 84., S. 3., 2010, s. 1480.; Erman, İnşaat, s. 17.; Yaşar, a.g.e., s. 296.; Yarg. 16.12.2011 T., 2011/14301 E., 2011/14964 K.: "...Eser sözleşmesine dair sözleşme bir şekle bağlı olmasa da arsa sahibi taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti eser bedeli olarak yükleniciye geçirmek zorunda olduğundan sözleşmenin Türk Medeni Kanununun 706, B.K.nun 213 ve Tapu Kanununun 26 ile Noterlik Kanununun 60. maddeleri uyarınca tapu sicil müdürlüğünde veya noterlerce düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Kanun sözleşmenin geçerliliği (sıhhati) için resmi şekil aradığından emredici kural gereği istisnalar dışında olsa dahi adi yazılı sözleşme geçersizdir, davalılar arasında yapılan böyle bir sözleşmenin varlığı yönümlenince kanıtlanmadan davacı yüklenicinin temlik işlemine dayanarak davalı arsa sahibini mülkiyet aktarımına zorlayamaz. Zira B.K.nun 167. maddesi gereğince borçlu (arsa sahibi) temlik işlemine vakıf olup kendisinden edim talebinde bulunulunca temlik edene (yükleniciye) haiz olduğu bütün deflery temellik eden (davacı üçüncü kişiye karşı) da ileri sürer hale gelir..." (K.İ.B.).
- 9 İbrahim Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 53.; Öz, a.g.e., s. 5.; Bkz.: DİK md. 57: "Sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31 inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığını bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır. Satışlara ilişkin ihalelerde müşterinin aynı süre içinde ihale bedelini ve müşteriye ait bulunan vergi, resim ve harçları yatırmaması, diğer giderleri ödemesi gerekir. Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir."; Bkz.: KİK md. 46: "Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir. İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez."

sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Örneğin, yüklenicinin kendi arsası üzerinde bir bina inşa edip mülkiyeti geçirmeyi borçlandığı eser sözleşmeleri de resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

Ayrıca uygulamada eser sözleşmelerinin değişik türleri ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan ve yüklenicinin borcunun binanın inşası ve teslimi, arsa sahibi sayılan kişinin bedel borcunun ise belirli arsa paylarının devri olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri¹⁰, bedelin para olarak ödendiği klasik anlamda taşınmaz inşaat sözleşmeleri¹¹, yüklenicinin bina inşa etme borcuna karşılık arsa sahibinin yükleniciye arsa paylarını devretmeyi borçlandığı ve inşa edilecek binanın üçüncü kişilere satılması sonucunda elde edilecek gelirin paylaşılmasının öngörüldüğü gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi¹² gibi türler ve bu sayılan sözleşmelerin de kendine özgü alt türleri bulunmaktadır.

III. ESER SÖZLEŞMELERİNDE AYIP KAVRAMI

Yüklenicinin ağır kusuruna ilişkin açıklama yapmadan önce ayıp kavramına değinmek gerekir. Öncelikle, burada eser sözleşmesine ilişkin ayıp kavramı üzerinde durulmakla birlikte, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerdeki ayıba ilişkin düzenlemelerin (seçimlik haklar, uyulması gereken külfetler vs. göz önüne alındığında) de eser sözleşmesindeki ayıba ilişkin hükümlere paralellik arzettiğini belirtmek gerekir¹³.

Ayıp kavramının birçok benzer tanımı yapılabilmektedir. Kanaatimize göre bir tanım yapmak gerekirse, eser sözleşmesi bağlamında ayıp, sözleşmede kararlaştırılan veya sözleşmede kararlaştırılmamış bile olsa objektif olarak eserde bulunması gereken nitelik ve niceliklerin bulunmaması, bulunmaması gerekenlerin ise bulunması olarak tanımlanabilir¹⁴.

Tanımlama yapılırken nitelik ifadesi yanında nicelik ifadesini de kullanmamızın nedenlerinden birisi ise, bina yapımını konu edinen inşaat sözleşmelerinde teslim edilen binanın bağımsız bölümlerinin metrekaresinin sözleşmede kararlaştırılardan daha düşük çıkmasının nitelendirilmesine ilişkindir. Bilindiği üzere ayıplı ifa ve eksik

10 Köksal Kocağa, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" ve "İlave Bağımsız Bölüm" Sorunu", TBB Dergisi, S. 85, 2009, s. 86.; Özmen/Karaman, a.g.e., s. 47.; Erman, İnşaat, s. 1.; Yaşar, a.g.e., s. 291.; Yarg. 14. HD., 04.07.2007 T., 2007/7962 E., 2007/8738 K.: "...Burada yüklenicinin borcu, arsa sahibine ait arazi üzerine sözleşmesine, amaca ve fenne uygun bir bina imal ederek, arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin temel borcu ise, kendisine teslim edilen binadan sözleşmeyle yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümler tapu kaydını ona aktarmaktır..." (K.İ.B.).

11 Öz, a.g.e., s. 53-97.

12 Emrehan İnal, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 141 vd.

13 Krş.: TBK md. 223, 227, 474, 475, 477...

14 Yarg. 14. HD., 27.12.2011 T., 2011/14440 E., 2011/16176 K.: "...Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan (yüklenicinin esere ilişkin olarak zikrettiği) niteliklerin veya dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki fark ayıptır..." (K.İ.B.).

ifanın birbirinden farklı kavramlar olduğu kabul edilmektedir¹⁵. Eksik ifa, sözleşmede belirtilen işlerin bazılarının veya tümünün kısmen veya tamamen yapılmamasını ifade etmektedir¹⁶. Yargıtay, inşaat sözleşmelerinde sözleşmeye aykırı şekilde metrekare olarak küçük yapılmış bağımsız bölümleri eksik ifa olarak kabul etmekte iken, bizim de katıldığımız görüşe göre bağımsız bölümlerdeki metrekareselel eksiklikler ayıp kavramına dahil sayılmalıdır¹⁷. Bu nedenle tanımlamada nitelik ifadesinin yanında nicelik ifadesinin de kullanılmasını uygun görüyoruz.

Diğer taraftan ayıplar, normal bir muayene ile ortaya çıkarılabilecek “açık ayıp”¹⁸, normal bir muayene ile ortaya çıkmayacak olan ve ancak kullanma ile beliren “gizli ayıp”¹⁹, yapının fiziki özelliklerine ile alakalı olan “maddi ayıp”, genellikle kamu hukuku kurallarına aykırılığı ifade eden “hukuki ayıp”, eserin kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğunu ifade eden “tam önemli ayıp”²⁰, seçimlik hak olarak yalnızca bedel indirimi veya ücretsiz onarımın kullanılabileceği “az önemli ayıp”, teslim sırasında var olan ayıpları teşkil eden “asli ayıp”²¹, asli ayıplara bağlı ve sonradan ortaya çıkan ayıpları ifade eden “tali ayıp”²², ekonomik getirilere ilişkin ayıpları ifade eden “ekonomik ayıp”²³ gibi türlere ayrılmaktadır.

- 15 Erman, İnşaat, s. 199.; Yarg. 14. HD., 25.10.2011 T., 2011/10346 E., 2011/12661 K.: “...Taraflar arasında 22.7.2009 tarihli iki ayrı “sipariş sözleşmesi” başlıklı sözleşme ile bir eser ilişkisinin kurulduğu tartışmalı değildir. Çekişme, eserde eksik veya ayıplı işler olup olmadığı ve bunların bedellerinin ne olacağı noktasındadır. Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfların meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Ayıbın bir ayrımı da, açık-gizli ayıp olarak yapılmaktadır. Eserdeki açık ayıpların B.K.nun 359. maddesi gereğince imar olunan şeyin teslim edildikten sonra iş sahibi tarafından işlerin mutata cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz yükleniciye bildirilmesi gerekir. Gizli ayıplar ise, yapılan şeyin kullanımı sırasında ve zaman içinde ortaya çıkacağından Borçlar kanununun 562 nci maddesi uyarınca öğrenilir öğrenilmez yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Aksi takdirde yüklenici gerek açık gerekse gizli ayıplı işlerin mesuliyetinden kurtulur. Eksik iş ise, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından, eksik işin varlığı halinde ayıp ihbarı gerekmez. Dolayısıyla eserde eksik iş saptanırsa bundan B.K.nun m. 360 hükmüne göre yüklenici daima sorumludur...” (K.İ.B.).
- 16 Büyükkay, a.g.e., s. 102.; Mustafa Cahit Günel, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, Ekim-2004, s. 412.; Erman, İnşaat, s. 199.; Yarg. 15. HD., 27.12.2011 T., 2011/14440 E., 2011/16176 K.: “...Fakat eksik iş, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından eğer orta yerde eksiklik varsa ayıp ihbarı gerekmez. Çünkü ayıp ihbarı, teslimi yapılan imalatlarla ilgilidir...” (K.İ.B.).
- 17 Bkz.: Yarg. 15. HD., 17.06.2008 T., 2008/1942 E., 2008/4021 K.: “...Eser sözleşmesine göre yüklenici sözleşme hükümlerine ve projesine uygun olarak davacıya ait daireleri yapıp teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Bağımsız bölümlerdeki mesaha küçüklüğü eksik iş niteliğinde olup, davacının bu nedenle uğradığı zararın tahsiline hükmedilmesi gerekir...”
- 18 Bkz.: Büyükkay, a.g.e., s. 98.; Selimoğlu, a.g.e., s. 121.; Şahin, a.g.e., s. 140.; Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Seçkin, 2003, s. 130.
- 19 Asuman Turanboy, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan Ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 41, S. 1-4, 1889-1890, s. 161., Uçar, Ayıp, s. 130; Yarg. 14. HD., 11.10.2011 T., 2011/9068 E., 2011/11860 K.: “...Buna karşılık gizli ayıp, eserin tesliminden sonra ve kullanımı sırasında kendini gösteren ayıp türüdür...” (K.İ.B.).
- 20 Bkz.: Tandoğan, Özel II, s. 167.; İlker Hasan Duman, 100 Soruda İnşaat Hukukuna Giriş: Staj Eğitim Merkezi Ders Notları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2011, s. 149.
- 21 Bkz.: Erman, İnşaat, s. 126.; Büyükkay, a.g.e., s. 100; Uçar, Ayıp, s. 134.
- 22 Bkz.: Uçar, Ayıp, s. 134.; Erman, İnşaat, s. 126.; Büyükkay, a.g.e., s. 100.; Duman, a.g.e., s. 148.
- 23 YHGK, 02.11.2011 T., 2011/1713-468 E., 2011/666 K.: “...Hukuki ayıp; malın kullanımının hukuken sınırlandırılmasıdır (Ör: Malın üzerinde takyitler bulunması gibi). Ekonomik ayıp ise; malın iktisadi

IV. YÜKLENİCİNİN AĞIR KUSURU

Yüklenicini ağır kusurundan bahsetmeden önce, eser sözleşmelerinde kusur kavramına ilişkin bir kaç hususu belirtmek gerekir. Bunlardan ilki ayıplara ilişkin kavramsal ifade olarak 818 sayılı kanunumuzla 6098 sayılı kanunumuz arasındaki farktır. Eski kanunumuzda 360. maddede “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir...*” ifadesinde görüldüğü üzere ayıba ilişkin olarak kusur kavramı kullanılmıştı. Kusurun insanlara özgü durumları ifade etmesinden dolayı bu kelimenin yeni kanunda ayıp şeklinde değiştirilmesi yerinde olduğu belirtilmektedir²⁴.

Kural olarak yüklenicinin ayıplardan dolayı sorumluluğu bakımından kusurlu olup olmaması iş sahibinin seçimlik hakları bakımından bir önem arz etmemektedir. Dolayısıyla iş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmamaktadır. Ancak, iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat istenebilmesi için yüklenicinin kusurunun varlığı aranmaktadır²⁵.

Son olarak yüklenicinin kusurunun arandığı bir başka husus ise iş sahibinin sözleşmeye teslimden önce müdahale ederek sözleşmenin devamını bir üçüncü kişiye başvurarak devam ettirmesine ilişkindir. Buna göre, eğer iş sahibi tüm durum ve koşullara göre eserin yüklenicinin kusuruyla ayıplı olacağını kesin bir şekilde öngörebiliyor ise²⁶, yükleniciye durumu bildirmek, uygun bir süre vererek ayıbın veya aykırılığın giderilmesini istemek kaydıyla, yüklenici buna uymadığı takdirde eserin onarımını veya sözleşmenin ifasını masrafları yükleniciye ait olmak üzere bir üçüncü kişiye verebilecektir. Bahsi geçen durum 473. maddede “*...Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’umuzda eser sözleşmesinde ayıptan kaynaklanan hakların

vasıflarında eksiklik olmalıdır...” (K.İ.B.)

24 Öz, a.g.e., s. 209, dn. 90.

25 Turanboy, a.g.e., s. 177.; Erman, İnşaat, s. 157; Uçar, Ayıp, s. 210.; Büyükyay, a.g.e., s. 132.; Yarg. 15. HD., 21.12.1993 T., 1993/1 E., 1993/5450 K.: “*...Niksar Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1990/119 Değ. İşi. sayılı tesbit dosyasındaki 28.9.1990 tarihli bilirkişi raporunda, beton tabancası ve blok numuneler üzerinde yapılan laboratuvar incelemesine göre mevcut yapının inşaatına devam edilmesinin mümkün olmadığı ve böylece yıkılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, davalı yüklenicinin ayıplı iş meydana getirdiği ve ağır kusurlu olduğunun kabulü gerektiğinden davacı tazminat istemine haklıdır. Ne var ki davacı 30.10.1985 tarihinde inşaatın bitmesi gerektiği halde, bitirilmeyince makul bir süre içerisinde işin yapımını başka birisine vermesi gerekirken dava tarihi olan 5.12.1990 tarihine kadar beklemiş ve zararın artmasına kendi davranışı ile sebep olmuştur. Bu nedenle işin başkasına verilmesi için geçecek makul süre belirlenerek bu süre nazara alınmak suretiyle davacının zararının ne miktarda olduğu uzman bilirkişilerden oluşan kurula hesaplattırılarak bulunacak miktardan da 4.500.000 TL. tenzil edilmek suretiyle hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirdi...*” (K.İ.B.).

26 Bkz.: Öz, a.g.e., s. 195.; Duman, a.g.e., s. 58.

kullanılması için belirlenmiş olan zamanaşımı süreleri “alıcının tabi olduğu zamanaşımı süresi”ne tabi kabul edilmiş iken, gayrimenkuller için ise teslim tarihinden itibaren 5 yıllık bir süreye bağlanmıştır. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunumuz ise hem eski atfından vazgeçmiş ve taşınırlarda zamanaşımını 2 yıllık süreye bağlamış, hem de bu sürelere yüklenicinin ağır kusuru kavramını eklemiştir.

Bilindiği üzere eski kanun döneminde eserdeki ayıplardan kaynaklanan bu zamanaşımı süre 5 yıl ile sınırlı idi. Ancak yaşanan gelişmeler ışığında kanun koyucu düzenlemeler yoluna gittiği hükümlerden biri de bu noktada oldu. “99 depremi” olarak bilinen doğal afetle yaşanan can kayıpları, taşınmazlarda ortaya çıkan ayıpların somut olaylarda yaratabileceği maddi ve manevi yıkımları göz önüne getirmiştir. Bunun gibi, bazı eserlerde ayıpların çok sonradan ortaya çıkabilmesi ve sonuçlarının ağır sonuçlara yol açıyor olması nedeniyle ve hakkaniyet gereği yeni TBK hükmünde yüklenicinin eseri ayıplı olarak inşa etmesi kavramına ağır kusur ihtimali de ismen sayılarak eklenmiş ve buna ilişkin zamanaşımı süresi diğer sürelerden dikkat çekici şekilde ayrılarak 20 yıl gibi uzun bir süreye yayılmıştır. Bunda şüphesiz, yukarıda da belirtildiği üzere, 1999 depreminin ve eser sözleşmesinin özel bir türü olan inşaat işlerinin kendine özgü yapısının da etkisi vardır²⁷.

Öncelikle değinilmesi gereken ilk mesele ağır kusur kavramına ilişkindir. Hangi durumlarda yükleniciyi ağır kusurlu saymalıyız? İlk olarak belirtmek gerekir ki yüklenicinin kasten, bilerek, isteyerek meydana getirdiği ayıplar bakımından duraksama olmayacaktır²⁸. Zira kast kavramı sözleşmeye ilişkin en ağır ihmali ifade edecektir. Yüklenici, sıfatı gereği de eser sözleşmelerinin uzman tarafını teşkil etmektedir. Ortaya çıkarılmak istenen eserin sahip olması gereken nitelikleri, nicelikleri, imal ve inşa işinde kullanılması gereken teknikleri bilen ve bilmesi gereken taraf da yüklenicidir. Bu nedenlerle yüklenici üzerine aldığı eseri imal/inşa borcu bakımından uzman sıfatına sahip olmaktadır. Dolayısıyla yüklenici ortaya koyulmak istenen eserin ayıpsız bir şekilde ortaya çıkarılması için tüm bilgi, beceri ve imkanlarını kullanmalıdır. Örneğin yüklenici yapının ayıplı olacağını gördüğü halde uygun olmayan malzemeler kullanmak suretiyle inşa işine başlar veya devam ederse burada yüklenicinin kastından bahsedilebilecektir. Sonuç olarak yüklenicinin kasti davranışlarının yüklenicinin ağır kusurlu sayılmasının en açık örneği olacağı aşikardır. Bu nedenle yüklenici, kasti davranışlarıyla eserin ayıplı olmasına sebebiyet vermesi halinde bunda ağır kusurlu sayılacak sayılacak ve buna ilişkin zamanaşımı süresi de 20 yıl olarak uygulanacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi yüklenici, eser sözleşmelerinin uzman tarafını teşkil etmektedir. Bu nedenle (ve çoğu zaman) iş sahibi taraf imal/inşa edilecek şey konusunda teknik bilgiye sahip olmayacaktır. El yapımı ud siparişi veren kişi, terziye elbise dikti-recek olan taraf, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi çoğu zaman sipariş ettiği eserin yapımına ilişkin bilgilere sahip olmayacaktır. Bu kişilerin bu konularda

27 Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2013, s. 524.

28 Bkz.: Haluk Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku: Akit Dışı Ve Akdi Mes’uliyet, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 54.

teknik bilgilere sahip olması da gerekmemektedir. Buna karşılık, üzerine bir eser oluşturma işi alan yüklenici ortaya çıkaracağı esere ilişkin gerekli tüm bilgilere sahip olmalıdır. Bu bilgilere sahip olmasa dahi yüklenici sıfatına sahip kişinin bu hususlara hakim olması beklenir.

Somut sözleşmede iş sahibinin eserin sahip olması gereken niteliklere, kullanılması gereken malzemeye, işçiliğe ilişkin bilgi sahibi olması da gerekmeyecektir. Kural olarak iş sahibinin ortaya çıkarılması istenen esere ilişkin belirlemeler yaptığı durumlarda, bu talimatlara ve isteklere uyulmamış olması eserin ayıplı olması sonucunu doğuracaktır. Zira eser, sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklere aykırı yapılmış olacaktır.

Ancak, iş sahibi her zaman, istediği eserin sahip olması gereken tüm özellikleri yükleniciye bildirmiş olmakla yükümlü değildir. Örneğin, somut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yükleniciye 300'er metrekareden, her katta üç daire bulunmak üzere 18 katlı bir binanın inşa edilmesini istemiş olabilir. Görüldüğü üzere bu örnekte arsa sahibi bazı belirlemeler yapmış olmakla birlikte, binanın sahip olacağı çok sayıda nitelik hususunda ise bir kısıtlama veya istek ileri sürmemiştir. Ancak yüklenici yine de geri kalan hususlar bakımından sınırsız bir özgürlüğe sahip olmayacaktır.

Bu noktada ihmale ilişkin açıklama yapmak gerekecektir. Kast halinde ağır kusura ilişkin hükümlerin devreye gireceğini belirtmiştik. İkinci olarak yüklenicinin ağır bir ihmali de söz konusu olabilecektir. Ağır ihmal ise, ortalama bir insanın normal şartlar altında aynı veya benzer bir durumda göstermesi gereken dikkat ve özen olarak tanımlanabilecektir²⁹. Buna göre yüklenici içinde bulunduğu durumun özelliklerine göre ortalama bir kişinin gösterdiği özeni göstermediği takdirde ağır kusurlu sayılabilecektir.

Yukarıda yüklenicinin niteliği gereği sözleşmenin uzman tarafı olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, eser sözleşmeleri bakımından yüklenici ortalama bir insanın göstermesi gereken dikkat ve özen ölçüsünden yararlanamaması gerekir. Bu nedenle yüklenicinin ihmale ilişkin sorumluluğunun normal bir insana göre değil, aynı veya benzer işleri yapan yükleniciler arasında karşılaştırma yapılarak belirlenmesi daha sağlıklı ve doğru sonucu ortaya koyacaktır. Dolayısıyla yüklenicinin eserin ayıplı olmasında kusurunun derecelendirilmesi için aynı veya benzer bir işi yapan yüklenicinin göstermesi gereken dikkat, özen, sadakat borçlarıyla birlikte değerlendirilmesi lazım gelecektir.

Yukarıdaki örneğimize geri dönecek olursak; görüldüğü üzere somut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde birçok husus kararlaştırılmadan geçilmiştir. Bu noktada yüklenici en azından orta kalitede bir inşaatı ortaya koymak zorunda olmakla birlikte, somut olaydaki şartlara göre kullanılması gereken malzemelerin ve eserin nitelikleri değişiklik gösterebilir. Buna göre yapılacak inşaatta kat maliklerine düşecek arsa paylarının değerinin 4 milyon TL olacağı bir binanın taşınması beklenen nitelikler ile yine çplak arsa paylarının değeri 50 bin TL olan bir binanın taşınması beklenebilecek nitelikler şüphesiz farklı olacaktır. Sözleşmede herhangi bir belirleme yapılmamış olsa dahi bu bahsi geçen yerlerden birinde kullanılacak malzemelerin (ışıklandırma sistemleri,

29 Tandoğan, Mes'uliyet, s. 55.

döşemeler, kaplamalar vs.) diğeri için aşırı lüks ve gereksiz olacak olması, yine aynı şekilde birinde kullanılan malzemelerin diğeri için aşırı değersiz ve basit kalacak olması nedeniyle, yüklenici tüm bu durumları değerlendirerek ona göre uygun hareket etmelidir. Paralel şekilde yukarıda verilen 18 katlık bina örneğinde, her ne kadar bir belirleme yapılmamış olmasına rağmen yüklenicinin binayı asansör de bulunacak şekilde inşa etmesinin beklenmesi gerekir. Uzmanlığı gereği yüklenicinin bu gibi durumları öngörerek buna göre hareket etmesi gerekecektir. Ancak yüklenicinin yine de arsa sahibine durum bildirilerek ondan onay alınması faydalı olacaktır.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse; öncelikle yüklenicinin kasti davranışları onun ağır kusurlu addedilmesine neden olacaktır. Bunun gibi, yüklenicinin normal şartlar altında, aynı veya benzer işi yapan bir yüklenicinin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi ve buna bağlı olarak mesleki uzmanlığını somut olay şartlarına uygun şekilde kullanmaması hallerinde de ağır kusurlu sayılır. Dolayısıyla bahsi geçen durumlarda eser sözleşmesinde yüklenici ağır kusurlu sayılacak ve buna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

V. YÜKLENİCİNİN AĞIR KUSURU HALİNDE UYGULANACAK ZAMANAŞIMI

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin ağır kusurlu olmasının en büyük sonucu ise ayıba ait hakların kullanılmasına uygulanacak zamanaşımı sürelerine ilişkindir. Yukarıda bahsedildiği üzere 818 sayılı kanunumuzda zamanaşımına ilişkin madde; *“Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir.*

Fakat gayrimenkul inşaata müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin *mütaahhide ve inşaata iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir.*” şeklinde düzenlenmişti³⁰.

Zamanaşımı hususu yeni kanunumuzda ise *“Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”* şeklinde kaleme alınmıştır³¹.

Buna göre yeni kanunumuz döneminde yüklenicinin ayıplı eser meydana getirmesi halinde açılacak olan davalar, taşınır, taşınmaz ve yüklenicinin ağır kusurlu olduğu haller olarak üç farklı zamanaşımı tabi olacaktır. Öncelikle eser sözleşmesinin konusunu oluşturan ayıplı taşınırlara ilişkin süre kanunda açıkça belirtildiği üzere iki yıldır³². Bu süre eserin iş sahibine teslimi ile başlayacaktır³³.

30 BK md. 363.

31 TBK md. 478.

32 Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 460.

33 Gümüş, Özel II, s. 70; Zevkliiler/Gökyayla, a.g.e., s. 525; Kurt, a.g.e., s. 43.; Uçar, Teslim, s. 548.;

İkinci süre ise konusunu taşınmazların oluşturduğu eser sözleşmelerine ilişkindir. Buna göre konusunu taşınmazların oluşturduğu eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıplı eserden sorumluluğuna ilişkin açılacak davalar teslim tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır³⁴.

Son olarak 6098 sayılı kanunumuzda yeni olarak yer alan “ağır kusur kavramı çerçevesinde” yüklenicinin ağır kusurlu olduğu eser sözleşmelerinde ise zamanaşımı süresi teslimden itibaren 20 yıl olarak uygulanacaktır³⁵. Her ne kadar çıkış noktası 1999 depremi ve inşaat sözleşmeleri olduğu belirtilmiş olsa da bahsi geçen 20 yıllık süre maddenin lafzi ışığında hem taşınmaz hem de taşınırlara uygulanacaktır.

Zamanaşımına ilişkin hususiyet arzeden durumlardan bir tanesi ise yüklenicinin ayıplı eser teslimi karşısında iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkına ilişkindir. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin genel hükümlere tazminat hakkına ilişkin zamanaşımı içi genel hükümlere ve öncelikle 146. ve 147. maddelere bakmamız gerekecektir. 146. maddeye göre kanunda aksi belirtilmedikçe her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. 147. maddedeki düzenlemeye göre ise yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusurla hiç ya da olması gerektiği gibi yerine getirmemiş olması halinde eser sözleşmesinden doğan alacakların 5 yıllık zamanaşımına tabi olacakları kaleme alınmıştır.

Belirtilen maddeler incelenecek olursa; öncelikle 147. madde hükmünden anlaşıldığı kadarıyla eser sözleşmesinde ayıplı eser karşısında haklarını kullanmak isteyen iş sahibinin riayet etmesi gerekli olan zamanaşımı 5 yıl olacaktır. Dolayısıyla eser sözleşmesinde 475. maddede sayılan seçimlik haklarını (Sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelden indirim ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarımı) kullanmak isteyen iş sahibi taşınırlarda 2 yıl ve taşınmazlarda 5 yıllık süreye uymak zorunda olacaktır. Diğer taraftan genel hükümlere göre istenecek tazminatın tabi olacağı zamanaşımı süresinin ise 5 yıl olacağı sonucuna varmak gerekecektir. Bu nedenle eser sözleşmesinde iş sahibi seçimlik haklarıyla karşılanamayan zararını genel hükümlere başvurmak suretiyle 5 yıl içerisinde talep ve dava edebilecektir.

Bu noktada ortaya çıkabilecek bir mesele ise yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının tabi olacağı zamanaşımı süresine ilişkindir. Ağır kusur harici durumlarda 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını yukarıda belirtmiştik. Yüklenicinin ağır kusurunun varlığında ise kanımızca 2 farklı zamanaşımı süresinin karşılaştırılması gerekecektir. Buradaki ilk süre 146. maddedeki 10 yıllık süre ve 478. maddedeki 20 yıllık süredir.

Burada uygulanması gereken zamanaşımı süresine ilişkin iki ihtimal ortaya çıkabilir. İlk ihtimale göre, iş sahibi, yüklenicinin ayıplı eser teslimi karşısında genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını kullanmak istediği taktirde 475. maddede yapılan

Aydoğdu/Kahveci, a.g.e., s. 679.

34 Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 460.

35 Yavuz/Acar/Özen, a.g.e., s. 460.

atf dolayısıyla doğrudan ve sadece genel hükümlere gitmeliyiz. Bahsi geçen hüküm 475. maddede yer alan hüküm "...iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır..." şeklinde kaleme alınmıştır. Maddenin lafzına ve atf yaptığı hükümler değerlendirildiği takdirde yüklenicinin ayıplı eser teslimi karşısında tazminat isteme hakkını kullanmak isteyen iş sahibinin yalnızca genel hükümlerin çizdiği sınırlar içerisinde kalması gerektiği sonucu çıkarılabilecektir. Çünkü 475. madde özel olarak düzenleme yaparak genel hükümlere gidilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu yoruma göre taşınır veya taşınmaz eserlerde iş sahibin tazminat isteme hakkı kural olarak 147. madde hükmüne göre 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Diğer taraftan yüklenicinin ağır kusurunun var olduğu eser sözleşmelerine ise yine aynı madde ve genel zamanaşımı süresini düzenleyen 146. madde hükümleri göz önüne alındığında 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı sonucu ortaya çıkarılabilir. Dolayısıyla lafzi yorum bizi 146. ve 147. maddelerdeki 5 ve 10 yıllık süreleri kullanma sonucuna götürecektir. 20 yıllık sürenin düzenlenmemiş olduğu eski kanun döneminde de Yargıtay'ın, ağır kusur halinde 10 yıllık zamanaşımı süresine itibar ettiği görülmektedir³⁶.

Bu duruma ilişkin ikinci bir yorum daha yapılabilecektir. Şöyle ki, her ne kadar kanunun lafzı bizi genel hükümler çerçevesinde hareket etmeye zorluyor olsa da, diğer taraftan kanunun ve ağır kusura ilişkin düzenlemenin getiriliş mantığını da ele almak gerekir. Bu nedenle 475. madde yalnızca genel hükümlerden bahsetmiş olsa bile, 478. maddede ağır kusur halinde hem taşınmaz hem de taşınır eserler için uygulanacak 20 yıllık sürenin bulunması karşısında farklı bir yorum yapmanın da mümkün olacağı söylenebilir.

Kanımızca yukarıda belirtilen maddelere göre lafzi yorumla 5 yıl ve 10 yıllık sürelerin uygulanması kabul edilebilecek olsa da, kanunun ve eser sözleşmesi için getirilen yüklenicinin ağır kusuruna ilişkin düzenlemenin ruhuna ve mantığına da uygun olarak, yüklenicinin ağır kusurunun var olduğu eser sözleşmelerinde iş sahibini tazminat hakkına ilişkin zamanaşımı süresini 20 yıl olarak ele almak yerinde olacaktır. Sonuç olarak bize göre taşınır veya taşınmaz olduğuna bakılmaksızın eser sözleşmelerinde genel hükümlere göre tazminat istenebileceğine ilişkin düzenlemeden faydalanacak olan iş sahibi bu hakkını 5 yıl ve ağır kusurun söz konusu olduğu hallerde ise 20 yıl içinde kullanmalıdır. Bunun dışında ayıplı eser karşısında kullanılmak istenen seçimlik haklar ise yine kanunda belirtildiği şekilde taşınır için 2, taşınmazlar için 5 ve yüklenicinin ağır kusuru halinde tüm eserler için 20 yıl olarak uygulanmaya devam edecektir.

36 Yarg. 15. HD., 23.11.2006 T., 2006/6624 E., 2006/6807 K.: "...Yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişki teslim tarihinde son bulmuştur. Bu tarih, kesin kabulün onay tarihidir. 2886 sayılı Yasa'nın göndermede bulunduğu BK'nın 363. maddesi, aynı Yasa'nın 6763 sayılı Yasa'yla değişik 126 /son maddesi hükmü karşısında uygulanamaz hale gelmiştir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflarda, satım aktinde uygulanan BK'nın 215. maddesinin tatbiki mümkün değildir. BK'nın 126 /son maddesi hükmünce de yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç 5 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Buna göre yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmedeği ve ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı iş meydana getirmiş olduğu haller madde kapsamı dışında bırakıldığından bu gibi durumlarda BK'nın 125. maddesinde yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir..." (K.İ.B.)-(Nihat Yavuz, Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Adalet Yayinevi, Ankara, 2011, s. 158.).

Değınilmesi gereken bir diğler husus ise yeni kanunumuzda düzenlenen bu zamaşımı sürelerinin uygulanmasına ilişkindir. Bunun için yeni kanunumuzun yürürlüğüne ilişkin Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna bakmamız gerekecektir. 6101 sayılı bu kanuna baktığımızda; md. 5/1'e göre yeni Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden önce başlamış olan süreler devam edeceklerdir. Dolayısıyla bu sürelerin, eski kanun döneminde başlamış sürelerle bir etkisi olmayacak ve bu süreler işlemeye devam edecek, bitmiş süreler canlanmayacaktır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre eski kanunda bulunmayan ve yeni kabul edilmiş bir süre bulunması ve bu süre de eski kanuna göre dolmuş ise iş sahibi açık hüküm gereği yürürlük tarihinden 1 yıllık ek bir süreden faydalanabilecek idi. Diğler durumlarda ise yeni düzenlemede getirilen 20 yıllık süre baştan itibaren uygulanacaktır.

VI. SONUÇ

İlk olarak yüklenicinin ağır kusuruna bakılacak olursa; eser sözleşmesinde yüklenici ayıplı bir eser ortaya çıkarılması halinde buradaki kusurunu ilk olarak normal şekilde ikinci olarak ise ağır kusur başlığı altında değerlendiriyoruz. Bu noktada tanımlanması gereken ise şüphesiz ağır kusur kavramıdır.

Öncelikle ağır kusur kavramının içerisine yüklenicinin kastının gireceğinde tereddüt bulunmamak gerekir. Zira ayıplı eserin ortaya çıkarılmasında yüklenicinin göstereceği en ağır davranış türü kast olacaktır. Kast ise bilerek ve isteyerek hareket etmektir. Dolayısıyla yüklenicinin ayıplı malzeme, üretim tarzı, kullanılan teknikleri bilerek ve isteyerek kullanmış olması açık ve bariz bir şekilde ağır kusurlu olmasına neden olacaktır. Bu nedenle ayıplı eserin imal/inşa edilmesine kasti davranışlarıyla sebebiyet veren yüklenicinin ortaya çıkardığı eser, ağır kusura ilişkin hükümlere tabi tutulacaktır.

Yüklenicinin ağır kusurlu sayılmasına neden olacak ikinci ihtimal ise üzerine aldığı işin imal/inşasına ilişkin ağır ihmaldir. Buna göre ortalama bir insanın normal şartlar altında aynı veya benzer bir işin görülmesi aşamasında göstermesi beklenen ortalama dikkat ve özenin gösterilmemiş olması kişiyi ağır kusurlu yapacaktır. Eser sözleşmesi açısından bakıldığında yüklenicinin durumu biraz daha ağır olacaktır. Zira yüklenici sözleşmenin uzman tarafını teşkil etmektedir. Bu nedenle ağır kusur bakımından ölçüt aldığımız, gösterilmesi gereken dikkat ve özen hususu, normal bir insana göre değil, aynı veya benzer bir işi yapan yükleniciye göre esas alınmalıdır. Dolayısıyla, yukarıda verdiğimiz çeşitli örneklerde de görüleceği üzere her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir.

Değindiğimiz ikinci mesele ise ağır kusura ilişkin uygulanacak zamanaşımı sürelerine ilişkindir. Buna göre ister bir taşınmaza isterse bir taşınıra ilişkin olsun, eser sözleşmesinde genel hükümlere göre tazminat isteyecek olan iş sahibi kural olarak bu alacağını 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürmelidir. Ancak yüklenicinin ağır kusurlu olduğu eser sözleşmelerinde ayıptan doğan tazminat hakkını kullanacak olan iş sahibinin tabi olacağı zamanaşımı süresi bakımından iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, eğer kanunun lafzı dikkate alındığı taktirde genel hükümlerin çizdiği sınırlar içinden çıkılmayarak, 5 yıl ve ağır kusur halinde ise genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresini uygulamak gerekecektir.

Bizce de uygun olan diğer yoruma göre ise kanunun ve ağır kusura ilişkin düzenlemenin ruhuna göre hareket etmek gerekecektir. Diğer taraftan, genel hükümlere göre istenebilecek olan tazminatın, seçimlik haklarla karşılanamayan zarara ilişkin olarak kullanıldığı da düşünüldüğünde, seçimlik hakların 20 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmasına karşılık, tazminat isteme hakkına ilişkin zamanaşımı süresinin 10 yıl olarak kabul edilmesi bu hususta sıkıntılar ortaya çıkarabilecektir. Dolayısıyla, yüklenicinin ağır kusuruyla ayıplı bir eser imal veya inşa ettiği eser sözleşmelerinde, iş sahibi ayıba ilişkin haklarıyla birlikte veya tek başına tazminat hakkını kullanmak istediği durumda, artık kanunun amacına ve ruhuna göre hareket edilerek 20 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması daha uygun düşecektir.



TAPU SİCİLİNİN HUKUKA AYKIRI TUTULMASINDAN DEVLETİN SORUMLULUĞU

*The Responsibility of State for Record Keeping Contrary to Land
Registration Law*

Arş. Gör. Evin Emine Demir*

ÖZET

Devlet kamu kudretine dayanarak tuttuğu tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan zararlardan kusursuz sorumludur. Söz konusu sorumluluğun doğması için tapu sicilinin tutulmasına ilişkin bir eylem veya ihmalin bulunması, tapu sicilinin tutulmasına ilişkin eylemin veya ihmalin hukuka aykırı olması, zarar meydana gelmiş olması ve hukuka aykırı tapu sicili işlemi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Devletin buradaki sorumluluğunun hukuki niteliği ise asli, objektif ve kamu hukuku niteliğine sahip bir sorumluluktur.

Anahtar kelimeler: Tapu sicili, kusursuz sorumluluk, asli sorumluluk

ABSTRACT

Based on the amount of public power, State is strict responsible for records which are kept contrary to the land registration law. For this responsibility, there must be an act or omission relating to land registry, unlawful actions relating to retention or omission, damage that has occurred because of this act or omission and a causal link between unlawful damage and the land registry. Legal nature of the responsibilities of the State can be defines as a primarily, objective and related with public law responsibility.

Key words: Land registry, strict liability, the primary responsibility

I. GİRİŞ

Tapu sicili, Devlet adına devlet memurları vasıtasıyla tutulur. Devlet kamu kudretine dayanarak tapu sicilini tutar. Taşınmazlar üzerindeki hakların kamuya açıklanmasını sağlamak amacıyla hizmet eden tapu sicili belli bazı ilkeler doğrultusunda tutulur. Bunlardan tapu siciline güven ilkesi ile tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu ilkesi tapu sicili işlemleri yapılırken veya buna benzer kayıtlar tutulurken özen gösterilmesini zorunlu kılar. Zira bu denli önemli bir hizmet yürüten Devletin, sicilin yolsuz tutulmasından kaynaklı zararlara katlanması doğal bir sonuç olarak kabul edilir.

Tapu sicilindeki kayıtların gerçek hukuki durumları ile uyum içinde olması gerekir. Gösterilen dikkat ve özene rağmen, sicildeki bilgilerin eksik veya yanlış olması veya kaydın gerçek hukuki durumunu yansıtmaması halinde ise tapu sicilinin yanlış tutulmasından dolayı hak sahipleri ya da üçüncü kişiler zarar görebilir. Bu zarar sadece hak sahiplerinin değil, toplumun tapu siciline olan güvenini sarsacak mahiyette olduğundan tapu sicilinin güvenilir olma niteliğini kaybetmemesi ve bu yanlış tutulan kayıtlardan zarar gören ilgililerin zararlarının giderilebilmesi için kanun koyucu tapu sicilinin tutulması görevini üstlenen devletin bu görevini yerine getirirken doğan zararlardan sorumlu olmasını düzenlemiştir.

Bu çalışmada konu ayrıntılı olarak incelenme yoluna gidilecektir. Öncelikle tapu sicili ve teşkilatı hakkında bilgi verildikten sonra, devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğunun hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Devamında tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından devletin sorumlu tutulabilmesinin şartları irdelenip tapu memurunun şahsi sorumluluğu ve devletin rücu hakkından bahsedilecektir. Son olarak doğan bu zararlar için görevli ve yetkili mahkeme ile zamanaşımı konuları ele alınacaktır.

II. TAPU SİCİLİ TEŞKİLATI VE TAPU SİCİLLERİ

1. TAPU SİCİLİ TEŞKİLATI

Tapu sicillerini tutacak teşkilat TMK m.1006 ile özel kanuna bırakılmıştır ki bu teşkilat, 25 Haziran 1932 tarihli ve 2015 sayılı Tapu Sicil Müdürlüğü ve Tapu Sicil Muhafızlığı Teşkilatı'na Dair Kanun'la kurulmuştur.¹

Bu teşkilat geçmişten günümüze birçok kanun ile yeniden düzenlenme yoluna gidilmiş; son olarak 25.11.2010 tarih ve 6083 sayılı Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunla² Tapu Sicili Teşkilatı yeniden düzenlenmiştir.³

1 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 149

2 Kanun 14.1.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 2.11.2011'de yürürlüğe girmiştir.

3 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 149

Tapu sicil müdür ve memurlarının sicille ilgili görev ve yetkileri, Medeni Kanun'un ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün hükümlerine tabidir. Bunların yanı sıra Tapu Kanunu ile Kat Mülkiyeti Kanunu'nda da tapu sicilinin tutulması ile ilgili özel hükümler mevcuttur.⁴

2. TAPU SİCİLLERİ

Aynı hak ilişkilerinde, hak ve işlem güvenliğinin sağlanabilmesi için aynı hakların üçüncü kişiler tarafından açıkça görülebilecek bir biçimde dışa yansımaları, başka bir deyişle aleni olmasına bağlıdır.⁵

Aynı haklarda aleniyet taşınırlarda zilyetlik aracılığıyla sağlanır. Taşınmazlar bakımından ise büyük ekonomik değerler taşınması, taşınmazların rehni yoluyla elde edilen kredilerin önemi gibi sebeplerle zilyetlikten daha güçlü bir aleniyet aracının varlığına ihtiyaç duyulur. Bu sebeplerdir ki, kanun koyucu taşınmazlar üzerindeki aynı hakları aksettirmek adına tapu sicillerini ihdas etmiştir.

Türk Medeni Kanununun 997. maddesinin 2. fıkrası ile Tapu Sicili Tüzüğü'nün 6. maddesine göre Tapu Sicili, ana siciller olarak Tapu Kütüğü, Kat Mülkiyeti Kütüğü ile bunları tamamlayan Yevmiye Defteri ve Belgeler ile planlardan oluşur. Tüzük yardımcı siciller olarak Mal Sahipleri Sicili, Aziller Sicili, Düzeltmeler Sicili vb. öngörmüştür.

Tapu sicilleri, gayrimenkullerin aynı haklar bakımından mevcut ve önceki hukuki durumunu gösteren resmi sicillerdir. TMK m. 7'de düzenlenen resmi sicillerden tapu sicilinin içeriğinin doğruluğu karine olarak kabul edilir. Bu sayede tapu sicilindeki kayıtlara herkes güvenebilmektedir.

Tapu sicilinin güvenilir bir araç olarak aleniyeti sağlayabilmesi, tapu sicilinin yolsuz tutulmasının ilgililer yönünden doğuracağı zararların giderileceği hususunda kanuni bir teminatın varlığını gerekli kılmıştır.⁶ TMK m.1007 tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan zararları ödemekle Devleti yükümlü tutmuştur. Bu sayededir ki tapu siciline duyulan güvenin devamlılığı sağlanmış olur. Aksi bir durumda hak ve işlem güvenliği sağlanamayacağından kişilerin ekonomik menfaatlerinin olumsuz yönde etkilenmesi kaçınılmaz olurdu.⁷ Peki Devlet, hangi tapu sicillerinin hukuka aykırı tutulmasından sorumlu olacaktır?

Devlet, yalnızca ana (asıl) tapu sicil unsurlarının tutulmasından doğan zararlardan değil, yardımcı tapu sicil unsurlarındaki kayıtlarının yanlış tutulmasından da sorumludur.⁸

4 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 149

5 AKİPEK/AKINTÜRK, Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 276

6 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 276 vd.

7 ESENER/GÜVEN, Eşya Hukuku, Yetkin Basım, Genişletilmiş 4.bs. , Ankara 2008, s. 110

8 ERTAŞ ,Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Eşya Hukuku, Seçkin Yayınları, 5.bs., Ankara 2009, s. 127; GÜRSOY/EREN/CANSEL'e göre, " ...fer' i sicillerin yolsuz tutulması, asli sicillerin yolsuz tutul-

Devlet, tapu sicil muhafız veya memurunun sicili hukuka aykırı tutmuş olmasından sorumludur. TMK m.1007'de yer alan tapu sicili deyimine eski ve yeni bütün siciller girer.⁹ Bir İçtihadı Birleştirme Kararında, tapu sicilinde meydana gelen yolsuzluktan dolayı devletin sorumluluğunun Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki kayıtlara da şamil olduğu yani devletin eski tapu sicil kayıtlarındaki yanlışlıklardan da sorumlu olacağı beyan edilmiştir¹⁰. Aynı şekilde kat mülkiyeti kütüğünün tutulmasından da devlet, TMK m. 1007'e göre sorumludur.

III. DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. ASLİ SORUMLULUK

Devlet'in, TMK m.1007'de tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğu aslidir. Yani, tapu sicilinin yolsuz tutulmasında, zarar tapu memurunun veya denetim makamının kusuru sonucu meydana gelmiş olsa dahi, Devlet'in sorumluluğu asli sorumluluk olduğundan mütevellit yine birinci derecede Devlet sorumlu olacaktır.¹¹ Bu sebeptendir ki tapu sicilinden zarar gören kimse, uğramış olduğu zararın tazminini Devlet'ten talep edebilir.

2. OBJEKTİF SORUMLULUK

Borçlar Kanunumuzda haksız fiil sorumluluğu, kural olarak fiilin hukuka aykırılığına ve failin kusurlu olmasına dayandırılmıştır.¹² Bu sorumluluğun temelini bir kusur teşkil ettiğinden kusur sorumluluğu olarak da adlandırılır. Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinde kusur sorumluluğu şu şekilde ifadesini bulmuştur;

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Kusur sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 49'da da görüldüğü üzere esas unsur kusur olup kusur yoksa sorumluluktan da söz edilemeyecektir. Kusur sorumluluğunun kusur dışındaki diğer unsurları şunlardır: hukuka aykırılık, zarar ve eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığıdır.

Borçlar Kanunu ve diğer bazı kanunlarımızda (*sözgelimi Taşınmaz malikinin sorumluluğu(MK m. 730), Motorlu Taşıt İşletenin Sorumluluğu (2918 sayılı K. m. 85), Çevre Kanununda Çevreyi Kirletenin Sorumluluğu (2872 sayılı K. m. 28)) haksız*

masına sebebiyet verdiği oranda, bir zarara yol açabilir.Bu bakımdan, devletin sorumluluğu için önemli olan asli sicillerin tutulmasıdır...” Türk Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1978 , s. 222

9 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 278; ESENER/GÜVEN, a.g.e., s. 110 ; ERTAŞ, a.g.e. , s.127

10 İBK 15.3.1944 tarihli ve 13/8 sayılı, (RG 28.6.1944, S. 5742)

11 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 280; SİRMEN, Tapu Sicilinin Hukuka Aykırı Tutulmasından Devletin Sorumluluğu,Ankara 1976, s.30

12 OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. bs. , Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, C. 2, s. 131

fiil sorumluluğunun yanı sıra, kusur veya hukuka aykırılık unsurları aranmaksızın sorumluluğun düzenlendiği haller de mevcuttur. Bu haller doktrinde “objektif sorumluluk” veyahut “sebeb sorumluluğu” olarak adlandırılmışlardır.¹³

Kusursuz sorumluluk hallerinin ayrıma tabi tutulması da doktrinde farklı yaklaşımlara sebep olmuştur. Bir görüş¹⁴, kusursuz sorumluluk hallerini, olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olarak ikili bir ayrıma tabi tutarken diğer görüş¹⁵ hakkaniyet sorumluluğu, nezaret ve ihtimam gösterme yükümünden doğan sorumluluk ve tehlike sorumluluğu şeklinde üçlü bir ayırım yapmaktadır.

Biz konumuz olan “Devletin Tapu Sicilinin Hukuka Aykırı Tutulmasından Doğan Sorumluluğu” üzerinde duracak olursak;

Türk Medeni Kanununun 1007. maddesinin ilk fıkrasında, tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu hükümle kusur aranmayan bir sorumluluk hali getirildiği aşikârdır.

Tapu sicillerinin tutulmasından devletin sorumluluğu objektif sorumluluk¹⁶ olarak büyük ölçüde kabul görmekte; buna karşılık bu kusursuz sorumluluğun hangi esasa dayandığı doktrinde bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Birçok yazar¹⁷ kusursuz sorumluluğun tehlike sorumluluğu olduğunu kabul ederken, kusursuz sorumluluğu devletin çalıştırdığı memurlara özen ve nezaret gösterme sorumluluğuna dayandıran yazarlar¹⁸ da mevcuttur. Bu tartışmaya rağmen ortak nokta Devletin, tapu sicil muhafız veya memurunun kusuru bulunmasa dahi sicilini hukuka aykırı olarak tutulmuş olmasından sorumlu olacağıdır.

Devletin buradaki kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için tapu sicilini tutan memurların kusurlu olmaları şartı aranmamaktadır; Devletin sorumluluğu objektif mahiyettedir. TMK m. 1007’ye göre davacı zararını tazmin ettirmek için bu zararın tapu örgütüne ait herhangi bir memurun kusurundan ileri geldiğini ispat etmek zorunda olmadığı gibi, Devlet de tapu memurunun kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle tazminat ödemek yükümünden kurtulamaz.¹⁹

13 OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e. , s. 3vd.

14 OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e. , s. 131 dn 1’de sayılanlar

15 TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981, s. 1 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e. , s. 131 dn 2’de sayılanlar

16 ESENER/GÜVEN, a.g.e. , s. 110; ERTAŞ, a.g.e. , s. 127; KILIÇOĞLU, Sorumluluk Hukuku, Cilt:1, Turhan Kitabevi, 1. Bası, Ankara 2002, s. 448 ; Aynı yönde bkz. 4. HD, 26/1/1981 T, 1980/12644 E, 1981/518 K (İMAMOĞLU, Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010 s. 560 vd.)

17 KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, Cilt: 2, Beta Basım, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Bası., İstanbul 2003, s. 838; Kusursuz sorumluluğun tehlike sorumluluğu olduğu, Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Bkz HGK 8/10/2008 T, 2008/4-591 E, 2008/609 K ; 1.HD 1/3/2012 T, 2012/1785 E, 2012/2199 K (Kazancı Bilişim- İċtihat Bilgi Bankası)

18 İMRE, Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul Akgün Matbaası, İstanbul 1949 , s. 197; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, Eşya Hukuku , Filiz Kitabevi, Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası , İstanbul 1989, s. 457

19 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e., s. 458 ; SİRMEN ,a.g.e. , s. 34

Başka bir deyişle, burada kusursuz sorumluluğun varlığını ispat eden mağdura karşı, davalı Devlet sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak bir sebebin varlığını iddia edemez. Yani, burada sözü edilen kusursuz sorumluluk, devlet için oldukça ağır bir sorumluluktur. Nitekim devletin bu sorumluluktan kurtulabilmesi için kurtuluş beyinesi getirme imkânı da söz konusu değildir.²⁰

3. SORUMLULUĞUN KAMU HUKUKU NİTELİĞİ

Bir kamu hizmeti olan tapu sicilinin tutulmasından dolayı Devlet'in sorumluluğunun TMK' da düzenlenmiş olması sorumluluğun gerçek yerinin tespiti sorununun beraberinde getirmiştir. Bir görüşe göre Devlet'in TMK m. 1007'deki sorumluluğu memurların sorumluluğunun (TBK 49 vd.) bir uzantısıdır. Bunun için de burada tam anlamıyla özel hukuka ait bir talep hakkı söz konusu olmaktadır.

Buna karşılık çoğunluğun görüşü Devletin sorumluluğunun kamu hukuku niteliği üzerinde birleşir. Devlet, tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan dolayı hem birinci derecede, hem de memurların kusuru aranmaksızın sorumluluğuna göre, Devlet'in sorumluluğu memurların sorumluluğunun bir uzantısı olamaz.²¹

Devletin TMK'daki sorumluluğunun kamu hukukunun düzenleme alanına girmesine rağmen sorumluluk kuralının Medenî Kanun'da yer alması, bu kuralın özel hukuka ait olduğunu göstermez. Devlet'in sorumluluğu ile tapu sicili sistemi arasındaki sıkı ilişki, kanun koyucuyu, özel bir kamu hukuku kuralı ile Medenî Kanun'da yapmaya itmiştir. Yoksa biçimsel düzenleniş, sorumluluğun özünü değiştirecek mahiyette değildir.²²

IV. DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

1. TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINA İLİŞKİN BİR EYLEM VEYA İHMALİN BULUNMASI

Tapu sicilinin tutulması birçok eylem ve işlemlerden oluşur. Devletin sorumlu tutulabilmesi için, sicildeki yolsuzluk sebebiyle uğranılan zarar, sicil tutma kavramına giren bir işlemde veya böyle bir işlemin ihmalden ileri gelmelidir.²³ Sicil tutma işlemlerine örnek vermek gerekirse, asli sicillere yapılan bütün tesciller, sicillerden suret vermek²⁴, ipotekli borç ve irat senetleri düzenlemek vs.

Sicillerin tutulması ile ilgili muamelelerin nasıl yapılacağı Medeni Kanun ve

20 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 280

21 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e. , s.225; SİRMEN ,a.g.e., s. 38

22 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e. , s.225; SİRMEN ,a.g.e., s. 39

23 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s.222

24 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP' a göre, "... örnek çıkarmak, sicil tutma faaliyetleri arasına girmez. O halde buradaki sorumluluğun MK m. 917 hükmüne dayatılması doğru olmaz." a.g.e., s. 456-457

diğer tapu mevzuatlarında özellikle de Tapu Sicil Nizamnamesinde gösterilmiştir. Buradaki hükümlere aykırı olarak yapılan muameleler, tapu gereği gibi tutulmaması anlamına gelir.²⁵

TMK m. 1023 tapudaki yolsuz bir kaydı doğru zannederek hareket eden iyi niyetli üçüncü şahısların iyi niyetle aynı hak iktisap etmelerine imkân vermiştir. Ancak bu düzenleme tapu sicilindeki kayıt yanlışlıkları yüzünden asıl hak sahiplerinin bu haklarından yoksun kalma tehlikesini beraberinde getirmiştir. Bu durumda her halükarda TMK m. 1007'yi uygulamak mümkün değildir. Tapu sicilindeki bir kayıt, çeşitli sebeplerle hakiki durumu aksettirmeyen “yanlış” veya “yolsuz” bir hal almış olabilir. Örnek vermek gerekirse, adı muvazaalı bir satışa dayanan tescil, hukukumuzca geçerli değildir. Bu sicil kaydına rağmen satıcı mülkiyet hakkını muhafaza etmeye devam eder. Tapudaki kayıt yolsuz bir tescil olsa bile iyi niyetli üçüncü kişi tapu sicilindeki söz konusu kayda güvenerek aynı hak iktisabında bulunabilecektir. Böyle hallerde TMK m. 1007 mülkiyet hakkını kaybeden malike devletten tazminat istemek hakkını vermemektedir. Çünkü aynı hak kaybı ancak tapu sicilinin tutulmasındaki yanlışlıktan ileri gelmişse devlet kusursuz sorumlu tutulacaktır.²⁶ **Söz konusu örneğimizde zarar sicil dışındaki unsurlara duyulan güven sonucunda meydana gelmiştir.** Dolayısıyla sicil kayıtlarının tutulması ve muhafaza edilmesi görevinin ifası ile ilgili olmayan bir kayıt yanlışlığından kaynaklı herhangi bir tazminattan Devlet sorumlu tutulamaz.²⁷

Tapu sicilinin kuruluş safhasında yapılan işlemlerin, sicil tutma kavramı içine girmeyeceği görüşünün aksine doktrindeki hâkim görüş, kavramın sicilin kuruluş safhasını da içine aldığı savunur. Buna göre, devlet tapu sicilinin kuruluşu sırasında yapılan kayıtların sebep olduğu sicil yolsuzluklarından mütevellit sorumlu tutulmalıdır.²⁸ Daha önce belirttiğimiz gibi²⁹, devletin eski tapu sicillerinin tutulmasından dolayı da sorumlu tutulmaktadır. Hal böyleyken, kanaatimizce devletin tapu sicilinin kuruluşu safhasında kayıtların sebebiyet verdiği sicil yolsuzluklarından sorumlu tutulması evleviyetle mümkündür.

Tapu sicilinde taşınmazın sınır ve yüzölçümü kayıtlardan devletin sorumlu olup olmadığı hususunda bir ayırım yapmak gerekir. Şöyle ki, taşınmazın sınır ve yüzölçümü kayıtları kadastro tespitlerine dayanıyorsa, bunlardaki hatalardan devletin sorumlu olması lazımdır.³⁰ Kadastro muameleleri, kural olarak, sicil tutma ve tapu sicili işlemi kavramı içine girmese³¹ de kadastro neticesinin tapu sicillerine yanlış

25 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 277

26 Aynı yönde bkz. HGK, 22/3/1969 T ,3/993 E ,184 K (UYAR, Türk Medeni Kanunu Gerekçeli ve İçtihatlı , Cilt :5, Feryal Matbaacılık, Ankara 2003, s.4963 vd.)

27 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, a.g.e. (12.bası) , s.132

28 SİRMEYER, a.g.e., s. 60; GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s.223

29 Bkz. s. 3

30 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 278; ERTAŞ, a.g.e., s. 130 ;Aynı yönde 4.HD, 11/3/2010 T, 2009/14507 E, 2010/2683 K (GÖKCAN, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s.472)

31 Bkz. 4.HD, 25/12/2006 T, 19/14511 ; YHGK 26/10/1980 T, 1978/4-624 E, 1980/2478 K ; 4.HD,2971/2012 T, 9468/988 (GÖKCAN, a.g.e., s.471 vd)

işlenmesi artık tapu sicillerinin tutulması faaliyeti olduğundan devlet sorumlu olmaktadır. Buna karşılık henüz kadastrosu yapılmamış yerlerdeki zabıt defterlerindeki taşınmazların yüzölçümü ve sınırları tahmini beyanlara dayandığından, buradaki yanlışlıklardan devlet sorumlu olmamalıdır.³²

Gayrimenkullerin evsafının (niteliğinin) yanlış gösterilmiş olmasından doğan zararlardan devletin sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesi ise tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, vasıf yanlışlıklarının mahiyeti üzerinde durulmadan bundan doğacak bütün zararları TMK m. 1007 dışında bırakmanın kanunun ruhu ve amacına uygun olmadığını savunmaktadır.³³ Çünkü tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından devletin sorumluluğu bu işte çalıştırdığı memurların hata yapması hususunda, özen ve nezaret göstermesi zorunluluğuna dayanır.³⁴ Taşınmazların niteliklerinin yanlış gösterilmesinden doğan zararlardan dolayı devletin sorumlu olmayacağını savunan aksi yöndeki görüş ise bu hususların doğru olup olmadığını başka yoldan öğrenmenin mümkün olmasına dayandırmaktadır.³⁵ Örneğin, harap olan bağımsız bölümünü tapu idaresine bildirmeyen kat maliki ve yönetici doğabilecek zararlardan sorumlu olur, bu sebeple devlet TMK m.1007'ye göre sorumlu tutulmaz. Çünkü bunların doğru olup olmadığını başka yoldan öğrenmek mümkündür. KMK m.48 f.1 bu manada açıktır.³⁶

Noterlerce düzenlenen sahte vekâletname veya mahkemelerden alınan sahte veraset senetlerine istinaden yapılan tapu işlemlerinden devletin sorumlu olup olmayacağı tartışmalı bir konudur. Yargıtay'ın aksi yönünde içtihatları³⁷ bulunmasına karşılık HGK ve daire kararlarının çoğunda ise bu hallerde de devletin sorumluluğu devam etmektedir; çünkü burada bir kusursuz sorumluluk hali vardır ve sahte veraset senedine veya vekâletnameye dayansa bile, tapu kütüğündeki yanlışlıkla zarar arasında bir illiyet bağı bulunmaktadır.³⁸

32 ERTAŞ , a.g.e. , s. 130; 4.H.D. 14.3.1988 T., E. 10179, K. 2368 (Kazancı m.917 s. 1104)

33 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e., s. 457 ; KARAHASAN, a.g.e. , s. 846

Aynı yönde İMAMOĞLU, “*Taşınmazın niteliklerinin tapu kütüğüne yazma işlemi de bir sicil tutma işlemidir. Bu durumda taşınmazın niteliklerinin yanlış yazılmasından doğan zararlardan MK m. 1007 uyarınca Devlet sorumludur. Örneğin, bir taşınmazın miktarının planına ve zemindeki gerçek duruma göre daha fazla yazılması halinde, tapu kütüğündeki miktara göre satın alan bir alıcının ödediği bedeli taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütüğündeki miktara göre hesapladığı ileri sürerek eksik miktar kadar bir edeli Medeni Kanununun 100. maddesine göre Devletten talep edebilir...*” şeklinde ifade etmiştir. a.g.e., s. 531)

34 İMRE , a.g.e. , s. 197 ; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s. 457

35 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 278; Aynı yönde bkz. “... *Medeni Yasa'nın 1007. Maddesi uyarınca, koşulları bulunması durumunda, tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devlet sorumlu ise de davacının satın aldığı taşınmaz çaplı imar parseli olup krokisi bulunmaktadır. Davacı çaplı taşınmazın ne kadar olduğunu bilecek durumdadır...*” 4.HD, 16712/2009, 2009/743 T, 2009/12897 (GÖKCAN , a.g.e., s. 473)

36 “*Ana gayrimenkulün veya ana yapının tümünün veya bir kısmının harap olması halinde durum yönetici tarafından o gayrimenkulün bulunduğu yerin tapu idaresine ve bütün kat maliklerine; eğer yönetici yoksak, bağımsız bölümü harap olan kat maliki tarafından tapu idaresine derhal bildirir; bunun bildirilmesi yoksak, bağımsız bölümü harap olan kat maliki tarafından bağımsız bölümü harap olan kat maliki, zararın beşte biri oranındaki kısmından da yönetici müteselsilen sorumlu olup, Hazine sorumlu değildir.*”...

37 HGK, 5/10/1955 T, 35/4 E, 33 K (KARAHASAN, a.g.e., s. 848)

38 Aynı yöndeki Yargıtay uygulaması için bkz HGK 2776/1979 T, 1977/4-1086 E, 1240 K; 4. HD, 13/12/1974 T, 1973/7152 E, 16841 K ; HGK 8/11/1978 T, 1977/4- 1268, 972 K,(UYAR, a.g.e., s. 4875-

Doktrinde hâkim görüş, noterce düzenlenen sahte vekâletname ve mahkemen- den alınan veraset senedine dayanarak yapılan yolsuz tapu kayıtlarından devlet sorumludur. Burada bir kusursuz sorumluluk hali mevcuttur ve üçüncü şahısların (noter, mahkeme, ilgili sahte vekâletname veya veraset senedini tanzim ettirenler) fiili de tapu sicilinin yanlış tutulmasıyla, zarar arasındaki illiyet bağıni kesecek nitelikte değildir.³⁹

Oğuzman-Seliçi-Özdemir⁴⁰, bu konuda bir ayırım yaparak, devleti yalnızca, gerekli özen gösterdiği takdirde sahteliği anlaşılabilir bir veraset senedi veya sahte vekâleti, tapu memurunun gerekli incelemeyi yapmadan, bunlara dayanarak işlem yapması halinde sorumlu tutmaktadır.

TMK m.1007'den kaynaklanan sorumluluğu bu şekilde tapu memurunun kusuruna dayandırmak, bu madde ile getirilmek istenen kusursuz sorumluluk ilkesine aykırıdır. Devletin buradaki sorumluluğunun kaynağı tapu sicilinin doğruluğunu vatandaşa garanti etmesidir⁴¹

Çifte tapu kaydedilmiş olmasından dolayı meydana gelen zararlardan devletin sorumlu olup olmayacağı tartışmalı bir diğer meseledir. Yargıtay'ın yakın zamandaki içtihatları ile doktrindeki hâkim görüş, çifte tapu halinde iki tapu sahibinden en az birisinin zarara uğrayacağında şüphe bulunmaması sebebiyle devletin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gerektiği yönündedir. Nitekim tapu sicili düzgün bir şekilde tutulmuş olsaydı çift tapu kaydı söz konusu olmaz; buna bağlı olarak tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından kaynaklanan bir zarar doğmazdı.⁴²

Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.2.1963 tarihli bir kararında gerekçe göstermeksizin çift tapu halinde devletin Medeni Kanun 917.(TMK'da 1007) maddenin uygulanamayacağını içtihat etmiştir.⁴³

Çifte tapu kaydı halinde, TMK m. 1023 uygulanmadığından, gerçek hak sahibinin zarara uğraması ihtimali yoktur. Yanlış çifte kayda güvenen üçüncü şahısların zararlarının TMK m. 1007 çerçevesinde tazmini gerekir. Karahasan⁴⁴, MK m. 1007'nin gerçek hak sahibini koruduğu düşüncesinden hareketle "mademki çifte tapu halinde TMK m. 1023 uygulanmıyor, o halde bunların çifte tapu halinde zarara uğraması ihtimalleri yoktur" demekte ve yanlış çifte tapu

4878-4882)

39 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s. 450 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 279; AYAN, a.g.e., s. 191; ERTAŞ , a.g.e., , s. 135 ; ESENER/GÜVEN, a.g.e. , s. 112 ; Aynı yönde bkz. HGK 20/11/1960 T, 4/1 E, 3K (KARAHASAN, a.g.e. , s. 852)

40 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 12. bs. , İstanbul 2009, s.133-134

41 ERTAŞ , a.g.e., , s. 135

42 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s. 458; ERTAŞ , a.g.e., s.135; ESENER / GÜVEN , a.g.e. , s 113

43 YHGK 20/27/1963 T, 1/126-21 K (TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s. 458)

44 KARAHASAN, a.g.e. s. 855

kayıtlarına dayanan üçüncü şahısları TMK m.1007'nin himayesi dışında tutmaktır. Hâlbuki TMK 1007 ile devlet, tapu sicilinin doğruluğunu yalnızca taşınmaz üzerinde gerçek hak sahiplerine karşı değil üçüncü kişilere karşı da karşı garanti ettiği için bu görüşe katılmak bizce de isabetli değildir.⁴⁵

2. TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINA İLİŞKİN EYLEMİN VEYA İHMALİN HUKUKA AYKIRI OLMASI

TMK m. 1007 uyarınca devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için, her şeyden önce tapu sicilinin tutulmasına ilişkin eylemin veya ihmalin (kaçınmanın) hukuka aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani zarar usulüne uygun şekilde yapılmış bir tapu sicili işleminden kaynaklanmışsa, artık Devletin sorumlu tutulması mümkün değildir.⁴⁶

Tapu sicillerinin hukuka aykırı olarak, haklı ve geçerli bir hukuki sebep olmaksızın tutulmuş olması veya tapu siciline kasten, hata, ihmal ile kayıt yapılmış olması veya yapılması gerekli bir kaydın yapılmaması sebebiyle meydana gelen zarardan Devlet sorumludur. Yoksa tapu memurunun sicilin tutulmasındaki davranışı hukuka uygunsuzsa, devletin sorumluluğu söz konusu olamaz.⁴⁷

Buna karşılık, Tapu Kanununun 26. maddesi gereğince, gayrimenkule ilişkin aktinlerin yapılması münasebetiyle sebebiyle verilen zararlar hakkında TMK m. 1007 hükmü uygulanmaz. Çünkü burada tapu memuru notere benzer bir şekilde hareket eder; yaptığı iş, tapu sicilinin tutulmasına ilişkin bir iş değildir. Ancak bazı hallerde Devlet tapu sicilinin yolsuz tutulmasıyla aynı olaydan sorumlu olur. Örnek vermek gerekirse, hatalı bir satım akdi yapan tapu memurunun bu işlemine dayanılarak tapu sicilleriyle ilgili bir işlem yapılırsa, bu muamelenin yapılmasından artık devlet sorumlu olur.⁴⁸

3. ZARAR MEYDANA GELMİŞ OLMASI

Türk Medeni Kanununun 1007. maddesi çerçevesinde Devletin sorumlu tutulabilmesi için, ilgili şahsın zarara uğramış olması gerekir. Fiilen gerçekleşmiş bir zarar yoksa sorumluluktan bahsedilemeyecektir.⁴⁹

45 ERTAŞ , a.g.e., s. 135

46 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 279-280; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 151-152; GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s.224-225;AYAN, Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Güncelleştirilmiş 5. bs. , Konya 2010, s. 187; ESENER/GÜVEN, a.g.e., s. 111

47 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 151-152; ESENER/GÜVEN, a.g.e., s.110;ERTAŞ, a.g.e., s. 128

48 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s.223; AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 278

49 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 150-151; SİRMEN ,a.g.e., s. 86 ; AYAN, a.g.e., s. 190; ESENER/GÜVEN, a.g.e.,s. 111; ERTAŞ , a.g.e., s. 128 Aynı yöndeki 4. HD, 9/4/1975 T, 1973/10792 E,1973/4747 K (KILIÇOĞLU, a.g.e., s.451) Ayrıca bkz. "... Tapu memurunun haciz kaydını zamanında siciline şerh eylemediğinden bahisle maliye hazinesi aleyhine açılan davada MK m. 917 mucibince hazineye husumet yerinde ise de, borçlunun haczi kabil diğer gayrimenkulünün mevcudiyeti karşısında henüz bir zarar ve bundan ötürü de dava hakkı doğmamıştır." 4.HD, 29/12/1955 T, 7209/5764 (GÖKCAN, a.g.e. , s.487) ; Aynı yönde bkz 4.HD, 5/1/1976 T, 1975/1735 E, 45 K (UYAR, a.g.e. , s. 4956-4957)

Tapu sicilinin tutulmasına ilişkin zararlar sadece mevcut aynı hakların kaybı değil, aynı zamanda doğması gereken bir aynı hakkın tapu memurunun tuttuğu yolsuz kayıt yüzünden doğmaması halinde de meydana gelir. Örnek vermek gerekirse, tapu memurunun bir ipotek hakkını usulüne uygun olarak ve zamanında tescil etmemesi durumunda ilgili şahsın zarara uğraması olasıdır.⁵⁰

Aynı zamanda, zarara uğrama tehlikesi mevcut olmakla birlikte bu zararı önleme imkânı var oldukça, yine Devletin sorumluluğundan söz edilemez. Mesela, açılacak bir tapu sicilini düzeltme davasıyla hukuka aykırı tapu sicili işleminin ortadan kaldırılması imkânı bulunduğunda Devletin sorumluluğu yoluna gidilemez.⁵¹

Yanlış veya yolsuz tapu kaydını düzelttirmek için dava açma imkânı bulunduğu takdirde bu yanlış veya yolsuz kayıttan doğan zarar, kaydın düzeltilmesi için yapılacak giderler miktarındadır.⁵² Ancak, yanlış veya yolsuz kaydı düzelttirmek için iyi niyetle açtığı davayı kaybeden kişinin zararı, hak kaybından kaynaklanan zarar ile dava giderlerinin toplamıdır.⁵³

4. HUKUKA AYKIRI TAPU SİCİLİ İŞLEMİ İLE ZARAR ARASINDA UYGUN İLLİYET BAĞININ BULUNMASI

Devletin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli son şart, tapu sicilinde hukuka aykırı yapılan işlem ile hak sahibine verilen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır.⁵⁴ Sicil dışı sebeplerle tapu siciline güvenden doğan zararlardan Devlet TMK m. 1007 uyarınca sorumlu tutulamaz.⁵⁵ Tapu sicilinin hukuka aykırı olarak tutulması sonucu hak sahibine zarar verilmiş olması şartı aranır. Tapu ve kadastro teşkilatına tapu sicil kayıtlarının doğruluğunu sağlamak için verilen herhangi bir görevin ihlalini veya aksamasını kapsayan kayıt yanlışlığı ile zarar arasında illiyet bağı kurulabildiği takdirde devlet sorumlu tutulabilir.⁵⁶

Devlet zararın meydana gelmemesi için işin gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya özen gösterseydi dahi yine zararın meydana geleceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.⁵⁷ Fakat üçüncü kişinin veya bizzat zarar görenin illiyet bağını kesecek derecede ağır kusuru olduğunu kanıtlamakla Devlet sorumluluktan kurtulabilir.⁵⁸ Ancak, tapu memur veya muhafızının suç teşkil eden

50 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s. 454

51 SİRMEYEN ,a.g.e., s. 87 ; AYAN, a.g.e., s. 190; Aynı yönde bkz HGK 21/4/1999 T, 1-222 E, 226 K (UYAR, a.g.e., s.4898 vd.)

52 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s. 452-453; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 150-151; GÖKCAN, a.g.e. , s.469

53 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 152

54 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s.449 ; AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 280; SİRMEYEN ,a.g.e., s. 92 vd. ; AYAN, a.g.e., s. 190; ESENER/GÜVEN, a.g.e.,s. 111; ERTAŞ , a.g.e., s. 130

55 ERTAŞ , a.g.e., s. 130

56 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s.449

57 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 280

58 KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 450 ; Aynı yönde bkz. 4.HD, 6/11/2006, 11930/11722 ; 4. HD,27/1/2000 T , 18/545 (GÖKCAN, a.g.e. , s. 481-482-485); Ayrıca bkz 4. HD, 27/1/2000 T,18 E,545 K (UYAR, a.g.e., s. 4893 vd.)

davranışı, kusursuz sorumlulukta illiyet bağıını kesen nitelikteki ağır kusur olarak kabul edilemez.⁵⁹

V. TAPU MEMURUNUN ŞAHSİ SORUMLULUĞU VE DEVLETİN RÜCU HAKKI

TMK m. 1007 gereği, devlet kişilerin uğradığı zararları tazmin ettikten sonra, zararın doğmasında kusurlu olan memurlara rücu edebilir. Tapu sicilinin yolsuz tutulmasından doğan zararın sahte vekâletnameyi düzenleyen noter veya sahte vevaset senedi veren hâkim ve bunlarla işlem yapan şahısların fiili de etken olmuşsa, bunlar devletle birlikte müteselsilen sorumlu olduklarından, devlet ödediği tazminat için bunlara rücu edebilir.

Tapu sicilinin tutulmasından zarara uğrayan kişinin doğrudan doğruya kusurlu memurdan tazminat isteyip isteyemeyeceği hukukumuzda tartışmalı bir meseleydi. Bir görüş, zarara memurun kusuru sebep olmuşsa, zarar görenin BK m. 41 (TBK'da m. 49) hükmü uyarınca, doğrudan doğruya, memura karşı bir talep hakkına sahip olduğunu savunuyordu.⁶⁰ Diğer bir görüşe göre ise, MK m. 917 (TMK'da m. 1007) memurlar yönünden özel bir hüküm olarak, bunların görevsel kusur çerçevesinde doğrudan sorumlu tutulmalarına engeldir. Memurlar ancak görevsel kusuru aşan bir şahsi kusuru bulunduğu anda doğrudan doğruya dava edilebilir.⁶¹ Zaten, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi ile Anayasanın 129. maddesi 5. fıkrası zarara uğrayan kişinin doğrudan doğruya kusurlu tapu memuruna karşı dava açarak tazminat isteminde bulunulmasına imkân vermez.⁶² Dolayısıyla hukukumuz yönünden ilk görüşün bir değeri kalmamıştır.

Devletin, kendisine karşı açılan davayı, zarara sebebiyet veren memura bildirmesi gerekir. Davada her ne kadar kusur bulunup bulunmadığı tartışılmayacaksa da, memur kendisini devletin rücu hakkına karşı koruyabilmek için, devlete karşı açılmış olan davaya müdahale edebilmelidir. Davanın memura bildirilmemiş olması halinde, memur ihbar edilseydi sonucu lehine değiştireceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulur.⁶³

59 Bkz. 4.HD, 17/4/2007 T, 623375135 (GÖKCAN, a.g.e. , s.479-480)

60 REİSOĞLU, Türk Eşya Hukuku, C. 1, Giriş- Zilyetlik-Tapu Sicili, 4. bs. , Ankara 1973; ERTAŞ'a göre, "Devlet memurlarının yaptıkları görevin ifası sırasında haksız fiilleriyle kişilere verdikleri zararları EBK m. 41 hükmünden istisna kılmak için haklı bir gerekçe yoktur. Kanundaki "Memur aleyhine dava açılmaz." ifadesini sadece idari yargıya münhasır sayarak, memurun kusurlu olması halinde yol açtığı zararın tazmini için kişilerin özel hukuk kurallarına göre, adli yargıda dava açabileceği kabul edilmiştir." ERTAŞ, a.g.e. , s. 136.

61 GÜRİSOY/EREN/CANSEL, a.g.e. , s. 227; SİRMEN, a.g.e. , s. 45 vd. ; ESENER/GÜVEN, a.g.e. , s. 113

62 AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 281

63 GÜRİSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s.227; AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 281

VI. TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ESASLAR

Tapu sicilinin usulüne uygun tutulmamış olmasından dolayı zarara uğrayan kişi, TMK m. 1007 hükmü uyarınca zararlarının tazmini amacıyla Devlet aleyhine dava açabilir.⁶⁴ Bunun için yukarıda incelediğimiz devletin sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş olmalıdır.⁶⁵

Devletin Medeni Kanununun 1007. maddesine dayanan sorumluluğu, hukuki niteliği bakımından bir haksız fiil sorumluluğudur ve mahiyetine uygun düştüğü oranda Borçlar Kanununun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilir.⁶⁶

Devletin ödeyeceği tazminatın miktarını belirlemede, zarara uğrayanın kusuru da dikkate alınır. Zarara uğrayanın, zarara razı olması veya zararın meydana gelmesinde yahut artmasında kusuru bulunması hallerinde, hâkim tazminat miktarını indirebilir ya da tazminata hükmetmekten vazgeçebilir.⁶⁷

Aynı zarardan dolayı üçüncü kişilerin (örneğin, sahte vekâletname düzenlenen veya noter) sorumlu olmaları, zarara uğrayanın devlet aleyhine dava açmasına engel değildir. Burada sorumlulukların telahuku (yarışması) durumu söz konusudur.⁶⁸ Yani, zarara maruz kalan kişi, işlemin yapılmasında katkısı olan üçüncü kişiler aleyhine isterse genel hükümler çerçevesinde dava açabileceği gibi isterse sadece devlete karşı aynı hükümler çerçevesinde davayı ikame edebilir.⁶⁹ Burada devlet ile üçüncü kişiler arasında BK m. 51/II (TBK'da m.62) anlamında gerçek olmayan bir eksik teselsül hali vardır.⁷⁰

Devlet, tapu sicil muhafız ve memurlarının tapu sicillerini usulüne uygun olarak tutmaması sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olur. Buradaki zararın miktarı dava tarihindeki değere göre hesaplanır. Çünkü zararın doğduğu tarihe

64 AYAN, a.g.e., s. 190-191 ; Ayrıca davanın kamu hukuku karakteri taşıdığı hususunda bkz, GÜRSOY/ EREN/CANSEL, a.g.e. , s.225

65 Bkz. s. 8 vd.

66 İMRE, a.g.e., s 197; ESENER/GÜVEN, a.g.e., s. 111; AYAN, a.g.e., s. 192

67 GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e. , s.226; AYAN, a.g.e., s. 192 ; Aynı yönde bkz. 4.HD, 15/12/2012 T, 2009/13007 E, 2009/14215 K ; 4.HD, 9'2/2010 T, 2009/7135 E, 2010/1031 K(GÖKCAN, a.g.e. , s.471 vd)

68 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s.459-460

69 Bkz. "... O halde, davacının müteselsil sorumlu kişilerden yalnız Devlete karşı tazminat davası açması yasaya uygundur. Mahkemenin, Devletin sorumluluğu için, davacının ilk önce taşınmazı iyi niyetli kişiye devreden haksız fiil failinden zararını istemesi ve bundan zararını tahsil edilmezse Devlet açısından zararın doğabileceği görüşünün bir yasal dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemenin, davanın reddine ilişkin kararı bozulmalıdır." 4. HD, 22/12/1987 T, 736/9405 (GÖKCAN, a.g.e. , s. 485-486); Ayrıca bkz. HGK 1674/1986 T, 1984/4-713 E, 414 K (UYAR a.g.e. , s. 4928 vd.)

70 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 156; AKİPEK/AKINTÜRK, a.g.e. , s. 280; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, a.g.e. , s.459-460 ; 4. HD. 26/5/1965 T, 13390 E, 3015K.; YHGK 5/10/1955 T, 4/58 E, 64 K (GÖKCAN, a.g.e. , s. 471 vd.)

göre hesaplanması zarara uğrayan için adil olmayan bir sonuç doğurur.⁷¹ Tazminatın kapsamına, tapu sicilinin usulüne uygun olarak tutulmamış olması sebebiyle açılmış olan bir davada yapılan mahkeme masrafları da girer.⁷²

VII. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Dava genel mahkemelerde açılmak gerekir.⁷³ HMK m. 2 hükmü uyarınca dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Devletin TMK m. 1007'ye dayanan sorumluluğu bakımından aksine bir düzenleme bulunmadığından ötürü görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, TMK m. 1007/son'a göre tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesidir.⁷⁴

VIII. ZAMANAŞIMI

Devletin Medeni Kanununun 1007. maddesine dayanan sorumluluğu, hukuki niteliği bakımından bir haksız fiil sorumluluğudur ve mahiyetine uygun düştüğü oranda Borçlar Kanununun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümleri göz önünde tutulur. Devlet aleyhine açılacak tazminat davası bakımından da genel haksız fiil sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi (TBK m. 72) uygulanır. Yani tazminat davasının 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri içinde açılması gerekir.⁷⁵ İki yıllık süre, sorumlu Devlet olduğundan zararın öğrenilmesinden itibaren başlarken on yıllık süre zararın öğrenildiği veya fiilen gerçekleştiği tarihten itibaren başlatılmalıdır.⁷⁶

Devletin kusurlu memura karşı rücu davası da TBK'nın 72. maddesindeki zamanaşımına tabidir. Yani burada da 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanır.⁷⁷ Fakat bu süreler, devletin zararının doğduğu yani hak sahibine devletçe tazminatın ödendiği tarihten itibaren başlar.⁷⁸

71 Aksi yönde, zararın doğduğu tarihi esas alan YHGKK,7/2/1996 T, 1995/4-1005, 1996/42 K (KILIÇOĞLU, a.g.e. , s.448) Yine aksi yönde bkz; 4.HD,17/4/1989 T, 10335 E, 3626 K (KARAHASAN, a.g.e. , s. 841-842)

72 ESENER/GÜVEN, a.g.e., s. 112

73 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 156; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e. , s.464; Uyuşmazlık mahkemesi, 25/9/1974 T, 379 E, 1369 K sayılı ilamında, bu tür davaların Danıştay tarafından görülmesi gerektiğini savunuyordu. Daha sonra bu görüşünü değiştirip 27/14/1977 T, 51 E, 33 K sayılı kararında 25/9/1974 tarihli içtihadını değiştirerek, Devlet aleyhine açılacak tazminat davalarının genel mahkemelerde görüleceğine hükmetmiştir. KARAHASAN, a.g.e. , s. 866-867

74 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e. , s. 156; SİRMEN, a.g.e. , s. 99 vd. ; AYAN, a.g.e. , s. 191

75 AYAN, a.g.e. , s. 192; ESENER/GÜVEN, a.g.e., s. 113; 818 sayılı Borçlar Kanununun 60. maddesinde haksız fiil sorumluluğu için bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştü. 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile birlikte zamanaşımı süreleri iki ve on yıl olarak tayin edildi.

76 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e. , s. 461; SİRMEN, a.g.e. , s.104; ERTAŞ, a.g.e., s. 136

77 Aynı yönde bkz; Yarg. İBK ,16/6/1943 T, 1941/3 E, 1943/23 (DURAL/ KURT, Açıklamalı Türk Borçlar Kanunu, Filiz Kitabevi, 1. bs. , İstanbul 2011, s.58)

78 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e. , s. 464; SİRMEN, a.g.e. , s.108

Türk Borçlar Kanununda, tazminat talebi zamanaşımına uğramış olsa bile, TBK m.72/2 ile istisnai bir zamanaşımı süresi öngörmüştür. Buna göre, “şayet tazminat aynı zamanda ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımının öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa; tazminat davası zamanaşımı süresine tabi olur. Bu süre suç sayılması gereken fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.” Burada kanun koyucu ceza davası açılması zamanaşımına uğramadan tazminat davası açma hakkının zamanaşımına uğramamasını engellemek istemiştir.⁷⁹

79 OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e. , s. 73 vd. : Aynı yönde bkz. Yarg. İBK ,7/12/1955 T, 1955/17 E, 1955/26 (DURAL/ KURT, a.g.e. , s. 58)

IX. SONUÇ

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan dolayı Devletin sorumluluğu kanuna dayanır. Kanun koyucu, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan zararlar için devletin sorumluluğu ilkesini kabul etmiştir. Devletin denetim ve gözetimi altında tutulan ve resmi sicillerden olan tapu sicili bu denli bir sorumluluğu beraberinde getirmiştir.

Borçlar Hukuku sisteminde, haksız fiil sorumluluğunda kural kusur sorumluluğudur. Devletin hukuka aykırı tutulan tapu sicilinden sorumluluğu ise kusursuz bir sorumluluk halidir. Başka bir deyişle ilgililer tapu sicilinin yolsuz tutulmasından doğan zararlarını tazmin için Devletin veya memurun kusurunu ispat etmek zorunda değildir. Ayrıca devletin sorumluluğu o denli ağırdır ki devlet gerekli özen ve ihtimamı gösterdiğini ispat ederek yani bir kurtuluş bey yinesi getirerek dahi bu sorumluluktan kurtulamaz. Burada kusursuz bir sorumluluk hali kabul edilmiş olsa, devletin kusurunun bulunmadığı hallerde sicilin hatalı tutulmasından kaynaklanan zararlara hak sahibinin katlanması gerekecekti. Özetle kanun koyucu burada tapu siciline güvenen kimseleri korumak ve onların zarara uğramasını önlemek için ağır bir kusursuz sorumluluk hali ihdas etmiştir.

Yine, devletin tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan sorumluluğu asli bir sorumluluktur. Tapu sicil muhafız veya memurunun kusuru bulunsa dahi Devletin tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından kaynaklanan sorumluluğu sona ermez. Ancak Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere şartların bulunması halinde rücu eder.

Devletin tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından sorumluluğu kusur aramayan bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan, haksız fiilin diğer koşulları gerçekleşmelidir. Bunlar; hukuka aykırı bir tapu sicili işleminin yapılmış olması, zarar meydana gelmiş olması ve hukuka aykırı tapu sicili işlemi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlar için açılacak davalar adli yargıda görülür. Yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Yukarıda belirttiğimiz gibi devlet ve tapu memurlarının sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresi olan 2 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır.

KİTAP TANITIMI

“Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Federal Almanya Cumhuriyeti Devlet Hukuku)”

Book Review “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN*

İsim: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Federal Almanya Cumhuriyeti Devlet Hukuku). Kısaca: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa Hukuku. Yaklaşık 12. 000 sh. tutan 7 ciltlik bu eseri kısaca tanıtmaya çalışacağız.

Müellifi: Prof. Dr. Klaus STERN: Köln Üniversitesi Anayasa ve İdare Hukuku Öğretim Üyesi, Kuzey Ren Westfalya Eyaleti Anayasa Mahkemesi Hâkimi.

Yayınevi: C. H. Beck.

A-Şekil bakımından: Şekil bakımından kitabın özelliklerini şöyle sıralayabiliriz:

a-Kitap kolay anlaşılabilir bir almanca ile yazılmıştır.

b-Kitabın bölümleri ve alt bölümleri makul kriterlere dayanmaktadır.

c-Kitabın gayet zengin bir bibliyografya listesi bulunmaktadır. Müellif, diyebilirim ki, eksiksiz bir kaynak listesi düzenlemiş bulunmaktadır.

d-Kavram endeksleri olağanüstü güzeldir. Aradığınız her kavramı mutlaka bulabilirsiniz. Kitabın endeksini, Dr. Helga Stern yapmış. Helga hanım, benim Prof. Stern'in enstitüsünde bulunduğum 1967 ve sonraki yıllarda Fraeulein Horn isminde araştırma görevlisi bir arkadaşımızdı. Seneler sonra, ben oradan ayrıldıktan sonra, Hocamızla, yani hocası ile evlendi ve Frau Stern adını aldı. Elhak, hazırladığı kavram endeksi çok başarılıdır. Ben sonraki yıllarda Stern çifti ile bir defa İzmir'de, bir de kendilerini misafir ettiğim İstanbul'da bir araya geldim. Kavram endekslerini başarılı bulduğumu Helga'ya söyledim, memnun oldu ve “ Üzerinde ciddi çalışıyorum ve çok zaman veriyorum” demişti.

e-Kitap evvelâ Başlık(Kapitel) sonra Kesim(Abschnitt) sonra Paragraf ve alt numaralara ayrılmış bulunmaktadır.

f-Kitabın baskısı gayet temizdir. Zaten Beck yayınevi her zaman kitaplarını büyük bir itina ile basmaktadır. Kitapta kullanılan harf karakterleri de aynı şekilde göze hoş gelen ve kolay okunabilen harflerdir.

g-Müellif önsözünde, 1977 yılında çıkan kitabın kısa zamanda tükendiğini söylüyor. Aynı Önsözlerinde kendisine yardım eden mesai arkadaşlarına, Sekreterleri-

* Anayasa Hukuku Profesörü, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ne teker teker isimlerini yazarak teşekkür ediyor. Son V. ciltte ise, birçok yardımcı-sına teşekkür ediyor. Son olarak da "yorulmak bilmeyerek (unermüdllich)" çalışan sekreter hanımlara da teşekkür ve takdirlerini sunuyor.

Her cilt için ayrı bir Önsöz yazmış, her cilde de ayrı bir endeks koymuşlar. Bu özellikler de Avrupa'da ve Batı dünyasında yayın işlerinin ciddiyeti ve kalitesini gösterir

h- Kitap 18x24 cm ebadında, yani büyük boy bir kitaptır. Siyah bir gömlek ile piyasaya sürülen kitap, kullandığı kaliteli kâğıdı bakımından da takdire değerdir.

i- Kitabın başına tam 13 büyük sh. tutan bir "kısaltmalar" cetveli eklenmiş.

B-Muhtevası:

Müellif Önsözünde bu kitabın, günümüzdeki Alman Devlet Hukuku kitabı olduğunu ifade etmiş.

Kitabın içinde yer alan konuları ciltlere göre şöyle sıralayabiliriz:

I. cilt: Temel kavramlar ve Devlet Hukukunu temelleri, Anayasanın bünyesine ait prensipler. Münih, Tamamen gözden geçirilmiş 2. baskı. (İlk baskısı 1977 yılında yayınlanmıştı), 1984. Yaklaşık 1100 sh.

Bu kitapta Prof. Stern evvela kamu ve özel hukuk ayrımı üzerinde duruyor. Sonra kamu hukuku ilmini ele alıyor. 3. no. lu paragrafta ise Anayasa kavramı, Anayasa hukuku, Anayasanın yapılması, değiştirilmesi ve Anayasa Hukukunun korunmasını ele almaktadır.

Daha sonra haklı olarak devletin ülkesi, vatandaşlık ve devletin sembolü, bayrağı ve arması gibi konulara ve resmi tatil günlerine temas etmektedir. Arkasından seçim hukukunun genel esasları, kamu hizmeti ve siyasi partileri ele alıyor. Bundan sonra Anayasa hukukunun uluslararası hukukla ilgisini açıklıyor. Bundan sonra Federal Almanya için önemli olan bazı kavramlara yer veriyor. Bunlar; hür demokratik temel düzen, cumhuriyet, demokrasi, ve federal yapıdır. Bundan sonra ise hukuk devleti ve sosyal devlet kavramlarını ele alıyor. Bu cildin son kısımlarında ise parlamenter hükümet sistemi, muhalefet ve milletvekillerinin statüsü açıklanmaktadır.

II. cilt: Devlet organları, Devletin fonksiyonları, Maliye ve Bütçe teşkilâtı ile Olağanüstü Hal durumlarına aittir. Münih, 1980, 1544 sh.

Bu ciltte sırasıyla devletin organları ve anayasa organları ele alınmaktadır. Bununla beraber ilgili bölümde Federal Meclis ve Federal Şûra kavramları açıklanmaktadır. Buna bağlı olarak Federal Başkan, Federal Hükümet, Federal Anayasa Mahkemesi açıklanmaktadır. Bundan sonra ise Federal Yüksek Mahkemeler, Sayıştay ve Federal Merkez Bankası ele alınıyor. Bu cildin önemli kısmında devletin ana fonksiyonları, yasama, yürütme fonksiyonları açıklandıktan sonra yargı fonksiyonuna yer verilmektedir. Kitabın son bölümünde ise maliye, bütçe ve vergilerle ilgilidir. Olağanüstü hal bu cildin başlığına uygun bir kavramdır ve müellif tarafından uzun bir şekilde açıklanmıştır.

III/1. cilt: Temel Haklar Genel Teorisi. Münih, 1988. 1642 sh. Bu cilt Prof. Dr.

Michael Sachs ile birlikte telif edilmiş.

Müellifler bu ciltte temel hakların temelleri ve tarihçesini ve bunların çeşitli manalarını ele almakta ve çok tatminkar bilgiler vermektedir. Diyebilirim ki, kitabın yazarı kitabın en uzun bölümünü temel haklara ayırmıştır. Çünkü temel haklar ve hürriyetler modern demokrasilerin vazgeçilmez ve birinci derecede ana konusudur.

Bu konu Almanyada G Jellinek'den beri hemen her filozof ve hukukçu tarafından ele alınmıştır. Jellinek'in 4'lü ayırımından sonra Prof. Stern sübjektif temel hakların muhtevasını ikiye ayırıyor.

Savunma hakları (Abwehrrechte): Yani kişilerin kendi temel haklarına müdahaleye karşı hukuki imkanları ele alıyor.

2. İfa hakları(Leistungsrechte): Bundan maksat kişilerin devletten beklemeye hakları olan temel haklardır. Daha sonra müellif objektif temel hakların muhtevasını ele almaktadır. Temel hakların sahibi olarak ise tabii şahısları ve hükmi şahısları gösteren müellif, bunlar hakkında çok geniş bilgi vermektedir. Bu cildin son geniş bölümlerinde ise, temel hakların bağlayıcı gücü ele alınmaktadır. Burada yasama, yürütme ve yargı organlarının temel haklara bağlılığı ele alınmakta ve çok geniş açıklamalar yapılmaktadır. Bu cilt kitabın hem hukuki, hem de felsefi bölümünü teşkil etmektedir.

III/2. cilt: Temel Haklar Genel Teorisi. Münih, 1994, 1918 sh. Aynı şekilde Prof. Dr. Michael Sachs ile birlikte telif edilmiş.

Müellifler bu ciltte temel hakların teorik kısmını açıklamaya devam ediyorlar. Bu kısımda temel hakların sınırlanması, temel hakların kaybı, temel hakların korunması konusu hem hukuki hem de felsefi açıdan ele alınmaktadır. Belirtelim ki temel hakların sınırlanması anayasa hukukunun zor konularından biridir.

Yazar bu ciltte, memleketimizde pek de alışık olmadığımız bir konuya temas ediyor. O da temel hakların çatışması konusudur. **”Temel hakların kaybı”** Federal Alman Anayasasında düzenlenen ve modern demokrasilerin alışık olmadığı bir konudur. Bizim anayasamızda **“Temel hakların durdurulması”** kavramından (md. 15) daha geniş ve daha müessir bir konudur. Temel hakların anayasa tarafından korunması ve çiğnenmesine anayasa mahkemesi kararlarıyla engel olunması kitabın önemli bir anayasa hukuku konusudur. Tabii, temel haklar konusunu bu kadar geniş ele alınca temel hakların uluslararası sahada düzenlenmesi ve korunması konularını da ele alınmadan olmazdı. Müellif bu konuyu da çok geniş şekilde açıklamış bulunuyor.

IV/1. cilt: Teker teker Temel Haklar ve Hürriyetler. Münih, 2006, 2422 sh. Prof. Dr. Michael Sachs ve Prof. Dr. Johannes Dietlein ile birlikte telif edilmiş.

Müellifler bu ciltte de temel haklar üzerinde durmaya devam ediyor. Ele aldığımız son 2 ciltten farklı olarak temel hakların teker teker ele alınması Cilt 4/1 ve Cilt 4/II çok geniş şekilde ortaya konulmaktadır. Cilt IV/1de önce kişinin korunması ve özel hayat ele alınıyor. Daha sonra namus, aile ve ebeveyn çocuk ilişkilerinin korunması ele alınmaktadır. Müellifler bundan sonra anayasa hukuku sahasında

incelenmeye pek alışık olmadığımız bir konuya el atıyor. Bu da devlet vatandaşlığının korunmasıdır. Bu kavrama bağlı olarak Almanların hudut harici çıkarılması ve yabancıların Almanya'ya sığınması ele alınıyor. Bu cilt en geniş cilt olup temel hakların çok değişik ve memleketimizde pek incelenmeyen konularını ihtiva ediyor. Örnek olarak, kişilerin fiil hürriyeti verilebilir. Angarya yasağı ve cebri çalıştırma konularının yanında hareket hürriyeti de ele alınmaktadır. Toplanma ve dernek kurma hürriyetleri de, medeni hukukun bir konusu olarak, burada ele alınıyor. Daha sonra müellifler medya hürriyeti, basın hürriyet, film hürriyeti, radyo yayını hürriyeti gibi hürriyetleri de geniş bir şekilde açıklamıştır. Meslek edinme, çalışma yerini seçme ve öğrenim hürriyetleri de bu ciltte ele alınıyor. Yine bir medeni hukuk konusu olan mülkiyet ve miras hakları da bu ciltte yer almış bulunuyor.

Bu cilt kanaatimce kitabın en felsefi ve aynı zamanda en zor açıklanan ve yazılan bir kısmını teşkil eder.

IV/2. cilt: Teker teker temel haklar ve hürriyetler. Münih, 2012, tam 2300 sh.

Bu ciltte temel hak ve hürriyetleri teker teker ele alınmakta, yüzler ve hatta binlerce referansa ve mahkeme kararlarına dayanmaktadır. Görüldüğü gibi, 7 ciltlik bu eserin 4 cildi temel hak ve hürriyetlere ayrılmış bulunuyor.

V. cilt: Alman Devlet Hukukunun Tarihi Temelleri-Eski Alman İmparatorluğundan(Reich) tekrar birleşen Federal Almanya Cumhuriyetine doğru tarihi gelişim (Müellif ilk başta tasarladığı "Eyaletlerin tarihi gelişimi ve Devlet Hukuklarının Temel Esasları" başlığını sonradan bu şekle çevirmiş). Çünkü kitap yayınlanırken doğu ve batı alman devletleri birleşme (Wiedervereinigung) yoluna girdiler ve kısa bir zaman sonra da birleştiler. Eskiden olduğu gibi, tek bir devlet oldular. Münih, 2000, yaklaşık 2300 sh.

Bu ciltte Almanya'daki kamu hukukunun gelişimi bütün tafsilatıyla ele alınmış bulunuyor. Almanların ilk devlete sahip olmaları ve imparatorluğa geçmeleri tarihi ve nihayet bugünkü federal cumhuriyete gelinceye kadarki Anayasal gelişmeleri şayanı takdir ve tebrik derecesinde açıklanmış bulunuyor. Mesela Kuzey Almanya Konfederasyonu, Alman İmparatorluğu ve meşhur Weimar Cumhuriyeti bütün özellikleriyle açıklanıyor. Bütün özellikleriyle açıklanan bir diğer konu ise Nasyonel Sosyalist Führer Devleti, yani totaliter devleti de, bütün acı hakikatlerini ortaya koyarak, anlatan müellif tebrik etmemek mümkün değil.

II. Dünya harbinden yenik çıkan Almanya iki alman devletine bölünüyor. Federal Almanya Cumhuriyeti ve Doğu Almanya Cumhuriyeti isimlerini alan bu iki devletin özellikleri başka yerde bulamayacağımız derecede ve bir anayasa hukukçusunun kalemiyle ortaya konulmuş.

Nihayet son olarak, iki Almanya'nın tekrar birleşmesine kadarki olan dönemin bütün gelişmeleri bu ciltte yer alıyor. Federal Almanya Cumhuriyetinin Anayasa Hukukunu bu kadar geniş anlatan bu kitap herhalde Federal Almanya "Hizmet Madalyasına" layıktır.

Zaten bir müddet evvel, yanlış hatırlamıyorsam, Prof. Stern Federal Almanya hizmet madalyasına layık görülmüş ve kendisine hizmet haç madalyası takdim edilmişti.

Yazar ve hocam Prof. STERN, 2001 yılında İstanbul'a eşi Helga ile geldiklerinde kendilerini 2 gün boyunca İstanbul'da gezdirdim. Tarihi ve turistik yerlere gittik. Ayrıca İstanbul Üniversitesi merkez binasını gezdirdim ve hatta Rektör beyden randevu alarak, rektörümüzle (Prof. Dr. Kemal Alemdaroğlu) de görüşürdüm. O arada benim evime de teşrif ettiler. Teşriflerinin sonrasında, V. cildin ilk sahifesine şu cümleyi yazarak bana imzaladılar: "İstanbul ilk ziyaretimin hatırasına meslektaşım Servet Armağan beye. . 15. 01. 2001."

C- Değerlendirmeler:

1-Bugün kadar Alman Anayasa Hukukuna ait yazılıp yayınlanmış en geniş eser. Son cildi de yayınlandı, böylece yaklaşık 12. 000 sh. tutan bir âbide (Monument) eser meydana geldi.

2-Kitabın müellifi, benim hocamdır. 1967 yılında kendilerini tanıyıştım. Ve bu tanıma, hayatımın en isabetli ve en verimli ilmi olayıdır. Çünkü ilme düşkün, devamlı ilim ile meşgul ve devamlı yayın yapan bir ilim adamı, benim de ilmi karakterime ve hayat tarzıma çok uygundu. Aynı zamanda, benim karakterimi kendileri de beğenmiş olacak ki, beni seneler boyu destekleyerek, Almanya'nın çeşitli kuruluşlarından burs almamı sağlamıştır. Hatta bir ara burslarım kesintiye uğrayınca, o sırada Rektörü olduğu Köln Üniversitesi Bütçesinden bana burs sağlamıştı. Bu, asla unutamayacağım bir ilmi hatıradır.

3-Kitabın her cildi çıktıkça, hocamı tebrik ettim. Bu eser " dev bir eser", aynı zamanda "anıtsal bir eserdir"(Monumentales, denkmalartiges Werk).

4-Alman Kamu Hukukunun geniş bir açıklamasının yer aldığı kitap, alman hukuk literatüründeki mümtaz yerini almıştır. Aynı zamanda, alman kamu hukuku hakkında ilmi çalışma yapanlara da geniş bir kaynak teşkil edecektir.

5-Prof. Klaus STERN isminin alman kamu hukukçuları arasında çok saygın bir yeri vardır. Ben bunu Almanya'daki ilmi temasarımda daima duydum ve gördüm.

Bu kitap, mümkün olsa da tercüme edilse ve türk okuyucularının hizmetine sunulsa.

6-Şüphesiz, Prof. Klaus STERN, hayatının son senelerinde, dünya hukuk hayatına büyük bir eser hediye etmiştir.

7-Öyle anlaşılıyor ki bu eserin tamamlanması, Prof. STERN in en az 35 yılını almış bulunuyor. Çünkü 1. cildi 1977 yılında yayınlanmış, en son yayınlanan c. IV/2 ise 2012 yılında piyasaya çıktı. Böyle bir anıtsal eser de ancak bu kadar zamanda kemalini bulur ve okuyucunun eline ulaşabilir.

Ben şimdiye kadar Prof. Stern in bazı makalelerini Türkçeye çevirdim ve ilmi dergilerinde yayınladım. Bu tecrübemden iyi biliyorum ki, Prof. Stern konuları çok açık bir şekilde anlatma kabiliyetinde bir ilim adamıdır. En zor anayasa hukuk konularını bile, gayet güzel tahlil eder ve daima "açık-seçik" anlatma yolunu tercih eder.

Tanıttımını yaptığım bu dev eserini de aceleye getirmemiş, ilim dünyasındaki

saygın yerini koruyacak şekilde ve her konunun da değerini vererek anlatabilmiştir.

8-Modern Anayasa Hukuku üzerine ilmi çalışma yapacak olanlara, bu 7 ciltlik dev eser, bütün ana konularda yardımcı olacak bilgiler ihtiva etmektedir. Benim görebildiğim kadarı ile modern Anayasa Hukuku konularını bu kadar derinlemesine ele alan bir eser bugüne kadar yazılıp yayınlanmamıştır. Fransızların *Traité* dedikleri tafsilatlı bir eseri meydana getirdiği için Prof. Dr. Klaus STER i ben de tebrik ederim. Aynı zamanda kendilerine, çalışmaları ile ilmi destek veren yardımcıları ve hatta bilgisayarda yazan, yazılanları ve basılanları kontrol eden değerli sekreter hanımları da candan tebrik ediyorum. Bendeniz 45 yıllık kariyerimde ve meslek hayatımda bu şekildeki desteklerden mahrum olarak yaşadım. Prof. Stern haklı olarak sekreter hanımlara da teşekkürlerini ifade etmeği unutmamış.

Unutmamam gereken bir nokta da, Prof. Dr. Stern'in eşinin, Helga, ona desteği ve bu dev eserin her cildinin kavram endekslerini dikkat ve ciddiyetle yapmış olmasıdır. Helga Stern' i seneler öncesinden, Asistanlık yıllarımdan takdirle hatırlıyorum. Bu dev esere kazandırdığı "Kavram Endeksi" başarısı her türlü takdirin üzerindedir. Tebrik ederim Helga!

Hocam Klaus STERN ve eşi Helga Hanımefendiye sıhhatli ve huzurlu uzun ömürler temenni ederim. **Ad multos annos!**

AHLAKA AYKIRI NİTELİKTEKİ CEZAI ŞARTIN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN HUKUKİ MÜTALAA

Legal Remarks on Invalidity of Immoral Penal Claus

Doç. Dr. Salih ŞAHİNİZ*

İstanbul Barosu Avukatlarından A. M., tarafıma başvurarak, vekili olduğu X Şirketi ile Y Şirketi ve Z. Şirketi arasında akdedilmiş olan sulh protokolünde kararlaştırılmış olan cezai şartın ahlaka ve aykırı nitelikte olduğu için hukuken geçersiz sayılması gerektiğini düşündüklerini (yani bu görüşte olduklarını) belirtmiş ve bizim bu konudaki bilimsel görüşümüzü arz etmemizi istemiştir.

Söz konusu sulh protokolünde kararlaştırılmış olan cezai şartın ahlaka ve adaba aykırı nitelikte olup olmadığı ve bu nedenle geçersiz olup olmadığı hususundaki bilimsel görüşümüz aşağıda açıklanacaktır.

AHLAKA AYKIRI NİTELİKTEKİ CEZAI ŞARTLARIN GEÇERSİZLİĞİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMA

1) Borçlar Kanununun 182/f.3 hükmüne göre, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şart fahiş ise, hakim fahiş cezai şartı fahiş olmayan bir miktara indirir. Yine BK.md.182/f.3 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, “Hakim fahiş gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir”. Söz konusu hükümde, “kendiliğinden indirir” ifadesi kullanılmak suretiyle, cezai şart tutarı fahiş ise, hakim, bunu indirmekle yükümlü kılınmıştır. Nitekim eski BK’nın 161/f.3 hükmü de doktrin ve uygulamada böyle anlaşılmaktaydı.

Bununla birlikte, TTK md. 22 hükmüne göre; tacir sıfatına sahip olan borçlu cezai şartın fahiş olduğu gerekçesiyle indirilmesini isteyemez.

2) Fakat, doktrin ve uygulamada haklı olarak kabul edildiği üzere, **sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şart “genel ahlaka aykırılık” teşkil edecek nitelikteyse, TBK md. 27 ve TMK md. 23/f.2 hükümleri uyarınca geçersiz olacaktır.** Dolayısıyla da, cezai şart ödemekle yükümlü olan kişinin (borçlunun) tacir sıfatına sahip olması, bu hükümlerin uygulanmasına ve bu hükümler gereği cezai şartın genel ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olmasına engel oluşturmayacaktır. Cezai şart borçlusu tacir sıfatına sahip olsa bile, ahlaka aykırı nitelikte olan cezai şart, bu hükümler gereği geçersiz olacaktır. Zira, “cezai şartın fahiş olması” (fahiş cezai şart) ile “cezai şartın ahlaka aykırı olması”

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Medeni Hukuk A.B.D. Başkanı.

(ahlaka aykırırı cezai şart) birbirinden farklı kavramlardır¹.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bu durumu şöyle ifade etmektedir: “**Türk Ticaret Kanununun 22. maddesinin, Türk Borçlar Kanununun 182. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız “fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği esasını” kabul etmiştir. Yoksa ahlaka ve adaba ve emredici hükümlerin koyduğu kurallara aykırırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur**”².

3) Bu duruma göre; **TBK md. 182/f.3 hükmünde yer alan “fahiş cezai şartı indirme imkanının” varlığı, kural olarak, cezai şartın genel ahlaka aykırılık dolayısıyla geçersiz (kesin hükümsüz, batıl) olmasına engel teşkil etmeyecektir.** Çünkü cezai şartın genel ahlaka aykırırı olması sonucunda ortaya çıkan “kesin hükümsüzlük (butlan)” genel bir yaptırımdır (TBK.md.27) ve benzer amaçlı bir yaptırımın varlığı onun uygulanmasına engel oluşturmaz. Kaldı ki zaten, TBK. md.27 hükümleri, bu noktada aslında, TBK md. 182/f. 3 maddesinde düzenlenmiş olan indirim imkânının uygulama alanı bulamadığı, fakat sözleşmede kararlaştırılmış cezai şart nedeniyle ekonomik özgürlüğü ihlal edilen tacirler yönünden önem taşımaktadır. Zira, TBK md. 182/ f.3 hükmünde öngörölmüş olan indirim imkanının uygulanabildiği meselelerde, hakimin gerekli indirimi sağlamasıyla zaten, artık ne “cezai şartın fahiş olduğundan” ne de “genel ahlaka aykırırı olduğundan” söz etmek imkanı kalmayacaktır³.

4) Sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartın ne zaman “ahlaka aykırırı” olacağına ve dolayısıyla da geçersiz (batıl) olacağına gelince;

Cezai şartın miktarının sözleşmedeki edimlerin değerinden çok yüksek olduğu (dolayısıyla da cezai şart borçlusuna aşırırı bir yük yüklediği) ve bu suretle tarafların karşılıklı borçları (edimleri) arasında aşırırı bir dengesizlik (oransızlık) yarattığı;

Cezai şartı içeren sözleşmenin süresinin çok uzun olduğu ve bu uzun süre boyunca cezai şart borçlusunun bu cezai şart yaptırımı ile bağılı olduğu için cezai şart borçlusunun ekonomik özgürlüğünün çok fazla sınırlandırıldığı;

Cezai şartın, sadece tek tarafın borca aykırırı davranışının yaptırımı olarak, sadece tek taraf için öngöröldüğü; sözleşmenin diğerr tarafının sözleşmeye aykırırı davranışının yaptırımı olarak böyle bir cezai şartın öngörölmediği; (yani cezai şartın tek taraflı olarak kararlaştır-

1 ATEŞ Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Ankara 2007, s.269.

2 YHGK 20.3.1974 T. , E. 1970/T-1053, K. 1974/222 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1977, Sayı 1, s.11-23); Nitekim Yargıtay’ın başka kararlarında da benzer yönde sonuca varılmıştır. Bakınız: Yargıtay 13. HD. , 17.2.2003 T. , 2003/14711 E. , 2002/1355 K. ; Yargıtay 15. HD. , 14.10.1999 T., 1999/2025 E. ,1999/3642K. ; Yargıtay .15.HD. , 5.5.1999 T. , 1999/1120 E. , 1999/1768 K. ; Yargıtay 13. HD. , 25.1.1993 T. , 1992/8546E. , 1993/348 K. ; Yargıtay 13. HD. , 3.10.1988 T. , 1988/2765 E. , 1988/438 K. .

3 ATEŞ, Derya, a.g.e., s.269.

rıldığı); hallerde ve bunlara benzer başka hallerde, cezai şart genel ahlaka aykırı olacaktır⁴.

Ayrıca şu hususu da belirtelim ki, taraflar arasında akdedilmiş olan “işleticilik sözleşmesi” gibi sürekli sözleşmelerde, örneğin “bayilik ve tek satıcılık sözleşmelerinde”, taraflardan sadece birinin sözleşmeden doğan borçlarını ihlal etmesi halinde diğer tarafın hem sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmeye hak kazanacağını hem de cezai şarta hak kazanacağını öngören hükümlerin de, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık taşıdıkları gerekçesiyle geçersiz (batıl) olacakları kabul edilmektedir. Zira bu tip tek tarafa fesih ve cezai şart isteme hakkı tanıyan hükümler, “tarafların eşit muamele edilmesi ilkesine” ters düşeceği gibi, bir taraf aleyhine sosyo-ekonomik bir dengesizlik yaratacaktır. Diğer bir ifadeyle tarafların edimleri arasında aşırı bir dengesizlik yaratacaktır⁵.

Nitekim Yargıtay 15.HD.de bir kararında⁶; “**Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, işin belirtilen günde bitirilmemesi halinde, iş bedelinin iki misli tazminatın ödeneceği hükmü ifaya ekli cezai şart niteliğinde olup, bu ceza hükmü muhtemel zararın çok üstünde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hüküm olduğundan, yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da Anayasa’nın 18., BK.nun 19 ve 20. maddelerine (TBK’nın 27. maddesine) göre batıldır**” demek suretiyle aynı sonuca varmıştır⁷.

5) Doktrinde ve Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere; tacir bakımından ahlaka aykırı nitelikte olan cezai şart, TBK md. 27 hükmü uyarınca “**tamamen geçersiz sayılabileceği**” gibi; eğer sadece miktarının yüksekse ve bu nedenle tacirin ekonomik açıdan yıkımına yol açacaksa, sebebiyle ahlaka aykırı nitelikteyse (yani ahlaka aykırılık sadece miktarının çok yüksek olmasından kaynaklanmaktaysa) “**makul bir düzeye indirilebilecekler**”dir. Miktarı fahiş olduğu için ahlaka aykırı nitelikte olan cezai şartın, indirilmesi imkanı, TTK. md. 1530 hükmünün kıyasen uygulanması ile, yani bir tür değiştirilmiş kısmi butlan (TBK.md.27/ f.2) ile sağlanabilir⁸.

UYUŞMAZLIK KONUSU CEZAI ŞARTIN AHLAKA AYKIRI NİTELİKTE OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1) X Şirketi ile Y Şirketi ve Z Şirketi Ltd. Şti. arasında akdedilmiş olan sulh protokolünde kararlaştırılmış olan cezası şartın ahlaka aykırı nitelikte olup olmadığına gelince:

4 ATEŞ Derya, a.g.e., s. 238 vd. ile 269-270.

5 ŞENOL, A. Nilay, Bayilik Sözleşmesi, Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 176 vd; GÖKYAYLA Cemali, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Ankara 2005, s. 192.

6 Yargıtay 15.HD., 11.5.2000 T., 1999/4655 E., 2000/2324K. (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 27, Sayı 9, Eylül 2000, s.1394-1395).

7 Aynı yönde: Yarg.15.HD., 18.01.2010 T., E.2009/635, K.2010/64, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 36, Sayı 8, Ağustos 2010, s.1469-1570).

8 ATEŞ, Derya, a.g.e., s.27.

2) Öncelikle söz konusu **Sulh Protokolünün** akdedilmesi aşamasına nasıl geldiğini açıklamak gerekirse;

a- X Şirketi ile Y Şirketi arasında, önce, **17.06.2003 tarihli bir işleticilik protokolü** akdedilmiştir. İşbu işleticilik protokolüne göre; *X Şirketine ait tesislerde satılacak tüm akaryakıt ve makine yağ ürünlerinin satışı ve pazarlamasını yapma hakkı Y Şirketine (işleticiye) ait olacaktır. Y Şirketi ise, işbu sözleşme süresince (minimum 10 yıl boyunca), akaryakıt ve makine yağları pazarlama ve satış hakkı (işletme hakkı) bedeli olarak, toplam 180.000 USD ödeyecektir.*

Toplam satış miktarı, akaryakıt olarak, 4.000 ton/yıl ve üstünde gerçekleştirdiği takdirde, X Şirketi'ne peşin olarak verilecek işleticilik ücretine ilaveten, toplam ciro üzerinden %2 oranında ek işleticilik ücreti ödenecektir.

Görüldüğü üzere, taraflar arasında akdedilmiş olan işbu işleticilik sözleşmesine göre; X Şirketine ait tesislerdeki akaryakıt ve makine yağları pazarlama ve satış hakkı (işletme hakkı), minimum 10 yıl boyunca Y Şirketi'ne ait olacaktır. Y Şirketi ise işbu **işleticilik hakkının bedeli olarak, minimum 10 yıllık süre için (yani 17.06.2013 tarihine kadar) , toplam 180.000 USD ödeyecektir.** Y Şirketinin yapacağı toplam satış miktarı, akaryakıt olarak, 4.000 ton/yıl ve üstünde gerçekleştiği takdirde, X Şirketine peşin olarak verilecek işleticilik ücretine ilaveten, toplam ciro üzerinden %2 oranında ek işleticilik ücreti ödeyecektir.

b- Daha sonra, taraflar arasında, **09.08.2008 tarihli ek sözleşme** akdedilmiştir. İşbu ek sözleşme ile, yukarıda açıklanan işletme protokolünün süresinin (yani normalde 17.06.2013 tarihinde dolacak olan süresinin) 31.12.2016 tarihine kadar uzatılması kararlaştırılmıştır.

Görüldüğü üzere, işbu ek sözleşme ile, **işleticilik sözleşmesinin süresi, yaklaşık 13,5 yıl uzatılmıştır.**

c- Daha sonra ise, 2011 yılında, X Şirketi, Y Şirketinin sözleşme konusu işleticilik hakkını gereği gibi kullanmadığı gerekçesiyle, Y Şirketine karşı, **“işleticilik sözleşmesinin haklı sebeple feshi ve Y şirketinin tesislerden tahliyesi talebiyle”** dava açmıştır.

İşbu dava karar düzeltme aşamasında iken, X Şirketi ile Y Şirketi ve BAYİ (Y Şirketinin bayisi) arasında **13.12.2012 tarihli bir sulh protokolü** akdedilmiştir. Bu protokolün konusu;

İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesinin Esas Karar sayılı dosyası üzerinden görülmekte olup karar düzeltme aşamasında bulunan davadan davacı X Şirketi'nin FERAGAT etmesine ve davalılar Y Şirketi ile BAYİ'nin (Y Şirketinin bayisinin) bu FARAGATİ KABUL etmesine, birbirlerinden yargılama gideri ve vekalet ücreti istemeden söz konusu davayı sonlandırmasının şartlarının;

Ve, X Şirketi'nin, Y Şirketi ve BAYİ'nin kullanımına tahsis ettiği deniz araçlarına akaryakıt ikmal noktasının (alanının), marinada yapılacak düzenlemeler nedeni ile konumunun değiştirilerek belirlenmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin; düzenlenmesine ilişkindir.

İşbu protokolün ilgili hükmüne göre; taraflar arasında akdedilmiş olan, 17.06.2003 tarihli İşleticilik Protokolü ve bu protokolün süresini uzatmaya yönelik 09.05.2008 tarihli Ek Sözleşme, aynı şartlarla 31.12.2016 tarihine kadar uygulanmaya devam edecektir.

İşbu protokolün ilgili hükmüne göre; **X Şirketi, işbu Sulh Protokolü'nden kaynaklanan yükümlülüklerini zamanında yerine getirmez ise, Y Şirketi ve BAYİ, 17.06.2003 tarihli İşleticilik Sözleşmesini tek taraflı olarak feshedecek ve fesih bildirimiminin X Şirketine yapılmasını müteakip X şirketi, 3 gün içinde, Y Şirketi ve BAYİ'ye net 750.000'er Euro (toplam 1.500.000 EURO) tazminat (cezai şart) ödeyecektir.**

3) Görüldüğü üzere, söz konusu Sulh Protokolü'nün hemen yukarıda açıklanan hükmüyle; **X Şirketi'nin işbu protokolden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde, Y Şirketi ve BAYİ'ye hem sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hakkı, hem de 750.000'er Euro cezai şart talep etme hakkı tanınmıştır. X Şirketine ise böyle bir hak tanınmamıştır.**

Doktrinde haklı olarak kabul edildiği üzere, bu tür sözleşmelerde (yani ba-yilik ve tek satıcılık benzeri sözleşmelerde), sadece tek tarafa sözleşmeyi fes-hetme ve cezai şart isteme hakkı tanıyan bu gibi hükümler, hem genel ahlaka hem de MK.md.23 anlamında kişilik haklarına aykırılık teşkil edeceklerinden, TBK.md.27 hükmü uyarınca geçersiz (batıl) olacaklardır⁹.

Öte yandan, işbu protokolda, Y Şirketine tek taraflı olarak tanınmış olan fesih hakkıyla birlikte öngörülmüş olan **cezai şartın miktarı, sözleşmedeki edimlerin değerinden çok yüksek olup, edimler dengesi arasında aşırı bir oransızlık ya-ratmakta ve dolayısıyla da cezai şart borçlusuna X Şirketine aşırı ve oransız bir yük yüklemektedir.** Gerçekten de, süre uzatma sözleşmesiyle 13,5 yıla uzatılmış olan sözleşme süresi boyunca, Y Şirketinin sadece 180.000 USD işletme bedeli öde-yeceği kararlaştırılmış iken ve dolayısıyla da zaten tarafların edimleri arasında aşırı bir dengesizlik var iken; bu defa da, akdedilen Ek Protokol ile, X Şirketinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde (örneğin sözleşmeyi haklı bir sebep olmaksızın süresinden önce feshetmesi halinde) Y Şirketine ve BAYİ'ye toplam 1.500.000 Euro cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır.

4) Sonuç itibariyle, yukarıda açıklanan bu gerekçelerle; taraflar arasında ak-dedilmiş olan 13.12.2012 tarihli Sulh Protokolü'nün 4/h maddesinde yer alan, "**X Şirketi, işbu Sulh Protokolü'nden kaynaklanan yükümlülüklerini zamanında ye-**

9 ŞENOL Nilay, a.g.e., s.176 vd; GÖKYAYLA Cemile, a.g.e., s.192.

rine getirmez ise, Y Şirketi ve BAYİ, 17.06.2003 tarihli İşleticilik Sözleşmesini tek taraflı olarak feshedecek ve fesih bildirimiminin X Şirketine yapılmasını müteakip X Şirketi, 3 gün içinde, Y Şirketine ve BAYİ'ye net 750.000'er Euro tazminat (cezai şart) ödeyecektir” hükmünün, genel ahlaka (TBK md. 27) ve kişilik haklarına (TMK md. 23) aykırı olduğu, bu nedenle de TBK.md.27 hükmü uyarınca geçersiz olduğu, dolayısıyla da X Şirketi tarafından açılacak bir tespit davası ile bu hükmün geçersizliğinin tespitinin talep ve dava edilebileceği kanaatine varılmaktadır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

Taraflar arasında akdedilmiş olan 13.12.2012 tarihli Sulh Protokolü'nün 4/h maddesinde yer alan, “*X Şirketi, işbu Sulh Protokolü'nden kaynaklanan yükümlülüklerini zamanında yerine getirmez ise, Y Şirketi ve BAYİ, 17.06.2003 tarihli İşleticilik Sözleşmesini tek taraflı olarak feshedecek ve fesih bildirimiminin X Şirketin yapılmasını müteakip X Şirketi, 3 gün içinde, Y Şirketine ve BAYİ'ye net 750.000'er Euro tazminat (cezai şart) ödeyecektir*” hükmüyle,

X Şirketinin işbu protokolün hükümlerini ihlal etmesi halinde, Y Şirketine ve BAYİ'ye hem sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hem de 750.000'er Euro cezai şart talep etme hakkı tanınmış olup, X Şirketine ise böyle bir hak tanınmamış olduğundan; bu hükmün, *sözleşme tarafları arasında eşit muamele yapılması ilkesi* ile bağdaşmadığı, sözleşme tarafları arasında aşırı derecede bir sosyo-ekonomik eşitsizlik yarattığı;

Ayrıca fesih hakkı ile birlikte tanınmış olan cezai şart hakkının konusunu oluşturan cezai şartın miktarı, sözleşmedeki edimlerin değerinden çok (aşırı) yüksek olduğundan, bu hükmün edimler dengesi arasında aşırı bir oransızlık yarattığı ve dolayısıyla da cezai şart borçlusuna (X Şirketine) aşırı ve oransız bir yük yüklediği;

Taraflar arasındaki akdi ilişkiye benzer akdi ilişkiler kuran “bayilik” ve “tek satıcılık” sözleşmelerinde kararlaştırılan bu tür hükümlerin ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olduklarından geçersiz olacaklarının doktrinde haklı olarak kabul edildiği¹⁰;

Bu nedenlerle, **bu hükmün hem genel ahlaka aykırılık hem de MK md. 23 anlamında kişilik haklarına aykırılık teşkil ettiği; dolayısıyla .TBK md. 27 hükmü uyarınca geçersiz (batıl) olduğu;**

X Şirketi tarafından açılacak bir tespit davası ile bu hükmün geçersizliğinin tespitinin talep ve dava edilebileceği;

Kanaatine varılmaktadır.

10 ŞENOL Nilay, a.g.e. , s.176 vd; GÖKYAYLA Cemile, a.g.e. , s.192.



SEYYİD BEY VE “HAK MEFHUMUNUN VE KUVVE-İ MÜEYYİDESİNİN SURET-İ TELAKKİSİ HAKKINDA İSLAM FELSEFE-İ HUKUKU İLE AVRUPA FELSEFE-İ HUKUKU ARASINDA BİR MUKAYESE” BAŞLIKLİ KONFERANSI*

Seyyid Bey and His Paper on “Comparing European and Islamic Philosophy of Law in Perception of The Concept of Law and Its Sanction Power”

Arş. Gör. Fatma Sümer**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde hukuk usulü ve ilahiyat fakültesinde hukuk tarihi dersleri vermiş olan Muhammed Seyyid Bey, Cumhuriyet’in ilk adalet bakanı ve İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi’nin ilk dekanıdır. Erken Cumhuriyet tarihi çalışmalarında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sırasında hilafetin kaldırılması amacıyla yapılan oylama öncesinde milletvekillerini hilafetin esasen İslami bir şiar olmadığına ikna etmek amacıyla yaptığı konuşma ise, Seyyid Bey’in ilk akla gelen özelliği olmuştur. Seyyid Bey’in konuşması amacına ulaşmış vefakat daha sonra gerçekleşen kanunlaştırma çalışmaları sırasındaki görüşleri resmi ideolojiyle bağdaşmayınca meclisten tasfiye edilmiştir. Çoğunlukla siyasi yönü vurgulanarak çalışılan Seyyid Bey, erken sayılabilecek yaşta vefat etmiş olması ve aktif siyasette yer alması sebepleriyle günümüze çok az eser bırakmış olsa da, aynı zamanda çalışmalarının derinliği ile hayranlık uyandıran bir hukukçudur.¹

* Konferans metninin tam başlığı: “Hak Mefhumunun ve Kuvve-i Müeyyidesinin Suret-i Telakkisi Hakkında İslam Felsefe-i Hukuku ile Avrupa Felsefe-i Hukuku Arasında Bir Mukayese”. 1922 yılında İstanbul Üniversitesi doktora salonunda gerçekleştirilen konferansın tam metni çalışmanın sonuna eklenmiştir. Metnin tanışmamı sağlayan ve metnin Latin alfabesine çevrildiği süreçte katkılarını, felsefe okumalarında yönlendirmelerini eksik etmeyen Prof. Dr. Tahsin Görgün’e teşekkür ederim.

** Fatma Sümer, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Seyyid Bey aktif siyasetin içinde bulunduğu için geriye çok fazla eser bırakamamıştır. Varolan eserlerinin büyük çoğunluğu öğrencileri tarafından tutulan ders notlarından teşekkül etmektedir. Sami Erdem, “Seyyid Bey: Hayatı ve Eserleri”, (Bundan sonra “Seyyid Bey” biçiminde anılacaktır.), **Türk Hukuk ve Siyaset Adamı Seyyid Bey Sempozyumu**, İzmir, 1999, s. 30. Seyyid Bey’in yayımlanmış eserleri şunlardır:

Usul-i Fıkıh Dersleri(1911), Usul-i Fıkıh Dersleri - Mebahis-i Hüsün ve Kubuh (1914), Usul-i Fıkıh-Medhal (1917. H. Karayığit sadeleştirmesi Fıkıh Usulü-Giriş adıyla basıldı, 2010), Hak Mefhumu ve Kuvve-i Müeyyidesinin Suret-i Telakkisi Hakkında İslam Felsefe-i Hukuku ile Avrupa Felsefe-i Hukuku Arasında Bir Mukayese (Konferans metninin kitaplaşmış şekli, 1922), Usul-i Fıkıh Mebahisinden İrade, Kaza ve Kader (1922), Hilafet ve Hakimiyet-i Milliye (1923, anonim yayınlanmıştır) Hilafetin Mahiyet-i Şer’iyesi (TBMM’deki konuşmanın kitaplaşmış şekli, 1924.), Tarih-i Fıkıh Dersleri (1924). İsmail Kara, “Seyyid Bey (1873-1924)”, **Türkiye’de İslamcılık Düşüncesi-Metinler/Kişiler I**, Derghal Yayınları, İstanbul, 2011, s. 231-232.

1873 yılında İzmir'de doğan² Seyyid Bey'in babası İzmir eşrafından Müezzinzadeler ailesinden Abdullah Takiyüddin'dir.³ Seyyid Bey, medrese eğitiminin ardından hukuk eğitimi almış⁴, 1904 yılında 18. devre birincisi olarak mezun olmasının ardından iki yıl kadar İzmir'de avukatlık yapmıştır. Daha sonra Darülfunun hukuk fakültesinde akademisyen olan Seyyid Bey bazı dönemlerde ara vermiş olmasına rağmen vefatına dek bu okulda hocalık yapmayı sürdürmüştür.⁵

Seyyid Bey'in hayatıyla ilgili olarak temin edilebilen bilgiler 2. Meşrutiyetin ilanıyla siyasete atılmasından sonraki sürece ilişkindir. Aktif siyasette yer aldığı süreçte Seyyid Bey'in medrese eğitimi dolayısıyla ilmi nüfuz sahibi olması ve grup çatışmalarındaki teskin edici tavrı dolayısıyla, kendisine siyasette etkin olacağı görevlerin verildiği görülmektedir.⁶ 1908 seçimlerinde İzmir'den milletvekili seçilerek siyasi hayatına başlayan⁷ Seyyid Bey, 1908 inkılabını hazırlayanlar arasında yer alır.⁸ İttihat ve Terakki Partisi'nde 1910 yılında parti başkan yardımcısı, 1911'de parti başkanı olarak görev yapar.⁹ Milletvekili ve akademisyen olarak 2. Meşrutiyet dönemi, kanunlaştırma hareketlerinde aktif rol alır. Mondros mütarekesi ve İngilizler'in İstanbul'u işgali sonrasında Malta'ya sürgün edilen grupta yer alır ve sürgüne dahil edilme sebepleri olarak akademisyen olmasının yanı sıra, İttihat ve Terakki Cemiyetinde ileri gelen bir isim olması sebebiyle Mütareke sonrası milliyetçi hareketler açısından potansiyel tehlike oluşturduğu gösterilmektedir.¹⁰ Seyyid Bey sürgün dönemini oldukça verimli geçirir ve pek çok konferans vermenin yanı sıra Fransızca öğrenmeye çalışır.¹¹ 29 Nisan 1920 tarihinde başlayan sürgünden, 1921 yılında Ekim ayı sonunda İstanbul'a döndüğünde, önce Ankara'ya gider, fakat tekrar İstanbul'a dönüp, Ayan meclisinin ilgasına dek İstanbul Üniversitesi'ndeki görevini sürdürür.¹²

2 Sami Erdem, *Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, s. 7, Sami Erdem, "Osmanlı'dan Cumhuriyete Din ve Siyasette Modernleşme: Seyyid Bey Örneği" (Bundan sonra "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e" olarak anılacaktır.), *Uluslararası Müslüman- Hıristiyan Diyalog Sempozyumu*, İstanbul, 2007, s. 312, Sami Erdem, "Seyyid Bey (1873-1925)-Hukukçu-Cumhuriyet döneminin ilk adliye vekili", (Bundan sonra "Seyyid Bey (1873-1925)" biçiminde anılacaktır.), *İslam Ansiklopedisi*, C:37, İstanbul, 2009, s. 54. Erdem, Seyyid Bey, s. 11, Osman Eskicioğlu, "Seyyid Bey'in Hilafet Anlayışı Üzerine Bazı Düşünceler", *Türk Hukuk ve Siyaset Adamı Seyyid Bey Sempozyumu*, İzmir, 1999, Halis Demir, "Muhammed Seyyid Bey'in Medhalisi", *Hikmet Yurdu*, Ocak – Haziran 2012, Yıl: 5, C: 5, Sayı: 9, s. 211, Gülhan Ekici, *Seyyid Bey'in (1873-1925) Kelamî Görüşleri ve Hilafet Hakkındaki Düşünceleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007, s. 2, Adem Efe, "Sosyolojik bir Bakış Açısıyla Seyyid Bey (1873-1925) ve "İçtihad ve Taklid" Adlı Makalesi Üzerine Bir Değerlendirme", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı:6, 2005, s. 142, İsmail Kara, s. 231, Bahattin Ergül, *Seyyid Bey ve Usul-i Fıkha Bakışı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2006, s. 12.

3 Kara, *Türkiye'de İslamcılık Düşüncesi*, s. 121.

4 Seyyid Bey, hukuk eğitimi daha sonra Hukuk Fakültesi ismini alan İstanbul Darülfunun-u Hukuk Mektebi'nde tamamlamıştır. Erdem, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e", s. 312.

5 Erdem, "Seyyid Bey (1873-1925)", s. 54, Erdem, "Seyyid Bey", s. 12.

6 Erdem, "Seyyid Bey (1873-1925)", s. 54.

7 Sami Erdem, *Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri*, s. 12, Efe, s. 142, Demir, s. 211.

8 Erdem, "Seyyid Bey", s. 13.

9 Ekici, s. 2. Seyyid Bey, İttihat ve Terakki'nin meclis grubunda başkan yardımcılığı ve başkanlık yapmıştır. Erdem, *Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri*, s. 13.

10 Erdem, "Seyyid Bey", s. 15.

11 Ekici, s. 2.

12 Erdem, "Seyyid Bey (1873-1925)", s. 54. Erdem, "Seyyid Bey", s. 16.

Seyyid Bey, Milli Mücadele sırasında Mustafa Kemal'in destek istediği kişiler arasındadır.¹³ Teşkilat-ı Esasi'nin hazırlanmasındaki önemli katkısı ise Hasan Rıza Soyak'ın anılarında belirtilmektedir.¹⁴ Medeni Kanun hazırlık çalışmalarında da görev üstlenmiş ve adalet bakanı olana dek, bu amaçla kurulan ihzar-ı kavainin komisyonunda bulunmuş, sonrasında komisyonun faaliyetlerini takip etmiştir.¹⁵ Cumhuriyetin ilanı öncesinde yapılan seçimlerde İzmir'den milletvekili ve ikinci meclisin 14 Ağustos 1923 tarihinde yaptığı Heyet-i Vekile seçimlerinde I. Fethi Bey kabinesinin adalet bakanı olmuştur. Ali Fethi Oktar başkanlığındaki bu kabine, meclisin daha fazla desteğine sahip bir hükümete ihtiyaç duyulduğu gerekçesiyle 27 Ekim 1923'te istifa etmiş, ancak Seyyid Bey, Cumhuriyetin ilanından sonraki, I. İnönü kabinesinde de adalet bakanı olmuştur.¹⁶ Bu kabine döneminde Seyyid Bey ve bazı bakanlarla ilgili tasfiye söylentileri ortaya atılmış ve kendilerine istifa teklif olunacağı haberleri gazetelerde yer almıştır.¹⁷ Halifeliğin kaldırılması da bu dönemde gündeme gelmiştir. 3 Mart 1924 tarihinde Seyyid Bey halifeliğin gerekliliğini savunanlara karşı resmi söylemi yansıtan bir konuşma yapmış¹⁸ milletvekillerinin kararlarını gönül rahatlığıyla icra etmelerini sağlayan bu konuşma aynı yıl Hilafetin Mahiyet-i Şer'iyyesi adı ile kitaplaştırılmıştır.¹⁹ Aynı gün kabul edilen bazı kanunlarla bakanlıklardan bir kısmının ilga edilmesi sebebiyle İsmet Paşa kabinesi bu olayın ardından 5 Mart 1924 tarihinde istifa etmiştir.²⁰ 6 Mart 1924'te İsmet Paşa yeni bir kabine oluşturmuş ancak Seyyid Bey bu kabinede yer almamıştır.

Meclisteki görevine bir süre daha devam eden Seyyid Bey, 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilen Teşkilat-ı Esasiye Kanununun 23. Maddesi ile milletvekillerine memuriyetin yasaklanması üzerine milletvekilliğinden ayrılarak akademisyenliği tercih etmiş²¹; kuruluş halindeki ilahiyat fakültesinin dekanlığına getirilerek vefatına dek burada fıkıh tarihi ve hukuk fakültesinde fıkıh usulü dersi vermeye devam etmiştir. Seyyid Bey, 8 Mart 1925 tarihinde, üç gün süren zatürre hastalığı sebebiyle vefat etmiştir.²²

Seyyid Bey'le ilgili olarak ulaşabildiğimiz az sayıdaki kaynağın, kendisinin Türkiye'de modernleşme sürecine veya İslamcılığın gelişimine olan katkısını vurgu-

13 Erdem, "Seyyid Bey (1873-1925)", s. 54.

14 Erdem, "Seyyid Bey", s. 16.

15 Ekici, s. 2.

16 Erdem, "Seyyid Bey (1873-1925)", s. 55.

17 Eskicioğlu, a.g.e.

18 Seyyid Bey'in konuşması bir yıl önce bu konuda imzasız olarak yayımladığı Hilafet ve Hakimiyet-i Milliye başlıklı risalenin özetidir. Erdem, **Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri**, s. 34.

19 **Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 3 Mart 1340 Tarihinde Mün'akid İkinci İçtimaında Hilafetin Mahiyet-i Şer'iyyesi Hakkında Adliye Vekili Seyyid Bey Tarafından İrad Olunan Nutuk**, Ankara, TBMM Matbaası. Nutuk 1924 yılında kitaplaştırılarak yayımlanmıştır. (Bundan sonra "**Hilafetin Mahiyet-i Şer'iyyesi**" olarak anılacaktır.) Ayrıca konuşmanın transkripti İsmail Kara'nın, **Türkiye'de İslamcılık Düşüncesi Metinler-Kişiler I**, s. 233-266'da kısmen, sadeleştirilmiş hali M. Emin Bozarslan'ın **Hilafet ve Ümmetçilik Sorunu** adlı eserlerinde yayımlanmıştır.

20 Erdem, "Seyyid Bey", s. 20.

21 Erdem, "Seyyid Bey (1873-1925)", s. 55.

22 Erdem, "Seyyid Bey, (1873-1925)", s. 55, Demir, s. 211.

ladığını belirtmemiz gerekmektedir. Seyyid Bey, modernleşme temayülü baskın olan bir İslamcıdır. Kendisi hakkında çalışanlar için Seyyid Bey bir kişi değil bir "tip"tir.²³ Hayat tarzı ve düşünce yapısı itibarıyla yaşadığı dönemin İslamcılarıyla örtüşen pek çok yönü bulunmaktadır. İyi bir medrese eğitiminin ardından hukuk öğrenimi görmüş, İttihat ve Terakki'nin önde gelen isimleri arasında yer almış ve muhafazakarlık-modernizm bağlamında yaşanan dönemsel kırılmadan, özel hayatında da etkilenmiş biridir. Seyyid Bey'i tanıyanlar, ilk bakışta aldığı medrese tahsilinin görünür olduğunu ifade etmektedirler.²⁴ Bununla birlikte, yaşadığı dönem İzmir'inin sosyo-kültürel ortamında büyümüş olmasının fikir yapısında tesirinin bulunduğu belirtilmektedir.²⁵ İstanbul Hukuk Mektebinde aldığı hukuk eğitimi de modern bir eğitim olarak nitelenmiş ve Seyyid Bey'in yetişme ortamı ve aldığı bu eğitim dolayısıyla açık görüşlü ve ileri fikirli biri olduğu söylenmiştir.²⁶ Bu ikili eğitim, kendisini güçlü bir düşünce sistemine sahip kılmakla birlikte çelişkili bir yaşam tarzına sahip olmasına yol açmıştır.²⁷ Ayrıca Seyyid Bey sözü edilen dönemde hükümetin ihtiyaçları doğrultusunda hareket ettiği sürece siyasi ortamda kendisinden yararlanılmış, sonrasında pek çok dönem alimi gibi o da bu çevreden uzaklaştırılmıştır. Cumhuriyetin kuruluşu sürecindeki fikri çatışmalar sona erdikten sonra ise hilafetle ilgili yaklaşımı sebebiyle Seyyid Bey'in ilmi mirası İslamcılar tarafından da reddedilmiştir.

Seyyid Bey, "mevcut siyasal sürecin yerleşik varsayımlar temelinde meşrulaştırılmasını"²⁸ hedefleyen yaklaşımın temsilcisi sayılmaktadır. Seyyid Bey'in İslamcılık anlayışı, modern dünyada ihtiyaç duyulduğuna inandığı kurumları meşrulaştırmak amacıyla fıkıh ilminden yararlanması esasıyla oluşmuştur.²⁹ Yaşadığı dönem Osmanlı imparatorluğunun yıkıldığı ve yerine Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulduğu önemli siyasi dönüşüm sürecine denk gelir. Toplumun, dini ve geleneksel değerleri doğrultusunda yaşadığı ve bu hususta hassasiyet taşıdığı dönemde, yeni kurumları topluma anlatabilmek, ancak bunların söz konusu değerlerle meşrulaştırılmasıyla mümkün olabilecektir. Seyyid Bey, Cumhuriyetin kurumsallık kazanmaya başladı-

23 Kara, "Garı, Ganun ve Şapka", **Dergah Dergisi**, C.1, S. 5, Mart 1990, s. 23. Hüseyin Cahit Yalçın'ın, "Tanıdıklarım- Seyit Bey", **Yedigün**, nu. 183, 9 Eylül 1936 metni, "Garı, Ganun ve Şapka" başlığıyla, İsmail Kara'ya ait bir giriş paragrafı ve Yalçın'ın sözü edilen metni birleştirilerek **Dergah Dergisinin** belirtilen sayısında yayımlanmıştır. (Bundan sonra, Yalçın, "Garı, Ganun ve Şapka" ve Kara, "Garı, Ganun ve Şapka" olarak anılacaktır.)

24 Yalçın, "Garı, Ganun ve Şapka", s. 23.

25 Sami Erdem, **Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri**, s. 8. Ayrıca, Erdem, "Seyyid Bey", s. 11.

26 Erdem, "Seyyid Bey", s. 11, Erdem, **Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri**, s. 8-9. Ekici, s. 3. Adem Efe de Seyyid Bey'in hem dini hem modern eğitim görmüş olması sebebiyle geleneksel ve modern değerlerden birlikte faydalandığını ifade eder. Yazar ayrıca Seyyid Bey'in daha sonra değinilecek olan hilafetle ilgili konuşmasının kendisinin açık ve yeni fikirli olduğunu gösterdiği düşüncesindedir. Efe, s. 142.

27 Hatırat niteliğindeki bir kaynaktan yer almaları doğruluğunu teyid etme imkanını ortadan kaldırırsa da kendisini gözlemleyenler nazarında Seyyid Bey'in belirlediği amaçlarına ulaşmak için dini değerlerden taviz vermekten çekinmeyen biri olduğunu göstermesi bakımından önem taşıyan örnekler için bkz. Yalçın, "Garı, Ganun ve Şapka", s. 23.

28 Sami Erdem, "Cumhuriyete Geçiş Sürecinde Hilafet Teorisine Alternatif Yaklaşımlar", (Bundan sonra "Alternatif Yaklaşımlar" olarak anılacaktır.), **Divan**, 1996/2, s. 145, Efe, s. 144.

29 Erdem, "Seyyid Bey (1873-1925)", s. 55.

ğı dönemde bu doğrultuda çalışmış ve hilafetin kaldırılması sürecindeki katkısı da, esasen bu bağlamda gerçekleşmiştir.

İslam hukukunun modernleşme karşısındaki durumuna ilişkin yorumların Türkiye’de en çok yoğunlaştığı dönem, 1908-1924 arasındır. İslam hukuku bu dönemde, hem teorik hem de pratik yönleriyle halife ve hilafet etrafında tartışılmıştır. Halife sıfatına sahip olan kişinin aynı zamanda devlet başkanı niteliğindeki padişah olması, tartışmanın laiklik eksenine kaymasına yol açmıştır. İsviçre Medeni Kanunu’nun, Mecelle’nin yerini aldığı 1926 yılından sonra, İslam hukuku tamamen terkedildiği için Türkiye’de bu tartışmalar sona ermiştir.³⁰

Hilafetin kaldırılmasının tartışıldığı bu dönemde, meşrutiyet dönemindeki tartışmalardan farklı olarak, saltanatın kaldırılmış olmasıyla hilafetin maddi ve siyasi güçten arındırılmış olması, kurumun manevi bir gücün ötesinde algılanmamasına yol açmış ve tartışma daha önceki bağlamından farklı gerçekleşmiştir.³¹ Buna rağmen tartışmalara hilafetin manevi varlığı değil, idari bir yapı olarak mevcudiyeti konu edilmiştir. Seyyid Bey, Meclis’te gerçekleştirdiği ve saatler süren konuşmasında, bütün İslam tarihini kısaca gözden geçirerek hilafeti “hakiki” ve “sur’i”³² olarak ikiye ayırmış³³, mevcut şekliyle halifelüğün ikinci kategoriye girdiğini ileri sürmüştür. Seyyid Bey ayrıca hilafeti velayet ve vekalet ilişkileri çerçevesinde açıklamış³⁴ ve bu kavramsallaştırmalar yeni olmamakla birlikte, hilafetin dünyevi bir kurum olduğunu ortaya koymak bakımından günün şartlarında ikna edici olmuştur.³⁵

Seyyid Bey, hilafetin bir hükümet şekli olmadığını³⁶ dini değil dünyevi bir kurum olduğu düşüncesini, hilafetle ilgili hiçbir ayet veya hadis olmadığını söyleyerek temellendirmiş, hilafetin Kuran-ı Kerim’de yönetime ilişkin yer alan yegane iki unsur olan itaat ve meşveret özelliklerini taşıyan herhangi bir hükümet etme şekliyle aynı muhtevada olduğunu ifade etmiştir.³⁷

Adem Ef’e göre, Seyyid Bey’in hilafetin kaldırılması oylamaları öncesinde yaptığı bu konuşmada, İslam aleminde bundan daha büyük bir inkılabın henüz yapılmadığını ifade etmesi³⁸, kendisinin şiddetli bir inkılap taraftarı olduğunu göstermektedir.³⁹ Gerçekte Seyyid Bey’in, hilafetin kaldırılmasının yapılacak en büyük

30 Erdem, “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e”, s. 311.

31 Erdem, “Alternatif Yaklaşımlar”, s. 120.

32 Sur’i kelimesi, sözlükte “görünürde olan, içten olmayan” anlamına gelmektedir. **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, Bilgi, Ankara.

33 Seyyid Bey, **Hilafetin Mahiyet-i Şer’iyesi**, s. 16.

34 Seyyid Bey “vekalet” ve “velayet” kavramlarını uzun uzadıya açıklamasının ardından şu ifadeleri kullanmıştır: “Fukaha, yani İslam hukukçuları, halife milletin vekilidir diyorlar. Çünkü millet velayet-i ammeyi ona tefviz etmiştir.” Seyyid Bey, **Hilafetin Mahiyet-i Şer’iyesi**, s. 44.

35 Erdem, **Seyyid Bey’in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri**, s. 35.

36 “Hilafet demek hükümet demektir. Maksûd olan memleket ve milleti adilane bir sûrette hüsn idare etmektir. Yoksa şekl-i hükümet değildir.”, Seyyid Bey, **Hilafetin Mahiyet-i Şer’iyesi**, s. 40.

37 Seyyid Bey, **Hilafetin Mahiyet-i Şer’iyesi**, s. 6-7.

38 Seyyid Bey, **Hilafetin Mahiyet-i Şer’iyesi**, s. 3.

39 Efe, s. 142.

inkılap olduğuna dair nitelemesi, kendisinin yapılacak oylamaya ilişkin heyecanını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, Seyyid Bey'in İslami hükümlerden yola çıkarak yaptığı ikna edici konuşma, diğer çalışmalarında yer alan hilafete dair görüşleriyle teyid edilememektedir. Eskicioğlu'na göre, Seyyid Bey iki farklı hilafet anlayışı ortaya koymuştur. Bir alim olarak, Usul-i Fıkıh-Medhal isimli eserinde ortaya koyduğu hilafet anlayışı ile bir siyasetçi olarak savunduğu ve TBMM'de yaptığı konuşmaya yansıyan hilafet anlayışı birbirleriyle çelişmektedir.⁴⁰ Erdem de Seyyid Bey'in Hz. Peygamber'in devlet başkanlığı ve halifenin vazifeleri konularını izah için İslam'ın "hem diyanet hem de siyaseti cami bir din-i ali" olduğunu ifade ederken aslında kavramları büyük bir tutarlılıkla kullanmadığını belirtmektedir. Karaya göre, Seyyid Bey'in usul-i fıkhı daire eserleri "geniş bir müktesebatın, canlı bir zekanın ve hayli yoğun bir cehdin" ürünü iken hilafetle ilgili olan eserleri "mevcut engin ve doğru bilgilerinin neye hizmet edeceklerini kestiremeyen, daha doğrusu böyle bir endişe taşımayacak kadar saf bir insanın (artık burada "zekanın" denemez) takdirler ve alkışlar arasında coşması"⁴² olarak nitelenebilir. Aslında fıkhi çalışmalarında gösterdiği tutarlılığı hilafetle ilgili yaklaşımında da ortaya koyabilecek yetkinlikte olan Seyyid Bey'in niyeti, konuşmanın verdiği itibarı kullanarak yeni medeni kanun çalışmalarında etkin olmaktır. Ancak hilafetin kaldırılması ile kendisine duyulan ihtiyaç sona ermiş ve Seyyid Bey bu amaca ulaşamamıştır.

Seyyid Bey'in konuşmasının ardından mecliste gerçekleşen oylamada bir milletvekili dışındaki tüm meclis hilafetin kaldırılması yönünde oy kullanmıştır.⁴³ Bununla birlikte konuşma sonrasında gerçekleşen oylama ile hilafetin kaldırılmış olması, milletvekillerinin kanaatlerinin bu konuşma ile oluştuğu şeklinde yorumlanmamalıdır.⁴⁴ Zira sözü edilen dönemde, hilafetin kaldırılmasının yeni meşruiyet anlayışları çerçevesinde beklenen bir durum olduğu söylenebilir.⁴⁵ Milletvekillerinin tereddüt etme sebebi ise, hilafetin İslam'a ait bir kurum olduğuna duydukları inançtır. Seyyid Bey, aksi yönde ikna ederek, zaten kararlarını vermiş olan vekillerin iç rahatlığı ile oy kullanmalarını sağlamıştır.

Bu dönemde terk edilmek istenen yapının dini bir yapı olması, buna rağmen hilafetin kaldırılması için milletvekillerinin hilafetin dini bir yapı olmadığına ikna edilmiş olmaları ilginçtir. Aslında terk edilmek istenen siyasi yapı, bu yapıyla bağdaşmayan yeni oluşumun dayanağı olmuştur.⁴⁶ Böylece, Cumhuriyetin yeni kurumları meşruiyetlerini İslam'a aykırı olmamak üzerine kurmuşlardır.

40 Bununla birlikte Seyyid Bey, konuşmasında hilafetin siyasi yönünü siyasetçilere bıraktığını, sadece dini yönüyle ilgilendiğini de belirtmektedir. Seyyid Bey, **Hilafetin Mahiyet-i Şer'iyyesi**, s. 3.

41 Eskicioğlu'nun Seyyid Bey'in iki farklı yaklaşımını kıyaslayarak tahlil ettiği metin için bkz.: "Seyyid Bey'in Hilafet Anlayışı Üzerine Bazı Düşünceler", **Türk Hukuk ve Siyaset Adamı Seyyid Bey Sempozyumu**, İzmir, 1999, 04.03.2013. <http://www.enfal.de/oe81.htm>

42 Kara, "Gari, Ganun ve Şapka", s. 23.

43 Seyyid Bey'in konuşmasından sonra karara esas bakımından muhalefet eden bir tek kişi vardır. Meclis'in Halk Fırkası'na mensup olmayan tek bağımsız üyesi olan Gümüşhane milletvekili Zeki Bey olumsuz oy kullanmıştır. Erdem, "Alternatif Yaklaşımlar", s. 146.

44 Erdem, "Seyyid Bey", s. 55.

45 Erdem, "Alternatif Yaklaşımlar", s. 119.

46 Erdem, **Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri**, s. 37.

Seyyid Bey, hilafetle ilgili konuşma dışında, ilk Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun hazırlanmasında da etkili olmuştur. Medeni Kanun'un hazırlanması sırasında da görüşlerini bildirmiş ve bir tasarı hazırlamıştır.⁴⁷ Seyyid Bey kanunlaştırma çabalarında hem dönem şartlarını hem de fihhi yaklaşımları gözetererek çözüm üretmeye çalışmış,⁴⁸ İslam'ı her türlü hurafe ve batıl inançtan temizlemek gerektiğini, aksi halde İslam'ın muhafaza edilemeyeceğini savunur.⁴⁹ Ancak kendisine göre, bu yapılmamakta ve bu sebeple hem yeni kanunlar çağın ihtiyaçlarını karşılayamamakta, hem de gençler İslam'dan uzaklaşmakta ve Batı medeniyetini daha cazip bulmaktadırlar.

Kanunlaştırma çalışmalarının İslami çerçevede gerçekleştirilmesi gerektiği düşüncesinin baskın olduğu, ancak İslami hükümlerin Hanefi fihhi ile sınırlı algılandığı dönemde Seyyid Bey, tüm İslami mezheplerin en az Hanefi mezhebi kadar muteber olduklarını ve hepsinin görüşleri dikkate alınarak yapılacak bir kanunla, çağın gereklerinin de karşılanacağını ifade etmiştir.⁵⁰ Seyyid Bey özellikle salt Hanefi mezhebindeki belli görüşlere bağlı kalınarak hazırlanan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyyeyi günün şartlarına uygun olmadığı ve ihtiyaçları karşılamadığı gerekçeyle eleştirmiştir.⁵¹ Seyyid Bey'e göre, eğer tüm mezhepler kullanılarak çağın gereklerine uygun kanunlar yapılmazsa, mevcut hükümet Avrupa kanunlarını tercüme ederek kanun yapmak zorunda kalacak ve kendisinin ifade etmeye çalıştığı gerçekler çok sonra anlaşılabilir bile geç kalınmış olacaktır.⁵²

Almanların son medeni kanunlarını on beş senede meydana getirdiklerini ifade ederek, topluma uygun bir kanun yapılmasının kolay olmadığına dikkat çeken Seyyid Bey, medeni kanun görüşmeleri sırasındaki konuşmasında kanun hazırlamanın aceleyle getirilmemesi gereken bir durum olduğuna, detaylı olarak düşünülerek hangi kuralların toplum yapısına ve hayat tarzına uygun olduğuna karar verilmesi gerektiğine değinmiştir. Ayrıca Seyyid Bey'e göre, Avrupa kanunlarından, hakkında nass veya şer'i hüküm bulunmayan konularda yararlanılması gerekmektedir ancak, bu kanunları aynen tercüme etmek hata olacaktır.⁵³ Seyyid Bey'e göre, başka bir ülkeden ithal edilecek bir kanuna Türkiye kanunu değil, "Almanya veya İsviçre kanunu denir."⁵⁴

Seyyid Bey, Bakanlıkta kurulan bir komisyon tarafından hazırlanan kanun tasarisını 27 Kasım 1923'te Meclise sunmuş ve tasarının bu görüşler esasında hazır-

47 Kara, s. 231.

48 Erdem, "Seyyid Bey", s. 55.

49 Erdem, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e", s. 315.

50 Ergül, s. 95. Seyyid Bey İçtihat ve Taklit isimli makalesinde Mecelle'yi bu hususlara riayet edilmeden hazırlandığı gerekçesiyle eleştirmiş ve Mecelle'nin tadilinin gerektiğini iddia etmiştir. İsmail Kara, Türkiye'de İslamcılık Düşüncesi I'de metne kısmen yer vermektedir. Ss. 267-273.

51 Erdem, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e", s. 315.

52 Seyyid Bey, **Medhal**, s. 330'dan aktaran Ergül, s. 96. Ergül'e göre Seyyid Bey burada Hanefi dışındaki bir mezhebi tercih ederek yapılacak bir kanunun Avrupa'dan tercüme edilecek bir kanundan daha tehlikeli olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca Efe, s. 144.

53 Ergül, s. 110.

54 Efe, s. 144.

landığını belirtmiştir. Bu Aile Hukuku Tasarısının özelliği, 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesi'nin bazı hükümlerini çağın şartlarına, ülkenin örf ve adetlerine ve toplumsal yaşayışına göre yeniden düzenlemiş olmasıdır.

Seyyid Bey'in ifade ettiğinden daha açık fikirli olduğu, hazırladığı aile hukuku kanun tasarısında Hanefi fıkhı dışındaki mezhep görüşlerini de esas almasının yanı sıra, Müslüman, Yahudi ve Hıristiyanların kendi dinlerinin kurallarına göre evlenip boşanabilmelerini sağlayan hükümlere yer vermesinden anlaşılmaktadır. İslam hukuku ile batı hukukunun tümüyle kabul edilmesi arasında tercih yapmanın bir sorun haline gelmesi bu olayın sonucudur.⁵⁵ Bununla birlikte İslam'da mezhepler arasındaki fihki çatışmalar, akla öncelikle Sünni ve Şiiiler arasındaki farklılıkları getirmektedir. Seyyid Bey, görüşlerini açıklarken sorunun bu bağlamına değinmemiştir.

Tasarı mecliste önemli bir tartışma yaratmış ve tartışma İslam hukuk sistemiyle Batı hukuk sistemi arasında bir tercih yapmak ve bütün hukuk sistemini bu temelde bütünleştirmek zemininde süregitmştir. İlerleyen süreçte tüm sistemin Batılı tarzda yapılandırılması tercih edilince, Seyyid Bey'in tasarısı kabul görmemiştir. Sonrasında Seyyid Bey aleyhinde başlayan tartışmalar dolayısıyla 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilen Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 24. Maddesi milletvekillerine memuriyeti yasakladığı için, Seyyid Bey akademisyenliğe geri dönmüştür.⁵⁶

Seyyid Bey'in ilmi yönünün hilafetin kaldırılması sürecindeki ihtiyaç dolayısıyla kullanıldığı, kendisine ihtiyaç kalmayınca da meclisten tasfiye edildiği düşünülmektedir.⁵⁷ Seyyid Bey'in tasfiye sebepleri olarak ayrıca, medeni kanun hazırlığı ile ilgili görüş ve çalışmaları, cumhurbaşkanının meclisi fesih yetkisi konusunda muhalif tavrı ve İslamcı kimliği dolayısıyla hukuk alanındaki inisiyatifin kendisine terkedilmek istenmemesi gösterilmektedir. Seyyid Bey'in özgürlükçü yapısına rağmen geçiş döneminde tercihini İslami gelenekten yana koyduğu görülmektedir.⁵⁸ Aşağıda yer verilen konferans metninden de anlaşılacağı gibi Seyyid Bey, İslam hukukunu Batı hukuk sistemlerine nazaran köklü ve tutarlı bulmaktadır.

55 Niyazi Berkes, **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, (Çev: Ahmet Kuyuş), YKY, İstanbul, 2002, s. 530'dan aktaran, Efe, s. 145.

56 Efe, s. 145.

57 Ergül, s. 16.

58 Erdem, **Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri**, s. 7-48. Seyyid Bey İslam hukuku ile Batının Roma hukuku ve yerel örf ve adetleri ile şekillenen hukukunu kıyaslayarak İslam hukukunu daha tercihe değer bulmakta; fihki hükümlerin buna gerçekten ihtiyaç duyulmadığı sürece tamamen terk edilmesini ve Batıdan kanun tercüme edilmesini "basiretsiz ve hikmete aykırı bir iş" olarak nitelendirmektedir. Erdem, "Seyyid Bey", s. 22.

KONFERANS METNİ DEĞERLENDİRMESİ

Seyyid Bey'in İstanbul Üniversitesinin doktora salonunda 1922 yılında, bir doktora öğrencisinin talebi üzerine verdiği konferansın metni, öğrenciler tarafından el yazısı ile tutulan notların kendisinin de izni ile Beyazıt'ta bir matbaada basılması sayesinde günümüze ulaşmıştır. Metinden anlaşıldığı kadarıyla konferansın yapılacağı tarih önceden gazetede ilan edilmiştir. Konferans metni, Seyyid Bey'in bir fıkıh usulü ve İslam tarihi hocası olmakla beraber hukuk felsefesi alanındaki hakimiyetini ortaya koyar niteliktedir. İslam ve Avrupa hukuk felsefeleri arasında yapılan kıyaslama rahat anlaşılır bir üslup ve içerikli bir konuşma metni olduğu için zaman zaman geçişler söz konusu olmuş ise de düzgün bir sıra ile aktarılmıştır.

Konferansın konusu, hak mefhumunun ve yaptırım gücünün Batı dünyasında kabul gören hukuk felsefesi yaklaşımları ile İslam hukuk felsefesindeki algılanış biçimlerinin kıyaslanmasıdır. Seyyid Bey, konferans için 2. Meşrutiyet dönemi düşünürleri arasında önemli bir tartışma alanı olan İslam ve insan hakları konusunu seçmiştir.⁵⁹

Konuyla ilgili tartışma öncelikle hakkın var olup olmadığı sorusuna yanıt vermeyi gerektirmektedir. Hakkın var olduğu sonucuna ulaşıldığı takdirde yaptırım gücünün ne olacağı sorusuna cevap aranacaktır. Ardından hakkın gereklilikleri olarak ortaya çıkan yaptırımın ne şekilde uygulanacağı belirlenmelidir. Nitekim Seyyid Bey döneme hakim olan felsefi görüşleri incelerken tartışmayı bu sırayı takip ederek sürdürmüştür.

Seyyid Bey, konuşmasının giriş kısmında konu hakkındaki tartışmalara girmeden önce, "hak" kelimesinin anlamını açıklamak gerektiğini ifade etmektedir. Hak, bazen tekil bazen çoğul kullanılır. Hukuk, hakkın çoğulu olmakla birlikte, hak kavramından bağımsız bir anlam da kazanmıştır. Bu sebeple, hak kelimesi ile, tekil kullanıldığında yeni bir anlam kazanmış olan hukuk kelimesini karıştırmamak gerekir. Hukuk denildiğinde genellikle hukuk ilmi, hukuk kaideleri ve mevzuat kastedilir. Ancak konferansta kastedilen tekil olan "hak" kelimesidir.

Hak kavramının genel anlaşılış biçimlerine de yer vermesinin ardından Seyyid Bey, kavramın istilahi manasını tanımlamaktadır. Hak; *'bir insan için her vech ile sâbit ve ona muhtass olan şey'* demektir. (s.5) Hakkın sahibi olan insan, hakkın konusu şey, ve insan ile şey arasındaki ittisal ve ihtisas hakkın unsurlarıdır. Böylece şey, o insana ait ve muhtass olur ve başkalarının o şeyle alakası bulunmaz. Burada hak kelimesi isim değil, hak konusu şeyin insana ait olmasını niteleyen bir mastardır.

Konferansta, şeyle insan arasındaki, insanın şey üzerinde hakimiyet iddiasına sebep teşkil edecek ilişkinin, yani hak kavramının sabit bir dayanağı olmadığı sürece hukuk düzeninin yerleşmesinin mümkün olmayacağı vurgulanmaktadır.

59 Erdem, Seyyid Bey'in İslam Hukuku Sahasındaki Çalışmalarının Değeri, s. 73.

"Bu benimdir, o senindir." denildikte, üçüncü bir şahıs çıkıp da "Hayır, o ne senindir, ne de onundur, belki benimdir" diyecek olsa, ona karşı ne cevap verilecek ve bu cevap ne sûretle müdafaa edilecektir?" (s.7)

Bir bireyin bir şeye nasıl sahiplik atfedebileceği ve bu iddiasını nasıl gerçekçilendireceği ve savunacağı sorusu Seyyid Bey'e göre asıl cevaplanması gereken sorudur. Bütün hukuk sistemi bu soruya verilecek cevap üzerine temellendiği için, soruya verilecek sağlam bir cevap hukuk sisteminin yerleşikliğini ve sağlamlığını getirir. Seyyid Bey'e göre batıda hukuk sisteminin temel eksikliği bu hususta ortaya çıkmaktadır.

Seyyid Bey, konferansın geri kalan bölümünde sekiz kısımdan oluşmak üzere, dönemin hakim felsefi görüşlerini inceler. Bunu yaparken önemli gördüğü filozofların isimlerini verir, görüşlerini tanıtır. Zaman zaman bölümler arasında geçişler yapar. Hiçbir görüşü bütünüyle dışlamaz ve hepsinde dikkate alınması gereken önemli hususların bulunduğunu vurgular. Son kısımda İslam hukuk felsefesine gelir ve İslam düşüncesinin o ana dek ulaşılmak istenen noktayı yüzlerce yıl önce zaten saptadığını belirtir.

Birinci kısım menfaatçi felsefenin izahına ayrılmıştır. Bu ekol, hakkın güç ve menfaat esasları üzerine kurulu olduğunu iddia eder ve dayanak olarak tabiatın işleyişini gösterir. Seyyid Bey bu fikri incelerken insanın tabiatındaki diğer canlılardan farklı olduğu hususu üzerinde durur. İnsanı hayvanlardan ayıran tek özellik akıl değildir. 'İnsanın bir maddiyet, behîmiyyet ciheti olduğu gibi bir de maneviyet, melekîyyet, ruhaniyyet ciheti vardır.' (s.10) İnsan bu yönüyle sadece menfaati için yaşayan bir varlık olmaktan kurtulur. Menfaatinin gerektirdiği şekilde güç kullanarak güçsüz birine zarar vermektan onu alıkoyan bir iç sese sahiptir. "*Hak menfaatten başka bir şey değildir, müeyyidesi de kuvvettir.*" (s.11), diyen görüş, insanın bu yönünü görmezden gelmektedir.

İkinci kısım, menfaatçi felsefenin görüşlerini düzelterek yenileyen bir başka grubun görüşlerine yer vermektedir. Bu düşünürlere göre, hak ve adaletin esası, menfaat, insanın kendisi dışındaki varlıklara yönelteceği sevgi ve içtimai fedakârlıktır. Seyyid Bey'e göre, bir iman kuvveti kazanmadıkça bu düşüncenin hayata aksetmesi mümkün olmayacaktır. Seyyid Bey, bir düşüncenin iman kuvveti kazanmasıyla ne kastedtiğini açıklamamaktadır; ancak bu ifade, görüşün tüm toplum tarafından benimsenmesi ve uygulamaya koyulması olarak açıklanabilir.

Üçüncü kısımda yer verilen tarihçi ekole göre, bazen devletler otoriter bir biçimde toplumu yeniden biçimlendirmeye çalışsalar da milletin kendisine özgü gelişim süreci bu köktenci değişimin karşısına çıkar. Seyyid Bey, örf ve adetin hukukun kaynağı olduğunu savunan görüşe, bu görüşün hakikat payı taşıdığını, ama bu durumun sadece usuller bakımından söz konusu olabileceğini, hak kavramının dayanağına kadar teşmil edilemeyeceğini söyleyerek karşı çıkmıştır. Nitekim bazen örf ve adetlerin batıl üzerine tesis edilmesi veya devletçe koyulan kuralın zamanla

örf ve adet niteliği kazanması da söz konusu olabilmektedir. Ayrıca hukuku örf ve adetin meydana getirdiğine inanan kişilerin bir istibdat rejimine karşı çıkmaları da mümkün değildir.

Fransız inkılabı ile sonuçlanan ferdiyetçi düşünce hareketi dördüncü kısımda incelenmiştir. Bu görüşün dikkat çekici tarafı, daha önce özgürlük, güç, otorite ve kanunların izin verdiği bir şey iken, ilk defa otorite ve kanunların özgürlükle sınırlanmaya başlanmasıdır. Fransızda Rousseau'nun Almanya'da ise Kant'ın yaygınlaştırdığı görüş, insanın iradesini temel alır ve hukukun temeli olarak, irade ve hürriyette bağımsızlığı görür.

Bu görüşün savunucuları herkesin kendi kararlarını kendisinin vereceği bir özgürlük ortamında, başkalarının hukukunun korunamayacağı eleştirisine, hükümetler üzerinde hakim olan irade ile bireysel iradelerin toplamını kastettikleri cevabını vermektedirler. Bu durumda bu iradenin, kişilerin birbirlerine karşı haklarını korumaya ehil olduğu sonucuna varılmaktadır. Seyyid Bey, iradenin varlığını kabul etmek zarureti üzerinde durarak, aksi durumun tüm hukuk sisteminin meşruiyetini reddetmek anlamına geleceğini belirtmektedir. Bununla birlikte ferdiyetçi görüşü, çoğunluğun hükümlerine yol açacağı ve özgürlüğün insanın sahip olduğu en temel hak olarak öncelenemeyeceği iddialarıyla eleştirir. Seyyid Bey, İslam'da hayatın özgürlüğe göre öncelikli bir hak olduğu, kişi dokunulmazlığı, özgürlük ve mülkiyet haklarının ise hayat hakkına bağlı olarak kabul edildiği sonucuna varmaktadır.

Konferansta ele alınan beşinci görüş, konferansın gerçekleştiği dönem Almanya'sına hakim olan, milletlerin bireylerden ayrı bir canlı organizma teşkil ettikleri ve hak, ahlak ve kanunun vazifesinin bu milli ruhu araştırmak olduğu görüşüdür. Bu görüşün savunucuları, milletin kanunları kendi ruhuna uygun düşmezse milletin ölüme mahkum olacağını iddia etmektedirler. Düşünür bu görüşü irdeleme gereği duymamıştır.

Altıncı kısımda, daha sonra yer verilecek olan İslam hukukundaki yaklaşımla benzer tespitlerde bulunmuş olan Alfred Fouillée'nin, "Asri Hukuk Fikri" isimli eserinde yer alan görüşleri değerlendirilir. Seyyid Bey'in konuşmasında görüşlerine geniş yer ayırdığı düşünürün ayırıcı özelliği, felsefesinde insanın metafizik yönüne çokça vurgu yapmasıdır.

Fouillée önce, hak kavramının fiziki bir varlığının olmadığını, onu insanın zihni realitesinin var ettiğini hatırlatır. Menfaatçi felsefenin de savunduğu gibi, tabiatta kuvvet ve menfaat vardır. Nitekim, hak düşüncesinin kuvvet ve menfaatle uzlaşması gerçekten zordur, hatta bazı felsefi görüşlere göre bu mümkün değildir. Ancak Fouillée'ye göre, hak olmaksızın yalnız güç ve menfaatin idealsiz hayat; güç ve menfaat olmaksızın yalnız hak, hayatsız ideal demektir. İdeal bir hukuk düşüncesinde hak, menfaat ve güç birleşerek bir bütüne ve tek bir şeye dönüşecektir.

Fouillée, felsefesinde ayrıca birey ve toplumun hakları bağlamında bir değerlendirilmede bulunmuştur. Her şeyi kendi toplumundan isteyen ve kendisini bir amaç olarak gösteren birey, kendi haline bırakılırsa bütün alem kendisinden ibaretmiş gibi hareket etmek isteyecek, sadece kendi menfaatleri doğrultusunda yaşayacaktır. Bununla birlikte birey, toplumun bir parçası olduğunu ve ondan ayrı yaşayamayacağını, bu yüzden toplumun haklarının kendisinininkinden üstün olduğunu ve toplumu oluşturan her bireyin kendisiyle eşit hakka sahip olduğunu bilir. Bireyin topluma yönelik bu kabullenişe dayalı bilgisini düşünür, metafizik bir durum olarak ifade etmektedir:

"İşte bu noktada metafizik bir pasaj, bir geçit vardır ki ferd, o geçitten diğer ferde ve heyet-i içtimaiyyeye intikal eder. Hubb-i nefsten hubb-i gayra, hodgamlıktan diğergamlığa intikal eder, senin düşüncenin, şuurunun en derin noktasında metafizik bir garazsızlık, menfaati şahsiyeden tecrit keyfiyeti vardır ki o seni diğer şuurları, diğer ferdleri de düşünmeye sevk eder. Sen kendiliğinden olma, gayr-i ihtiyari ve umumi şuurunun dibinde, en derin köşesinde kendine âid bir şuur ve vicdana malik olduğun gibi aynı zamanda içtimai ve umumi bir şuur ve vicdana da maliksin. Sende bir nokta vardır ki o noktada sen sensin. Diğer bir nokta da vardır ki o noktada sen, keenne başkasısın. O noktadan başkasına geçersin. Binâenaleyh sen ferdsin, ve aynı zamanda cemiyetsin. Sen def'aten hem şahsiyet, hem de gayr-i şahsiyetsin. Hülâsa sen sensin ve aynı zamanda sen cihansın."(s. 25)

Fouillée kişinin tabiata dair bilgisinin belli bir sınırı aşamayacağını ve bu bilginin kişinin his ve şuurunu, düşünme keyfiyetini ve hakiki ve zahiri benliğini izah-tan aciz olduğunu söyler.

"Malumun, tanınan ve bilinen şeylerin ötesinde bir meçhul vardır, ihtimaldir, tanınan şeylerin, bütün zevahirin maverasında bir hakikat-ı meçhule vardır. Her şeyden kat-ün nazar, her halde şuur ile zabt ve idrak olunabilen şeylerin arkasında meçhul kalan, hakkıyla bilinemeyen bir şey vardır ki o da şuurun kendisidir. İşte bizim için, bizim davamız, bizim acimiz için bu kafidir."(s. 26)

Yedinci kısım pozitivistlerin görüşlerine yer vermektedir. Sadece bilimin ispat edebileceği hakikatleri kabul eden ve hakkın varlığını inkâr eden pozitivistlere göre, insan cemiyet olmadan yaşayamayacağı için sosyal hayatta bireyler değil, toplum amaçtır. Bu sebeple, cemiyetin devamını sağlamak için gerçekleştirilmesi gereken fiillerin varlığı bireyler için hak değil görevdir. Bu görevlerin nasıl belirleneceği sorusuna cemiyetçi görüşün cevabı, her bireyin toplumda bulunduğu mevki ile tayin edileceği olmaktadır.

Seyyid Bey, cemiyetçi görüşün dayanışma ve görevle ilgili düşüncelerine hak vermekle birlikte, bu akımın özgürlük ve eşitliği reddeden görüşlerini yanlış bulur. Bazı hususlarda suistimalin önüne geçmek için özgürlüklerin kısıtlanabileceğini, ancak bireyin şahsı ile ilgili hususlarda bu durumun kabul edilemeyeceğini belirtir. Ayrıca toplumcu görüşün, bireyin toplum içindeki mevkiisiyle belirleneceğini

savunduğu görevini tayin edecek adil bir ölçüt yoktur. Bireyin görevi tayin edilmiş olsa da, bunun için ne zamana kadar zorlanabileceği tayin edilemez.

Seyyid Bey, son kısımda İslam hukuk felsefesine yer vermektedir. İslam hukukunda öncelikle hakkın varlığı kabul edilmektedir. Hakkın varlığının dayanağı olarak insanın kendisini diğer canlılardan farklı kılan bazı özelliklerinin bulunduğu yola çıkılmakta ve bu görüş İsrâ Suresinin 70. ayeti ile temellendirilmektedir:

*“Gerçekten Biz Âdem evlatlarını şerefli kıldık, karada ve denizde kendilerini taşıyacak vasıtalar nasip ettik, onlara helal ve hoş rızıklar verdik ve onları yarattığımız varlıkların çoğuna üstün kıldık.”*⁶⁰

Ayet, Seyyid Bey tarafından Allah'ın insanları maddi ve manevi meziyetlerle donattığı ve diğer varlıklara üstün kıldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Seyyid Bey, konferansın başından itibaren sıklıkla belirtme gereği duyduğu, insanın fiziki ihtiyaçlarıyla sınırlı herhangi bir tabiat varlığı olmadığı düşüncesini, bu ayetten yola çıkarak Allah tarafından insana maddi özelliklerinin yanı sıra manevi bazı özelliklerin de ikram edilmiş olduğu iddiasıyla temellendirmektedir.

Düşünür, yaratılışı gereği bencil ve menfaatperest olan insanın pek çok iyi ve kötü özelliği birlikte taşıyan ve duygu ve özelliklerinden birinde sabitlenmesi mümkün olmayan bir varlık olduğunu belirtir. İnsanın, kendisini hayvanlara ve meleklerle yaklaştıran iki farklı yönü bulunmaktadır. İnsan amelleri doğrultusunda bu iki yön arasında gidip gelir. Bununla birlikte, herkesin kendisi gibi hayat hakkına sahip olduğu ve hayat hakkının insanın yaratılışından kaynaklanan bir zorunluluk olduğu insanın bildiği ilk şeydir.

Seyyid Bey, Rousseau ve Kant gibi tabii hukukçuların da doğal hukukla aslında bunu kastettiklerini, dolayısıyla İslam alimlerinden farklı düşünmediklerini, ancak bu düşünürlerin felsefi görüşlerini temellendirirken irade ve özgürlüğü hayat hakkına nazaran öncelikli kabul ettiklerini ifade etmektedir:

“Fertçiler insan hür olarak doğar diyorlar. Biz insan yaşamak için doğar diyoruz. Mea haza bunların ikisi de bir yere varır. Tabirler başka başka ise de maksat biridir. Çünkü hayat, yaşamak hakkı insan için fitri ve cibilli bir zaruret olunca onun netayici ve levazımından olan şeyler de birer zaruret olur. Binâenaleyh yaşamak için zaruri olan, onun mevkuf-u aleyhi olan şeyler de insanın, ferdin fitri ve zaruri hukukudur. Hukuk-u tabiiye demek de bu demektir.”(s. 37-38)

Seyyid Bey hayat hakkının temel şartının özgürlük, özgürlük ve yaşam haklarının mutlak zorunluluğunun ise mülkiyet hakkı olduğunu belirtir. Hayat hakkının kendisi ile kaim olduğu bir ilave hak olarak vücut dokunulmazlığını özgürlük

60 Suat Yıldırım tarafından hazırlanan mealden alınmıştır.
http://www.kuranmeali.org/17/isra_suresi/70.ayet/kurani_kerim_mealleri.aspx

hakkına öncelikli olarak konumlandırır. Nihayet vardığı noktada hayat hakkının zorunluluğu olarak vücut dokunulmazlığı, özgürlük ve mülkiyet haklarının bireylerin hayat hakkının doğasından kaynaklanan hakları olduğunu ifade etmektedir. Bu haklar bireylere hükümetler ya da cemiyetler gibi teşkilatlar tarafından verilmişlerdir; insan olmaktan kaynaklanan ilahi birer bağıştır.

Seyyid Bey'e göre bu noktada İslam düşünürleri, fertçilerle birleşir. Ancak İslam'ı toplumcu görüş sahipleriyle birleştiren bir nokta da bulunmaktadır. Seyyid Bey konuşmasında Ahzab Suresi'nin 72. ayetinin anlamına yer vererek bu ayette ifade edilen ve daha önce gökyüzüne, yeryüzüne, dağlara arz edilen ama bunların kabul etmekten çekindiği, ancak insanın üstlendiği emanetin, hukuk olduğunu ifade etmektedir.

*"Biz emaneti göklere, yere, dağlara teklif ettik de onlar bunu yüklenmekten kaçındılar. Zira sorumluluğundan korktular, ama onu insan yükledi. İnsan (bu emanetin hakkını gözetmediğinden) cidden çok zalim, çok cahildir."*⁶¹

Seyyid Bey, ayette emanetin diğer varlıklara da arz edildiği, ancak emanetin bu varlıklar tarafından kabul edilmediği hususunu değerlendirirken, bunun bir temsili anlatım olduğunu belirtmekte ve ayetin son kısmını insanın bu emaneti yüklenmesine rağmen ona gereken özeni göstermeyerek çok zalim, bu durumun sonuçlarını takdir etmeyerek çok cahil olduğu şeklinde anlamaktadır. Ayetteki emanet ifadesi, müfessirler tarafından mükellefiyet ya da taat gibi kavramlarla açıklansa da aslında bu kişilerce kastedilenin yine hukuka saygı ve itaat olduğunu ifade etmektedir.

Seyyid Bey, hukukun Allah tarafından emanet edilmiş olduğu tespitini yaptıktan sonra, bu durumu örneklendirmek için İslam hukukunda intiharın yasak olduğunu söyler. İslam, hakların insanlara bu şekilde bir görev olarak yüklenmesiyle toplumcu görüşle birleşmektedir. Hakların varlığını bireyin yaratılışının tabii sonucu olarak kabul etmekle bireyci görüşle birleşir. Ancak bireyci görüş, sadece bireyi dikkate alarak toplumu ihmal eder, bireyin iradesinde mutlak bağımsızlık ve özgürlüğünü savunurken İslam bu bağımsızlığı kabul etmez. Bireylerin diğerlerinin özgürlüğüne riayet etmesini bir görev sayar. Aynı zamanda bireye, sahip olduğu hak ve özgürlüklerin kendisi için bir emanet olduğunu ve bu hak ve özgürlükler doğrultusunda yaşamanın, emanet kavramı kapsamında kendisine lütfedildiğini, dolayısıyla, onu korumasının kendisi için görev olduğunu hatırlatır. Bu sebeple, İslam'da kişinin intihar etmesi veya kendisine ya da malvarlığına zarar vermesi haramdır. Seyyid Bey'in bu görüşünden yola çıkarak kişinin hakkını aramamasının da haram olduğu söylenebilir.

Bu durumda bireylerin diğer bireylere ve topluma karşı bir hak olarak özgürlük hakları, Allah'a karşı bir görev olduğu için, kişiler ya da devlet tarafından bireylerin elinden alınamayacaktır. Aynı zamanda bireyler de haklarını kötü bir şekilde

61 Suat Yıldırım tarafından hazırlanan mealden alınmıştır.
http://www.kuranmeali.org/33/ahzab_suresi/72.ayet/kurani_kerim_mealleri.asp

kullanamayacak, mesela kişi, özgürlüğünü başkasına satamayacaktır. Ayrıca bireylerin yapıp yapmamakta serbest oldukları işler de belli aşamalarda birer görev dönüşecektir. Mesela, kişinin başkalarının yardımına ihtiyaç duyacak hale gelmesi durumunda çalışmak kendisi için bir görevdir. Bununla birlikte, toplum için her zaman ihtiyaç olarak ortaya çıkan üretimin gerçekleştirilmesi bir görevdir. Bu açıdan İslam hukukçuları toplumcu görüşle birleşmektedir.

Seyyid Bey, İslam felsefesinde, Batı felsefi sistemlerinin iki önemli görüşünün birleştirildiğini ve ortaya koyulan felsefi sistemde hem bireyin hem de cemiyetin haklarının gözetildiğini ifade etmiş; bununla birlikte, İslam'da topluma ait olan hukukun daha üstün olduğunu belirtmiştir. İslam hukukçuları hukuku bu açıdan hukukullah ve hukuku'l ibad olmak üzere ikiye ayırırlar. Kamuya ait olan hukuk, hukukullah olarak ifade edilmektedir. Hukuku'l ibad ise özel hukuktur. Kamuya ait olan hukuka hukukullah denmesinin sebebi, bu hukukun Allah katındaki önemini ortaya koymak ve saygınlığını göstermek, aynı zamanda bu hukuka riayetsizliğin büyük tehlikelerle sonuçlanacağını açıklamak içindir. Bir diğer kullanım sebebi ise, kamuya ait hakların insanlar tarafından güç ve nüfuzları sebebiyle ele geçirilmesinin engellenmesidir. İslam hukukçuları bu adlandırmanın sebeplerini bu şekilde izah ettikten sonra, aynı zamanda özel hukuk da dahil olmak üzere, tüm hakların hukukullah olduğunu, yani Allah tarafından bağışlandığını, ancak bu özel kullanım biçiminin kamuya ait olan hukukun üstünlüğünü belirtmeye yönelik olduğunu ifade etmektedirler.

Seyyid Bey, son olarak bu hak ve görevlerin yaptırım gücünün ne olduğu sorusuna gelir. Toplumcuların, bireyin de heyet-i içtimaiyyenin de vazifelerinin bulunduğu ve bu görevleri yerine getirmek zorunda oldukları; bu görevler yerine getirilmezse cemiyetçe zorla ifa ettirileceği düşüncesine Seyyid Bey, ortada fertlerden başka cemiyetin bulunmadığı düşüncesiyle karşı çıkar. Toplumcu görüş, cemiyetle fertlerin toplamını kastetmektedir; ancak bütün fertlerin bununla meşgul olması mümkün değildir. Seyyid Bey'e göre bu iş kaçınılmaz biçimde hükümetin işidir.

Seyyid Bey bu noktada, hükümetlerin bireylere görevlerini icra ettirme ve gerekirse yaptırım uygulama imkanının nereden doğacağını sorgularken, aslında meşruiyet kavramına verdiği önemi ortaya koymaktadır. Ayrıca hükümetin bireyler tarafından oy kullanma usulüyle seçilmelerini meşruiyetin zorunlu koşulu olarak görmekte; bununla birlikte bu durumun, çoğunluğun azınlık üzerindeki tahakkümüne yol açabileceğini savunmaktadır. Seyyid Bey sonuç olarak, tüm bu düşüncelerin idealist bir biçimde ifade edilmekle birlikte manevi yaptırım gücünden yoksun bulduklarını belirtmektedir. Konuşmasının sonunda, ahlakın da hukukun da gerçek ve samimi yaptırım gücünün Allah korkusu olduğunu belirterek⁶², bunun İslam'da hak kavramının gerçek yaptırım gücü olduğunu söylerken, aslında hiçbir hukuk sisteminin gerçekte mükemmel olamayacağını ve her birinin eksik yönlerinin gözler önünde olduğunu, bununla birlikte, mükemmel bir sisteme yak-

62 Seyyid Bey, şu hadis-i şeriften yola çıkmaktadır: "Hikmetin başı Allah korkusudur.", Beyhaki, Sünen, *Şuabül-İman*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1990, II, 201-202.

laşmak adına yapılabilecek tek şeyin bu idealist ifadelerde yer bulan sistemlerin Allah korkusu taşıyan kişilerce uygulanması olduğunu ifade etmektedir. Seyyid Bey "Allah korkusu"na verdiği önemle, mutlak gerekliliğini kabul etmiş olduğu hükümete sınırlayacak bir üst norm da belirlemiş olmaktadır.

Sonuç olarak Seyyid Bey, insanın diğer canlılardan farklı olduğu tespitini derinleştirerek, insanın maddi ve manevi mezziyetlerle donatıldığını bildiren İsrâ Suresinin 70. Ayeti ile "hak"ın varlığını; Allah tarafından arz ve teklif edilen ve sadece insanın kabule yanaştığı emanetin "hukuk" olduğuna ilişkin Ahzab Suresinin 72. Ayeti ile "hak"ka riayetin insan için görev teşkil ettiğini ve nihayet Hz. Peygamberin "Hikmetin başı Allah korkusudur." beyanı doğrultusunda "hak"ın yaptırım gücünün Allah korkusu olarak belirlendiğini ifade etmekte ve bu şekilde konferansa konu olan müşkül ve problemlerin İslam hukuk felsefesindeki karşılığını ortaya koymaktadır.

KONFERANS METNİ

“Hak mefhumunun ve kuvve-i müeyyidesinin sûret-i telakkisi hakkında.”

“İslam felsefe-i hukukuyla Avrupa felsefe-i hukuku arasında bir mukayese.”

Konferans

Meclis-i ayan aza-yı kiramından ve dâr-ül-fünûn-u Osmani Hukuk medresesi usûl-i fıkıh müderrisi-i muhteremi Seyyid Bey Efendi tarafından verilmiştir.

Hukuk medresesi doktora sınıfı talebesi tarafından neşrolunmuştur.

Hukuku mahfuzdur.

“Kader” Matbaası – Bayezit Bakırcılar (s. 1)

Dâr-ül-fünûn Konferans Salonunda 17 Mart sene 1338’de Cuma günü umuma mahsus olarak verilmiş olan işbu konferans Müşârünileyh hazretlerinin müsaade-i mahsusalarıyla tab’ ettirilmiştir.

Not tutanlar: Hukuk Medresesi

Üçüncü sınıf talebesinden 2186 Şükrü

Doktora sınıfı kısm-ı adli talebesinden 2400 Muhammed Kemal.

1338 (s. 2)

Muhterem efendiler!

Memleketimizde ve bilhassa dâr-ül-fünûnumuzda ilk defa olmak üzere böyle mühim bir mesele hakkında sizinle açık ve ilmi bir musâhebede bulunabilmek şerefine mazhariyetimden dolayı kendimi bahtiyar addederim. Bana bu vesileyi veren Dârülfünûn Hukuk Fakültesi doktora sınıfı talebesine de arz-ı şükran eylerim.

Meselenin ehemmiyeti gazetelerde kıraat buyurulan mevzudan da anlaşılmıştır. Evet, müzakeremizin mevzuu, hak mefhumunun hakiki mahiyeti ve kuvve-i müeyyidesinin sûret-i telakkisi hakkındadır. Bu hususta Avrupa ve İslam felsefe-i hukukiyeleri arasında bir mukayese...

Şu ünván, meselenin derece-i ehemmiyetini gösteriyor. Mesele mühim olduğu nispette de vâsi’ ve ihtilâf-ı efkârı mûcib olmuştur. Bundan dolayı sabrınızı sû-i isti’mâl edersem beni mazur görmenizi rica ederim.

Bu babdaki efkâr ve mütâlaâtı izâhtan akdem evvela (hak) kelimesinin ifade ettiği mefhum ve mananın neden ibaret olduğunu tavzih ve bu sûretle bu kelimeyi tahlil etmek iktizâ ediyor. Malumunuzdur ki bizde bu kelime bazen müfred ve bazen cemi' olarak isti'mal olunur. Hukuk hakkın cemi' olmakla beraber bazen hak mefhumundan bütün bütün başka manada isti'mal edilir. Onun için bu iki kelimeyi birbirine karıştırmamak (s. 3) lazımdır. Hak başka, makam-ı müfredde müsta'mel hukuk yine başkadır. Biz muhâverâtımızda hukuk dediğimiz zaman bundan ilm-i hukuku, kavaid-i hukukîyyeyi ve mevzuat-ı kanunîyyeyi kastederiz. Bittabi bu, mevzumuzdan hariçtir. Bizim bahs etmek istediğimiz müfred olan (hak) kelimesinin mefhumudur.

Yine malum-u âlinizdir ki (hak) Arabî bir lafızdır. Lugat-ı Arabîyeye müracaat ederseniz bunun muhtelif manalarda isti'mal edildiğini görürsünüz: Bir kere hak, batıl mukabilinde isti'mal olunur; bu şey haktır denir; batıl değildir, abes değildir, vakîâ mutâbıktır demek olur. Bazen hak kelimesi isti'mal olunur:

Kendisinden layık ve sezâvâr olmak manası murat olunur. Bazen de hak kelimesi irade edilir: Ondan vacip ve lazım manası kast olunur. Bazen de haz ve nâsip, mal mülk manalarında da isti'mal olunur. Âid manasında da kullanılır: Filan mesele hakkında denir ki filan meseleye âid ve dair olan demektir. (Hak) lafzının bu manalarda isti'mali hep o manaların sübût manasını mutazammın olduklarıdır, sübût itibarıyla. Onun için (hak) kelimesi fi-l asl-ı sâbit manasına vaz' edilmiştir. Fakat bazen mastar, bazen de ism-i fail manasına sıfat-ı müşebbehe olarak kullanılır. Mastar olduğuna göre sâbit olmak, sıfat-ı müşebbehe olduğuna göre de sâbit olan şey demektir.

Bazı usûl-i fıkıh uleması, (hak) alelîtlak sâbit olan demek değil, belki min kullil vucuh sâbit ve hakkında zerre kadar şek ve şüphe (s. 4) olmayan, sübûtu kat'i ve mütehakkık olan şey demektir diyorlar. İşte bunun içindir ki Allah-ı Azîmuşşan hazretlerine 'hak' itlak olunur. (Cenab-ı Hak) deriz. Ve yine bu itibarıyla hak, bir insan için diğer bir insan üzerine sâbit olan şey makamında dahi isti'mal edilir. El-hâsıl hak lafzı lisan-ı arabîde birçok manalarda isti'mal olunursa da bunlar hep mana-yı lugavî ve örfîsidir. Bazısı mana-yı hakikisi ve bazısı mana-yı mecazîsidir.

Mana-yı ıstilahîyesine gelince: Bu mana-yı ıstilahî şüphesiz mana-yı lugavîden ahz olunmuştur. Beyana hacet yoktur ki daima ıstilahî ve lugavî manalar arasında münasebet gözetilir ve o münasebetle ıstilahlar vaz' edilir. İşte (hak) kelimesi de mana-yı lugavîsi olan sâbit manasından ahz edilerek ıstilahta (bir insan için her vech ile sâbit ve ona muhtass olan şey) manasına vaz' olunmuştur. Bu mefhum, hak kelimesinin sıfat-ı müşebbehe olarak ism-i fâil manasında isti'mal edilmesine göredir. Mastar olduğuna göre hak, bir şeyin bir insana sübût ve ihtisâsı demektir.

Demek ki hak tahakkuk etmek için bir kere bir insan, sonra bir şey, daha sonra da ikisi arasında bir ihtisâs ve ittisâl bulunacak işte bu ihtisâs ve ittisâle manayı mastarîce (hak) tesmiye olunmuştur. Bu ittisâl ve ihtisâsa (ihtisâs-ı hâciz) denir ki

bu ihtisâs sebebiyle o şey, o insana âid ve muhtass olur, başkalarının o şeyde asla alakası bulunmaz. Yani bir insan için sâbit olan bu ihtisâs, artık o şeyin başkalarına ittisâl ve ihtisâsına mani olur ve aynı zamanda (s. 5) muhtassleh olan o insana o şeyde bir takım salâhiyyetler bahşeder. İşte hakkı hürriyet, hakk-ı temellük ve hakk-ı izdivaç gibi birçok hukuku şamil olan alelittlak (hak) lafzının mana-yı ıstilahîsi bundan ibarettir. Bu manaya göre mesela (hakk-ı temellük)ü tarif edecek olursak deriz ki hakk-ı temellük, insan ile bir şey arasında bir ittisâl ve ihtisâstır ki bu ittisâl sebebiyle o insanın o şeyde tasarrufu meşru, başkalarının tasarrufu⁶³ gayr-i meşru olur. Nitekim, fukaha-yı İslam da hakk-ı temellükü bu sûretle tarif ederler.

Bu münasebetle bu babda yanlış bir fikri tashih etmek isterim. Bazıları, hak mefhumuyla salâhiyyet manasını bir şeyden ibaret zannediyordu, hakkı bir şeyde muayyen bir takım ef'ali icraya salâhiyyet diye tarif ediyorlar. Birçok hukuk müntesibini hak ile salâhiyyet arasındaki farkı tefsir edemediklerinden bu tarifi doğru zannediyorlar. Halbuki doğru değildir. Vakîâ bazen hak kelimesi salâhiyyet manasında isti'mal edilir, fakat bu isti'mal, hakikî değil, mecazîdir. Zira salâhiyyet hakkın kendisi değil, belki lazımdır. Hariçta fiili darbın tahakkukundan bir dârib ve bir de madrûbun vücudu lazım geldiği gibi bir insan için bir şeyde hakkın sübûtu üzerine de o insan için o şeyde muayyen bir takım ef'alın icrasına salâhiyyetin sübûtu lazım gelir. Mesela bir şeyde hakk-ı temellük sâbit olunca bizzarûre o şeyde tasarrufât icrasına salâhiyyet de sâbit olur. Bununla beraber ikisi bir şeyden ibaret değildir. Hak başka, salâhiyyet başkadır. Hak melzum, salâhiyyet onun lazımı ve neticesidir. (s. 6) Yoksa aynı değildir.

İşte şu izâhattan (hak) mefhumunun neden ibaret olduğu gereği gibi anlaşılmalıdır zannedirim. Şu halde bu hak, bu ihtisâs-ı hâciz bir insana nereden ve hangi sebeple hâsıl olmuştur? Bir ferd bir şeye nasıl iddiâ-yı ihtisâs edebilir? Ve bunu iddiâ için nereden ahz-ı kuvvet ve neye istinâd eder? “Bu benimdir, o senindir.” denildikte, üçüncü bir şahıs çıkıp da “Hayır, o ne senindir, ne de onundur, belki benimdir” diyecek olsa, ona karşı ne cevap verilecek ve bu cevap ne sûretle müdafaa edilecektir?

İşte asıl halledilmesi lazım gelen mesele budur. Bütün hukukun, bilcümle mevzuat-ı kanuniyyenin üss-ül esası, ilk temel taşı da budur. Bu esas sağlam ve lâ-ye-tezelzel bir sûrette tespit edilmeyecek olur ise üzerine teşis edilecek olan bina-i hukukî daima inhidama mahkum demek olur. Nitekim Avrupa'da vaktiyle teşis edilmiş olan müessesat-ı hukukîyye sağlam ve metin esas üzerine bina kılınmamış olduğundan hemen cümlesi münhedim olmuş, onların yerlerine yeniden teşis edilenlerin de bir kısmı bugün inhidama yüz tutmuştur. Halbuki şarkta yani âlem-i İslam'da -bazı eşkâl ve teferruâtın kat'ı nazarla- esâsât-ı hukukîyye pek metin, pek sağlam bir temele rapt edilmiş olduğundan bugüne kadar pây-dâr olmuştur.

63 Metinde ‘tasarruf’ kelimesinin ‘taarruf’ olarak yazılmış olması imla hatasıdır. Biz metnimizde doğru yazımı esas aldık.

Bu gün bu mesele hakkında Avrupa efkar-ı hukukîyesinde derin bir ıztırâb müşâhede olunuyor. Birbirine mübâyin birçok nazariyyeler, fakat hiçbirini kanaat-bahş değil, fikirler henüz bir noktada takarrür etmemiştir. (s.7) Halbuki bu mesele âlem-i İslam'da (1300) sene evvel kat'i bir sûrette halledilmiş olduğundan bu noktada ulemâ-yı İslam arasında ihtilâf yoktur. Cümlesi bu hususta yek-zebân-dırlar. Biz burada evvela Avrupa feylesoflarının bu babdaki telakkîlerini, sonra da İslam felsefe-i hukukunun sûret-i telakkîsini beyan edeceğiz:

I

Avrupa felâsifesinin bir kısım-ı küllisi, hakkı esasen hak olarak kabul etmiyor, inkar ediyor. Hak mevcut değildir, bizim demin izâh ettiğimiz hak mefhumu, ihtisâs-ı hâciz keyfiyeti hadd-i zâtında insan için sâbit değildir ve olamaz diyorlar. Bunlar bu iddiâlarını makam-ı ispatında diyorlar ki "Bu hak mefhumunun beyan edildiği vech ile telakkîsi, yani bir şeyin bir insana ihtisâs-ı tammı nereden mülhem olarak anlaşılacak? İlmi bir fikir olmak üzere bu babda dermeyan olunacak mütalaa şü'un ve hadisattan ve hakayik-i eşyadan iktibâs edilmek lazım gelecek değil mi? İlim sahasında bizi tenvir edecek başka bir vasıta yoktur. Biz ise tabiata, hakayik-i eşyaya atf-ı nazar-ı dikkat ettiğimizde onda bu tarif olunan hakkı görmüyoruz. Görünen yalnız bir şeydir: Kuvvetlerin mücadelesi, binâenaleyh tabiatta kuvvetten başka bir şey yoktur, öyle iddiâ olunan hukuk-u tabiiye yoktur.

Nereye bakarsanız bakınız; ecrâm-ı semâviyyeye, havaya, arza, hayvanlara, denizlerdeki balıklara, nebâtâta bakınız; her tarafta, her yerde (s.8) ve cümlesinde daimi bir cidal ve kavga-yı hayattan başka bir şey göremezsiniz." Hülâsa bunlar, eazim-i udeba-yı Osmanîyeden Ziya Paşa merhumun (terci-i bendi⁶⁴)nde muharrer:

"Galip zebunu kaidedir eylemek telef"

"Yerde, havada, bahirde cari bu girûdâr."

Beytinin mazmûnunu dermeyan ediyorlar. Hatta Alman meşâhir felâsifesinden Schopenhauer (Hayvanat-ı sâire gibi insan da bir hayvandır, ondan başka bir mahlûk değildir, hayvan gibi yer, içer, onlardan yalnız akli ile temeyyüz eder, evsaf-ü ahval-i sairede onlardan farkı yoktur. Binâenaleyh hayvan âleminde mevcut olmayan bir şey insan âleminde mevcut olamaz. Her iki âlemde hükümran olan kuvvettir, hak değildir. Hak kuvvetlerin mikyâsı, ölçüsüdür. Bir kimse ne kadar kuvvete malik olursa o kadar hakka malik olur. Kuvveti az olanın da o nisbette hakkı az olur.) diyor.

Demek ki bu fikre zâhib olanlara göre hukuk kaidesi (El hükmü limen galebe) den ibarettir. Hak da, adalet de, hatta fazilet-i ahlâkiyye de hep boş, mevhum, manasız şeylerdir. Evet, bunlara göre öyledir. Bunlar bunu bî-muhâbâ sarahaten söy-

64 Metinde bu kelime tercihi bendinde şeklinde yazılmıştır. Doğrusu bizim metne aldığımız şekliyle terci-i bend kelimesidir.

lemekten çekinmiyorlar. Ve “ Hakkın esası ikidir. Biri menfaat⁶⁵, diğeri kuvvettir. Binâenaleyh hak, kuvvetle te’yîd olunan menfaattir. Bundan başka öyle halis hakkı mahz-ın saha-i vücutta bu iki esas, bu iki unsur ile imtizaç ve i’tilafı kabil değildir. Hukuk denilen şeyler, sırf mevzuat-ı beşeriyeden ibaret umur-u itibariyedir. Harici otoritenin, velayet-i ammenin asarıdır.” diyorlar ve Fransa (s. 9) inkılabını müteakip (1789) tarihinde neşr olunan meşhur hukuk-u beşer beyannamesiyle istihza ediyorlar, zehi fikri fasit, zehi hayal-i muhal diyorlar...

Vehle-i ûlâda bu fikir hakayik-i eşyaya muvâfık gibi görünür. Şüphesiz insan da bir nevi hayvandır. Onun gibi yer, içer, fakat acaba insanı hayvanat-ı saireden tefrik ve temyiz eden şey, yalnız kuvve-i akliyesi ve nâtıkası mıdır? Başka bir vasf-ı mümeyyize yok mudur?

Biz Müslümanlar, insanda bir nefis-i emmare bir de nefis-i levvame tasavvur eder ve öyle itikad ederiz. Bize bunu Kuran-ı Kerim de böyle bildirir. Yani insan öyle denildiği gibi, mâddiyyûnun kail olduğu gibi yalnız muhteris, müfteris ve şerir, menfaatinden başka bir şey düşünmez bir mahlûk değildir. İnsanın bir maddiyyet, behîmiyyet ciheti olduğu gibi bir de maneviyyet, melekiyyet, ruhaniyyet ciheti vardır. Bu yalnız bizde değil, ale-l-umûm Avrupa’da da böyledir. Avrupa hukemasının ekserisi de, mâddiyyûn mezhebine salık olanlardan ma’dası da insanlarda manevî bir mevcudiyet (être moral) bulunduğu, Binâenaleyh insanın aynı zamanda metafizik bir bünyeyi haiz olduğuna (constitutiuon métaphysique) kaildirler.

Bunun içindir ki insan öyle yalnız menfaatperest, şerir bir hayvan değil; bu cihet kısmen böyle olmakla beraber aynı zamanda hayr u şerri bilir, nîk u bedi tefrik eder, aklî, mantıkî, ilmî, ahlaken kabil-i tehzib bir mahlûktur. Herkes kendi nefsinde tecrübe etmiştir: Birçok işleri yapmak istediğinde, ekserisinde veya bazılarında derunundan, en derin (s. 10) amak-ı kalbinden kendisini muâheze eden bir sedanın yükseldiğini hisseder, yaptığı işin sakim olduğunu her zaman kendini ihtar eden manevî, ruhanî bir kuvvetle karşılaştığını müşâhede eder.

Evet, söz buraya gelince, bahis bu noktaya intikal edince karşımıza bir hüsün ve kubuh meselesi, yani ef’ali beşeriyede iyilik kötülük var mıdır, yok mudur? meselesi çıkar. Bu felsefe-i İslâm’da gayet mühim bir bahistir. Uzun uzadıya münakaşatı mücib olmuş, neticede biri müsbet, diğeri menfi iki mezhep, iki nazariyye vücuda gelmiş, bu mesele İslamiyetten evvel de, sonra da hatta bugün de şark ve garp mütefekkirleri arasında mevzu-u bahis olmuş ve olmakta bulunmuştur. Fakat mevzu bahsimizden hariç olduğu için biz burada ondan bahs edecek değiliz.

Hulasa, felsefe-i hukukiyyede kuvvet, menfaat nazariyyesini takip edenler, hukuku da, adaleti de, hatta fezail-i ahlâkiyyeyi de menfaat esası üzerine te’sis ediyorlar. “ Hak menfaatten başka bir şey değildir, müeyyidesi de kuvvettir. Hak kuvvetten doğar ve kuvvetle muhafaza olunur. Öyle iddiâ olduğu gibi hukuk-u tabiiyye yoktur. Tabiat hak tanımaz ve müeyyidesi olmayan şey de hak olmaz.” diyorlar.

65 Metinde “menfaat” kelimesinin “metfaat” şeklinde yazılmış olması yazım hatasıdır.

Mekarim-i ahlaki da birer fazilet olduğu için değil, insanlara menfaat temin ettiği için tavsiye ediyorlar. Bu mezheb-i felsefiye menfaatçi felsefe namı veriyorlar. (philosophie utilitaire)...

Hakim-i şehir "Descartes", kainatın madde ile hareketten vücuda gelmiş olduğunu ifade maksadıyla (Siz bana madde ile hareket veriniz, ben size (s. 11) yeni bir âlem, yeni bir dünya yaratayım.) demiş. İçtimaiyyat ulemasından büyük bir mütefekkir de, hukukun ve ahlakın menfaat esası üzerine müesses olduğunu anlatmak için Müşârünileyh Descartes'ı tenziren (Siz bana haz ve elem, zevk ve azap veriniz, ben size yeni bir âlem-i hukuk, yeni bir âlem-i ahlak yaratayım. Hatta yalnız adalet hakkaniyet değil, onlarla beraber ulüv-i cenâb, vatan-perverlik ve hubb-i insâniyet yaratayım.) diyor.

Vakıa bu fikirde oldukça mühim hakikatler mündemiçtir, alelittlak red ve cerh olunamaz, fakat aynen ve tamamen kabul edilecek bir fikir de değildir. Şüphesiz insanlar mücâzât korkusu ve mükafat tama(h)ıyla bir çok hukukî ve ahlâkî fedakarlıklarda bulunurlar. Lakin bu bir dereceye kadardır ve efrâdın cümlesine şamil değildir. Hususiyile bu, halkın ve hükümetin ittilâi mümkün olan yerlerde cari olur. Kalbinde Allah korkusu olmayan, halka ve beşeriyyete muhabbet ve şefkati de bulunmayan birçok menfaatperest, hodgam insanlar, husûl-i ittilâi mümkün olmayan yerlerde her türlü fenalığı irtikaptan asla çekinmezler. Onun için ne efkâr-ı umumiye ne kavanin-i cezaiyye, ne hükümet, ne de himaye-i içtimaiyye; ne menfaat-i meşruanın, ne hukukun, ne de ahlakın sağlam ve kafi kuvve-i müeyyidesi değildir.

II

İşte şu arz ettiğim hakayiki nazar-ı itibara alan bir kısım mütefekkirin de bu menfaatçi felsefeyi tadilen kabul ediyorlar. Bunlar [Hakkın, adaletin esası yalnız menfaat değildir. Onunla beraber egoizmi, hubb-i nefsi (s. 12) tahdid edecek, menfaatçiliği hadd-i meşruuna tenzil eyleyecek hubb-i gayr, efradı saireye teaddüf (Sympathie) ve bir de cemiyet ve heyet-i içtimaiyye için fedakarlık (Dévouement Sociale) tır.] diyorlar ki bazıları bu son esası diyanet-i içtimaiyye (Piété sociale) tesmiye ediyor. Demek ki bu nazariyyeye göre hak ve adaletin esası üçtür: menfaat, hubb-i gayr, içtimai fedakarlık. Bu fikir bir akide, bir iman kuvvetini iktisap ederse doğru olabilir. Aksi takdirde laftan kuru bir mütalaa-i felsefiyeden ibaret kalır, hayat-ı beşeriyede ca-yi tatbik bulamaz.

III

Tarih-i beşeri, hilkat-i Ademden beri cereyan eden umumi vaka-yı beşeriye ve hadisat-ı içtimaiyyeyi tetkik ve tettebbü' eden diğer bir kısım feylesoflar da başka bir tarîk-ı felsefeye salık olmuşlardır. Bunlar felsefe-i hukukiyyelerinde tarihi nazar-ı itibara aldıkları için bunların mezheb-i felsefilerine (école historique⁶⁶) namı veriyor. Diyorlar ki "Mürur-u zamanla sakit olmaz, hiçbir vakitte devir ve ferağlı kabil

66 Orijinal metinde yer alan 'historique' kelimesinin yazımın yanlıştır. Doğrusu historique olmalıdır.

olmaz bir hakk-ı tabii yoktur. Aslı, fer'i bütün hukuk teamülden, içtimai adetlerden doğar. Binâenaleyh hukuku zaman tevlid eder. Hiçbir kaide-i hukukiyye, hiçbir kanun öyle irade-i beşeriyyenin hür ve şuurlu, evvelce düşünülmüş icad kerdesi değildir. Belki bir halkın, bir milletin ruhi ve hukukî temayülâtının cebri ve kendiliğinden olma inkişafıdır. Bütün kanun-i esasiler, bütün mevzuat-ı hukukiyye öyle hükümetlerin, vâzı-ı kanunların yahut milli iradelerin iradi, (s. 13) ihtiyarî mahsulü değildir. Filiz gibi kendiliğinden zuhur eden, zamandan doğan, tekamül neticesi olarak vücuda gelen şeylerdir.

İrade, zamanı, örf ve ananeyi tanımak istemez; yahut kendisini ondan kurtabileceğini ve bir şeyi yapmak için kendisinin kafi geleceğini zanneder. Halbuki tarih onu ahval ve eşyanın bükülemeyen kuvve-i kahiresi altına sevk eder. Bir milletin efradı seri bir inkılap ile def'aten tekemmül etmek, maziden alakasını kesmek ister, halbuki tarih ağır, gayet bat'i tekamül ile onların karşısına çıkar..."

Bu fikir de ceffalkâlem atılamaz. Bunda da büyük hakikatler var. Ahkâm-ı hukukiyyede örf ve adetin, tekamülün büyük bir hissesi vardır. Fakat İslam'da, İslam felsefe-i hukukiyyesi de buna vâsi' bir mevki vermiştir. "Adet muhakkemdir.", "Ezmanın tebeddülüyle ahkâmın tebeddülü inkar olunamaz." demiştir fakat bu, esaslardan ziyade eşkale, tali ve fer'i mesaile, muamelata, idarî ve siyasi ahkâma âid hususatta caridir. Bunu bütün hukuka, ezcümle hukukun temel taşı olan hak mefhumuna kadar teşmil etmek doğru olamaz. Hususiyle bazen adet, batıl üzerine de teessüs eder. Bazen de bir şey, bir kaide-i hukukiyye, idari veya siyasi bir usûl, evvela ihtiyari ve teemmül neticesi olarak hükümetler tarafından vaz' ve te'sis edilir de, sonradan halkın ona alışmasıyla örf ve adet sırasına dahil olur. Onun için umumi bir sûrette hukukun esası örf ve adettir, bütün hukuk adetten doğar demek doğru değildir. Aksi takdirde istibdatların, efrad üzerindeki tahakkümlerin, (s. 14) menfur ve batıl adetlerin meşruiyetine kail olmak lazım gelir ki ne derecede batıl olduğu teemmüle muhtaç değildir.

IV

Fransa'da, on sekizinci asırda başta meşhur [Jan Jack Rousseau] olduğu halde büyük küçük feylesofların, mütefekkirlerin hemen cümlesi; Fransız efkar-ı hukukiyyesinde, felsefe-i içtimaiyyesinde Fransa "inkılab-ı kebîrini" intac eden büyük bir tahavvül vücuda getirmişlerdir. Eskiden efradın hürriyeti kuvvete, harici otoriteye, velayet-i ammenin keyfi kanunlarına tabi tutuluyordu. Bunlar bilakis harici otoriteyi kanunları hürriyete tabi kıldılar. İşte bunlar, o zamana kadar cari olagelen usûlü bu sûretle aksine çevirerek hukukî ve içtimai efkar ve felsefede büyük bir inkılap husûle getirmişlerdir.

Bunlara göre hukukun esas ve menşe-i hürriyettir, bütün hukuk hürriyetten tellüd eder. Ale-l-umûm kanunlar, hukuk kaide-i hürriyet esasına müstenid olursa muteber ve meşru⁶⁷ olur, aksi takdirde meşru olmaz. Bu mezhep erbabı, hürriyeti

67 Metinde meşru kelimesinde bulunması gereken 'ra' harfi matbaa hatası sebebiyle yer almamaktadır.

dahili ve harici olmak üzere ikiye tefrik ediyorlar. "Hürriyet-i dahiliye, insanın hür, serbest ve müstakil iradesinden, hürriyet-i hariciye de haricen serbesti-i hareketinden ibarettir. Hürriyet-i hariciye, hürriyet-i dahiliyenin lâzım-ı gayr-i müfarıkı ve netice-i tabiiyesidir. Binâenaleyh hakk-ı hürriyet ve onun zaruriyyatından olan hakk-ı mülkiyet gibi hukuk, (s. 15) insanın zati ve fitri hukuk-u tabiiyesidir." diyorlar, bu sûretle hukuk-u tabiiyenin vücuduna kail oluyorlar.

Jan Jack Rousseau, hür ve müstakil irade insanın cevher-i zatıdır diye beyan ve ilan etmiş, Alman meşâhir felâsifesinden (Kant) da bu fikri tamamen kabul ederek Alman felsefesine naklelemiştir. İşte Rousseau'nun Fransa'da te'sis etmiş olduğu bu mezheb-i hukukî, Kant vasıtasıyla Almanya'ya da intikal etmiştir. Hatta Kant, daha ileriye giderek hürriyeti, ahlak-i kavaidinin de esası addelemiştir. Kant'a göre iradenin muhtariyeti ve istiklali yalnız hukukun değil, alelîtlak insaniyetin umdesi ve hürriyet, beşeriyetin binefsihi gayesi ve en mukaddes hakkıdır. Hülâsa hukukun da ahlakın da üss-ül esası, irade ve hürriyette muhtariyet, daha doğrusu istiklaldir. İşte iradenin muhtariyetinden "Kant"ın anladığı mana budur.

Zaten demin söylediğim gibi Fransa'da on sekizinci asır felsefe-i içtimaiyesinin ruhu da budur. (1789) da neşr ve ilan olunan o meşhur (hukuk-u beşer beyanname)si de bu fikirden mülhem olmuştur. Bu fikir de şudur: "İnsan, hiçbir ferd, hiçbir vakit başka bir kuvvet, başka bir menfaat için bir alet, bir vasıta değildir, olmamalıdır ve olamaz. Bilakis bir maksat bir hedef, bir gayedir ve öyle olmalıdır. Efrad üzerinde başka bir kuvvetin velayeti yoktur." ... İşte Fransa ihtilal-i kebirini müteakip neşr ve ilan olunan o (hukuk-u beşer beyanname)sinde zikrolunan "İnsanlar hür ve hukukça müsavi olarak doğarlar, her cemiyet-i siyasiyenin (s. 16) gayesi tabii ve layetegayyer olan hukuk-u beşerin muhafazasıdır, ve efradın haiz oldukları hakk-ı mülkiyet mutlaklıdır. vb" gibi ahkâm-ı hukukîye hep bu esas üzerine bina kılınmıştır.

Bu nazariyye erbabı ferdî, hürriyet-i ferdîyeyi nazarı itibara alarak (hayat-ı içtimaiyyede gaye ferdtir, cemiyet değildir) dedikleri için bunlara (fertçi- individualite) deniliyor.

İşte hulasatulhulasa olarak bu fertçi nazariyyeyi telhis etmek lazım gelirse deriz ki bu nazariyyeye göre bütün hukukun esası hürriyettir, onun da esası iradede muhtariyet ve istiklaldir. Devletler, heyet-i içtimaiyyeler, hep fertler için teşekkül eder, efradın hukukunu temin ile mükelleftirler. Gaye ferdtir, müşterek umde de ferdin hürriyetidir. Bütün kavanin-i beşeriye ve mevzuat-ı hukukîye seyr ve hareketlerinde hep bu gayeyi istihdaf ederler ve etmelidirler.

Burada bir itiraz varid olur. Şöyle ki: Efradı mutlak-ül-inan olarak kendi irade ve hareketlerinde serbest bırakacak olursak, onların irade ve arzularına payan olamaz ve hasb-el beşeriye diğerlerinin hukukuna daima tecavüz ederler. Bundan da heyet-i içtimaiyyede intizam yerine anarşi, hercümerci kaim olur,

neticede sizin⁶⁸ beyan ettiğiniz gaye de husûle gelmez.

Fertçiler buna cevaben diyorlar ki: “Bizim binefsihi gaye ve kanunlar, hükümetler üzerinde hakim dediğimiz irade ve hürriyetten maksat alelîtlak irade ve hürriyet değildir, doğru ve müstakim olan iradedir. Bu da irade-i (s. 17) ammeden ibarettir, efradın hürriyetlerini nizam ve intizam altına alan, onları birer kaideye rabt eden, kavanin tanzimine salâhiyyettar olan, hülâsa velayet-i ammeyi vucuda getiren de o irade-i ammedir. Bu da ferdî iradelerin heyet-i mecmuasından ibarettir.”

Bu cevaba da itiraz olunuyor. Deniliyor ki “İrade-i amme denilen şey mefruz ve mevhum bir şeydir, kuru bir temenniden ibarettir. Bir irade-i amme ne ile tahakkuk edecek, ne sûretle müsbet bir hakikat kesbedecek? Olsa olsa bila istişare-i amme müracaat usûl-ü intihabıyla değil mi, bunun başka bir tariki yoktur. Bu ise kafi ve emin bir tarik değildir. Çünkü ne vakit işin içine intihap girerse, daima o intihapta ekseriyet hükümrân olur. Akalliyetin iradesi hükümden iskat edilir. Çok kere müntehipler kendi arzu ve iradeleri hilafına rey verirler. Ve bugünün ekseriyeti yerine yarının ekseriyeti kaim. Ekseriyet daima mutehavvildir. Bazen muhtelif esbab dolayısıyla bir zatın iradesi ekseriyet teşkil eder. Onun için irade-i ammeyi tam ve olduğu gibi tebellür ettirecek, ona bir hakikat-ı harici kesp ettirecek emin ve salim bir tarik bulunamaz...” Bu itiraz pek kuvvetli olduğu için fertçiler tarafından buna mukni bir cevap verilemiyor.

Mea haza hürriyet, hakikatte insanlar için zaruri bir keyfiyettir. Fukaha-yı İslam da bu esası kabul ediyorlar. Fakat fukaha yalnız hürriyeti değil, hayatı da nazar-ı itibara alıyor. Ve insanda hürriyetten evvel hakk-ı hayat vardır. İnsan yaşamak için doğar. Bu hak hayat için min kullil vücuh sâbit bir haktır. İşte fukahaya, “İnsan için min küllil vücuh sâbit ve ona muhtass olan şey nedir?” denildikte “Evvelemirde hayattır, (s. 18) yaşamaktır.” Cevabını veriyorlar.

Bu hakayik-i eşyadan munbais zarurettir. Kim iddiâ edebilir ki insanlar hemen ölmek için doğarlar. Evet, insanlar ölürler. Fakat doğar doğmaz ölmek için doğmazlar, vakt-i mukaddere dek yaşamak için doğarlar. Kudret-i Fatira insanları yaşamak için vucuda getiriyor. Ve bunun için lazım olan alat ve esbabı da veriyor. Bir kere yaşamak kaziyyesi tanınınca, kabul edilince onun neticesi olarak hakk-ı ismet, hakkı hürriyet ve hakk-ı temellük de kabul edilmesi lazım gelir. İşte fukahaya göre hukukun esası bunlardır. Bu nokta-i nazardan Avrupa ferdi hukukçuları ile İslam hukukçuları arasında ittihad-ı efkar⁶⁹ vardır. Lakin fukahaya göre hukukun esası bundan ibaret değildir. Fukahanın bu babda ikinci bir nokta-i nazarı daha vardır ki onu biraz sonra ayrıca izâh edeceğim. Onun için diğer nokta-i nazardan İslam hukukçuları, ve bu fertçilerden ayrılıyor.

68 Orijinal metinde ‘sizin’ kelimesinde bulunması gereken ‘ze’ harfinin yer almıyor olması matbaa hatasıdır.

69 ‘İttihad-ı efkar’ şeklinde yazılması gereken kelime metinde ‘ittihar-ı efkar’ şeklinde yazılmıştır. Biz metnimizde doğru yazımı esas aldık.

Son zamanlarda bu fertçi hukuk nazariyesine birçok mesalik-i felsefiye erbabi tarafından hücum edilmiştir. Fertçiler "Hukukun esası iradedir." dedikleri için mu-terizler bir kere her şeyden evvel iradede hürriyet ve istiklal var mıdır, yok mudur? Bunu halletmek iktizâ eder diyorlar. Öteden beri beynelhukema mevzu-u bahis olmuş ve bu günde bahs edilmekte bulunmuş olan bir [irade ve kader] meselesi var. Burada garbın fatalistleri, deterministleri, şarkın cebr-i mahzcıları, cebr-i mutavas-sıtçuları yani cebriye ve eşariye fırkaları bahse karışıyorlar. (s.19) Fatalistler ile ceb-riye fırkası irade-i beşeri esasından inkar ediyorlar. Berikiler de iradenin vücudunu inkar etmiyorlarsa da iradenin hürriyet ve istiklalini inkar ediyorlar. Bunlara pek güzel cevaplar veriliyor ama sadetten hariç olduğundan burada bunların fikirlerin-den bahs edecek değiliz. Yalnız şu kadar söyleyeyim ki insanlar arasında cari olan ukûd ve muamelattan mütevellit vaziyet-i hukukıyyenin sıhhati ve muteber olması, ancak iradede hürriyetin vücuduna vabestedir. İradenin esasen vücudunu veyahut sıfatını yani hürriyet ve muhtariyetini inkar etmek, bütün muamelat ve münase-bat-ı beşeriyyenin sıhhatini, hükümetlerin, kanunların, mahkemelerin lüzumunu inkar eylemek demektir. Çünkü beşerde hür ve muhtar bir irade bulunmayacak olursa bütün kavaid-i hukukıyyenin ve alelumûm mevzuat-ı kanuniyyenin, bilcüm-le iradi ve siyasi teşkilatın batıl olması lazım gelir.

Elhasıl Fransa'da (Jan Jack Rousseau) ve Almanya'da (Kant) ile doğan ve son zamanlara kadar yaşayan bu ferdi hukuk-u tabiiye nazariyesi, bugün artık ölmüş-tür, taraftarı hemen kalmamış gibidir. Bu günkü efkar-ı hukukıyye bütün bütün başkadır. Şimdi de onları izâh edeyim:

V

Son zamanlarda Alman mütefekkirleri arasında yeni bir ilim zuhur etmiştir. Almanlar bu ilme "milet ve akvamın ilm-i ruhu" tesmiye ediyorlar. "Psychologie des peuples." Bu ilme nazaran her büyük millet, zî-hayat bir uzviyettir, efradın ruh ve fikrinden ayrı ve farklı kendine mahsus bir ruha, bir dehaya maliktir. İşte millete kendi (s.20) vahdet ve kuvvetini bahş eden bu ruhtur, bu ruh-u millidir. Bir millet bu ruhunu unutursa, o ruh kuvvetten düşerse o millet inhilale, inkıza yüz tutar. Ve o ruh, tekrar kesb-i kuvvet eder, canlanırsa evvelce çökmüş, yıkılmış zanno-lunan o millet tekrar ayağa kalkarak, canlanarak tarik-ı tekamülünde hareketine devam eder.

İşte hak da, ahlak da, kanun da, kuvvet de hep bu ruh-u millidir. Hukukçuların evvel ve ahir vazifesi bu ruhu araştırmak, onu bulmaktır. Hangi milletin kanunları, kavaid-i hukukıyyesi bu ruha tevafuk ederse, o kanunlar payidar olur. Hangi mille-tin kanunları kendi ruhuna tevafuk etmezse o kanunlar da daima ölüme mahkum demek olur. İşte Alman mütefekkirleri bu ilmi mevki-i tatbiki vaz' ile kendi ruh ve deha-yı milellerini düsturlaştırarak kanun şekline, hatta bir hakk-ı âli sûretine ifrâğ ediyorlar.

VI

Fransız müteahhirin mütefekkirinden “Alfred Fouille” (Asri Hukuk Fikri-“ÉE L’IDÉE MODERNE DU DROÏT”) namındaki eser-i güzüninde şu izâh ettiğim nazariyelerin cümlesini birleştirerek kendine göre bir nazariyye, bir mezheb-i hukukî vücuda getiriyor.

(Fouille)ya göre fertçilerin hatası ikidir. Biri tarihi, tabiatı, şe’niyeti (realite) asla nazar-ı itibara almayarak daima hukuk-u tabiiyeden bahs etmesi; diğeri heyet-i içtimaiyyeye hiç kıymet vermeyerek cemiyeti ferdlerin kendi ihtiyarlarıyla husûle gelmiş bir efrad yığınından ibaret (s.21) zannetmesi. Halbuki bu iki fikirden ikisi de doğru değildir. Fouille, fertçi nazariyyeyi bu sûretle red ve cerh ettikten sonra kendi felsefesini şu yolda izâh ediyor, diyor ki:

“Fransâda demokrasi prensiplerine müstenid olan felsefenin arz ve irâe, tasvir ve temsil ettiği hak, ilmî nokta-i nazardan idealden, mefkureden başka bir şey değildir. Bu felsefenin birinci hatası, “hak”kî doğrudan doğruya ve bila vasita fiili bir realite, bir hakikat-i hariciye imiş gibi göstermesidir. Bu da muvakkaratın felsefe, ideal ve mefkuri haktan bahs etmesi lazım gelir iken layenkati’ hukuk-u tabiiyeden bahsetmiştir. Halbuki tabiat hak tanımaz. Ve hak hariçte, saha-i tabiatda değil; insanın müfekkiresinde mevcuttur. Saha-i tabiatda mevcut olan şey ise ancak kuvvetle menfaattir.

Dünyada hiçbir şey, kuvvetsiz husûle gelmez. Her ne ki hariçte kesb-i vücud etmiş, bir hakikat-ı hariciye olmuştur, mutlaka o şey bir kuvveti haiz bulunmuştur. Kuvvetsiz hiçbir şey mümkün-ül husûl değildir. İşte bu nokta-i nazardan hak, içtimâî kuvvetin hadd-i azamisiyle kabil-i telif olan ferdî kuvvetin hadd-i azamisi. Lakin menfaatler tanzim edilmeksizin kuvvetlerin tanzimi, ta’zisi kabil olamaz. İşte burada menfaatçi felsefe ortaya çıkıp ahz-i mevki ediyor. Bu felsefeye göre hak, içtimai menfaatin hadd-i azamisiyle kabil-i telif olan ferdî kuvvetin hadd-i azamisi. Bu menfaatçi felsefenin (philosophie utilitaire) iki şekli, iki sûreti vardır. Biri lüzumundan fazla fertçidir. Diğeri daha hayatçı daha tekamülcüdür. Birinci sûret cemiyeti, heyet-i içtimaiyyeyi ferdlerin bir yığını, bir mecmuu addeder. Ve bunun içindir ki her ferd kendi (s.22) menfaatini cemiyetten talep etmeye kıyam eder. İkinci sûret ise cemiyeti, tekamülün umumi ve cihanşumul kanunlarıyla tabi zî-hayat bir uzviyet telakkî eder. Bu ikinci sûret, birincisinden daha yüksektir, daha ziyade şayan-ı kabuldür.

Kuvvetlerle menfaatlerin uzlaşması kolaydır. Bunlar birbirinin mütemmimidirler, biri diğeriyle tamam olur. Asıl güç olan, halis hak fikrinin bunlarla, bu iki prensiple uzlaşmasıdır. Pozitivistlere, tarihçilere cedelcilere yani münazaracılar göre halis hak mefhumunun realitede, saha-i tabiatda kuvvetle menfaatle uzlaşması mümkün değildir. Eğer biz, bu muhtelif umdelere, muhtelif sahalara tahsis etmemiş olsaydık bize göre de bu üç prensibin itilaf ve imtizacı gayr-i mümkün görünecektir.

Bize göre halis ve tam manasıyla (hak)kın sahası idealdir, mefkuredir, müfek-kiredir. Kuvvetin ve menfaatin sahası ise tabiattır, realitedir. İşte binaen içtimai, ancak bu üç prensiple, bu üç şeyle ikmal olunabilir. Çünkü hak olmaksızın yalnız kuvvetle menfaat, mefkuresiz, idealsiz hayat demek olur. Kuvvet ve menfaat olmaksızın yalnız hak da, hayatsız mefkureden ibaret kalır.

Lakin hakikatte, nefs-ül emirde mefkure de bir kuvvettir. Çünkü beşeriyeti harekete getiren odur. Hatta mefkure bazı tedabir ile dünyayı yerinden oynatmak kuvvetini bile haizdir. Aynı zamanda mefkure menfaattir de. Çünkü mefkure, düşünce, fikrin ve müfekkirenin daimi bir ihtiyacıdır, arzusunun da müstemir bir mevzuu, mebnâ aleyhidir. Aynı sebepten dolayı mefkure, tekamül-ü beşeriyenin avamından, uzviyet-i (s. 23) içtimaiyenin kuvve-i muharrikelerinden ve şuurlu hayatın en ehemmiyetli ve en lüzumlu zembereklerinden biridir.

Elhasıl hak, hürriyet, daima kuvveden fiile çıkmaya, saha-i vücutta kesb-i hakikat etmeye bizzat çalışan idealdir. Efradı da cemiyetleri de sevk ve idare eden fikirlerden biridir. (idee- directice) Ve bütün milletleri canlandıran ve mahz-ı kuvvet olan fikirdir. (idee- force)"

Müşârunileyh " Fouille" nazariyyesini bu sûretle izâh ettikten sonra diyor ki: "İşte bizim kabul ve arz ettiğimiz nazariyye budur. Bu nazariyye, aynı zamanda hem tabiatçı, hem hakikatçı, hem mefkurecidir. Ve bu nazariyye bütün vakayı ve bütün fikirleri, umumi tekamül mefkuresinin hududuna kadar yaklaştırmaya çalışır. Onlar bir kere o hududa vasil olunca artık orada kuvvet, menfaat, hak arasında ayrılık, gayrılık kalmaz. Kuvvet ve menfaat tamamen hak ile kesb-i imtizaç eder, cümlesi bir şeyden ibaret olur."

Hulasa, "Fouille"nın bu meslek-i felsefisi, fertçi nazariyye gibi yalnız ferdi nazar-ı itibara almıyor; onunla beraber cemiyeti de nazar-ı itibara alıyor. Bu felsefeye göre hürriyet, hakikaten insanlar için bir haktır, fakat tabii değil, mefkurevi bir haktır. Aynı zamanda heyet-i içtimaiyyeler de öyle fertçilerin tasavvur ettiği gibi ferdlardan müteşekkil bir yığın, bir heyet değil belki zî-hayat ve zî-şuur bir uzviyettir.

Bu itibarla bu felsefede iki nokta-i nazar var. Biri ferde, diğeri heyet-i içtimaiyyeye müteveccihdir. Ferde müteveccih olan nokta-i nazara göre (s.24) ferd her şeyi kendi heyet-i içtimaiyyesinden ister, ve kendisini bir gaye gibi gösterir. Kendi haline bırakılırsa keenne bütün âlem kendisinden ibaretmiş gibi icra-yı hükm etmek ve yalnız kendi menafiini temin eylemek ister. Bununla beraber yine o ferd, aynı zamanda kendisinin heyet-i içtimaiyyenin bir cüz'ü olduğunu, heyet-i içtimaiyyeden ayrı olarak münferiden yaşayamayacağını, binâenaleyh bütün heyet-i içtimaiyyeye âid olan hukuk ve menafiinin fevkinde ve daha ziyade şayan-ı arzu olduğunu ve kendi gibi bir ferdin menfaati de kendi menfaatine müsavi bulunduğunu takdir ve kabul eder.

İşte bu noktada metafizik bir pasaj, bir geçit vardır ki ferd, o geçitten diğer ferde ve heyet-i içtimaiyyeye intikal eder. Hubb-i nefsen hubb-i gayra, hodgamlıktan diğergamlığa intikal eder, senin düşüncenin, şuurunun en derin noktasında metafizik bir garazsızlık, menfaati şahsiyeden tecrit keyfiyeti vardır ki o seni diğer şuuruları, diğer ferdlere de düşünmeye sevk eder. Sen kendiliğinden olma, gayr-i ihtiyari ve umumi şuurunun dibinde, en derin köşesinde kendine âid bir şuur ve vicdana malik olduğun gibi aynı zamanda içtimai ve umumi bir şuur ve vicdana da maliksin. Sende bir nokta vardır ki o noktada sen sensin. Diğer bir nokta da vardır ki o noktada sen, keenne başkasısın. O noktadan başkasına geçersin. Binâenaleyh sen ferdsin, ve aynı zamanda cemiyetsin. Sen def’aten hem şahsiyet, hem de gayr-i şahsiyetsin. Hülâsa sen sensin ve aynı zamanda sen cihansın.

İşte bu, halli matlup ve metafizik bir meseledir ki fizik, maddi (s.25) ilim ve fen (science physipue) onun önünde diz çöker. İşte bu nokta, bizim tabiatan iktibâs ettiğimiz kaidelerin, mihaniki düsturların nihayetine vaz’ edilen bir nokta-i istifhamdır. İşte insan bu meseleyi, hallü fasla muktedir olmamakla beraber mevki-i bahis ve münazaraya vaz’ etmeye ehil ve muktedir olduğundan dolayıdır ki metafizik bir bünyeye maliktir.

İşte Müşârünileyh “Alfred Fouille” şu mütalaat-ı felsefiyesine – tabiata muhalif metafizik mütalaat kabilindendir- diye itiraz edecek olanlara ber-vech-i peşin bu yolda cevap veriyor. Ve bu müdafaasını tenvir için de şu sözlerin(i) ilave ediyor: “Sen pek ala bilir ve takdir edersin ki senin dimağının işi olan müsbet ve maddi ulum ve fününun bir derecesi, bir haddi vardır; onu tecavüz edemez. Bu kabilden olmak üzere yine bilirsin ki bu müsbet⁷⁰ ve maddi ilim, senin keyfiyet-i tefekkürünü, şu basit his ve şuurunun, hakiki ve hatta zahiri benliğini izâhtan acizdir. Tabiatın ilmi, düşünme denilen şeye, fikre ve hatta hisse, duyguya bile mutabık değildir. Malumun, tanınan ve bilinen şeylerin ötesinde bir meçhul vardır, ihtimaldir, tanınan şeylerin, bütün zevahirin maverasında bir hakikat-ı meçhule vardır. Her şeyden kat-ün nazar, her halde şuur ile zabt ve idrak olunabilen şeylerin arkasında meçhul kalan, hakkıyla bilinemeyen bir şey vardır ki o da şuurun kendisidir. İşte bizim için, bizim davamız, bizim aczimiz için bu kafidir.”

Hülâsa, bu mezheb-i felsefiye göre bir kere heyet-i içtimaiyye, ferdlere teşekkül etmiş bir heyet olmak hasebiyle o heyet-i içtimaiyye içinde bulunan, onun eczasından olan ferdlere o heyet için muhteremdirler. Onların (s.26) hürriyetine, masuniyet-i nefsiyyesine hürmet etmek bir vecibedir. Ferdin bu babdaki müddeiyatı mesmudur. Fakat aynı zamanda heyet-i içtimaiyye ferdin fevkinde bir mevcut ve zî-hayat bir uzviyettir. Onun için cemiyete müteallik hukuk ile ferde âid hukuk arasında bir taarruz vaki olur ise, heyet-i içtimaiyyenininki tercih olunur. Artık orda ferd ihmal edilir.

İşte hak mefhumunun sûret-i telakkisi hakkında “Fouille”nin nazariyesi de bundan ibarettir. Şimdi kısmen buna mümasil kısmen de bütün bütün başka bir

70 Metinde müsbet kelimesi matbaa hatası sebebiyle okunamamaktadır.

fikir takip eden diğer mütefekkirin daha vardır ki onlar da pozitivistlerle içtimaiyatçılar (sociologue) dir. Şimdi de onların fikirlerini beyan edelim.

VII

Yalnız ilmin, fennin ispat edebileceği hakayık-i maddiyeyi esas ve umde ittihaz eden felsefe-i müsbete, yahut isbatiye (positivizme) erbabı da (hak)kın vücudunu inkar ediyorlar. "Hak yoktur, vazife vardır" diyorlar. On dokuzuncu asırda Fransa'da bu mezheb-i felsefiyi te'sis eden eazim-i felâsifeden meşhur "Auguste Comte", (Lisan-ı siyaside "hak" kelimesini teb'id etmelidir. Bu kelime, bu metafizik mevhum ahlaksızlık ve anarşi tevellüdünden başka bir şeye yaramaz. Müsbet olarak heyet-i içtimaiyye içinde hiçbir ferdin ifa edilecek vazifeden başka bir hakkı yoktur ve olamaz.) diyor.

Avrupa'da yeni, asrî bir ilim olan içtimaiyyat (sociologie) uleması da pozitivistlerin bu fikrini kabul ediyorlar. Bunlar da onlar (s.27) gibi "Hak yok, vazife var" diyorlar. Fransız hukukşinaslarından profesör mösyö "Léon Duguit" [Hukuk-i Hususiyenin Tahavvülâtı] nam eserinde bu fikri iltizam ve müdafaa ediyor. Diyor ki "Ferdin hukukundan, heyet-i içtimaiyyenin hukukundan bahs etmek, mevcut olmayan şeyden bahs etmektir. Ferdin hukukunu heyet-i içtimaiyyenin hukukuyla telife kıyam etmek, hadd-i zâtında boş ve faidesiz şeylerle uğraşmak demektir. Zira ne ferdin, ne de cemiyetin hiçbir hakkı yoktur. Heyet-i içtimaiyyede cemiyet hayatında yalnız bir şey vardır ki o da [vazife]den ibarettir."

Bu nazariyyeye zahip olanlar, ferdi bütün bütün ihmal ediyorlar, ferdin nefsiyle kaim, mahiyet-i zatiyesinden mütevellit hukukunu asla tanımıyorlar. Öyle enfüsi, zati hukuk [droit subjektif] yoktur, bu metafizik bir mevhumdur diyorlar, bunlara göre hayat-ı içtimaiyyede gaye cemiyettir, ferd değildir. Bunların nazariyyesi fertçilerinkinin zıddıdır. Bir kere hürriyeti inkar ediyorlar, hatta müsavâtı da kabul etmiyorlar. Arz ettiğim gibi ne ferde, ne de devlette hak yoktur, vazife vardır. İster en vazi' bir ferd olsun, ister en büyük bir diktatör olsun, isterse kadir-i mutlak geçinen parlemen olsun, kim olursa olsun, her halde onun edecek bir vazifesi vardır. Bu herkes hakkında ve her zümre üzerinde kat'idir, la yetegayyerdur, bu içtimai hayatın bir netice-i zarurîyesidir diyor.

Bunlar, bu iddiâlarını ispat için şu mütalaatı serdediyorlar:

[İnsan sürü halinde, cemiyet halinde müctemi'an yaşamak mecburiyetinde (s.28) olan bir hayvan-ı içtimaidir. Ferd olarak yalnız başına yaşayamaz. Sürüden ayrıldığı, heyet-i içtimaiyyeyi terk ettiği gün mahv olduğu gündür. Onun içindir ki cemiyeti idame edecek, bina-yı içtimaiyi takviye eyleyecek bütün ef'al ve harekata itina ferdlerin birer vecibesî, birer vazife-i mütehattimesidir, onları yapmaya mecburdur. Binâenaleyh insan, öyle "Rousseau"nun veya "Kant"ın fertçilerin dediği gibi hür olarak doğan bir mahlûk değil; cemiyet halinde yaşamak mecburiyetinde olarak, cemiyetin bir cüzü olarak doğan bir mevcuddur.

Onun içindir ki, içtimai hayatta insanlar için yegane mevcut olan vazife-i içtimaiyyedir, insanlar onunla mükelleftirler. Yine onun içindir ki hukukun esası, bu içtimai vazifedir. (fonction sociale) Bu da tesanüd-i içtimai (solidarité sociale) kazıyyesinden mütevellit bir zarurettir. Bu tesanüd-i içtimaiyi vücuda getirmek için herkes bir vazife ile mükellef ve onu ifaya mecburdur. O vazifeyi ne ferdlar, ne heyet-i içtimaiyye tayin eder. O kendi kendine tayin eyler. Her ferdin heyet-i içtimaiyye içinde ihraz ve işgal ettiği bir vaziyet, bir mevki vardır ya; işte o vaziyet, o mevki, o vazifeyi tayin eder. İşte o mevkinin icap ettiği işi işlemek o ferdin içtimai vaifesidir. Bu onun için bir vecibedir.

Bir kere vazifeler bu sûretle tayin edince hukuk da kendiliğinden taayyün etmiş olur. Çünkü hukuk, şu söylediğimiz tesanüd-i içtimai esasına müstenid ve içtimai vecaibden mütevellittir. Şu halde hukuk (s.29) kaideleri bu esastan mülhem olursa muteber olur, aksi takdirde muteber olmaz.]

İşte içtimaiyatçılar, sosyologlar, hukuku bu sûretle içtimai tesanüt ve vazife esası üzerine ibtina ettiriyorlar. Bu tesanüd-i içtimaiyyeyi tevlid eden esbabı da şu sûretle izâh ediyorlar:

[Tesanüd-i içtimaiyi vücuda getiren esbab ve anasır ikidir. Biri bir zümre-i içtimaiyyeye mensup insanların ihtiyaçlarındaki müşabehettir. İkincisi yine o insanların fitraten haiz oldukları istidat ve kabiliyetlerinin birbirinden farklı olması ve aynı zamanda yine ihtiyaçlarının muhtelif bulunmasıdır.

Bir cemiyete mensup ferdlar arasında ihtiyaçların müşterek ve birbirine müşabih olmasındandır ki ferdlar bir araya gelerek zümreler, cemiyetler teşkil etmişlerdir. Bu insanlar için celi ve zaruri bir keyfiyettir. Koyunlar nasıl tehlike karşısında baş başa vererek birbirlerine sıkıştırlarsa, insanlar da dehrin şedaidine karşı daima ve tab'an birbirleriyle girift, toplu ve müçtemi' yaşamak mecburiyetinde bulunurlar. İşte bu, ihtiyaçların müşahebetinden mütevellit tesanüttür.

Bu böyle olduğu gibi diğer taraftan da yine o ferdların ihtiyaçları arasında farklar vardır. Çünkü ihtiyaçlar müşterek ve müteşabeh olmakla beraber daima yekdiğerinin aynı değildir. Birinin ihtiyacı bir şeye, diğeri ihtiyacı da diğer şeye olur. Bütün insanların ekmeğe ihtiyacı müsavi olduğu halde bir ferdin aynı zamanda elbiseye, diğeri ihtiyacı ayakkabına (s.30) ihtiyacı bulunur. İhtiyaçlarda böyle farklar bulunduğu gibi istidatlar, kabiliyetlerde büyük farklar vardır. Herkesin istidadı kabiliyeti bir değildir. Bu cihetle birinin istidadından diğeri, öbürünün istidadından beriki istifade etmek ister. Ve aynı sebepten dolayı, insanlar müşterek ve içtimai bir hayat içinde yaşamadıkça kendi ihtiyaçlarını tatmin edemeyeceklerini pek güzel takdir ederler. İşte bu keyfiyet de, taksim-i a'mal sûretiyle tesanüttür. İşte insanlar, bu iki sebepten dolayı birleşerek, gayr-i kabil-i tefrik bir kül, bir vahdet, bir cemiyet vücuda getirmişlerdir. Ve bu, öyle uzun uzadıya düşünülmüş bir mülhaza neticesi, ihtiyari bir şey değil, fitri ve zaruri bir keyfiyettir].

Demin ismini söylemiş olduğum profesör mösyö "Leon Duguit" tesanüd-i içtimai kazıyyesini bu yolda izâh ettikten sonra, insanlar arasında hukukça müsavatsızlığı da şu sûretle beyan ediyor:

[Medeniyette pek ziyade ileri gitmiş olan asrî cemiyetlerde içtimai temasükün en mühim unsur-u esasisi, işte bu taksim-i a'mal sûretiyle olan tesanüd-i içtimaidir. Zaten medeniyet, ihtiyaçların kesreti ve en kısa bir zamanda o ihtiyaçları tatmin edecek vesaidin çokluğuyla temeyyüz eder. Ve bu hal, binnetice büyük bir taksim-i a'mali, gayet vâsi' taksim-i vezaifi istilzam eder. Bu da, asri insanlar arasında büyük bir müsavatsızlığı intac eyler.

Bu taksim-i a'mal kazıyyesi, asrın en büyük vakıasıdır. Bu günki hukukun da mihver-i merkezîsi, medar-ı deveranıdır. Bu cihetle bu vâsi'(s.31) medeniyet imalathanesinde, bu geniş destegah-ı içtimaiyyede kim olursa olsun büyük küçük herkesin, her zümrenin ifa edecek bir işi, bir vazifesi vardır. Herkes o vazifeyi ifa ile mükelleftir.

Bu maşeri hayatta hiçbir ferd, öyle fertçilerin dediği gibi nefsi ve zati hukuka malik değildir ve malik de olamaz. Çünkü hak denilen şey, realitesi, vücudu hariçiyesi olmayan fikr-i mücerretten, vehim ve hayalden ibarettir. Lakin cemiyetin bir uzvu olmak sebebiyle her ferd için içtimai vazifesini ifa etmek vecibesi vardır. Bu maksat ve bu gaye ile işlenen işlerin, ifa edilen hizmetlerin de birer kıymet-i içtimaiyyesi vardır. Ve cemiyetçe ancemaatin himaye edilmeye şayestedir ve himaye edilmeleri lazımdır. İşte pozitivistlerin reisi ve pişvası olan büyük mütefekkir "Auguste Comte" un (Hiçbir kimse daima ve her vakit kendi vazifesini ifa etmekten başka hiçbir hakka malik değildir.) sözünden maksut olan mana da budur.]

İşte hak mefhumunun sûret-i telakkîsi hakkında içtimaiyatçıların nazariyyesi de budur. Bu nazariyye, fertçilerin nazariyyesine galebe etmeye başlamıştır. Denilebilir ki bugün Avrupa efsar-ı hukukıyyesinde hakim olan fikir budur.

Bu mezhebe göre hürriyet de, mülkiyet de hak değil, birer vecibedir. Ferd için hürriyet lazımdır. Fakat onun hak olduğundan dolayı değil; belki vazife-i içtimaiyyesini serbesti-i tam ile ifa edebilmek için, fıtraten haiz bulunduğu istidadını tamamiyle inkişaf ettirebilmek için lazımdır. Bir vecibedir. Onun için herhangi bir ferd, hürriyetinden (s.32) bahisle hiçbir iş işlemek, atalet içinde oturmak cihetini iltizam edemez. Edecek olursa kendisini ve üzerine nafakası lazım olan kimseleri infak ve iane için cebren işe sevk olunur ve olunmalıdır.

Hakk-ı mülkiyet de böyledir. Bu da insan için lazımdır. Fakat hak olduğundan dolayı değil; servet-i umumiyenin muhafazası, heyet-i içtimaiyyenin azamet ve refahiyeti için lazımdır, binâenaleyh bu da bir vecibedir. Onun içindir ki bir sahib-i hane, hanesini bütün bütün harap olup yıkılmaya terk edemez. Edecek olursa tamire icbar olunur ve olunmalıdır. Diğer hukuk da böyledir, cümlesi birer vecibedir. Mesela bir baba, çocuğunu okutup okutmamak hususunda muhtar değildir. Her

halde tahsil-i iptidai derecesinde olsun okutmaya mecburdur. Bu babda hürriyetinden bahsedemez, bu onun için bir vecibedir. Bugün amelesi çok olan memleketlerde amelenin hayatını, sıhhatini muhafaza için, müddet-i sa'y için tanzim olunan basiret-i içtimaiyye kanunları hep bu esasa, bu nazariyyeye müstenittir.

Bu meslek-i hukukî de büyük bir hakikat mündemiç olduğunda şüphe yoktur. Hele tesanüd-i içtimaiyye, vazifeye dair söylenen sözlere hiç diyecek yok. Fakat hürriyeti, müsavâtı sûret-i mutlakada red ve inkar etmek bize hiç doğru görünmüyor. Evet, hürriyet tahdid olunur ve olunmalıdır da. Bazı hususatta ferdlere hürriyetlerini sû-i isti'mâl edecek derecede müsaade edilmemek zaruridir. O gibi yerlerde ferdlar için hürriyet yoktur demek bir dereceye kadar doğru olabilir. Fakat hadd-i zâtında icrası lazım olmayan ahvalde, ferdin sırf kendi şahsına taalluk (s.33) eden ef'ali mubahadede ferdlarin hürriyetini inkar etmek nasıl doğru olabilir? Hususiyle müsavâtı da inkar edince, ferdlar üzerine vecaibin tayininde elde ne gibi bir mikyas bulunacak. "O vعاibi, her ferdin heyet-i içtimaiyye içinde iştigal ettiği mevkiyle tayin eder." Demek kafi midir? Ve bunu kim tayin ve takdir edecek? Adalet denilen o mizanı kutsi, hangi ayar ile tatbik olunacak?

İşte birçok suallerin altından çıkılamaz, burada münakaşası da pek uzun gider. Yalnız şu kadar söyleyeyim ki bütün ef'al-i içtimaiyye birer vecibedir demekle iş bitmez. Ve hukuk hürriyeti, müsavâtı esasından inkar edince elde sahih ve hassas bir mizan-ı adalet bulunamaz. Binâenaleyh hakkı mücâzât her türlü şaibe-i zulümden kurtarılmış olmaz. Adalet namına birçok zulümler irtikap edilmiş olur. Çünkü vezaif ve vعاibin takdiri ötekinin berikinin keyfine terk edilmiş demek olur. Hak da, adalet de, vazife ve vecibe de müeyyideden mahrum bulunur. Yine iş döner dolaşır kuvvetin hükmüne kalır.

İşte hak mefhumunun sûret-i telakkîsi hakkında Avrupa hukemasının efkar-ı nazariyatı bunlardan ibarettir. Vakıa bu babda daha bazı mesalik-i felsefiye varsa da onların kabiliyet-i tatbikiyesi olmadığından onlardan bahs etmek istemiyorum.

Görülüyor ki Avrupa efkar-ı hukukıyyesinde derin bir ıztırâb var. Sonra gelenler evvel gelenlerin kurmuş oldukları bina-yı hukukîyi ta temelinden yıkıyorlar. Lakin onun yerine daha sağlam bir bina vücuda getiremiyorlar.

Şimdi sıra İslam felsefe-i hukukunun sûret-i telakkîsine geldi. Şimdi de onu izâh edelim. (s. 34)

VIII

İslamiyetin bu mesele hakkındaki nokta-i nazarı tahlil edilince görülür ki İslam felsefe-i hukuku; hem fertçilerin nazariyyesini hem de cemiyetçilerin nazariyyesini nazar-ı itibara alarak ikisini birleştiriyor. Ne fertçiler gibi cemiyetin hukukunu hükümden ıskat ediyor, ne de cemiyetçiler gibi ferdin hukukunu hiçe tenzil ediyor. Belki her iki tarafın da hakkını veriyor.

Fukahaya, yani İslam hukukçularına göre insan yalnız öyle menfaatperest, muhteris ve müfteris bir hayvan değildir. İnsanda böyle behîmiyyet ciheti olduğu gibi, bir de melekiyyet ciheti vardır. İnsan akıl ile vicdan ile mümtazdır, akl-ı selim sahibidir nîk u bedi tefrik, hayr ve şerri temyiz eder bu itibar ile insan, kendisinde her türlü faziletler, iyilikler görülebilen bir hayvandır. [velekad kerramna beni ademe...] ayeti celilesi mantûkunca Cenab-ı Hak, insanları maddi olduğu kadar birçok manevî meziyetlerle tekrim ve hayvanat-ı saireye tafdil eylemiştir. Onun için insan, yalnız menfaat-i şahsiyesini düşünür, başka bir şey düşünmez, muhteris ve müfteris bir mahlûktur diye telakkî edilmemelidir.

Evet, şüphesiz insan menfaatperesttir. Tab'an, fitraten hubb-i nefis ile müte-hassistir, egoisttir. Bu cihet inkar edilemez. İmam Gazali'nin dediği gibi hatta bir çok fedakarlıkları sırf bu his saikesiyle yapar. Senin pek rahim ve şefik zannettiğin adamların birçokları böyledir. Mesela bir insanın hemcinsinden bir zatın boğulmakta olduğunu gördüğünden derhal onu kurtarmak için her türlü tehlikeyi göze aldırarak kendini (s.35) denize attığını görürsen, ne rahim, ne şefik, ne büyük adamdır dersin. Halbuki hadd-i zâtında o ne rahimdir, ne şefiktir, ne büyüktür? Onun rahim ve şefkati, büyüklüğü hep kendini düşündüğündendir, rikkat-i cinsiyeden mütevelliddir, sırf hemcinsine karşıdır. Aynı zamanda o bir gaddar, zalim bir adamdır. Çünkü hemcinsine karşı duymuş olduğu o hissi, hemcinsi olmayan hayvanlara karşı duymaz, belki kendisinden daha ziyade yaşamak hakkını haiz olan hiçbir şeye zararı dokunmayan bir mahlûk-u latifi, mesela bir geyiği, bir ceylanı kalbinde hiç hiss-i merhamet duymaksızın " tak" diye vurur; öldürür. Hatta onu vurulmuş, mecruh bir halde elinde sürükler, ve herkes görsün diye bililtizam sürükler ve bundan zevk alır, iftihar eder.

İmam Gazali, bu sözleri söylemekle beraber aynı zamanda insanın fezail-i ah-lâkiyyeyi kabule müsteid, kabil-i tehzip bir mahlûk olduğunu da kabul eder. Bütün ulema-yı İslam bu fikirdedir insanda bir nefis-i emmare, bir de levvame vardır. Tabir-i diğerle insanda behîmiyyet ciheti olduğu gibi bir de melekiyyet ciheti vardır. Evvelkisi beşeriyyet, ikincisi insaniyet cihetidir. Kendilerinde ihtiras, behîmiyyet ciheti galip olan ferdler bile ta'lim ve terbiye neticesinde, telkinat-ı diniyye ve ahlâkiyye neticesinde melek haslet olurlar. Bir kısmı da esasen, hilkaten iyi insandirlar, melek haslettirler.

İster tab'an, fitraten melek haslet olsun; ister hubb-i nefis ciheti, behîmiyyet ciheti galip olarak yaratılmış efrat olsun, efrad-i insaniyenin cümlesi, daima diğer ferdlerin de kendisi kadar hukuk ve menafiye malik olduklarını, kendi menfaatlerinden kendisi kadar istifadeye salâhiyyettar (s.36) bulduklarını müdriktiler. Cümlesi bu şuuru haizdir.

İşte bu şuur ile muttasif olan insan bilir ki kendisi gibi her ferd yaşamak için dünyaya gelir, ve Cenab-ı Hakk'ın takdir ettiği vakt-i mukaddere kadar yaşar. Yoksa insan hemen ölmek için doğmaz. İşte bu yaşamak her ferdin cibilli, fitri bir hakkıdır. Hilkatinden mütevellit bir zarurettir.

İşte bu yaşamak keyfiyeti, insan için bir (hakk-ı hayat)tır. Çünkü hakkın tarifi izâh ederken söylediğimiz gibi insan ile bu hakk-ı hayat arasında min kullil vucuh sâbit bir ihtisâs-ı tamm vardır. Bu ihtisâsı sâbit kılan da insanın mahiyet-i hayatiyesidir, bahşayış-i ilahidir. Binâenaleyh insanın mahiyet-i zatiyyesinden mütevellit nefsi, zati bir haktır, bir zaruret-i hayatiyedir. İşte hukuk-u tabiiyeye kail olan “Rousseau”, “Kant” gibi feylesofların hukuk-u tabiiyeden maksatları da budur. Onlar da bunu söylemek istiyorlar. Şu kadarki onlar meseleyi iradeden, hürriyetten tutturuyorlar. Ve hukukun esası iradedir. Hürriyettir diyorlar.

Fukaha ise hayattan tutturarak evvelemerde hakk-ı hayatı, şu söylediğim tarzda tespit ediyorlar. Sonra hayatın zaruriyyatından olan diğer üç nevi hakkı onun üzerine bina kılıyorlar. Bu daha sağlam bir esastır. Fertçiler insan hür olarak doğar diyorlar. Biz insan yaşamak için doğar diyoruz. Mea haza bunların ikisi de bir yere varır. Tabirler başka başka ise de maksat birdir. Çünkü hayat, yaşamak hakkı insan için fitri ve cibilli bir zaruret olunca onun netayici ve levazımından olan şeyler de birer zaruret olur. Binâenaleyh yaşamak için zaruri olan (s.37), onun mevkuf-u aleyhi olan şeyler de insanın, ferdin fitri ve zaruri hukukudur. Hukuk-u tabiiye demek de bu demektir.

Şu halde (hürriyet) bir haktır. Çünkü hürriyet olmazsa yaşamak mümkün olmaz. Hürriyet, yaşamanın en birinci şerâidindedir. Bundan evvel nefsin taarruzdan masun kalması keyfiyeti vardır ki hayat bununla kaimdir. Bu da insanın daha mühim bir hakkıdır. Fukaha buna ismet-i nefis hakkı, “hakk-ı ismet” derler. Bir kere bu hakk-ı ismet, saniyen hakk-ı hürriyet, sonra da üçüncü olarak, bu iki hakkın zaruriyyatından olan “hakk-ı temellük” gelir.

İşte şu üç hak (hakk-ı ismet, hakkı hürriyet, hakk-ı temellük) efrat için zaruri hayatın, yine zaruri netayici olan ve doğrudan doğruya onlara âid bulunan hukuktur. Bu üç hak ile insan arasındaki ittisâl ve ihtisâs, insanın kendi fitratı, hayatın la yetegayyer zarureti olarak husûle gelmiştir. Bunları efrattan nez’ etmeye hiçbir kimsenin hak ve selahiyeti yoktur. Bu hukuku, efrada ne bir hükümet, ne bir cemiyet, ne de bir heyet-i içtimaiyye vermemiştir. Onlar efradın mahiyet-i insaniyesi iktizâsıdır, bahşayış-i ilahidir.

İşte bu noktada fukaha-yı İslam, fertçilerle birleşiyor. Lakin bu kadarla kalmıyor. Çünkü Kuran-ı Kerim, bu hukuku insanlara tevdi edilmiş bir emanet-i ilahiye olmak üzere tavsif ve tasvir ediyor. Bu hususta (inna aradnal emanete....) ayet-i celilesi şeref-varid olmuştur. Meal-i münifi şudur: (Biz emanetimizi semavata, küre-i arza, dağlara arz (s.38) ettik, bu emaneti hıfz edin dedik. Korktular, tehaşi ettiler, onu kabulden imtina ettiler. Fakat zayıf vücuduna bakmayarak insan o emaneti, bu ağır yükü sırtına aldı, yükledi. Sonra da o emanete lazım gelen hürmet ve riayeti ifa, onu eda etmeyerek zalum, bunun avakibini düşünmeyerek, takdir etmeyerek cehul oldu.)

İşte Kuran-ı Kerim, hukuku emanet-i ilahiye olmak üzere tavsif ve onun derece-i ehemmiyetini böyle lahuti bir sûrette tasvir ediyor. Ona, hukuka ilahi bir kutsiyet veriyor. Onun içindir ki İslamiyette insanlara âid olan şeylerde yegane mukaddes olan bir şey varsa o da hukuktan, adl ve haktan ibarettir. İslamiyet nazarında hukuktan, adaletten başka mukaddes bir şey yoktur.

Bu ayet-i celiledeki (emanet) kelimesinden maksat, bütün müfessirin ve fukahanın ittifakıyla dediğim gibi hukuktur, adalettir, hukuka riayettir. Bazı müfessirler, taat ile, bazıları mükellefiyetle, bazıları da tekalif-i şer'îye ile tefsir ediyorlarsa da cümlesinin maksadı birdir. Tabirler başka başka ise de mana-yı maksut birdir, yani hukuka hürmet ve riayettir.

Bunun içindir ki bir insan, bir ferd, Avrupa hukukunda intihar edebilir. Fakat İslam hukukunda intihar edemez. Aksi takdirde en büyük günahı işlemiş olur. Çünkü hakk-ı hayat, kendinin olmakla beraber kendisine Cenab-ı Hak tarafından tevdi olunmuş bir emanettir, ona hürmet ve riayet vecibedir, farizadır. Hatta intihar etmek şöyle dursun, bir parmağını bile kesip atamaz ve nefsini bütün bütün zayıf (s.39) düşürecek derecede açlıkla imrar-ı hayat edemez.

İşte bu nokta-i nazardan da fukaha, ictimaiyatçılarla, cemiyetçilerle birleşiyorlar. Cemiyetçiler ne diyorlardı? İnsan içtimai bir mevcuttur, cemiyet hayatını yaşamak mecburiyetindedir. Onun için tesanüd-i içtimai esasına merbut ve daima hemcinsinden istianeye mecburdur. Bu cihetle her ferd, hükümet bir vazifeyle mükelleftir. Demiyorlar mıydı?

İşte İslamiyet de böyle diyor. Biz İslamlar da, evvela hakk-ı hürriyet, hakk-ı masuniyet, hakk-ı temellükü insanların, ferdlerin fitri ve zaruri hukuku olarak kabul ettik. Bu noktada fertçilerle birleştik. Fakat fertçiler yalnız ferdi nazarı itibara alarak cemiyeti ihmal ediyorlar. Onlar, ferd iradesinde, hürriyetinde istiklal-i tammı haizdir diyorlar. Fakat İslamiyet bu istiklali kabul etmiyor, işte bu noktada fertçilerden ayrılıyor. Onun için insana hakkı intihar vermiyor, emvalini külliyen itlaf etmesine müsaade etmiyor. Hürriyeti efradın birbirine karşı birer hakkı olarak kabul ediyor. Her ferd diğerinin hürriyetine riayete mecburdur, bu bir vecibedir diyor. Aynı zamanda da sahib-i hürriyet olan ferde [senin haiz olduğu hürriyet senin değildir, o sende bir emanet-i sübhaniyedir, ona hürmet ve riayete mecbursun, bu senin üzerine bir vecibedir.] diyor.

Şu halde ferd için efrad-ı saireye karşı, cemiyete karşı hak olan hürriyet, kendi hakkında Allah'a karşı bir vazifedir, onu hüsn-ü isti'mâl etmek bir vecibedir. Binâ-naleyh hiçbir kimse, hiçbir hükümet, bir ferden hakk-ı hürriyetini elinden alamaz. Buna hiçbir zatın, hiçbir heyetin salâhiyeti (s.40) yoktur. Burası böyle olduğu gibi aynı zamanda efrat da kendi hakk-ı hürriyetini sù-i isti'mâl edemez. Mesela kendi rızasıyla hürriyetini başkasına satamaz.

Emval hakkında hakk-ı temellük de böyledir. İslamiyette hiçbir ferd, kendi

hakk-ı temellükünü sû-i isti'mâl edemez. Emvalini hüsn muhafaza onun üzerine bir vecibedir. Onun için bir kimse kendi malını denize atarak veya ihrak ederek it-laf etse âsim olur. Hatta israf bile haramdır. İslamiyet, kimseye bu derecede bir hak-kı tasarruf vermiyor. Onun için İslamiyette bir sahib-i servet, servetini öyle kumar vesaire gibi sefahet uğrunda sarf ve istihlak edemez. Edecek olursa hacir olur. Hatta evladını külliyyen mahrum bırakacak derecede vucuh-u hayra bile sarf edemez.

Ve sonra, bidayeten mubah olan, efrat icra edip etmemek hususunda muhayyer buldukları ef'al ve hareket da nihayeten birer vecibe teşkil ederler. Mesela bir ferd için tarîk-ı kesb ve ticarete süluk etmek mubahtır, ferd bunda muhayyerdir.

Fakat bu bir dereceye kadardır. Bir zaman gelir ki vecibe olur, artık mubahlıktan çıkar. Nefsini zill-i sualden, dilencilikten kurtarmak, evlad ve iyalini infak etmek için vacip olur, vecibe sıfatını iktisap eder. Birçok ulum ve funun, sanayi de böyledir. İmam Gazali (İhya el ulum)unda dokumacılık, terzilik, çiftçilik ve saire gibi halkın kendisinden müstağni olmadığı⁷¹ ef'al ve sanayinin icrası farz-ı kifayedir diyor. Binâenaleyh bu babda kaide şudur: Cemiyette, heyet-i içtimaiyyede kendilerinden istiğna hasıl olmayan sanayinin cümlesi birer vecibedir. (s.41) İçtimaiyatçıların dedikleri de budur.

Şu halde fukaha-yı İslam, bu noktada da sosyologlarla, cemiyetçilerle birleşmiş oluyor. Hatta kanun-u medenimiz olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin birinci maddesinde bu cihet resmen muharrerdir. O maddeye müracaat ederseniz şu sözleri muharrer bulursunuz: (Cenab-ı Hak, bu nizam-ı âlemin vakt-i mukaddere dek bekasını murat etmiştir. Bu ise nevi insanın bekasına, bu da zükur ve inasın izdivacına menuttur. Ve bir de nev'in bekası efradın adem-i inkitaıyla hasıl olur. İnsan ise mizacının itidali sebebiyle bekada gıda, libas ve meskençe umur-i sınaıyyeye muhtaç olur. Bu da efrad beyninde teavun ve iştirak husûlüne tevekkuf eder. Hülasa insan medeniy-yut-tab' olduğundan sair hayvanat gibi münferiden yaşayamaz, bast-ı bisat-ı medeniyetle birbirlerine muavenet ve müşarekete muhtaçtır.)

İşte bu sözler hep fukahanın sözleridir. Mecelle onları harfiyyen tercüme ederek birinci maddesine derc etmiştir. Bu sözler, içtimaiyatçıların demin naklettiğim sözlerinin aynıdır. Yalnız bazı tabirlerde fark var. Onlar (tesanüt) diyorlar. Fukaha teavun ve müşareket diyor. İkisinin de manası bir şeyden ibarettir. Arada asıl bir fark varsa o da şundan ibarettir. Sosyologlar bu sözleri, bu nazariyyeyi şimdi söylüyorlar. İslamiyet ise bin üç yüz sene evvel söylemiş ve daha metin esaslar, kutsi fikirlerle takviye eylemiştir.

İnsan bu içtimaiyatçıların sözlerini, felsefelerini mütalaa edince kendisini hayretten alamıyor. Ne yalan söyleyeyim, bana öyle geliyor ki (s. 42) bunlar bu sözlerini, nazariyyelerini, kütub-u fihriyyeyi okuyarak fukahanın sözlerinden iktibâs eylemişlerdir. Belki de değildir, belki de tevarüd kabilindedir. Fakat bana öyle ge-

71 Metinde 'olmadığı' yerine 'olmadığını' yazmaktadır, ancak cümleden çıkan anlam bizim metne aldığımız şekilde yazılmasını gerektirmektedir.

liyor. Birbirine o kadar benziyor. Nitekim bazı Avrupa uleması, siyasyata, idare-i umur-u memlekete dair bazı hadis-i şerifleri tercüme ederek kendi sözleriymiş gibi sarf etmişlerdir. Bunda da böyle olması pek o kadar müsteb'id bir şey değildir.

Hülasa felsefe-i İslamda görüyoruz ki garp felsefesinin iki nokta-i nazarı birleştirilmiş, iki nazariyyeden mürekkep bir felsefe vücuda getirilmiş. Hem ferd, hem de cemiyet ihmal edilmeyip her ikisi de nazar-ı itibara alınmıştır. Cemiyete âid hukuka daha yüksek bir mevki, daha âli bir kutsiyet verilmiştir. Fukaha-yı İslam bu itibar ile hukuku iki kısma ayırırlar:

Hukukullah⁷²
Hukuk-u ibad

Hukukullahtan maksat, ammeye, heyet-i içtimaiyyeye âid olan, muayyen hiçbir ferde ihtisâsı bulunmayan hukuktur. Avrupalıların hukuk-u umumiye dedikleri hukuk gibi hukuk-u ibaddan maksat da muayyen bir şahsa âid ve mahsus olan hukuktur. Hukukullah tabiri bir ıstılahtır. Bu tabiri evvela Hazreti Peygamber ve Hazreti Ömer kulanmıştır. Sonra fukaha bunu beyinlerinde bir ıstilah-i mahsus olmak üzere kullanmışlardır. Bu nevi hukuka hukukullah tesmiyesinin sebebine gelince: Fukaha diyor ki bu tabir, hukuk-u ammenin nezd-i uluhiyette ne büyük bir mevki hürmeti olduğunu göstermek ve şanını tecil etmek ve aynı zamanda o hukuka riayet etmemenin (s. 43) ne büyük muhatara-yı dai olduğunu tefhim eylemek için mustaleh olmuştur. Bundan başka bunun diğer bir sebebi daha var. O da, bir mütegalib zuhur edip de bu hukukun muayyen hiçbir şahsa aidiyeti olmadığını görerek benimsemeye kıyam etmemesidir diyorlar. Bu "hukukullah" tabirinin sebep-i ıstilahını, vech-i tesmiyesini fukaha bu sûretle beyan ettikten sonra derler ki alelumûm hukuk da hukukullahtır. Bunlardan yalnız hukuk-u ammeye hukukullah denip de ferdlere âid olan hukuk-u şahsiyeye hukukullah denmemesi, beyan ettiğimiz vecihle hukuk-u ammenin şanını tecil içindir. Yoksa ferdlere âid olan hukuk da hukukullahtır, Cenabı Hak tarafından ihsan olunmuştur...

Nasıl ki biraz evvel beyan etmiştim. Kuran-ı Kerim alelittlak hukuku Cenab-ı Hakk'ın emaneti olarak tasvir ediyor. Ve [Biz emanetimizi semavata, arza, dağlara, arz ettik... vd.] diyor. Zannetmem ki bunlar zî-şuur mahlûklar mıdır, bunlara emanet nasıl teklif olunabilir? Diye hatırınıza bir sual gelsin...

Bu bir tasvirdir. Belagatin derece-i kusvasına hadd-i icaza, baliğ olan Kuran-ı Kerim'de bu gibi tasvirat pek çoktur. İstiare-yi temsiliye kabilindendir, temsilat-i edebiyedendir. Hukukun kutsiyetini ala, adaletin ne müşkül, ne ağır bir vazife olduğunu beyan için o sûretle tasvir ve temsil olunmuştur.

Hulasa, felsefe-i islamın hak mefhumu hakkındaki sûret-i telakkisini telhisen deriz ki İslamiyet nazarında hak, bir kere mevcuttur, ve insan için fitri ve cibilli bir

72 Metinde 'hukukullah' kelimesi 'hukuk-u ilah' şeklinde yazılmıştır ancak doğrusu bizim yazdığımız şekilde olmalıdır.

zarurettir. Bu da hakk-ı hayattır. Bundan üç hak tevellüt etmiştir: (s. 44)

Hakk-ı ismet (nefsin masuniyeti hakkı)

Hakkı hürriyet

Hakk-ı temellük

Efradın birbirlerine nazaran hakkı olan bu hukuk, aynı zamanda Cenab-ı Hakk'a, Şari'e nazaran vazifedir, vecibedir. Demek ki felsefe-i İslam'a göre ferdlere âid olan bu hukukta iki cihet-i nazar vardır. Biri efrada müteallik cihet-i nazar, diğeri Şari'e âid olan cihet-i nazar. Birinci nazar itibariyle İslamiyette hak vardır, denir ve bu itibar ile fertçilerle birleşir. İkinci nazar itibariyle de bilakis İslamiyette hak yoktur, vazife vardır denir. Bu itibar ile de cemiyetçilerle birleşmiş olur.

Şimdi bu hukukun, bu vezaifin kuvve-i müeyyidesi ne olduğunu araştıralım. Evet bu hukukun, bu vezaifin kuvve-i müeyyidesi nedir? Efradı bu vezaifle mükellef tutan kimdir? Cemiyetçiler ferde, heyet-i içtimaiyyede haiz olduğu mevkiin muktezası olan vazifeyi ifa ile mükelleftir, bu onlar için vecibedir diyorlar. Peki ama, ferdlar, hususiyile hükümet bu vecaibi ifa etmezse ne olacak? Cemiyetçiler, ifa etmemek olamaz, cebren ifa ettirilir diyorlar. Kim cebren ifa ettirecek denildikde de cemiyetçe ifa ettirilir diyorlar. Hangi cemiyetçe? Ortada ferdlardan başka bizatihi mevcut bir cemiyet var mıdır? Şüphe edilemez ki cemiyet denilen heyet-i içtimaiyye namı verilen şey, ferdlarin heyet-i mecmuasından ibarettir. Efrada vazifelerini ifa ettiren ve ettirecek olan cemiyet ise bu cemiyet değildir. Ve olamaz. Çünkü bütün efrat, bu işle meşgul (s.45) olamaz, ve buna imkan da yoktur. Şu halde bu işle meşgul olacak olan, hükümet namı verilen heyettir. Minelkadim bu böyle olduğu gibi bugün de böyledir, bundan sonra da böyle olacaktır. Bunun başka bir tariki yoktur.

İster hükümet denilsin, ister heyet veya meclis denilsin, ne denirse denilsin, efrada vazifelerini cebren ifa ettirmek, onlara mücâzât tertip eylemek salâhiyyetini haiz olmak için o hükümetin, o heyetin her şeyden evvel asıl cemiyeti yani ferdlarin heyet-i mecmuasını temsil etmesi lazım gelir. Şüphe yok ki bu da ancak rey-i amme tarikiyle intihap usûlune müracaatla hasıl olabilir. İş bu noktaya gelince fertçiler aleyhine dermeyan olunan itiraz cemiyetçiler aleyhine dahi dermeyan olunur. Yani bu temsili hukuki bir sûrette vücuda getirmek mümkün olmaz. İşin içine bin türlü firkacılık hileleri girer. Ekseriyet, akalliyet hasıl olur. Haydi yapılacak başka çare yoktur, bu zaruri bir keyfiyettir. Ekser için hükm-i kül vardır. Demekten başka çaremiz yoktur diyelim. Hakikaten de tevessül edilecek başka bir tarik yoktur, bu pek zaruridir. Fakat bu ekseriyetin mukarraratı, icraatı, kanunları meşru olmak için efradın, hükümetin vazifeleri hakkıyla doğru olarak tayin edilmek icap eder. Bunun mizanı nedir? Bir kere ferdin hukuku inkar ediliyor sonra vazife var deniliyor. Cemiyetçiler bu vazife, her ferdin hayat-ı içtimaiyyede haiz olduğu mevkiile taayyün eder diyorlar. Fakat bunu söylemekle mesele halledilmiş olmaz. Onu hüsnî sûretle tatbik etmek lazımdır. (s.46) Halbuki elde o mevkiyi tayin edecek bir ölçü,

adil bir mikyas yoktur. Mesela bir tacir için ticaret bir vazife olunca, o tacir ömrünün nihayetine kadar mı onunla meşgul olacak, bir müddet sonra ticareti terk edecek olursa müsaade edilmeyecek mi? Edecekse haddi; hududu⁷³ ne olacak ve hangi mikyasla tayin edilecek?

Hülasa, kelimeler güzel, tabirler zarif; nazariyye cazip, fakat ruhtan, manevî ve mefkurevi kuvve-i müeyyideden mahrum. Bu gibi fikirler, umumi akide, iman halini iktisap etmedikçe amme nazarında mecburiyül icra olamaz. Fikirlerin tehalifi, nazariyyelerin tehalifini mücib olacak; bu da vecaibin tayininden ihtilâfi istilzam edecektir. Hususiyile bir kere hak inkar edilirse artık zulmün önüne geçmek kabil olamaz ve ihtirasatı galip olan insanlara karşı öyle vazife-i içtimaiyye, tesanüd-i içtimai gibi mustaleh sözlerin hiçbir tesiri olmaz. Onun için ahlakın da, hukukun da hakiki ve samimi kuvve-i müeyyidesi mehafetullahtır. Kalplerde Allah korkusu olmayınca gerek ferdlerin ve gerek hükümetlerin hukuka, vezaife tamamıyla hürmet ve riayet etmesi imkansızdır.

Onun içindir ki (re'sül hikmete mehafetullah) hadis-i şerifi mantûkunca İslam hikmetinin başı mehafetullahtır, Allah korkusudur. İşte İslamiyet bir taraftan hem ferdlerin, hem de cemiyetin hukukunu tanımış, her iki tarafın da hukuk ve vezaifini tayin etmiş, diğer taraftan da bu hukuk ve vezaifi Allah korkusuyla müeyyed kılmıştır. Onun içindir ki şarkın esasat-ı hukukîyyesini, âlem-i İslam'ın sarsılmaz bir akide-i asliyesini teşkil eden bu düsturu hiçbir kuvvet tebdil edemez. Eşkal-i hukukîyye, teferruat (s. 47) başka. Onlar değişebilir. Örflere, adetlere göre ahkâm-ı hukukîyye tebdil ve tayin olunabilir. İslamiyet bunu da kabul etmiştir. Fukaha bu babda iki esas, iki düstur vaz' etmiştir: Adet muhakkemdir, ezmanın tebeddülüyle ahkâmın tebeddülü inkar olunamaz diyolarlar.

Fakat bahis bunda değil, esas itibarıyla hak mefhumunun sûret-i telakkisi hakkındadır. İşte İslam felsefe-i hukuku, bütün hukukun esası olmak üzere bir kere hak mefhumunun vücudunu kabul etmiş, bununla ferdleri mühmel bir halde bırakmamış, cemiyeti de büsbütün ihmal etmeyerek ferdlerin fevkinde tutmuş, onun için mesalih-i umumiye ile mesalih-i hususiye taarruz edince mesalih-i umumiyeyi tercih etmek cihetini iltizam eylemiştir. Sonra da bütün bu hukukun cümlesini, Allah'a karşı birer vazife-i mütehattime olmak üzere tayin etmiştir. Onun için İslamiyette en küçük neferden en büyük hükümdara kadar herkes bu vecaible mükelleftir. Ve İslamiyette adalet en büyük ibadettir, hukuka taarruzda en büyük cinayettir. Ferdin de, cemiyetin de hukuku muhteremdir. Bu hukuka ferd de, hükümet de, heyet-i içtimaiyye de mütekaabilen hürmet ve riayete mecburdur. Onun fevkinde lazım-ül riaye* başka bir kaide, bir umde yoktur. İşte garp feylesoflarının temenni ettikleri hukuk, yani ferdler üzerinde de, devlet ve hükümet üzerinde de siyayanen tatbik edilecek olan hukuk, şarkta, âlemi İslam'da (1300) sene evvel vaz' edilmiştir. İşte bu mesele hakkında söylemek istediğimiz sözler bundan ibarettir. Mevzuun ehemmiyeti ve vüs'atine binaen sözü uzattık. Daha söylenecek bazı sözler varsa da sabrınızı daha ziyade sù-i isti'mâl etmemek için bu kadarla iktifaya mecbur oluyorum.

73 Metinde 'hududu' kelimesinde bulunması gereken 'dal' harfinin yer almıyor olması matbaa hatasıdır.



