

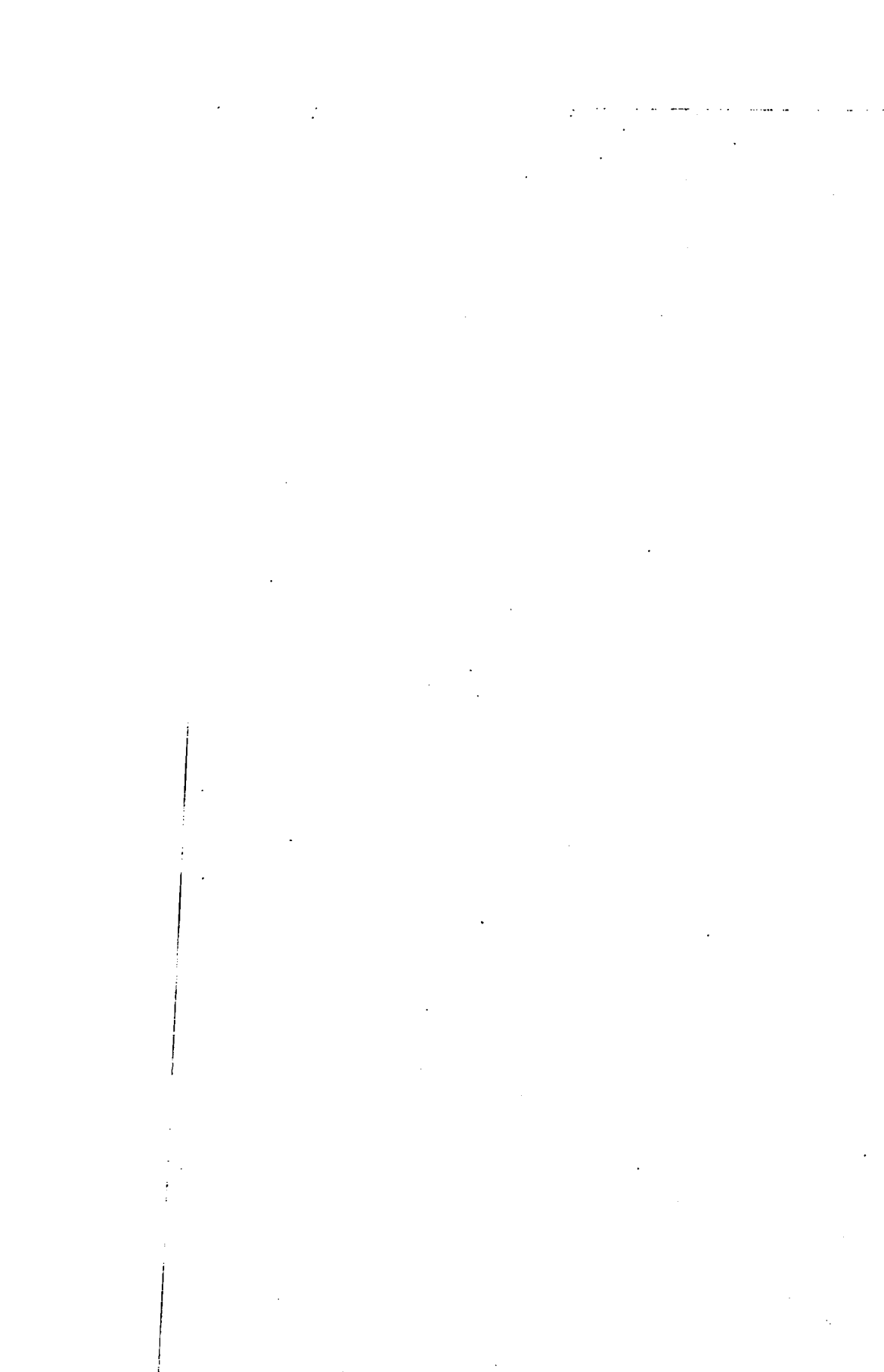


ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: 11 • SAYI: 1-2 • 2007 ISSN: 1306 - 3839

DERGİ
YAYINLIK

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: II SAYI: 1-2 YIL: 2007

**HAZİRAN – 2007
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İsmail KAYAR

SORUMLU MÜDÜR

İzzet DURGUT

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAIL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
--	--

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

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazar-
lara aittir; Fakülteyi bağlamaz.**

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
5. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltilmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süheyl BATUM
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Doç. Dr. Murat DOĞAN
Doç. Dr. Murat ŞEN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN
Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN

EDİTÖRLER

Doç. Dr. Murat DOĞAN Doç. Dr. Murat ŞEN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Yavuz KAPLAN,
Doç. Dr. Murat ŞEN, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ahmet
BAŞÖZEN, Yrd. Doç. Dr. Ayşe BOZTOSUN, Yrd. Doç. Dr. Yusuf BÜYÜKAY,
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN, Yrd. Doç. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Kasım
KARAGÖZ, Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK, Öğr. Gör. Ömer ÇELEN, Öğr.
Gör. Akın ÜNAL, Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ, Arş. Gör. Gündüz Alp
ASLAN, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ, Arş. Gör.
Musa İYİLER, Arş. Gör. Akif KARACA, Arş. Gör. Aslı NANEÇİ, Arş. Gör.
Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Gülden
ŞİŞMAN.

TEŞEKKÜR

DERGİMİZİN C. I, S. 1 ve C. I, S. 2 BASILARINDA HAKEM OLARAK KATKIDA BULUNAN AŞAĞIDA İSİMLERİ YAZILI SAYIN HOCALARIMIZA TEŞEKKÜR EDİYORUZ'...

Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Mehmet BAHTIYAR
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. F. Nur CENTEL
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR
Prof. Dr. Hakan HAKERİ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. Erdal TERCAN
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Doç. Dr. Sururi AKTAŞ
Doç. Dr. Ali Şafak BALI
Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR

Doç. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Doç. Dr. Nihat BULUT
Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN
Doç. Dr. Yavuz KAPLAN
Doç. Dr. Arslan KAYA
Doç. Dr. Mahmut KOCA
Doç. Dr. Tekin MEMİŞ
Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES
Doç. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL
Doç. Dr. İsmet SAYHAN
Doç. Dr. Murat ŞEN
Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Doç. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
Yrd. Doç. Dr. Ayşe BOZTOSUN
Yrd. Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL
Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

Dergide yapılan sıralamalar unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL / Fatih BİRTEK

Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu
Kapalı İşlemler..... 3-41

Yrd. Doç.Dr. Sevtap METİN

Hukuki Otorite Kavramının İki Yönü: Raz ve Finnis..... 43-60

Yrd. Doç. Dr. Aslan TOPAKKAYA

Anlar Arasındaki Eşitsizlik Üzerine Bir Analiz..... 61-70

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ / Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ

Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları 71-87

Öğr. Gör. Mehmet KAHRAMAN

1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi..... 89-102

Mehmet AKÇAKOCA

Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Hekimin Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk..... 103-123

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN

Karar Düzeltme Kanun Yolundaki Parasal Sınırın Uygulanması
Üzerine 127-137

Doç.Dr. Demet ÖZDAMAR /

Arş. Gör. Senem DEĞER/ Mertkan UÇKAN

5555 Sayılı Yeni Vakıflar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme 139-234

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” Tas-
lağı’na Dair Değerlendirme 235-239

Yrd. Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA

Anonim Ortaklıklarda Etkin Denetim..... 241-262

Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Üzerine Bir İnceleme 263-290

Öğr. Gör. Akın ÜNAL

Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma..... 291-311

Okan YILMAZ

İflasın Ertelenmesi Taleplerinde Muhafaza Tedbirleri 313-334

TEZ ÖZETLERİ

Arş Gör. Dr. Yılmaz YURTSEVEN

Osmanlı Devleti’nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri..... 337-400

CONTENTS

PUBLIC LAW

Asst. Prof. Dr. Cengiz GÜL/Fatih BİRTEK

Freedom to Claim Rights and Proceedings Which Jurisdiction
Blocked in Turkish Positive Law 3-41

Asst. Prof. Dr. Sevtap METİN

The Two Points of Legal Authority's Concept..... 43-60

Asst. Prof. Dr. Aslan TOPAKKAYA

An Analysis on Inequality Among People..... 61-70

Asst. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ / Res. Asst. Ahmet Hulusi AKKAŞ

Objective Legal Stipulations for The Crime to be Penalized..... 71-87

Teaching Asst. Mehmet KAHRAMAN

President's Veto Power in The 1982 Constitution 89-102

Mehmet AKÇAKOCA

Doctor's Keeping a Secret Liability and Responsibility Which
Will Result From Doctor's Violation of This Liability, According
to Criminal Law 103-123

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN

An Evaluation on Application of Monetary Limit at Correction of
the Appeal Judgment..... 127-137

Assoc. Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR/

Res. Asst. Senem DEĞER / Mertkan UÇKAN

An Evaluation on The New Foundations Law No. 5555..... 139-234

Asst.Prof.Dr. Ahmet BAŞÖZEN

An Evaluation on Draft Statute Of Mediation at Legal Dispute 235-239

Asst. Prof. Dr. Mustafa İsmail KAYA

Comprehensive Supervision of Stock Corporations 241-262

Teaching Asst. Dr. Şükran EKECİK

An Analysis on Soil Conservation and Land Use Code 263-290

Teaching Asst. Akın ÜNAL

Divorce of the Causa Actual Separation 291-311

Okan YILMAZ

Custody Measures At Adjournment of Bankruptcy Petitions..... 313-334

ABSTRACTS OF THESIS

Res. Asst. Dr. Yılmaz YURTSEVEN

The Basis of Legitimacy of the Political Power in the Ottoman
Empire 337-400

Kamu Hukuku

HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA YARGI YOLU KAPALI İŞLEMLER

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL**

*Fatih BİRTEK***

GİRİŞ

Modern demokratik devlet uygulamasında, devletin faaliyet alanı ve dolayısıyla yetkilerinin alabildiğine genişlemiş olduğuna ve bu yetkilerin önemli bir kısmının da takdiri bir nitelik gösterdiğine tanık olunmaktadır. Günümüz modern demokrasilerinin en belirgin özelliği de işte bu noktada kendini göstermiş ve devlet, geçmiş dönemlerle kıyaslanamayacak ölçekte yükümlülük altına girmiştir. Artık günümüzde hemen her şey devletten beklenmekte, her türlü probleme devletin çözüm bulması istenmektedir. Bu durum karşısında, devletin hukuk çerçevesine alınmasını, hukukla bağlanmasını ve yönetimde keyfiliğin yerine kuralların egemen olmasını gerekli kılan hukuk devleti ilkesi, bir siyasal ideal olarak modern anayasacılığın temellerinden birini oluşturmaktadır.¹

1982 Anayasası'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında, *hukuk devleti* ilkesine de özel bir yer vermektedir. Gerçekten de hukuk devleti ilkesi, bütün modern demokratik rejimlerin temel bir özelliği olarak kabul edilmektedir. Hukuk devleti kavramı hakkında doktrinde farklı tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlardan birisi hukuk devletini; "vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir siyasal ve hukuki yapılanma" biçiminde anlatırken,² bir başka tanım ise bu kavramı, "hukuka dayanarak ve hukuk sayesinde"

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

** Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, 6. Bası (Tıpkı Basım), Ankara, 2004, s. 71. Ayrıca bkz. Mustafa ERDOĞAN, *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yay., Ankara, 2002, s. 17-18.

2 Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2003, s. 113.

de var olan devlet” biçiminde ifade etmektedir. Bu yönüyle hukuk devleti ilkesi, kurallara uymak bakımından devlet ile vatandaş arasında bir eşitlik tesis etmekte ve hukuka uymanın sadece vatandaşlar için değil, devlet için de bir zorunluluk teşkil ettiğine vurgu yapmaktadır. Ayrıca bu ilke, hukukun varlığından ziyade, hukukun devlet içinde egemen olması gerektiği gerçeğine dikkati çekmektedir.³

Anayasa Mahkemesi’ne göre de; “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet hukuk devletidir.”⁴ Yine Anayasa Mahkemesi, devlete hukuk devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esasın yargısal denetim olduğuna dikkati çekmiştir.⁵

Danıştay da Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımına paralel olarak bir kararında, “idari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabındandır”⁶ diyerek hukuk devleti ile yürütmenin yargısal denetimi kavramlarını içselleştirmiştir.

Her ne kadar bizim hukuk sistemimizde hukuk devleti şeklinde tanımlama yapılsa da, Common Law hukuk sisteminde hukuk devleti kavramının karşılığı olarak *rule of law* terimi kullanılmaktadır. Bu terim hukuk devleti anlamından çok, *hukukun devleti*, *hukukun üstün olduğu devlet* anlamını taşımaktadır. Bu nedenle *rule of law* kavramı, hukuk devleti kavramından daha geniş ve daha özgürlükçü bir anlam ifade etmektedir.⁷

Bir devletin hukukun egemen olduğu devlet olarak tanımlanabilmesi için belli bazı nitelikleri haiz olması gerekmektedir. Şüphesiz hukukun egemen

3 ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 113 vd. Hukuk devleti konusunda ampirik bir inceleme çalışması için bkz. Cengiz GÜL / Ferit İZCİ, “*Hukuk Devleti Söylem ve Olgusu Üzerine Sivas İl Merkezinde Yapılan Ampirik Bir Araştırma*”, *EKEV Akademi Dergisi*, Yıl:8, Sayı: 21 (Güz), Erzurum, 2004, s. 300.

4 Anayasa Mahkemesi E. 1976/1, K. 1976/28, k.t. 25.05.1976, *AMKD*, Sayı: 14, s. 189.

5 Anayasa Mahkemesi E. 1976/43, K. 1977/44, Karar Tarihi. 27.01.1977, *AMKD*, Sayı 15, s. 117.

6 DDDGK, Esas 49/320, Karar 50/128, Karar Tarihi: 30.03.1950, *Danıştay Kararları Dergisi*, Sayı: 50-53, s. 118.

7 *Rule of Law* kavramı daha özgürlükçü olmasına karşın, Türk hukukunda ve Türk mevzuatında yaygın olarak *hukuk devleti* kavramı kullanılmaktadır. Ancak bu çalışmanın amacı bakımından özellikle, hukukun egemen olduğu devlet kavramı tercih edilecektir. *Hukukun üstünlüğü* olgusu üzerine analitik bir inceleme denemesi için bkz. Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, İkinci Baskı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 319-326. Hukuk devletinin fikri temellerinin doğal hukuk öğretisine dayandığını irdeleyen bir çalışma için de bkz. Niyazi ÖKTEM, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yay., İstanbul, 1999, s. 71 vd.

olduğu bir devletin varlığından söz edebilmek için, öncelikle devletin ege-menliğe dayalı fonksiyonlarından olan yasama ve özellikle de yürütmenin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması vazgeçilmez bir unsurdur.⁸ Ancak tek başına bu unsurun varlığı, vatandaşların hak ve özgürlükleri açısından yeterli bir güvence teşkil etmemektedir. Devletin hukuk kurallarıyla bağlılığının yanında, devletin hukuka bağlılığının, bağımsız ve tarafsız yargı erki tarafından denetlenmesi de bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir. Bundan hareketle, tüm devlet organlarının işlemlerinin yargısal denetime açık olmasını, hukuk devletinin olmazsa olmaz bir ilke ve kuralı olarak kabul etmek gerekir.⁹

Hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için, “her şeyden önce ya-sama, yürütme ve idare, hatta yargı organlarının görev alanlarının açıkça tanımlanmış olması ve görev sınırlarına bilfiil riayet etmelerinin sağlanması gerekir.”

Her bir devlet erkinin kendi alanında kalmasının sağlanması, ancak kuvvetler ayrılığı sisteminin kabulü ile mümkündür. Fikri temelini Montesquieu’den alan kuvvetler ayrılığı kuramı,¹⁰ devletin organlara ayrıl-masını ve her organa yalnız kendi faaliyet sahasına ait bir iktidar verilmesini istemektedir. Bu suretle her organ, karşısında diğer organı bulacağı için ken-di sınırları içinde kalmaya mecbur olacaktır.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 16. maddesi, “*hakla-rı güvence altına alınmamış, kuvvetlerin ayrılığı belirlenmemiş olan toplum-lar asla anayasaya sahip değildirler*” hükmü ile anayasal devletin olmazsa olmaz şartı olarak, kişi hak ve özgürlükleri bakımından anayasal güvence ve kuvvetler ayrılığı ilkesini kabul etmiştir. Kuvvetlerin ayrılmasının altında yatan ana fikir, ancak birbirinden bağımsız olan ve karşılıklı olarak birbirle-rini denetleyip dengeleyebilen organlar sayesinde iktidarın kötüye kullanıl-

8 Hukuk devletinin gerekleri konusunda ayrıntılı çalışmalar için bkz. Hubert ROTTLEUNTHNER, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti, (HFSA) Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınları, İstanbul, 1996, s. 51. Ömür DELİVELİ, Anayasa Hukuku, Yargı Yayınları, Ankara, 2000, s. 22. Zafer GÖREN, Anayasa Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 1997, s. 132. Ya-vuz ATAR, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2000, s. 68-78. ÖZBUDUN, s. 113 vd.

9 Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 21.

10 Teziç, kuvvetler ayrılığı teorisinin Montesquieu’nun adıyla özdeşleştirilmesine rağmen, bu tezinin Aristo tarafından ileri sürüldüğünü, sonra John Locke tarafından savunuldu-ğunu, bundan sonra Montesquieu tarafından geliştirildiğini belirtmektedir. Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2003, s. 394.

masından vatandaşların korunabileceğidir.¹¹

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin cari olduğu bir devlette, kişi hak ve özgürlüklerine idari organlardan gelmesi muhtemel sınırlamaların önlenmesi, ancak hukukun üstünlüğünün devletin bütün organlarınca, özellikle de yönetsel birimlerce kabulü ve bu organların tüm işlemlerine karşı yargısal denetim yollarının açık olması ile mümkündür. Bu açıklamalar çerçevesinde bu çalışmanın tamamında, hukukun üstünlüğü kavramına öncelik verilerek, AİHS perspektifinden Türk hukukunda yargı yolu kapatılan işlemlere (yasama kısıntılarına) farklı bir açıdan bakılmaya çalışılacaktır. Yasama kısıntılarının değerlendirilmesi hususunda, evrensel hukuk ilkelerinden hareketle, gerek AİHS ve gerekse 1982 Anayasası bağlamında bir tahlil yapılmaya çalışılacaktır.

1. Hak Arama Özgürlüğü

Bireylerin topluluk biçiminde yaşamalarının ve bu kolektif yaşamlarının sonucu olarak belli haklara sahip olmalarının sonuçlarından birisi de, haklarının ihlal edilmesi durumunda bireylere, hukuk düzeninden ihlalin ortadan kaldırılmasını ve bu suretle ortaya çıkan olumsuzlukların giderilmesini isteme hakkını tanıması olmuştur.

Yasama ve yürütme fonksiyonlarının yanında, devletin üçüncü bir işlevi olarak yargı fonksiyonu bulunmaktadır. Yargı işlevinin özü, özel kişiler arasında veya bu kişilerle devlet arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkları nihai olarak çözen kararları vermektir.¹² Lock, toplumu oluşturan bireylerin devlete devrettiği tek hakkın, yargılama hakkı olduğunu ileri sürmektedir.¹³ Bu sebeple devletin en başta gelen fonksiyonlarından biri olarak yargı fonksiyonu öne çıkmaktadır.

Bireylerin hak sahibi olmasının anlamlı hale gelebilmesi, devletin koruma fonksiyonuna ulaşabilmesine ve koruyucu mekanizmaları harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön şartı ve usuli güvencesi olarak anlaşılır.¹⁴

Hak arama hürriyetinin temelinde, hakları ihlal edilen bireylerin, ihlalin önlenmesi ve ihlalin menfi etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili mercilere ve yargı makamlarına başvurabilmesi, bu hakkın ve bu hakkın kullanılabilmesi başvuru mekanizmalarının tanınması amacı yatmaktadır.

¹¹ ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 200.

¹² ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 350.

¹³ İlhan AKIN, *Kamu Hukuku*, İstanbul, 1990, s. 286.

¹⁴ Ali Rıza ÇOBAN, *Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 1995, s. 34.

Bu sebeple hak arama özgürlüğü, devlete pozitif düzenlemelerde bulunma yetkisi veren bir hak olması sebebiyle bağımsız bir hak görünümündedir. Hak arama özgürlüğü, diğer insan haklarının usuli güvencesini oluşturması (araç hak niteliği), hakların korunmasını ve devletten pozitif edimlerde bulunmasının talep edilmesi noktasında *öncül bir haktır*. Şüphesiz hak arama hürriyetinin konusu, diğer insan haklarını korumaktır.¹⁵

Hak arama özgürlüğü, sivil haklar kategorisi içerisinde yer almaktadır. Nitekim anayasamız da hak arama hürriyetini ‘Kişi Hakları ve Ödevleri’ bölümünde düzenlemiştir. Ancak bu durum, hak arama hürriyetinin negatif bir hak olduğu ve devlete yalnızca müdahale etmeme, kaçınma yükümlülüğü yüklediği anlamına gelmemektedir.¹⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin birçok kararında, hak arama özgürlüğü konusunda devletin bazı pozitif edim yükümlülüklerinin bulunduğu açıkça ortaya konulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı, bir taraftan hak aramanın usuli güvencelerini teminat altına alırken aynı zamanda divan kararlarında da belirtildiği gibi, “*mahkemeye ulaşma hakkı*” olarak hak arama özgürlüğünü de kapsamakta ve koruma altına almaktadır.¹⁷

Hak arama özgürlüğü, dar anlamı itibarıyla, pozitif hukuk tarafından tanınan hakların ihlali durumunda bu ihlalin durdurulması ve menfi etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla *yetkili makamlara* müracaatta bulunma hakkını içermektedir. Bu sebeple hak arama özgürlüğü, mutlak olarak mahkemeye müracaat etme hakkının tanınması olarak anlaşılmalıdır. Yeri geldiğinde ihlalin durdurulması ve olumsuz etkilerinin önlenmesi amaçlarını gerçekleştirebilecek olan idari makamlar da hak arama özgürlüğü bağlamında *yetkili bir makam* olarak kabul edilebilecektir. Hak arama özgürlüğü bu özelliği sebebiyle, AİHS’nin 13. maddesinde düzenlenen *etkili başvuru hakkı* ve 6. maddede düzenlenen *adil yargılanma hakkı* ve İHEB’nin 8 ve 10. maddeleri ve MSHUAS 2/3-a ve 14. maddeleri ile yakından ilgilidir.

a. Uluslararası Belgelerde Hak Arama Özgürlüğü

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)’nin 8. madde-

¹⁵ ÇOBAN, s. 36.

¹⁶ ÇOBAN, s.40.

¹⁷ Akdeniz / Türkiye başvurusunda mahkemeye göre; “Sözleşme’nin 13. maddesi, Sözleşme’deki hak ve özgürlüklere riayeti sağlamak için hangi şekil ve surette olursa olsun, ulusal düzeyde bir başvuru yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır.”

si:¹⁸ “Her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde **milli mahkemelere müracaat hakkı vardır**” hükmünü içermektedir. Ayrıca Beyanname’nin 10. maddesi de, “*herkesin, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır*” düzenlemesini getirmiştir.

1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHİUAS)’nin¹⁹ başlangıç kısmında:

“Bu Sözleşmeye taraf devletler, Birleşmiş Milletler Şartı’nda ilan edilmiş olan ilkelere uygun olarak, insanlık ailesinin tüm mensuplarının doğuştan sahip oldukları onurun ve eşit ve devredilmez haklarının tanınmasını dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu göz önünde bulundurarak,

Bu hakların kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığını kabul ederek, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ne uygun olarak, kişisel ve siyasal özgürlüğe ve korku ve yoksulluktan kurtulma özgürlüğüne sahip özgür insan ülküsüne ancak herkesin kişisel ve siyasal haklarının yanı sıra ekonomik, sosyal ve kültürel haklarından da yararlanabileceği koşulların yaratılması ile ulaşılabileceğini kabul ederek,

Birleşmiş Milletler Şartı’na göre devletlerin insan hak ve özgürlüklerine bütün dünyada saygı gösterilmesini ve bunlara uygun davranılmasını teşvik etmek yükümlülüğünü göz önüne alarak, diğer bireylere ve bağlı olduğu topluluğa karşı görevleri olan bireyin, bu Sözleşmede tanınan haklara saygı gösterilmesi ve bunarın geliştirilmesi için çaba gösterme sorumluluğu altında bulunduğunu dikkate alarak, aşağıdaki hükümlerde anlaşmışlardır.” denilmektedir.

Bu sözleşmenin 2. maddesinin 3. bendi:

a. Burada tanınan hak ve özgürlükleri çiğnenen bir kişiye, bu uygulama resmi görevliler tarafından yapılmış olsa bile, **etkin bir yargı yolu olanağı sağlamayı,**

b. Böyle bir yargı yolu isteğinde bulunan bir kişinin yetkili yargı, yönetim ve yasama organlarınca veya devletin yasal sistemine göre yetkili başka

18 Sözleşme metinleri için bkz. Enver BOZKURT, *Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı*, İlaveli 3. Baskı, Ankara, 2003.

19 Türkiye bu sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış ve 4 Haziran 2003 tarihinde Onaylanan “Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi 4868 sayılı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanununun 18 Haziran 2003 günlü 25142 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmasıyla yürürlüğe girmiştir.

makamlarca karara bağlanmak üzere bu hakkını güvence altına almayı ve yargı yolu olanaklarını geliştirmeyi,

c. Bu yoldan bir hak alındığında, bunun yetkili makamlarca yerine getirilmesini sağlamayı üstlenir,

Sözleşmenin 14/1 bendi ise, “herkes bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri ihlal edildiğinde **duruşma hakkına sahiptir**” hükmünü getirmektedir.

Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS)’nin 6/1 bendi, “medeni hak ve yükümlülükleri veya hakkında herhangi bir suçlama karara bağlanırken herkesin yasayla kurulmuş tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde **adil ve açık bir yargılanmaya hakkı vardır**” derken, 13. maddesi ise, “bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlenmiş olsa da, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir” hükmünü barındırmaktadır.

Uluslararası belgelerde yer alan güvenceler bakımından ikili bir ayırım yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu ayırmada, sözleşme hükümleri bakımından devletlerin ihlallerine karşı etkin bir yargı güvencesi (AİHM) ve bu güvenceden faydalanmak için bireysel başvuru sistemini kabul edilen AİHS’nin diğer belgelerden ayrı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.²⁰

Devletler üstü ve devletleri bağlayıcı münhasır bir yargı güvencesi sistemi bulunmadığı ve etkin bir bireysel başvuru mekanizmasına sahip olmadığı gerekçesiyle, İHEB ve MSHİUAS’nin iç hukuk bakımından hiçbir anlam ifade etmediğini söylemek, **07.05.2004 tarihli anayasa değişikliği ile 1982 Anayasa’nın 90/5 maddesinin son cümlesine yeni bir cümle olarak eklenen, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”** hükmü çerçevesinde pek mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, anılan düzenlemelerin evrensel hukuk kaidesi olarak kabulü ve iç hukuk bakımından bağlayıcılığı da söz konusudur.²¹ İHEB ve

20 MSHİUAS’nin 28. maddesi bir insan hakları komitesinin kurulacağını öngörmüştür. Ancak hem komiteye başvuru hakkının sadece devletlere tanınmış olması hem de İnsan Hakları Komitesinin her ülke için düzenlediği yıllık raporların bir yaptırımı olmadığı gerekçesiyle, temel hak ve hürriyetler bakımından sağlanmış bir güvence olarak kabulü mümkün değildir.

21 Enver BOZURT / M. Akif KÜTÜKÇÜ / Yasin POYRAZ, **Devletler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2003, s. 77.

MSHİUAS'nin hak arama özgürlüğünde müracaat edilecek makam olarak hiçbir idari makama yer vermeden, doğrudan doğruya yargı yoluna başvuru düzenlemiş olması dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha güvenceli bir düzenleme olduğu aşikardır.²²

b. İç Hukuk Açısından Hukukun Evrensel İlkeleri - Uluslararası Sözleşmeler

Hukukun üstünlüğünün kabul edildiği bir sistemde "hukukun evrensel ilkelerine saygı gösterilmesi" zorunludur. Bu zorunluluk hem kural koymada hem de kuralları uygulamada gözetilmesi gereken bir gerekliliktir.²³ Hukukun evrensel ilkeleri kavramı, hukuk devletini ve bu ilkenin gereklerini de içine alan daha geniş bir anlam taşımaktadır. Bu sebeple hukukun evrensel ilkelerinin tam bir listesini çıkarmak mümkün değildir. Ancak gerek uluslararası kabuller ve gerekse ulusal yargı mercilerince hukukun temel değerlerinden sayılan ilkeler, hukukun evrensel ilkeleri kavramı ile mütalaa edilmektedir.

Her ülkenin ulusal hukukunda bağlayıcı, emredici kurallar olduğu gibi, devletler hukukunun pozitif kurallarından bazıları da bütün devletler için bağlayıcı üstün bir nitelik taşımaktadır.²⁴ Devletler hukuku alanında *jus cogens* (buyruk kural) adı verilen bu kurallar devletlerin iç hukukuna dahil olmuştur. Türk hukuku bakımından da evrensel hukuk kaidelerinin pozitif bağlayıcılığı söz konusudur.²⁵

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasının, evrensel hukuk ilkelerinden olduğu noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu sebeple bir hukuk devletinin, evrensel hukuk kaideleriyle kendisini bağlı hissetmesi bir zorunluluk halini almıştır.²⁶ Türk Anayasa Mahkemesi de, uluslararası hukukun vazgeçilmez kıldığı temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası

²² AİHS m. 13, "ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına" yer vermektedir.

²³ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 133.

²⁴ BOZURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ, Devletler Hukuku, s. 77.

²⁵ Jus Cogens Kurallarının bağlayıcılığı Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53. maddesi ile koruma altına alınmıştır. Türkiye bu anlaşmayı onaylamamıştır. Ancak bu sözleşmenin hükümleri örf adet hukuku olarak Türk Hukuku'nda da geçerlidir. Anayasa'nın 15,16 ve 92. maddelerinde yer alan *milletlerarası hukuk* deyimini, milletlerarası anlaşmalar ve milletlerarası teamülleri de içine alan geniş bir kavramdır. BOZURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ, Devletler Hukuku, s. 77 (Anlaşma metni için de bkz. Enver BOZURT / M. Akif KÜTÜKÇÜ / Yasin POYRAZ; Devletler Hukuku Mevzuatı, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 543.

²⁶ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 134.

hukukun genel ilkelerinin iç hukuk bakımından da en azından anayasal değerlerde bağlayıcı olduğunu kabul etmektedir.²⁷

Bu açıklamalardan hareketle, kişi hak ve özgürlükleri bakımından AİHS'nin ölçü norm olmakla birlikte, yegane norm olmadığı ve AİHM içtihatlarında belirtildiği üzere, AİHS'nin insan hak ve özgürlükleri noktasında *asgari düzenlemeler içerdiği* göz ardı edilmemelidir. Bu sözleşme iç hukuk bakımından değerlendirildiğinde, evrensel hukuk ilkelerine nazaran AİHS hakkında *daha pozitif ve bağlayıcı* iç hukuk hükümlerinin varlığı aşikardır. AİHS, niteliği itibariyle devletler arası bir sözleşme olması nedeniyle 1982 Anayasa'nın 90. maddesi hükümlerine tabidir. Ancak Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan, *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz"* hükümleri, uluslararası anlaşmaların –dolayısıyla AİHS'nin– normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekirse, pozitif hukukumuzda uluslararası hukukun Türk iç hukukuna üstünlüğünü gösteren genel bir hüküm bulunmamaktadır. Uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olması ve bunlar aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması, onların üstünlüğüne değil de özel nitelikli bir kanun olduğu yönünde yorumlanmasına vurgu yapmaktadır.²⁸ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, 2004 Anayasa değişikliği ile 90/5'e yapılan bir ek hüküm ile, kanun düzeyinde kabul edilen uluslararası anlaşmalara bir istisna getirilmiştir. Bu hüküm de, temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmaların kanunlardan açıkça üstün olduğunu belirtir mahiyette olmayıp, ancak hükümlerin çatışması halinde temel hak özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların esas alınacağına dikkati çekmektedir. Hak özgürlüklere ilişkin olmayan anlaşmalar açısından doğabilecek bir çatışmada ise, hükümlerin özel - genel (lex specialis) ile önceki - sonraki (lex posterior) olup olmadıklarına bakılacaktır. Uygulamada temel hak ve özgürlüklere ilişkin en önemli belge olan AİHS, Anayasa Mahkemesince *bağımsız ölçü norm* olarak değil de *destek ölçü norm* olarak kullanılmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi, A.Y. m. 90'nın anlaşmaları kanun hükmünde kabul etmesi karşısında, aynı hukuki statüde bulunan normlar arasında üstünlük olamayacağından hareketle, anlaşmaları kanunların denetiminde bağımsız

27 Nemci YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku İÜHF Yay, İstanbul 1993, s. 23.*

28 BOZURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ, *Devletler Hukuku, s. 42.*

ölçü norm olarak görmemiştir.²⁹ bütün uluslararası anlaşmalar, normlar hiyerarşisinde anayasa ile kanun arasında *-kanun gücünün üstünde-* bir yerde bulunmaktadır.

c. İç Hukuk Bakımından Hak Arama Özgürlüğü

Kişi hak ve özgürlüklerinin usuli güvencesini oluşturan hak arama özgürlüğü, Türk Anayasasının ilk yazılı anayasası olan 1876 tarihli Kanuni Esasi'den bu yana anayasalarımızda yer almıştır.³⁰ Kanuni Esasi m. 83, *"herkes huzur-ü mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesait-i meşruayı istimal edebilir"* hükmünü içermektedir.³¹

1924 Anayasası da Kanuni Esasi'nin 83. maddesi hükmüne aynen yer vermektedir. 1945'te m. 59, *"herkes mahkeme önünde haklarını korumak için gerekli gördüğü yasal araçları kullanmakta serbesttir"* şeklinde sadeleştirilmiştir. 1961 Anayasası ise, *"herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir"* şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

1982 Anayasası'nın 36. maddesinde, *"herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma³² hakkına sahiptir"* denilmektedir.

1982 Anayasası da öze ilişkin olarak, diğer anayasalarımızda olduğu gibi hak arama özgürlüğünü yargı makamları ile sınırlı tutmaktadır. Bu sebeple anayasal anlamda hak arama kavramı, yargı mercileri önünde hak arama olarak anlaşılmalıdır. Ancak 1982 Anayasası'nın 40. maddesi, AİHS'nin 13. maddesine benzer bir düzenleme içermektedir. 40. madde hükmüne göre; *"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."*

36. madde tüm hak ihlalleri bakımından daha genel bir güvence içermekle birlikte, hak arama hürriyetini sadece yargı mercii olarak sınırlamaktadır.

29 Abdurrahman EREN, *"1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi"*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Erzincan, 2004, s. 75-76.

30 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOBAN, *Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü*, s.44 - 47.

31 Bu hükmü tamamlayan bir diğer hükme de Kanun-i Esasi 84. maddesinde; mahkemelerin, önlerine gelen davalara bakmaktan kaçınmayacağını (ihkak-ı haktan istinkaf edememek) belirtmek suretiyle yer vermektedir.

32 Bu fıkra 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 14. maddesi ile "Savunma" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile adil yargılanma" ibaresi eklenmiştir.

Bunun yanında 40. madde, sadece temel hak ve hürriyetler ile ilgili olarak sınırlı olmak kaydıyla ve 36. maddeye nazaran yargı mercilerinden başka idari makamlar içerdiğinden bahisle, hak arama hürriyeti bakımından 36. maddeye nazaran daha genel ve daha geniş bir güvence içermektedir.³³ 40. madde konuluş düşüncesi bakımından AİHS m. 13.'teki "*milli makamlara müracaat*" başlıklı düzenlemeden esinlenerek hazırlanmıştır.³⁴

1982 Anayasası'nın 74. maddesi "dilekçe hakkı" başlığı ile, yetkili makamlara ve TBMM'ye başvuruyu düzenlemektedir. Bu maddede de yetkili makamlar sayılmamak suretiyle geniş tutulmuş ve genel bir düzenleme halinde düzenlenmiştir. Madde metnine, 2001 anayasa değişikliği ile, "kendileri ile başvurularının sonucu" ibaresine ek olarak, "gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir" amir hükmüne yer verilmektedir. Başvurunun neticesinin, ilgiliye gecikmeksizin bildirilmesi zorunluluğu, hak arama hürriyeti bakımından etkin bir güvence oluşturmaktadır.

Ancak Anayasa'nın 74. maddesinin son fıkrasının yaptığı atfa istinaden çıkarılan 3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 02/01/2003 - 4778 S.K./27. md. İle değişik 7. maddesi, "ilgililere başvurularının neticesinin en geç 30 gün içinde, gerekçeli olarak bildirileceği" hükmünü getirmiştir. Bu sebeple Anayasa'nın 74. maddesinde, hak arama hürriyeti bakımından etkin bir güvence sayılabilecek olan *gecikmeksizin* ibaresi 30 güne kadar (en geç otuz gün içinde) biçimine dönüşerek *güvence mahiyetini korumakla birlikte etkinliğini yitirmiştir*.

2. Hak Arama Özgürlüğünün Görünümleri

Yukarıda da açıklandığı gibi, hak arama özgürlüğü sadece yargı makamlarına müracaatı içeren bir özgürlük değildir. Yeri geldiğinde siyasi ve idari makamlara müracaat da hak arama özgürlüğü bakımından etkin bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Siyasi makamlara başvuru yolu olan "dilekçe hakkı" bir üst başlıkta incelendiğinden, bu başlık altında, AİHM kararları ve içtihatları perspektifinde adil yargılanma hakkının öncülü mahiyetinde olan, "*etkili başvuru hakkı*" ve adil yargılanma hakkının ilk donesi olan "*bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı*" inceleme konusu yapıla-

33 "40. maddede bu düzenleme biçimiyle Türkiye'de ombudsman türü özerk bir otoritenin varlığı izlenimini vermekte ve bu formülasyon biçimiyle biraz havada bir hüküm olduğu" hususunda bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul, 1993, s. 15.

34 Feyyaz GÖLCÜKLÜ / A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, 1994, s. 299.

caktır.³⁵

a. Adil Yargılanma Hakkının Öncülü “Etkili Başvuru Hakkı”

Başvuru hakkı, “hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda güvence altında olabilmesi için, haklarının çiğnendiğini düşündükleri zaman kişilerin; ihlalin tespitini, duruma göre ortadan kaldırılmasını veya tazmin edilmesini sağlamak üzere başvurabilecekleri hukuki ve siyasi yolların açık olması”³⁶ şeklinde tanımlanmaktadır.

Hak aramanın en tabii yolu, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde dayacı olmaktır. Ancak bunun yanında siyasal başvuru (dilekçe hakkı) ve ilgili idare veya bir üst idare nezdinde yapılan idari başvurular da ikincil başvuru türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. İHEB’nin 8. maddesi, “her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde *milli mahkemelere* müracaat hakkı vardır” hükmü ile, etkili başvuru hakkı noktasında bu hakkın mutlaka mahkemeye müracaat şeklinde olması gerekliliğini düzenlemiştir.

AIHS m. 6’da yer alan adil yargılama hakkı; İHEB m. 10 ve Siyasal Haklar Bildirgesi’nin 14. maddesinde formüle edilen ve kısaca “*hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*” olarak tanımlanan ilkenin gelişmiş ve AIHM içtihatları ile de sürekli gelişmekte olan bir kavramdır.³⁷ AIHM’ne göre; “Sözleşme çerçevesindeki demokratik bir toplumda, adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilme hakkı çok önemli bir yer tuttuğundan, 6. maddenin dar yorumlanması bu hükmün amacı ve gayesine uygun olmaz” Görüldüğü gibi AIHM, m. 6’nın geniş olarak yorumlanması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Adil yargılanma hakkı uygulamasında asıl önemli olan da İnceoğlu’nun da belirttiği gibi; “*Sözleşme açısından şorgulanan şey, adil bir karar verilip verilmediği değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığıdır.*”³⁸

Etkili başvuru hakkı konusunda AIHS’nin 13. maddesi ise, “*bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlenmiş olsa da,*

35 AIHS’nin 6. maddesinde sayılan diğer güvenceler, muhakeme usulü, hükmün niteliği, iddia ve savunma hakları, masumiyet karinesine ilişkin olduğundan bu çalışmanın amacı ve sınırlandırılması bakımından inceleme kapsamına alınmamıştır.

36 ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 130.

37 Fethiye ÇETİN, Adil Yargılanma Hakkı http://www.solgazete.net/index.php?option=com_content&task=view&id=155&Itemid=79. Erişim tarihi: 17.09.2007.

38 Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Betaş Yay., İstanbul, 2005, s. 7. Bu konuda ayrıca bkz. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, Adil Yargılanma Hakkı, İletişim Yay., İstanbul, 2000.

ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir" hükmünü getirmektedir. Bu madde hükmü *ulusal bir makam* ibaresini içerdiğinden hak arama hürriyeti için kullanılacak yolun mutlaka yargı yolu şeklinde olması zorunlu değildir.

Etkili başvuru hakkının gerekleri ve kapsamının belirlenmesi hususunda örnek AİHM kararları³⁹ açıklayıcı olacaktır:

Aksoy v. Türkiye Kararında; "sözleşmenin 13. maddesi, sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır."

Airey v. İrlanda Kararında; "sözleşmenin 13. maddesi ile 6(1). fıkrasındaki haklar örtüşmektedir. Sözleşme'nin 13. maddesinin şartları 6(1) fıkrasının şartlarına göre daha hafiftir. 13. maddedeki şartların tümü, 6(1) fıkranın şartları içinde yer almaktadır"⁴⁰

Boyle ve Rice v. Birleşik Krallık Kararında; "sözleşme'nin 13. maddesinin lafızıyla yorumlanan ifade tarzına rağmen, bu maddenin uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin "maddi" bir hükmünün gerçekten ihlal edilmiş olması bir ön şart değildir. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmuş olursa olsun, ulusal düzeyde bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanabilmesi ve böylece bunlara aykırılık bulunduğu iddia edilebilmesi için, bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır.

Klass ve Diğerleri v. Almanya Kararında; "bu hüküm lafızıyla okunduğunda, bir kimsenin ancak bir "ihlal" meydana gelmişse iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahip olduğu sanılır. *Ancak bir kimse ulusal bir makama şikayette bulunmadıkça, bu makam önünde "ihlal" in varlığını ortaya koyamaz. Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir ön şart olamaz.*

Mahkeme'nin görüşüne göre 13. madde, Sözleşme'ye aykırılığı iddia edilen bir tasarruftan kendisinin zarar gördüğünü düşünen bir kişinin, hem iddiaları hakkında karar verilmesini ve hem de mümkünse bir karşılık öden-

39 Osman DOĞRU / Atilla NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Derlemesi, Cilt 1-2-3, İstanbul, 1998. Hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması, hemen bütün özgürlüklerin bir tür besleyici kaynağı olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelecektir. Bu konuda yapılmış özgün bir çalışma için bkz. Kasım KARAGÖZ, *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2004.

40 Aynı yönde bkz. Campbell et Fell / İngiltere, De Jong, Baljet / Hollanda, Brannigon et McBride / İngiltere, Murray / İngiltere, Bouamer / Belçika Kararları.

mesini sağlamak için ulusal bir makam önünde hukuki bir yola başvurma hakkını gerektirmektedir. Böylece 13. madde, *Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini "iddia eden" herkesin, "ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkını güvence altına alacak biçimde yorumlanmalıdır.*

Leander v. İsveç Kararında ise daha sonraki kararlarında içtihat olarak kullandığı kriterleri ortaya koymaktadır. "Sözleşme'nin 13. maddesinin yorumlanması bakımından aşağıdaki genel ilkeler konuyla ilgilidir.

(a) Bir bireyin, Sözleşme'deki haklarından birinin ihlal mağduru olduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, **hem bu iddiası hakkında karar verilmesi ve hem de gerektiği takdirde bir tazminat elde edebilmesi için, ulusal bir makam önünde bir hukuk yoluna sahip olmalıdır.**⁴¹

(b) Sözleşme'nin 13. maddesi, **sözü edilen makamın yargısal bir makam olmasını gerektirmemektedir, ancak bu yargısal bir makam değilse sahip olduğu yetkiler ve sağladığı güvenceler, izlediği usulün etkili olup olmadığına karar verilirken önem taşır. Başka bir deyişle, 13. madde "olumlu sonuç alma" güvencesi değil, fakat gerekli yetkiye sahip bir makama "başvuru olanağına sahip bulunma" teminatı getirmektedir.**⁴²

(c) **Tek bir hukuk yolu, kendi başına Sözleşme'nin 13. maddesindeki şartları bütünüyle yerine getiremeye bile, bir araya gelen iç hukuk yolları bunu gerçekleştirir.**⁴³

(d) Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşmeci devletlerin yasalarının, Sözleşme'ye veya eşdeğerdeki ulusal normlara aykırı oldukları gerekçesiyle ulusal bir makama başvurma hakkını güvence altına almamaktadır.

Mahkeme içtihatlarına göre, şikayete konu olan olayların 13. madde açısından incelenip madde hükmünün olaya uygulanması hususu gerçek ve somut bir ihlalin var olması şartına bağlı değildir. **İhlal iddiasını ulusal bir merci önüne götürme olanağının yokluğu halinde fiili bir ihlalden söz etmek mümkün olmaz.**⁴⁴

AIHS ve AIHM içtihatları ile İHEB'nin 8. maddesi hükmü karşılaştırıl-

41 Aynı yönde bkz. Rubinat / İtalya.

42 Aynı yönde Kararları için bkz. Silver Etautres / İngiltere, Leander / İsveç, Chahal / İngiltere, Klass ve Diğerleri / Almanya.

43 Aynı yönde bkz. Van Drogenbroeck / Belçika.

44 Erhan ÇAKAN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Etkili Başvuru Hakkı, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde13.htm>, Erişim Tarihi: 04.12.2006.

diğında, İHEB'nin başvurulacak makam olarak sadece ulusal mahkemeler öngörmesi kişi hak ve özgürlükleri bakımından daha güvenceli bir düzenlemedir. Oysa AİHS ve AİHM başvurulacak makamın mahkeme olması zorunluluğunu aramamakta, etkili ve güvenceli olmak kaydı ile idari makamların da hak arama özgürlüğü konusunda geçerli sayılacağını kabul etmektedir. Bu noktada gerek AİHS ve gerekse AİHM içtihatları sözleşmeye taraf olan ülkelere belli bir takdir yetkisi tanımaktadır. Sözleşmeye taraf devletler hak arama yolunu kendileri belirlemede münhasır yetkilere sahiptir.

İkinci olarak, ileride görüleceği üzere AİHS m. 13 ve 6/1 bazı alanları (hükümet etme erkini doğrudan kullanan kimselerin yapmış olduğu işlemlere karşı başvuru olanağını kabul etmemekte ve bu işlemlere ilişkin olarak kabul edilemezlik kararı vermektedir) hükümetlerin kendi tasarruflarından sayarak bunları denetim kapsamının dışında tutmaktadır. Oysa İHEB'nin 8. maddesi, "her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı..." hükmü ile milli mahkemelere müracaat edilebilecek işlemler hakkında bir kısıtlamaya gitmemektedir. Bu yönüyle İHEB'nin 8. maddesi, daha liberal ve demokratik bir düzenleme sayılabilir.

Ancak İHEB'nin bir denetim/yargı organı bulunmadığından, 8. madde hükmüne aykırı olan ulusal işlemlerin beyannameye aykırılığını öne sürmek imkanı bulunmamaktadır. Bu yönüyle İHEB kişi hak ve özgürlükleri bakımından daha güvencesiz bir durum ortaya çıkarmakta ve ulusal makamlar tarafından *ancak evrensel hukuk ilkesi olarak kabul edilebilir kurallar* cümlesinden olarak kabul edilmektedir.⁴⁵

Bütün bu açıklamalardan hareketle; AİHS'nin ve İHEB'nin 10. maddeleri ve MSHİUS'nin 14. maddesinde anlamını bulan adil yargılanma hakkının somut ve kullanılabilir bir hak olması için, öncelikle ihlal edildiğini iddia ettiği kişisel hakları bakımından etkili, fiilen sonuç veren bir başvuru hakkının varlığı zorunludur. Hak arama yollarının açık olmadığı, kişilerin ihlal edilen hakları ile ilgili olarak milli mahkemelere başvuru imkanının tanınmadığı bir sistem içerisinde kişilerin adil yargılanma hakkına sahip olduğunun söylenmesi teorik ve ütöpik olmaktan öteye geçemeyecektir.

Hukuken somut bir gerçekliğe veya pozitif bir gerekçeye dayanmadan kamu otoriteleri tarafından tanımlanması güç saikler ile bazı işlemleri yargı denetimi dışına çıkardığı bir sistem içerisinde adil yargılanma hakkının varlığından ve/veya işlerliğinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple-

45 Bkz. dipn. 15 ve dipn. 18. Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası anlaşma hükümlerini Anayasamızın 90. maddesi hükmü gereği öncelikle uygulanması zorunlu olan bir pozitif hukuk normu olarak kabul etmek zorunluluğu vardır.

dir ki İHEB ve evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinden bakıldığında, AİHS, gerek etkili başvuru ve gerekse adil yargılanma hakkı bakımından *asgari bir güvence sistemi* oluşturmaktadır.

AİHS ve AİHM sözleşmeye taraf olan devletlerin hukukun üstünlüğünü kabul ettiği varsayımına⁴⁶ dayanarak sözleşmeye ve divana taraf devletlere takdir hakkı, hareket serbestisi tanımaktadır. Kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğinin denetlenmesi hususunda devletlere takdir yetkisini tanınması, kişi hak ve özgürlükleri açısından tam bir güvence oluşturmaktan yoksundur. Oysa özgürlükler açısından en hayati olan husus, icrai- idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıdır. Çünkü idarenin faaliyetleri ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan doğruya etkileyen sonuçlar sıkça meydana gelebilmektedir. Bu noktada tarihi süreç açısından bakıldığında, özgürlüklere yönelik en ciddi tehditlerin de genellikle yürütme ve idare makamlarından geldiği görülmektedir.⁴⁷

Bütün güvenceleriyle adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi için öncelikle ve titizlikle devletin her türlü idari işlemine karşı mahkemeye müracaat hakkının tanınması, hukuk devleti ve demokratik devlet ilkesinin olmazsa olmaz ilkesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bundan dolayı, etkili başvuru hakkı tanınmadan adil yargılanma hakkının tanınması, kişi özgürlükleri bakımından tam bir güvence oluşturmamaktadır.

b. Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı

Sözleşmenin 6. maddesi, hukuk devleti ve demokratik devlet olmanın zorunlu bir unsuru ve gereği olarak, bireylerin haklarını koruyabilmelerini sağlamak amacıyla adil yargılanma hakkını düzenlemektedir.⁴⁸ Adil yargılanma hakkı, birden fazla ilkeyi beraberinde getiren bir haktır. 6. madde bunları sayma yoluyla belirtmektedir. Ancak bu sayma bir sınırlandırma (*numerus clauses*) şeklinde değildir. 6. madde temel nitelikte bir takım ilkeleri açıkça sayma yoluna gitmiştir. Bu ilkeler de, AİHM tarafından kavramın zorunlu sonuçları olarak belirlenmiştir.

Buna göre adil yargılanma kavramının açık unsurları, davanın kanunla kurulan tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde, makul sürede, açık duruşma-

46 İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin başlangıç bölümü: "Aynı telakkiyi taşıyan ve ideal ve siyasi ananeler, hürriyete saygı ve hukukun üstünlüğü hususlarında müşterek bir mirasa sahip bulunan Avrupa Devletleri..." ifadesini içermektedir. Sözleşme tam metni için bkz. Enver BOZKURT, *Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı*, İlaveli 3. Baskı, Ankara, 2003, s. 324.

47 ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 124.

48 ÇOBAN, s. 50.

da görülmesidir. AİHM tarafından saptanan ilkeler ise; “dava hakkı ya da mahkeme önünde hak arama özgürlüğü”, “ taraflar arasında silahların eşitliği” ve de “yargılamanın vicahiliği” gibi ilkelerdir.⁴⁹

AİHS adil yargılanma hakkını bütün uyumazlıklar için değil, yalnızca “*medeni hak ve yükümlülükler ve ceza davalarına*” ilişkin yargılamalar ile sınırlamıştır. AİHM bu kavramları üye devletlerin içi hukukundan bağımsız olarak, her olayın somut özelliğine göre otonom kavramlar olarak yorumlamaktadır.⁵⁰

Çağdaş hukuk sistemlerinde ihkak-ı hak yasaklandığından, toplum yaşamının sağlıklı olarak işleyebilmesi için bireylerin haklarını güvence altına alacak ve ihlal edilen haklarını icra edilebilir şekilde karara bağlayacak organlara ihtiyaç duyacakları açıktır. Meşru haklarını korumak ve savunmak için mahkemeye başvurma hakkı, adil bir yargılamanın başlayabilmesinin ön şartıdır.⁵¹

Avrupa İnsan Hakları Divanı, 6/1’i yorumlarken “hak arama” ya da “mahkemeye ulaşma hakkı”nı sözleşme hukukunun güvencesi altında görmüştür. Golder/ İngiltere davasında⁵², “*adil yargılamanın olabildiğine ancak bir olayın mahkeme önüne gelmesiyle mümkün olabileceğine, bu nedenle bu güvencelerin ancak yargıç önüne gidebilme ile bir anlam ifade edebileceğine aksi takdirde bir devletin bütün mahkemeleri lağvederek sözleşmenin getirdiği hükmün dışına çıkmasının mümkün olacağına*” karar vermiştir. Dolayısıyla 6/1 hükmünün, mahkeme önünde hak arama hakkını da içerdiğinin kabulü zorunlu bir hal almaktadır.⁵³

AİHM’ne göre de, m. 6 açıkça mahkemeye ulaşma hakkından söz etmemekle birlikte, sözleşmenin başlangıcında yer alan hukukun üstünlüğü prensibi ve hukukun genel prensiplerinden hareketle, mahkemeye ulaşma hakkı, maddede tanınan adil yargılanma hakkına bitişik bir haktır.⁵⁴ Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen ya da hukuken geçici de olsa kapatılması ya da kullanımını imkansız kılar derecede şartlara bağlanıp sınırlan-

49 GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 206.

50 Naz ÇAVUŞOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve A.T. Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBFD, Cilt: 49, Sayı: 12, Haziran 1994, s. 201.

51 Sadullah ÖZEL, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2003, s. 22.

52 Aynı yönde bkz. Hakansson ve Stuerrensun- İsveç ve Zander – İsveç kararları.

53 GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 215.

54 ÇAVUŞOĞLU, s. 27-28.

dırılması, 6. maddenin ihlali anlamına gelecektir.⁵⁵

6/1, “herkes mahkeme tarafından davasının görülmesini istemek hakkına sahiptir” demektir. Bu hak sadece açılmış bulunan davalarla ilgili olmayıp bu kapsamda yer alan hak ve yükümlülüklerle ilgili dava yolunun açık olmasını da kapsamaktadır.⁵⁶ Dolayısıyla, *Devlet sadece mahkeme önünde hak arama hakkını yasal olarak kağıt üzerinde tanımakla kalmayacak bireyin hak aramasını sağlayıcı tedbirler de alacaktır. Mahkeme yolunu haksızca tıkayan gereksiz engellerin kaldıracaktır.*⁵⁷

O halde adil yargılanmayı talep etmek bireyler için bir hak iken, adil yargılama yapmak da devlet için bir yükümlülüktür.⁵⁸ Adil yargılanmayı talep etmek ise, ancak görülmekte olan bir dava için söz konusudur. İhlal karşısında mahkemeye müracaat hakkı tanınmadan kişinin adil yargılanma hakkını tanımak, adil yargılanma hakkını içi boş bir kavram haline getirecektir. Sözleşmeye taraf devletler hukuki veya fiili vasıtalarla mahkemeye erişim hakkını kısıtlamama yükümlülüğü altına girmektedirler.

Sonuç olarak en etkin hak arama yolunun mahkemeler önünde bağımsız ve tarafsız yargıçlar nezdinde hak arama yolu olduğu aşikardır. AİHS'nin mahkemelere müracaat hakkı konusunda, içtihadı bir düzenleme getirmesi sebebiyle hak arama özgürlüğü bakımından asgari düzeyde güvence sağlayan bir norm olduğu karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple Türk hukukunda yargı yolu kapatılan işlemlere AİHS'nin 13 ve 6/1 hükümlerinin paralelinde İHEB, MSHUAS normları⁵⁹ ve bu normların yanında hukuk devleti, hukukun evrensel ilkeleri perspektifi ile bakmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

4. Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapatılan İşlemler

Kişiler arası ihtilaflarda olduğu kadar, bireyle devlet arasında doğabilecek uyuşmazlıklarda da bireyin devlet aleyhine dava açma imkanının tanın-

⁵⁵ ÇOBAN, s. 53.

⁵⁶ Mustafa TAŞKIN, *Adil Yargılanma Hakkı*, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr /aihs/madde6.htm>, Erişim Tarihi: 26.11.2006.

⁵⁷ GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 278.

⁵⁸ Osman ASLAN, *Adil Yargılanma Hakkı*, http://www.yargitay.gov.tr /basin/faaliyetler/diger_faaliyetler/kirikkale_uni.htm, Erişim Tarihi: 26.11.2006.

⁵⁹ Anayasamızın 90. maddesi: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” deyimini ile AİHS'nin de içinde olduğu, İHEB, MSHUAS ve Türkiye'nin taraf olduğu bütün uluslararası sözleşmeleri kastetmektedir. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından AİHS ne kadar bağlayıcı ise (temel hak ve hürriyetler bakımından) Türkiye'nin taraf olduğu diğer sözleşmeler de o kadar bağlayıcıdır.

ması, hukukun üstünlüğü ilkesini tamamlayan bir gerekliliktir.⁶⁰ İnsan hak ve özgürlüklerinin korunmasının en başta gelen teminatı şüphesiz ki yargı güvencesidir. Hiçbir haklar bildirisi, insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerçek anlamda bağımsız bir yargı düzeninden daha etkin değildir.⁶¹ Hukuk devleti bakımından önemli olan nokta, yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenip denetlenememesidir.⁶²

Denetim sistemi ne olursa olsun, eğer yürütmenin bir kısım eylem ve işlemleri, çeşitli yollarla yargı denetimi dışında bırakılabiliyorsa, hukuk devleti ilkesinin zedelenmiş olduğu sonucuna varılabilir.⁶³ 1982 Anayasası'nın "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne rağmen, yine Anayasa'yı yapan asli kurucu iktidar tarafından bir takım yönetsel işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur. İşte bu suretle yasama organınca getirilen kısıntıya *yasama kısıntısı* adı verilmektedir. Yargı yerlerinin getirdikleri kısıntıya ise *hükümet tasarrufu veya yargı kısıntısı* adı verilmektedir.⁶⁴ Bu şekilde yargı denetiminin kapsamı dışına çıkılarak, bir takım idari işlemlere yargı bağımsızlığı tanınmaktadır.

Hükümet tasarrufu ile yasama kısıntısı kavramları sıkça birbirine karıştırılmaktadır. Hükümet tasarrufu deyimi, yürütmenin bütün işlemlerini kapsayan bir tabir değildir. Hükümet tasarrufu deyimi, bir takım *üst siyasi yönetim etkinliklerini* ifade etmede kullanılan bir terimdir. Yargı denetimine getirilen bu tür kısıntılar daha çok hukuk dışı nedenlere (işlemin mahiyeti icabı, siyasi sebep ve düşünce) dayanmaktadır.⁶⁵ Bu sebeple hükümet tasarrufları yargı kararları ile oluşmaktadır. Bu yönü itibarıyla hükümet tasarrufunu hukuksal bir nedene dayandırma imkanı yoktur.⁶⁶ Oysa yasama kısıntıları mutlaka bir hukuk normundan (anayasa veya kanun) kaynaklanan kısıntılardır. 1982 Anayasası da aşağıda sayılan işlemlere karşı yargı yolunu kapatmıştır. Doktrinde, *hukuk devletinin pürüzleri* olarak kabul edilen yasama

60 Feyyaz GÖLCÜKLÜ, 11 Nolu Protokol'den Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı: 22, Ankara, 1999, s. 276.

61 Korhan KÜNGERÜ, Yargı Güvencesi Örneğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2001, s. 6.

62 ÖZBUDUN, s. 115.

63 ÖZBUDUN, s. 115.

64 A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Ankara, 2004, s. 20.

65 GÖZÜBÜYÜK, s. 21.

66 İsmet GİRİTLİ, Hükümet Tasarrufları, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1958, s. 34. Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: 1, İstanbul, 1966, s. 441.

kısıntıları şunlardır:⁶⁷

- Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yaptığı İşlemler,
- Yüksek Askeri Şura Kararları,
- Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları,
- Memurlar Yönelik Uyarma ve Kınama Disiplin Cezaları,
- Silahlı Kuvvetler Mensupları ve Hakim ve Savcılara İlişkin Disiplin İşlemleri,
- Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri.

Bu sayılanların yanı sıra, sıkıyönetim komutanlarının işlemlerine karşı da 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun, Ek m. 3 ile yargı yolu kapatılmıştır. Ancak bu kısıntı, kanundan kaynaklandığı için kanun koyucu tarafından kaldırılabilir.⁶⁸ Bu kısıntının kanundan kaynaklanması sebebiyle bu çalışmanın sınırlandırılması bakımından inceleme alanımız dışında kalmaktadır. Yukarıda sayılan beş tür işleme karşı dava açılmaz. Bu işlemlere karşı açılan davalar ise ön koşullar bakımından reddedilecektir.

a. Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yapacağı İşlemler

Parlamente sistemi cumhurbaşkanı sorumsuzdur. Bu nedenle yaptığı her işlemlerde başbakan ve ilgili bakanın "karşı imzası" bulunur. Dolayısıyla parlamente hükümet sistemlerinde cumhurbaşkanları kural olarak tek başına işlem yapamazlar.⁶⁹ 1982 Anayasası'nın 105. maddesi kural olarak, cumhurbaşkanının işlemlerinin başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanmasını öngörmektedir. Bunun yanında cumhurbaşkanının *tek başına yapabileceği* işlemlerin bazıları karşı imza kuralının istisnası olarak düzenlenmiştir. Ancak büyük bir eksiklik olarak, 1982 Anayasası bu istisnai işlemlerin neler olduğunu tek tek düzenlememiştir.⁷⁰

Doktrinde, cumhurbaşkanının hangi işlemleri karşı imza kuralına tabi olmadan tek başına yapabileceği konusu tartışmalıdır.⁷¹ Bu konuda anayasa-

⁶⁷ Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, 1. Cilt, Ekin Yay., Bursa, 2003, s. 101.

⁶⁸ GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 101.

⁶⁹ Kemal GÖZLER, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Çalışması*, Ekin Yay., Bursa, 2001, s. 235-262.

⁷⁰ Almanya, Fransa ve İspanya gibi ülkelerde de bu tip istisnalar bulunmakta ancak, bu ülke anayasalarında istisnalar tek tek sayılmaktadır. 1982 Anayasası'nın bu sayılan ülke anayasaları nazarında çok uzun olmasına karşın, siyasal iktidarın kullanılması konusunda çok önemli olan bu konuda neden ayrıntılı bir düzenleme içermediği sorusunun cevabı yoktur. Bu sebeple uzun anayasa, teknik anayasa demek değildir. GÖZLER, *İdare Hukuku*, s.205, dph. 33.

⁷¹ Tartışmalar için bkz. GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, s. 515-526.

da yer alan karşı imza kuralına, yine ancak anayasa ile istisna getirilebileceği ve eğer böyle bir istisna yok ise, genel kuralın geçerli olacağını savunan görüş⁷² ile birlikte, bizzat anayasanın cumhurbaşkanına tek başına işlem yapabilme yetkisi tanıdığından hareketle, sorumsuz olmasına rağmen tek başına işlem yapabileceği ve bu işlemlerden dolayı ne cumhurbaşkanı ne de başbakan veya ilgili bakanın sorumlu olacağına dair görüşü zikretmek gerekir.⁷³

Bir görüşe göre de cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemler -idari işlem- sayılamayacağı için, bunların yargı denetimi dışında bırakılmasında hukuk devletiyle çelişir bir yön yoktur. Cumhurbaşkanının yürütme organının başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin ise yargı denetimine tabi olması gerekir. Yine bu görüşe göre, cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceğini, eğer ilgili maddelerde açıklık yoksa, o yetkinin mahiyetinden çıkarmak gerektiğine de vurgu yapılmaktadır.⁷⁴

Bu konuda anılan görüşlerden de faydalanarak ortak bir çözüm yolu bulunması zorunludur. Öncelikle anayasada karşı imza kuralının istisnalarının açıkça sayılmamasının pratikte bir önemi yoktur. Anayasa açıkça istisnaları saymasa da, cumhurbaşkanına verdiği her bir yetkiyi düzenleyen maddede işlemin tek başına mı yoksa karşı imza kuralına uygun olarak mı yapılacağını, düzenlemenin yapılış biçimi itibariyle zımnem düzenlemektedir. Bu noktada hiçbir şüphe yoktur. Ancak cumhurbaşkanının işlemleri arasında ikili bir ayırım yapmak zorunludur. Bu ayırımı cumhurbaşkanının devletin başı olarak yaptığı işlemler ile yürütme organının başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Cumhurbaşkanının devletin başı olarak yaptığı işlemlere karşı yargı yolunun kapatılmasının hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, pek çok demokratik ülkenin anayasasında bu tür yasama kısıntıları bulunmaktadır. Kaldı ki, Türkiye’de cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması halinde etkili bir hukuki denetimin sağlanması mümkün olmayacaktır. Çünkü, anayasa uyarınca mahkemelerin yapacağı denetim hukukilik denetimi ile sınırlıdır. Böyle bir konunun mahkeme önüne gelmesi halinde ise hükümet tasarrufu, devletin yüksek siyaseti, üstün siyasal mülahaza gibi ilkelerden hareketle böyle bir denetimin yerinde-lik denetimine dönüşmesi muhtemel olduğundan mahkemeler bu şekilde açılan bir davayı ön şartlar yönünden reddedecektir. Bu sebeple; hukuk dev-

72 GÖZLER, *İdare Hukuku*, s.206.

73 Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 7. Bası (Aynen Bası), Ankara, 2003, s. 358-359.

74 ÖZBUDUN, s. 116.

leti ve yargı denetimi noktasında önemli olan nokta, cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla yaptığı işlemlerdir. Bu işlemler anayasada sayıldığı şekli ile özü itibariyle, hiçbir mülahazaya yer bırakmayacak şekilde idari işlem kategorisine girmektedir. Anayasanın 125. maddesi “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü karşısında, cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin yargı denetimine alınması anayasal bir zorunluluktur.

Bütün bu açıklamalardan ve anayasal düzenlemelerin ruhu ve lafzından hareketle; Cumhurbaşkanının yasamaya ilişkin işlemlerinin ve yargıya ilişkin yetkilerinin, tarafsız devlet başkanı sıfatıyla tanındığından hareketle, tek başına yapabileceği işlemlerden olduğu noktasında tartışma bulunmamaktadır.⁷⁵ Yine yürütmeye ilişkin olarak, bakanlar kuruluna başkanlık etmek, TSK'nin Başkomutanlığını temsil etmek, MGK'yı toplantıya çağırarak ve MGK'ya başkanlık etmek, gibi törensel ve sembolik nitelik taşıyan, icrai niteliği bulunmayan yetkileri de cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği açıktır. Asıl tartışma konusu olan ve yargı denetimi kapsamı dışına çıkarılmasında hukuk devleti ve demokrasi bakımından çok büyük sakıncaları görülen konular, cumhurbaşkanının yerine getirdiği icrai ve etkin idari işlemlerdir. Bunlar da başlıca şunlardan ibarettir;

- Üniversite Rektörlerini Seçmek (Kurucu Rektörler Hariç),
- YÖK başkanı ve üyelerini seçmek,
- Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve başkanını atamak,
- DDK üyelerine inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak,
- TSK'nin kullanılmasına karar vermek.

Anayasa'daki bu yetkilerin yanı sıra, cumhurbaşkanının tek başına kullanılacağı belirtilen yetkilerin bir kısmının da kanunlarda düzenlendiği görülmektedir. Kural olarak bir işlem, başbakan ve bakanın katılımıyla icra ediliyorsa bu işlemler karşı imza kuralı çerçevesinde yargı denetimine açık tutulmalıdır. Etkin ve icrai bir işlem olup, başbakan veya ilgili bakanın katılımı ile oluşturulmasına rağmen, uygulamada bazı işlemleri 105/2 ve 125/3 bentlerinde düzenlenen yasama kısıntısı (yargı bağıksılığı) zırhına büründürmek amacı ile cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılmaktadır. Özellikle YÖK ve üniversite rektörleri, açıkça idare teşkilatı içinde yer alan ve icrai yetkiler kullanan kişi ve kuruluşlar olduğuna göre, bu atama yetkilerinin başbakan ve ilgili bakanın katılımı ile kullanılması ve karşı imza kuralı suretiyle de olsa bu işlemlere karşı yargı yolunun açık tutulması gerekmektedir.

75 ÖZBUDUN, s. 314.

Sonuç olarak, siyasal açıdan tam sorumsuz bir makamda bulunan cumhurbaşkanının etkin ve icrai nitelikte eylemlerde bulunması halinde dahi bu eylemlerin anayasaya dayanılarak yargı denetimi dışında tutulmasını, hukukun üstünlüğü ve demokratik devlet ilkeleri ile bağdaştırmak mümkün değildir.

b. Yüksek Askeri Şura Kararları

Hukuki niteliği itibariyle gerek işlemin niteliği ve gerekse işlemi yapan organ açısından bakıldığında Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararlarının, tereddüde yer vermeyecek surette idari nitelik taşıdığı açıktır.

926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetler Kanunu'nun 50 ve 94. maddeleri uyarınca çeşitli sebeplerle TSK'nden ilişiği kesilecek personeller hakkında nihai karar verme yetkisi Yüksek Askeri Şura'ya tanınmaktadır. 926 Sayılı Kanun'un 50. maddesi, kadrosuzluk, yetersizlik, **disiplinsizlik**, **ahlaki durum** veya (d) bendindeki suçlardan hükümlülük nedeni ile aşağıda belirtilen esas ve şartlar dahilinde **subaylar hakkında** silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi yapılır. Bu sebeplerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı subay sicil yönetmeliğinde gösterilir. Bu gibi **subaylardan** durumlarının Yüksek Askeri Şura tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığı'nca gerekli görülenlerin silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi, Yüksek Askeri Şura kararı ile yapılır. Aynı hüküm astsubaylar hakkında da tekrar edilmiştir.

Anılan mevzuat hükümlerinde de açıkça görüleceği üzere: TSK'nden subay ve astsubayların ilişiğinin kesilmesi sonucunu doğuracak olan durumlar 50. maddede sayılmaktadır. Bunlardan kadrosuzluk ve yetersizlik kriterleri yerindelik ve hizmet gereği kavramları bakımından askeri hizmetlerin iç işleyişi anlamında objektif kriterler olarak kabul edilebilir ise de, özellikle *disiplinsizlik* ve *ahlaki durum* kavramları subjektif nitelikte kavramlar olması hasebiyle, silahlı kuvvetler personeli bakımından hukuki güvenceden yoksun kavramlardır. Bu sebeple m. 50 hükmü ve YAŞ kararlarına karşı yargı yolunu kapatan A.Y. m. 125/2 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, ilgili personel bakımından hukuki güvenceden yoksun bir durum ortaya çıkmaktadır.

1982 Anayasası'nın hazırlanması aşamasında Danışma Meclisi'nce kabul edilen metinde mevcut olmayan bu istisna, maddeye Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Konsey'in gerekçesine göre: "Yüksek Askeri Şura'nın, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli personelin terfi ve emeklilikleri ile ilgili kararlarının özellik ve önemi dikkate alınarak, bunların idari yargı denetimi dışında kalmasını sağlamak amacı"ndan söz edilmektedir. Bu hüküm, Konsey'in, terfi ve emeklilikler ile ilgili kararların yargı önünde tartışılmasının *askeri disiplini zayıflatabileceği* düşüncesinden doğmakta-

dır.⁷⁶ Bu suretle, yerindelik denetimi yapmaları zaten yasak olan yargı makamlarının, hukukilik bakımından da denetim yapmalarının yolu kapatılmış olmaktadır. Yargı denetiminin askeri disipline zarar vereceğine ilişkin bir anlayışın demokratik ülkelerde bulunabilecek bir anlayış olmadığı kesindir. Yargı denetiminin askeri disiplini bozabileceği öngörüsü, silahlı kuvvetler personelinin mahkemeye müracaat hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğuracak bir gerekçe olmamalıdır. Bu düzenlemenin anayasanın 2. maddesindeki *hukuk devleti* ve 10. maddesindeki *kanun önünde eşitlik* ilkeleri ile bağdaştırılması zordur.

YAŞ kararlarına karşı yargısal ve idari bir makama itiraz yolu öngörülmemiştir. Bu yönü itibariyle etkili ve usuli bir müracaat hakkı dahi öngörülmeyerek ve etkili başvuru hakkı sağlanmamıştır. Kararlar verildiği anda kesin hüküm doğurur niteliktedir. Bu sebeplerle askeri personelin hak arama hürriyetinin kısıtlanması, başta anayasa olmak üzere, iç hukuk normu olarak da kabulü m. 90 gereği zorunlu olan İHEB'in m. 8 ve 10'da yer alan, **mahkemeye müracaat hakkına** ve MSHİUAS'nin 2/3-a bendinde yer alan, **yargı yoluna müracaat hakkına** aykırı bir düzenleme olduğu açıktır.⁷⁷

Ayrıca şunu da belirtmek gerekirse; AİHM, *askeri işlemleri ve disiplin işlemlerini*, doğrudan devlet egemenliğinin kullanıldığı işlemler olarak kabul ettiğinden bunları AİHS kapsamında değerlendirmemekte ve bu yöndeki YAŞ kararlarının Sözleşmeye aykırılık oluşturmadığı yönünde bir içtihat takip etmektedir. AİHM'nin bu yaklaşımı tartışmaya açıktır. Kapsamına aldığı hak ve özgürlükleri koruyup yargısal güvence altına almayı temel misyon edinen ve mevcut hak ve özgürlük bildirimleri içinde en güvenceli mekanizmayı getirmesiyle öne çıkan AİHS'nin yargılama kurumu olarak AİHM'nin bu yaklaşımını adil yargılanma hakkı, eşitlik ve hukuk devletinin evrensel değerleriyle bağdaştırmak bir hayli zor gözükmektedir.

c. Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları

1982 Anayasası Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu (HSYK) yargı bölümü içinde düzenlemekle birlikte, yüksek mahkemeler başlığı altında ele almamıştır (md. 159). HSYK, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Kurulun başkanı Adalet Bakanı

76 ÖZBUDUN, s. 116.

77 Mahkeme ve Komisyona göre medeni hak ve vecibe kavramının dışında (dolayısıyla, 6. madde ve adil yargılanma hakkı kapsamı dışında kalan) kalan uyuşmazlıklar: 1- Siyasi haklar, 2- Devlet memurluğuna girme ve memurluk düzeni, 3- Yabancıların ülkeye kabulü, 4- Vergilendirme, 5- Kişi özgürlüğünün kısıtlanması, 6- Kamu fonlarından yapılan ödemeler.

dır ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir.⁷⁸ Kurul, adli ve idari hakim ve savcıların mesleğe kabul, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, **meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma** işlemlerini yapmaktadır.

1982 Anayasası'nın 159/4 hükmü uyarınca HSYK kararlarına karşı yargı yolu kapatılmıştır. Yine 2461 Sayılı HSYK Kanunu'nun 12. maddesinin son fıkrası uyarınca, **İtirazları İnceleme Kurulu'nca itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idari, ya da kazai mercie başvurulmaz.**

1961 Anayasası'nda ihdas edilen Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı Danıştay'a itiraz edilebilmekte idi. Mevcut anayasamızda yer alan 159/4 hükmünün bir benzeri 1971 yılında 1961 Anayasası m. 144'e değişiklik olarak getirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 27.01.1977 tarih ve E.1976/43, K. 1977/4 sayılı kararı ile bu düzenlemeyi iptal etmiştir. Anılan kararda özetle; "Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı engelleyen dava konusu –bu karar aleyhine başka mercilere başvurulamaz– cümlesi Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden olan insan haklarına bağlı devlet ve hukuk devleti ilkelerini bozmakta olduğundan Anayasa'nın 9. maddesindeki –değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez- yasağının içine girer ve bu nedenle anayasaya aykırıdır" demek suretiyle anayasa değişikliğinin iptaline karar vermiştir.⁷⁹

Fransa'da Yüksek Hakimlik Şurası'nın kararlarına karşı Devlet Şurası'na (Danıştay) başvurulabilmektedir. Aksi halde hakimlik teminatı zayıflamış olurdu.⁸⁰ İtalya'da 1948 tarihli İtalyan Cumhuriyeti Anayasası, Yüksek Hakimler Kurulu'nu öngörmüştür. Kurul kendi kendini yönettiği gibi ayrı bir bütçeye de sahiptir. Kurul kararları idari işlem olarak kabul edilmiş ve yargısal denetime tabi oldukları ilgili yasada öngörülmüştür. Kurulun disiplin işlemlerine ilişkin dairesinin verdiği kararlara karşı da Yüksek Temyiz Mahkemesi Daireler Kurulu önünde itiraz imkanı sağlanmıştır.⁸¹ 1982 Anayasası'na göre ise hiçbir şekilde yargı yoluna başvurulamamaktadır. Sadece 2461 Sayılı Kanun uyarınca, karar aleyhine İtirazları İnceleme Kurulu'na müracaat edilebilmektedir. Kaldı ki bu kurul da, asil üyelere yedek üyelerin eklen-

78 Üyelerin seçim sistemleri ve sakıncaları hakkında bkz. ÖZBUDUN, a.g.e., s. 361.

79 AMKD, Sayı 15, s. 106.

80 ÖZBUDUN, s. 363.

81 Ramazan ÇAĞLAYAN, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları*, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 38.

mesiyle oluşan bir kurul olduğundan, bu yolun da etkili bir başvuru veya hak arama yolu olduğu tartışılabilir.⁸²

Bütün bu açıklamalardan hareketle HSYK, üyelerinin çoğunluğu hakimlerden oluşsa da, gördüğü fonksiyonun niteliği itibariyle (gerek organik ve gerekse maddi kriter bakımından) idari bir organdır. Dolayısıyla hukuk devletin bir gereği olarak Kurul işlemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması gerekmektedir.⁸³

Mevcut haliyle Kurul kararlarına karşı öngörülen itiraz yolu etkin bir hukuki başvuru niteliği taşıyamaması ve de yargı yolunun Anayasa 159/4 ve 2461 sayılı Kanun tarafından kapatılması nedeniyle ilgili düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır. Bu itibarla, hakimler ve savcılar bakımından hukuki güvenceden yoksun bir durum ortaya çıkmakta ve bu durum hakimlik teminatını içi boş bir kavram haline getirmektedir.

Anayasa m. 125 idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açarken, idari organ niteliği ve verdiği kararların idari niteliği tartışılması olan HSYK'nun eylemlerinin bu denetimden istisna tutulması yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı kavramlarının içini boşaltmaktadır. Anayasa bir yandan hakim ve savcılarını alelade memurlardan ayrı tutarak onlara birtakım teminatlar sağlamış, diğer yandan da kendilerine verilen disiplin cezalarına karşı mahkemeye müracaat hakları bulunan alelade memurlardan daha güvencesiz bir hale getirmiştir. Kurul kararlarına karşı, Danıştay'da⁸⁴ yargı yolu açılmalı ve hakim ve savcılarının disiplin ve özlük işlemleri ile ilgili olarak İtalya'da bulunan sisteme benzer bir şekilde Danıştay'da itiraz imkanı tanınmalıdır.

d. Devlet Memurları Hakkındaki Uyarma ve Kınama Cezaları

Anayasa'nın 129/3 bendinde, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı belirtilmiştir. 657 Sayılı Kanun'un 135. maddesinde, "disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği", 136/3 bendinde ise, "itiraz edilmeyen karar-

82 Daha geniş açıklama için bkz. Erdinç TOKLU, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2001, s. 44- 50.

83 ÖZBUDUN, s.363. ÇAĞLAYAN, s. 38. GÖZÜBÜYÜK, s. 28-29.

84 HSYK üyesi Danıştay üyelerinin katılmadığı Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu.

lar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olup, bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı” hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa’nın 90. maddesindeki yetkiye dayanarak, kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Anayasa’nın 90. maddesi nazara alındığında uluslararası sözleşmelerde yer alan mahkemeye müracaat hakkı, dava hakkı, hak arama hürriyeti gibi hükümler ile Anayasa’nın yargı yolunu kapayan hükümleri çatışmaktadır. Bu sebeple Anayasa m. 90’nın amir hükmüne göre uluslararası sözleşmeler öncelikli kanun hükmü şeklinde uygulanacaktır. Ancak ortaya çıkan bu son durumda anayasanın 38, 40 ve 125. maddeleri ile 159/4, 105/2 ve 125/2. maddeleri arasında bir çatışma olduğu aşikârdır.

Anayasa’nın 36. maddesine göre, “herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliği ile iddia ve savunma hakkına sahip olduğu” belirtilmiştir. Bu sebeple idari işlem niteliği tartışma konusu dahi yapılamayacak olan uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapatılması, A.Y. m. 125 hükmüne aykırı bir düzenleme olmaktadır. Bu sebeple uyarma ve kınama cezalarının İHEB ve MSHİUAS hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

AİHM, memurlara ilişkin disiplin işlemlerinin sözleşme kapsamında olmadığını içtihat haline getirmiştir. AİHM, doğrudan devlet hakimiyetinin kullanıldığı alanlar olarak idari davalar, askeri yargıya ilişkin davalar, anayasa yargısı, memur ve sair kamu görevlilerinin disiplin işlemlerini adil yargılanma kapsamında değerlendirmemektedir.⁸⁵ Bu yönü itibarıyla AİHM, disiplin hukukunda meydana gelen hak ihlalleri bakımından asgari bir güvence sistemi oluşturmaktadır⁸⁶. Ancak A.Y. m. 90 kapsamında değerlendirildiğinde disiplin hukukuna ilişkin ihlaller bakımından İHEB ve MSHİUAS hükümleri uygulanma alana bulacaktır.

Uyarma ve kınama cezaları bakımından: İHEB’in 8. maddesi, “her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde *milli mahkemelere müracaat* hakkı vardır” hükmü ile, MSHİUAS’nın 2. maddesinin 3. bendi;

a. Burada tanınan hak ve özgürlükleri çiğnenen bir kişiye, bu uygulama resmi görevliler tarafından yapılmış olsa bile, *etkin bir yargı yolu olanağı* sağlamayı,

⁸⁵ ÇOBAN, s. 52.

⁸⁶ AİHM devletlerin iç hukukuna müdahale etmemek kaygısı ile böyle bir içtihatla bulunmuş olmasına rağmen, bu içtihadı kişi hak ve özgürlükleri bakımından güvence oluşturmamaktadır. Kaldı ki, bir belediyenin temizlik işlerinde çalışan personeline verdiği disiplin cezasında ne gibi bir devlet hakimiyetinin doğrudan kullanıldığı veya devletin hangi hükümlerle ilgili olduğunu doğrudan kullanıldığının izahı güçtür.

b. Böyle bir yargı yolu isteğinde bulunan bir kişinin yetkili yargı, yönetim ve yasama organlarınca veya devletin yasal sistemine göre yetkili başka makamlarca karara bağlanmak üzere bu hakkını güvence altına almayı ve yargı yolu imkanlarını geliştirmeyi taahhüt ettiği” hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

MSHİUAS'nin 14. maddesi ise, “herkes bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri ihlal edildiğinde ...*duruşma hakkına sahiptir.*” Bu hükümler göz önüne alındığında, gerek İHEB ve gerekse MSHİUAS, hak arama hürriyeti biçim olarak mutlak surette yargı yolu öngörmekte ve yargıya müracaat edilebilecek hak ihlalleri bakımından bir ayırım yapmamaktadır. Bu itibarla 1982 A.Y. m. 36, 40, 125 ve gerekse İHEB m. 8 ve MSHİUAS m. 14 ve 2/3-a'nın A.Y.'nin 90. maddesi kapsamında değerlendirilmesi sonucunda, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun açılması, hak arama hürriyetinin gerçekleştirilmesi ve kişi hak ve özgürlükleri bakımından etkin bir güvence oluşturması bakımından zorunlu bir düzenleme ihtiyacına dikkati çekmektedir.

Kaldı ki, böyle bir düzenleme olmasa dahi, Danıştay'ın ve idare mahkemeleri bu sayılan uluslararası hükümleri Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde değerlendirerek, uyarma ve kınama disiplin cezaları hakkında da yargı denetimi yapmaya kendilerini yetkili gördüklerine ilişkin kararlar vermeye başlamışlardır. Bu kararlardan birinde özetle; “uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk kuralları yerine, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye başvurma hakkı ilkeleri doğrultusunda dava açılması gerektiğini kurala bağlayan BM, MSHİUAS'nin 14. maddesinin uyuşmazlıkta esas alınması suretiyle davacıya 657 sayılı DMK m. 125/B-a uyarınca verilen “*kınama*” cezasına karşı dava açılabileceği kanaatiyle davanın esas yönünden çözümlenmesi yapılacaktır” denilmektedir.⁸⁷

Uyarma ve kınama cezaları bakımından anayasa değişikliğine gerek olmadan, A.Y. m. 90'nın lafzı ve ruhu ile birlikte uluslararası sözleşme hükümlerinin hukuk devleti anlayışı ile yorumlanması neticesinde dahi, bu disiplin işlemleri hakkında yargı yolu açılacaktır. Ancak bu durumda, A.Y. m. 129/3 hükmü uygulanmaktan sarfı nazar edileceğinden, bu alanda bir anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulmaktadır.

⁸⁷ Danıştay 12. Dairesi'nin 18.10.2005 gün ve E: 2004/ 4584, K: 2005/3520 kararı ve Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin Esas: 2003/1796, Karar: 2004/1212 kararı, (Kararlar için bkz. www.memurlar.net/ mahkeme kararları linki. Erişim Tarihi: 20.12.2006)

e. Silahlı Kuvvetler Mensupları İle Hakim - Savcılara Dair Disiplin İşlemleri

Anayasa m. 129/4'te silahlı kuvvetler mensupları ve Hakim ve Savcılar hakkındaki disiplin işlemlerinin yargı denetimi kapsamında olmadığı açıkça düzenlenmektedir. Hakim ve savcılar hakkındaki disiplin işlemleri ile ilgili olarak yukarıda A.Y. m. 159/4 bendi ile ilgili konuda açıklama yapıldığından, burada sadece silahlı kuvvetler mensupları hakkında disiplin işlemleri inceleme konusu yapılacaktır.

Disiplin Mahkemeleri, A.Y. m. 145 hükmüne dayanarak 16.06.1964 gün ve 477 sayılı 'Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun' ile kurulmuştur. Disiplin mahkemelerinin kuruluşunun AIHS'ne uygun olup olmadığının incelenmesinden önce, bu mahkemelerin adil yargılanma hakkı kapsamında bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. *Bağımsız mahkeme*, hiçbir organdan emir ve talimat almayan, devletin diğer organları, taraflar ya da kamuoyunun etkisinden uzak olarak yalnızca hukuka bağlı olarak karar veren mahkemedir. Divan mahkemelerin bağımsızlığı konusunda karar verirken, üyelerin atanma ve görevden alınma usulü, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın olup olmaması, üyelerin her türlü dış etkiden korunması için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı gibi konuları göz önünde tutarak mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmaktadır.⁸⁸

Mahkemenin tarafsızlığından ise, mahkemenin ya da mahkeme üyelerinin davanın çözümünü etkileyecek her hangi bir önyargıya, taraflardan birinin leh ya da aleyhine duyguya ya da çıkara sahip olmaması anlaşılır. Divan, tarafsızlığı, mahkeme üyesi yargıçın tarafsızlığı (sübjektif tarafsızlık) ve mahkemenin tarafsızlığı (objektif tarafsızlık) olarak ikiye ayırmaktadır. Tarafsızlık tartışmalarında, somut olayda tarafsız davranıp davranılmadığı gözetilmektedir.⁸⁹

477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun' un 2. maddesine göre, "disiplin mahkemesi, biri başkan ikisi üye olmak üzere **üç subaydan** kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelerden biri astsubaylardan seçilir." 3. maddeye göre ise, "başkan ve üyeler ile yedekleri, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan **komutan veya askeri kurum amiri tarafından** bu mahke-

⁸⁸ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama*, AÜSBFD, Cilt: 49, No: 12, Ocak Haziran 1994, s. 211.

⁸⁹ GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 221.

menin yetkisine giren subay ve astsubaylar arasından, kıtaya veya askeri kuruma katılış sırasına göre değiştirilmemek üzere bir yıl için seçilir.” Anılan maddelere bakıldığında disiplin mahkemelerinde hakim sınıfından üye bulunmamaktadır. Mahkemenin nezdinde kurulduğu komutanın birliğinde görevli bulunan subay ve astsubaylar bu mahkemede üye olarak çalışmaktadır. Bu üyeler asli görevlerine de devam etmektedirler. Bu üyeler kendi asıl görevlerinde birlik komutanına tamamen bağlıdırlar. Bu sebeplerle disiplin mahkemesi üyelerinin, birlik komutanının etkisi altında kalmaları ihtimalinin hayli yüksek olduğuna dikkati çekmek gerekir..

Bu mahkemeler bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından en küçük bir teminattan dahi yoksundurlar. Bir kere, disiplin mahkemesi üyeleri birlik komutanı tarafından atanırlar ve görev süreleri bir yıldır. İkinci olarak, disiplin hazırlık soruşturması birlik komutanının emriyle başlar. Üçüncü olarak, hazırlık soruşturması sonucunda dava açılıp açılmamasına kara vermek yine birlik komutanına aittir. Dördüncü olarak, disiplin mahkemesi birlik komutanının emriyle toplanır. Beşinci olarak, disiplin mahkemeleri ve disiplin subayları silsile yoluyla nezdinde kuruldukları komutanların gözetimine ve MSB'nin teftişine bağlıdır. Her ne kadar, bu gözetim ve teftiş yetkisine dayanılarak yargı işlerine karışılmazsa da komutanın gözetimine ve bakanlığın teftişine tabi bir mahkemenin bağımsız olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Ayrıca, gerek mahkeme üyelerinin gerekse disiplin subayının hiyerarşik sicil amiri, bu mahkemede dava açılmasına karar veren, dolayısıyla sanığın cezalandırılmasını isteyen birlik komutanıdır.⁹⁰

Adil yargılamanın tarafsız bir mahkeme tarafından yapılması gerekmektedir. Ancak açıklanan sebeplerle, disiplin mahkemelerinin bırakın bağımsızlığını, tarafsızlığından bile söz etmek mümkün değildir. Bağımsızlıkları bu derece şüpheli olan bu kurumların tarafsızlığından söz etmek mümkün değildir.⁹¹ Disiplin mahkemeleri, her ne kadar Anayasa'nın *yargı* başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer alan 145. maddesinde düzenlenmiş ise de, başkan ve üyeleri, devletin organik yapısı içinde yürütme organı ve onun doğal uzantısı olan idare teşkilatı içinde yer almaktadır.

Batı tipi demokrasilerle yönetilen ülkelerde devletin yargısal işlevi, hâkimlik ve savcılık mesleklerine mensup kamu görevlileri tarafından yapılır. Kural olarak ülkemizde de böyledir. Fakat bu kurala aykırı olarak disiplin mahkemelerinin üyeleri, hâkimlik mesleğinden olmayan, başka bir deyişle

90 Kemal GÖZLER, *Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu*, <http://www20.uludag.edu.tr/~gozler/askeri.html>. Erişim Tarihi: 20.11.2006.

91 TOKLU, s. 61.

askeri hakim sınıfından olmayan subaylardan olabilmektedir. Bu durumdaki bir kuruluşu Anayasa'da mahkeme adı verilmesine bakarak öteki mahkemelerle bir tutmaya yer yoktur.⁹² AİHS'nin 6/1 maddesinde kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme tanımına yer verilmiş ise de, mahkemeden maksat, sadece yargı erki içinde yer almaları değildir. Düzenli mahkemelerden başka, cezaevi disiplin komisyonları, meslek disiplin kurulları, arazi satımı onay komisyonları, hakem heyetleri gibi bir çok organ da kanunla kurulmuş ve mahkeme sayılmıştır.⁹³

AİHM, *Engels ve Diğerleri Kararı*'nda; "bu madde çerçevesinde askeri disiplin cezaları ile ilgili olarak verilen Engels- Hollanda ve diğerleri kararında disiplin amirlerince verilen göz ve oda hapsi cezalarının kapsama girmediği, ancak ağır oda hapsi cezasının özgürlüğü kısıtladığına ve maddeyi ihlal ettiğine, zirâ bunun "silahlı kuvvetlerin bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar" dan olduğuna karar verilmiştir. Türkiye aleyhine bir başvuruda, (A.D v. Türkiye) AİHM, Türkiye'nin taraf olduğu yeni bir kararında, bir astsubaya disiplin amiri yarbay tarafından emre itaatsizlikten dolayı Askeri Ceza Kanunu m. 171'e göre verilen 21 gün oda hapsi cezasının maddenin 1/a bendini ihlal ettiğine karar vermiş ve Türkiye'yi 2000 Euro tazminat ödemeye mahkum etmiştir.⁹⁴ Somut olayda, davacının cezanın iptali için yaptığı başvuru, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından AYİM Kanunu'nun 21. maddesine göre yargı denetimi yapılamayacağından 26.04.1995 tarihli kararla, kararın düzeltilmesi talebi de 04.10.1995 tarihinde reddedilmiştir. Davacının cezası disiplin cezaevinde infaz edilmiştir.

Bu kararda, Engels vd. kararına da yollama yapılarak, kişi özgürlüğünü kısıtlayan kararların bağımsız mahkemelerce verilmesinin gerektiği belirtilmektedir. Mahkeme, bir sivil verildiğinde özgürlüğün kısıtlanması olarak değerlendirilebilecek olan bir disiplin cezasının veya tedbirinin, bir subaya verildiğinde aynı niteliğe sahip olmayacağı, ancak silahlı kuvvetler bünye-

92 AYİM, 477 sayılı Yasa'nın 2 ve 17. maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilerek itiraz yoluna başvurulduğu bir denetiminde, bu maddelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğu (13'e karşı 6) ile karar vermiştir. Bu görüşün sahibi AYİM üyesi Hulusi ÖZBAKAN, Disiplin Mahkemelerinin 1961 Anayasa'nın 151. maddesi kapsamında sayılan mahkeme kavramına girmediği gerekçesiyle karşı oy veren 6 üyenin içindedir. (AYİM E. 1970/6, K. 1970/29, Karar Tarihi. 4-6-1970. AYMKD, s. 8. s. 301) Nakleden: Ramazan YILDIRIM, *Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış*, AYİM Dergisi, No: 14, s. 20.

93 Şeref ÜNAL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Yayını, Ankara, 2001.s.168-169.

94 A.D v. Türkiye: AİHM 3. Daire, Karar Tarihi: 22.12.2005.

sindeki yaşamın normal şartları dışındaki bir kısıtlamanın hariç tutulduğunu, ayrıca maddenin devletin iç hukukunca ceza veya disiplinle ilişkili olarak nitelendirilen özgürlük kısıtlayıcı her tür mahkumiyet kararı için uygulanacağı vurgulandıktan sonra, cezayı veren komutanın bağımsız olarak hareket edemeyeceği üst makamlardan kaynaklanan askeri hiyerarşi çerçevesinde yetkisini kullanması ve bu prosedüre 5/1-a maddesinde öngörülen şekilde yargılama güvencesi sağlanmaması sebepleriyle “**kısıtlamanın yetkili bir mahkemece verilen mahkumiyet kararına uygun bir tutuklama niteliğini haiz olmadığı**” şeklinde gerekçelendirmiştir.⁹⁵

Sonuç olarak; AIHM'nin A.D Kararı'nda belirtildiği üzere; “oda hapsi-ne⁹⁶ sanığın askeri amiri karar vermektedir. Söz konusu askeri amir bu yetkisini, kendisinden daha yüksek makamların da dahil olduğu bir askeri hiyerarşi içinde kullanmakta ve kendisi bu makamlardan bağımsız olarak hareket edememektedir. Bu sebeple Disiplin Mahkemesi'nin kararı ve yaptırımını *yetkili mahkemenin mahkumiyet kararı (Sözleşme m. 5/1-a)*” bağlamında, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden sadır olmamaktadır.

Her ne kadar Anayasa'da yargı bölümünde sayılsa da, anayasa hükümleri incelendiğinde Disiplin Mahkemeleri'nin hakimlik mesleği mensuplarından olmayan subay ve astsubaylardan oluşacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple Disiplin Mahkemelerinin dayanağı A.Y. m. 145 olsa da, 477 sayılı Kanun'un düzenleniş biçimi ile Disiplin Mahkemeleri, Anayasa'nın 2, 36, 125. maddelerine ve AIHS'nin 5/1-a, 6/1 hükümlerine ve İHEB m .8, MSHİUAS m. 2/3-a ile 14. maddede düzenlenen; hak arama hürriyeti, mahkemeye müracaat, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede adil yargılanma hakkına aykırı bir düzenleme mahiyetini taşımaktadır.

f. Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnameleri

Olağanüstü hallerde çıkarılan KHK'lerin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağına ilişkin A.Y. m. 148 kuralı, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulabilmesi gereğini içeren hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca Anaya-

95 Engels vd. kararına esas uyumsuzlukta hapis cezalarının mahkemeye başvuru sonucu yargı denetiminin yapıldığını ve bu merci tarafından cezanın hukuka uygun bulunduğunu, A.D hakkında verilen oda hapsi kararının ise Disiplin Mahkemesi tarafından verildiği noktada yargı denetimi yapılmadan verildiğinin ayırt edilmesi gerekmektedir.

96 As. C.K m. 165'e göre: Subaylar, Astsubaylar, MSB ve TSK'de görevli devlet memurları, uzman jandarmalar ve uzman erbaşlar hakkında: 1- Uyarı, 2- Aylık Kesilmesi (1/8, 1/30), 3- Göz Hapsi (Dört Haftaya Kadar), 4- Oda Hapsi (Dört Haftaya Kadar) cezalar öngörülmektedir. AIHM'ne göre, oda hapsi; “*silahlı kuvvetlerin bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar*”dandır. Bu sebeple askerlik mesleğinin gerektirdiği disiplin tedbirlerinin dışına çıkmaktadır.

sa'nın, m. 15'te yer alan güvencelere rağmen, olağanüstü KHK'ler bakımından A.Y. m. 148'de denetim yasağı öngörülmesi Anayasa'nın kendi içinde çatışan normları barındırdığı şeklinde de yorumlanabilir. Bu tür KHK'ler için iç hukukumuzda yargı yolu kapalı olmakla birlikte, TBMM'nce icra edilecek olan bir siyasal denetim mekanizması ise A.Y. m.121 ve 122'de öngörülmüştür. Bu kararnamelerin AİHS Kurumları tarafından denetlenebildiklerini de ayrıca ifade etmek gerekir.⁹⁷ Ancak son yıllarda Anayasa Mahkemesi, biraz zorlama yorumla da olsa, olağanüstü KHK'lerini, aşağıda da belirtilen, kendisinin tayin ettiği kriterler açısından bir eksiklik taşıdığını düşündüğü durumlarda denetim altına almayı yetkisi kapsamında görerek gerekli kararları verebilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü KHK'lerin yargısal denetimi sorunu bağlamındaki ilk içtihadını, 1991 yılında verdiği (1991/1⁹⁸ ve 1991/20⁹⁹ sayılı) iki kararında ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi bu kararlarında özetle: Bir KHK'nin denetim yasağı kapsamında görülebilmesi için, bu KHK'nin A.Y.m. 121 ve 122'de belirtilen yöntemle gör çıkarılmasının yanı sıra, içerdiği düzenlemelerin de olağanüstü hal ilan edilen "yer"de ve olağanüstü halin geçerli olduğu "süre"de uygulanabilecek nitelikte olması ve getirilen düzenlemelerin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konulardaki somut tedbirleri içermesi gerekir. Aksi halde, ilgili tasarrufun bir olağanüstü KHK olarak benimsenmesi söz konusu olamaz ve böylece bu kararnamelerin anayasaya uygunluklarının denetimi yolu açılmış olur.¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi bu iki iptal davasına ilaveten iki itiraz başvurusunu da 1992/36¹⁰¹ ve 2003/42¹⁰² sayılı kararlarıyla yetkisi kapsamında görerek incelemiştir. Böylelikle anayasal yasak olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin yorum yoluyla belirlediği kriterler açısından olağanüstü KHK'leri kısmen de olsa denetimi altına alması, bu kararnamelerin yargısal denetimsizliğinin hukuk devleti açısından söz konusu olan ciddi sakıncalarını da nispeten hafifletmiştir.

97 Hikmet TÜLEN, "Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnameleri Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesi'nin Bu Sorunla İlgili Kararları", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Erzincan, 2004, s. 86-87.

98 AMKD, S.: 27/1, s. 65-129.

99 AMKD, S.: 27/1, s.375-421.

100 TÜLEN, s. 87-88.

101 AMKD, S.: 29/1, s. 155-159.

102 16.03.2004 Tarih ve 25404 sayılı RG, s. 75 vd.

SONUÇ

1982 Anayasası'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ve devletin insan haklarına saygılı olduğu ilkelerine yer vermiştir. Hukuk devleti, yönetilenler kadar yönetenlerin de hukuku bağlı olduğu, hukukun bütün kurum ve kavramları ile üstün kabul edildiği bir sistemdir. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere; *"devlete, hukuk devleti vasfını ve güvencesini veren en önemli esas yargısal denetimdir."*

Tarih boyunca kişi hak ve özgürlüklerine yönelik en büyük sınırlamalar, yürütme erkini kullanan organlar tarafından getirilmiştir. Bu sebeple kişi hak ve özgürlükleri bakımından gerçek bir güvenceden bahsedebilmek için, idarenin, istisnasız bütün eylem ve işlemlerine karşı bağımsız ve tarafsız bir yargı biriminde davanın görülmesini talep etme hakkı bireylere tanınmalıdır. Kişi hak ve özgürlüklerinin ihlali bakımından hak arama özgürlüğü tanınip sağlanmadan, bireylerin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkına sahip olduğunu söylemek gerçekçi bir anlam ifade etmemektedir. Bu sebeple bireylere öncelikle hak arama özgürlüğü sağlanmalı ve hak arama özgürlüğü pozitif hukukta güvenceli bir sisteme bağlanmalıdır. Bu özgürlüğün en yaygın ve güvenceli biçimi, bağımsız ve tarafsız yargı makamları önünde iddiaların dinlenilmesi hakkıdır. Yargı denetimi, bireyler bakımından etkin ve güvenilir bir hak arama yöntemidir.

Hak arama özgürlüğünün tanınmadığı ve bireylerin ihlal edilen hakları ile ilgili olarak bağımsız ve tarafsız bir hakim önüne çıkma imkanının sağlanmadığı bir sistemde hukuk devletinden bahsedilemeyeceği açıktır. Bu sebeptendir ki, yargı denetimi hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz ilkesi olduğu gibi, hak arama özgürlüğü de hukuk devletinin olmazsa olmaz bir parçasıdır. Hak arama yollarının açık olmadığı bir sistemde hukuk devleti tanımının önemli bir yanı her zaman eksik kalacaktır.

1982 Anayasası, 36 ve 40. maddelerinde hak arama özgürlüğüne ve ihlaller karşısında bağımsız ve tarafsız yargı organları önünde davacı ve davalı olma hakkına yer vermekte ve 125. madde hükmü ile de, idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açarak etkin bir hak arama sistemi oluşturmaktadır. Ne var ki, bizim Anayasamıza has bir özellik olarak, demokratik devletlerin kabul ettiği ve uluslararası sözleşmelerle ortaya konan hukukun evrensel ilkeleri Anayasamızda yer almakta, fakat her bir güvenceden sonra bu güvencenin özüne aykırı olan ve kullanılmasını güçleştiren istisnalar silsilesine yer vermektedir. 1982 Anayasası'nın bu tipik zafiyeti hak arama özgürlüğü bakımından da kendini göstermektedir.

Bir yandan AİHS ve diğer uluslararası belgelerden esinlenerek A.Y. m. 36. ve 40'ta hak arama hürriyeti en geniş anlamı ile tanınmakta, diğer yan-

dan m. 125'teki "idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne bir sonraki fıkradan başlamak üzere istisnalar getirilmektedir. Bu sebeple 2. maddesinde hukuk devleti ilkesini kabul etmiş ve hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz ilkesi olarak yargı denetimini gerekli saymış bir Anayasa'nın, yargı denetimine çok sayıda istisnaya yer vermesi kendi içinde tezat oluşturmaktadır.

Bu noktadaki tavsiyemizi yinelemek gerekirse, ilk olarak Anayasanın 125. maddesinin ruhuna uygun bir biçimde Anayasamızda yer alan yasama kısıntıları kaldırılmalıdır. Bir hukuk devletinde yargı denetimi dışında tutulan işlemlerin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Arkasından, oluşumuna ilişkin tartışmalar bir yana, HSYK'nun kararlarına karşı yargı yolu açılmalı, hakim ve savcıların da hak arama özgürlüğüne sahip olması ve yargı güvencesinden faydalanabilmesi sağlanmalıdır. Teşekkülü bakımından yüksek yargı organlarından gelen temsilcilerden oluşsa da, gerek organik ve gerekse şekli kriterler bakımından tartışmasız bir şekilde idari nitelik taşıyan Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açılması, hakim ve savcılar bakımından etkin bir güvence olmakla birlikte, temelde bağımsız bir yargı sistemine vücut verecek ve ülkede yaşayan bütün bireyler bakımından önemli bir teminat olarak kendini gösterecektir. Kurulun oluşumu bakımından Fransız modeli benimsendiğinden, Fransa örneğinde olduğu gibi, Kurul kararlarına karşı Danıştay'da yargı yolu açılmalı, hakim ve savcıların sicillerine¹⁰³ ilişkin olarak yine Danıştay'da itiraz yolu düzenlenmelidir.

Siyasal açıdan tam sorumsuz bir cumhurbaşkanının doğrudan kişiler üzerinde etki doğuran, icrai- idari makamlara yapılacak olan atamalarına karşı yargı yolu açılmalıdır. Parlamenter sistemlerde temel ilke cumhurbaşkanının tam sorumsuzluğu, dolayısıyla yetkisizliği olup, bütün işlemlerinin de karşı imza kuralına tabi olmasıdır. Ancak 1982 Anayasası cumhurbaşkanının karşı imza kuralına istisna olarak bir takım işlemleri tek başına yapabileceğini ve bu işlemlere karşı da yargı yoluna başvurulamayacağını düzenlemiştir. Ancak 1982 Anayasası cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceğini açıkça belirtmemiştir. Bu noktada her bir yetki için anayasa normlarının tek tek yorumlanması gerekmektedir. Bu sebeple uygulamada cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılan bir çok işlem idari niteliği haiz olup, kişilerin haklarını doğrudan etkileyen icrai işlemler niteliğindedir.

Bu nedenlerle cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler sınırlı olarak sayılmalı ve bu işlemlerden idari / icrai niteliğe sahip işlemler aleyhi-

¹⁰³ Danıştay 2. Dairesi: Esas No : 2004/5761 Karar No : 2006/1400 sayılı kararı ile: " Hakim ve Savcı sicillerinin yargı denetimine tabi olmasının hukuk devleti ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler nezdinde zorunlu olduğuna" karar vermiştir.

ne yargı yolu açılmalıdır. Yürütmenin tam sorumsuz kanadını oluşturan cumhurbaşkanının idari / icrai nitelikteki işlemlerinin de Anayasa'nın 125. maddesiyle yargı denetimine açılması gerekmektedir. Cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla kullandığı yetkilerin yargı denetiminden çıkarılmasını hukuk devleti ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Devlet memurları hakkında verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı, A.Y. m. 90'nın açık düzenlemesi karşısında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme normları evleviyetle dikkate alınmalı ve bu konuda 657 sayılı Kanun'un m. 135 ve 136/3'teki yargı yolunu kapayan hükümleri sarfı nazar edilerek, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı denetiminin kapısı açılmalıdır. Anayasa'nın 36, 40 ve 90. maddelerine aykırı olan 657 sayılı Kanun'un 135 ve 136/3 maddeleri Anayasaya uygun bir şekilde değiştirilmelidir.

Uyguladığı usul ve mevcut güvenceleri (güvenceden yoksun oluşu) dikkate alındığında AİHS m. 6/1 karşısında mahkeme sıfatını taşımadığı açık olan Disiplin Mahkemeleri yeniden düzenlenmelidir. Anayasanın 145. maddesi disiplin mahkemelerini öngörmekte, fakat disiplin mahkemelerinin teşekkülü hakkında açık bir hükme yer vermemektedir. Bu sebeple A.Y. m. 145'te, disiplin mahkemelerinde yer alacak olan görevlilerin hakim sınıfından olma zorunluluğu getirilmeli ve / veya disiplin mahkemeleri kararlarına karşı yargı yolu açık tutulmalıdır. Disiplin mahkemelerinde görev alan kişilerin, üstlerinin etkisinden arındırılması da sağlanmalıdır.

Askeri Ceza Kanunu'nun 165. maddesinde yer alan disiplin cezaları kişileri sosyal yaşamdan soyutlamayacak, özgürlüklerini aşırı surette sınırlamayacak şekilde AİHS m. 5/1 ve AHİM içtihatları ışığında yeniden düzenlenmeli ve özgürlükleri sınırlandıracak cezaların, mutlaka bağımsız ve tarafsız bir hakim tarafından verilmesi hükmü getirilmelidir. Askeri kişilerle ilgili olarak, meslekten ihraç kararı da dahil olmak üzere, askeri personelin gerek çalışma hayatı ve gerekse geleceğe ilişkin teminatları hakkında karar veren ve işlemlerinin idari niteliği aşıkır olan ve idari teşkilat içinde yer alan bir kurul, yani Yüksek Askeri Şura'nın kararlarına karşı da yargı yolu açılmalıdır.

A.Y. m. 90'a göre öncelikle uygulanması zorunlu olan kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri ile gerek anayasada sayılan ve gerekse mevzuatta yer alan yasama kısıntuları değerlendirilmeli ve sözleşmelerde ön görülen hakların ihlaline sebebiyet veren düzenlemeler kaldırılmalıdır.

Türkiye AB'ne uyum süreci çerçevesinde çoktan beri yapması gereken bir hukuk reformunu, yeni ve sivil bir anayasa hazırlamak suretiyle iyiden iyiye gündemine almıştır. Hazırlanmakta olan yeni anayasa taslağında hak

arama özgürlüğü noktasında, yürürlük Anayasamızın 36 ve 40. maddeleri ile 125. madde ve aleyhine yargı yolu kapatılan işlemlerin yer aldığı A.Y. m. 105/2 ve 125/2, A.Y. m. 159/4, A.Y. m. 129/4 ve A.Y. m. 129/3 hükümleri gözden geçirilmeli ve hukuk devleti ilkesini tüm çağdaş gerekleriyle hukuk hayatımıza taşıyacak bir anayasa değişikliği en kısa zamanda gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

A.D v. Türkiye Kararı, AİHM 3. Daire, Karar Tarihi: 22.12.2005.

AKIN, İlhan; **Kamu Hukuku**, İstanbul, 1990.

ASLAN, Osman; **Adil Yargılanma Hakkı**,

http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyetler/diger_faaliyetler/kirikkale_uni.htm,
Erişim Tarihi: 26.11.2006.

Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, E. 1970/6, K. 1970/29

Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 14, E.1976/1, K. 1976/28

Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 15, E.1976/43, K. 1977/44

Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 27/1, E. 1990/25, K. 1991/1

Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 27/1, E. 1991/6, K. 1991/20

Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 29/1, E. 1992/30, K. 1992/36

Anayasa Mahkemesi; **AMKD**, Sayı: 27/1, E. 1990/25, K. 1991/1

Ankara 5. İdare Mahkemesi; E. 2003/1796, K. 2004/1212

ATAR, Yavuz; **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2000.

BOZKURT, Enver; **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, 3. Baskı, Ankara, 2003.

BOZKURT, Enver / KÜTÜKÇÜ, M. Akif / POYRAZ, Yasin; **Devletler Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 2003.

BOZKURT, Enver / KÜTÜKÇÜ, M. Akif / POYRAZ, Yasin; **Devletler Hukuku Mevzuatı**, 1. Bası, Ankara, 2004.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2001.

ÇAKAN, Erhan; **AİHM İçtihatları Işığında Etkili Başvuru Hakkı**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde13.htm>, Erişim Tarihi: 04.12.2006.

ÇAVUŞOĞLU, Naz; *"İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve A.T. Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine"*, **AÜSBF Dergisi**, Cilt: 49, Sayı:12, Ankara, 1994.

ÇETİN, Fethiye; **Adil Yargılanma Hakkı**, <http://www.solgazete.net/index.php?>

option=com_content&task=view&id=155&Itemid=79. Erişim tarihi: 17.09.2007.

- ÇOBAN Ali Rıza; **Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1995.
- DELİVELİ, Ömür; **Anayasa Hukuku**, Yargı Yayınları, Ankara, 2000.
- DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Derlemesi**, Cilt: 1-2-3, İstanbul, 1998.
- Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, **Danıştay Kararları Dergisi**, E. 1949/320, K. 1950/128, 30.03.1950.
- Danıştay 2. Dairesi, E. 2004/ 5761, K. 2006/1400.
- Danıştay 12. Dairesi, E. 2004/ 4584, K. 2005/3520.
- ERDOĞAN, Mustafa; **Anayasal Demokrasi**, 6. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004.
- ERDOĞAN, Mustafa; **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yay., Ankara, 2002.
- EREN, Abdurrahman; "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Erzincan, 2004.
- GİRİTLİ, İsmet; **Hükümet Tasarrufları**, İÜHF Yay., İstanbul, 1958.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **AIHS ve Uygulaması**, Ankara, 1994.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; "11 No'lu Protokolden Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı:22, Ankara, 1999.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama**, AÜSBFD, Cilt: 49, Sayı:12, Ocak-Haziran 1994.
- GÖREN, Zafer; **Anayasa Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 1997.
- GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, 1. Cilt, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003.
- GÖZLER, Kemal; **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Çalışması**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001.
- GÖZLER, Kemal; **Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu**, <http://www20.uludag.edu.tr/~gozler/askeri.html>. Erişim Tarihi: 20.11.2006.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetsel Yargı**, Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Ankara, 2004.
- GÜL, Cengiz / İZCİ Ferit; "Hukuk Devleti Söylem ve Olgusu Üzerine Sivas İl Merkezinde Yapılan Ampirik Bir Araştırma", **EKEV Akademi Dergisi**, Yıl:8, Sayı: 21 (Güz), Erzurum, 2004.
- GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2003.
- İNCEOĞLU, Sibel; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yar-**

- Yargılanma Hakkı**, Betaş Yay., İstanbul, 2005.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.; **Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, 1993.
- KARAGÖZ, Kasım; **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2004.
- KÜNGERÜ, Korhan; **Yargı Güvencesi Örneğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2001.
- ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt:1, İstanbul, 1966.
- ÖKTEM, Niyazi; **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yay., İstanbul, 1999.
- ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2003.
- ÖZEL, Sadullah; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2003.
- ROTTLEUNTHNER, Hubert; **Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti, (HFSA) Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınları, İstanbul, 1996.
- TAŞKIN, Mustafa; **Adil Yargılanma Hakkı**, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde6.htm>, Erişim Tarihi: 26.11.2006.
- TEZİÇ, Erdoğan; **Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2003.
- TOKLU, Erdinç; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2001.
- TÜLEN, Hikmet; **“Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesi’nin Bu Sorunla İlgili Kararları”**, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Erzincan, 2004.
- ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yay., İstanbul, 2000.
- ÜNAL, Şeref; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Yayını, Ankara, 2001.
- YILDIRIM, Ramazan; **“Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”**, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, No: 14.
- YÜZBAŞIOĞLU, Nemci; **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1993.

HUKUKİ OTORİTE KAVRAMININ İKİ YÖNÜ: RAZ VE FINNIS

*Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN**

Bu çalışmanın amacı, eserleri ve düşünceleriyle hukuk felsefesi literatürüne önemli katkıları olan iki hukuk filozofu John Finnis ve Joseph Raz'ın, hukuki otorite kavramına yüklediği anlamı analiz etmektir. Temel çerçeve bu olmakla birlikte, Finnis ve Raz'ın hukuki otoriteyle bağıntılı pratik akıl ve hukuka uyma yükümü konusundaki fikirleri, hukuk felsefesinin geleneksel iki muhalifi doğal hukuk ve hukuksal pozitivizm yaklaşımlarının güncel görünüşlerinin değerlendirilmesi fırsatını da vermektedir. Hukuk felsefesi tarihini belirleyen doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekolleri, çağın gereklerine göre gelişimini sürdürmektedir. Fikirlerini ele aldığımız düşünürlerden doğal hukukun temsilcisi John Finnis, hukuki pozitivizmin ise Joseph Raz'dır. Ancak bir doğal hukukçu kimliği ile Finnis, klasik doğal hukuk modellemesinin dışında kalmaktadır. Esasen klasik hukuki pozitivist anlayışın hukuk-ahlak farklılığına olan bağlılığını sürdürmekle birlikte, benzer bir çıkarım Raz için de yapılabilir.

Bu kısa belirlemenin ardından asıl ilgi alanımız olan hukuki otorite kavramına dönüp, Finnis'in açıklamalarıyla başlayabiliriz.

I. John Finnis ve Hukuki Otorite:

Hukuki otorite kavramına Finnis'in verdiği anlama göz atacak olursak şu saptamalarda bulunabiliriz: Koordinasyon problemlerinin çözümü olarak düşünülen hukuki otorite, ortak iyiyi gerçekleştirdiği için, emirlerine itaat konusunda ahlaki bir yüküm getirir¹. Toplumun ortak iyiliğini ilgilendiren koordinasyon problemlerinin çözümünde her biri uygun ve makul alternatif yollar vardır ve bunlardan hiçbirinin bizatihi diğerlerinden daha iyi olduğu söylenemez. İşte ortak esenlik gereği seçeneklerden birinin tercihi ile diğerlerinin dışarıda bırakılması gerekecektir ve bu seçimi yapmanın yalnızca iki

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ Robert M. Scavone, "Natural Law, Obligation and the Common Good: What Finnis Can't Tell Us", *Toronto Fac. L. Rev.* Vol: 43, 1985, s. 93.

yolu vardır: Ya oy birliği ya otorite. Başka bir olanak mevcut değildir. Oy birliği (oylaşım), akıllı ve ortak iyiye kendini adanmışların bencil ve akılcı olmayanlarla karıştığı bir toplumda pratik olanaklılıktan yoksundur. Bu yüzden koordinasyon problemlerini daha hızlı ve kesin çözüme bağlayacak kişi ya da organlara olan ihtiyaç herhangi bir toplumda apaçık görülebilir. Bir toplumda otorite ve otoritenin sorumluluğu, o toplumun koordinasyon problemlerinin efektif şekilde düzenlenip çözümlenmesiyle icra edilir. Bu, otorite üzerine söylenecek son söz olmasa bile ilk ve en temel prensiptir. Otorite iyi bir şeydir çünkü ortak iyinin gerçekleştirilmesi için gereklidir².

Bunun yanı sıra hukuk düzeni ortak yaşama düzeninin getirdiği sorunların üstesinden gelmekte diğer sosyal düzen formlarına tercih sebebidir. Bunu da nesnel, soyut, sürekli ve toplumun tüm üyelerine uygulanabilir olan emredici kuralları hazırlayarak yapar. İnsanlar özel ilişkilerini kurallar tarafından sağlanan bu formlar ve çerçeveler içinde düzenleyebilir. Bu da gelecekteki eylemleri planlama ve geleceğin ön görülebilir olmasına olanak sağlar. Bu durumda otoritenin biçimsel adaleti sağlaması, içeriksel adaleti yerine getirip getirmediğinden ayrı bir şeydir. Sadece biçimsel adalet bile değerli bir uygulama niteliği taşır. Sosyal düzenin korunması aracı olarak hukukun üstünlüğü, pratik akla sahip insanlar tarafından hukukun otoriter bir şekilde düzenlenmesine yetki verir³.

Otoriteye itaatin ahlaki yükümlülük oluşu ise jenerik ve varsayımsaldır. Finnis'e göre hukuka itaatin jenerik bir ahlaki yükümlülük oluşu, hukuka, hukuk olarak ve içeriğine bakmadan saygı gösterilmesi gereğinden doğar. Yükümlülüğün varsayımsal oluşu ise başka karşıt ahlaki düşüncelerle bu yükümlülüğün ortadan kaldırılabilmesidir⁴. Eğer hukuka itaat konusundaki ahlaki yükümlülük, ortak iyiye aykırı yani adaletsiz olan hukuku da içine alacak şekilde genişletilirse, Finnis'in bu ahlaki yükümlülüğün varlığını haklılaştırmak için öne sürdüğü ortak iyiyi başarma gerekçesi yenilgiye uğrayacaktır. Bu problemin üstesinden gelmek için düşünür, hukuka itaat yükümlülüğünün mutlak değil yalnızca varsayımsal ve çürütülebilir olduğunu

- 2 John Finnis, "Authority", *Authority*, Edited by: Joseph Raz, Blackwell Publishing, 1990, s.174-175; John Finnis, "Natural Law and Legal Reasoning", *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Edited by: Robert P. George, Clarendon Press, Oxford 1992, s.134-157.
- 3 John Finnis, "The Authority of Law in the Predicament of Social Theory", *Notre Dame J.L. Ethics & Public Policy*, Vol:1, 1984 -1985, s. 136.
- 4 S.Aiyar, "The Problem of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation", *Law and Philosophy*, No.19, 2000, Kluwer Academic Publisher, s. 465-489; Sururi Aktaş, "Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi", *AÜEHFD*, C.VIII, S.1-2, 2004, s.14-15.

söyler ve hukukun, ortak iyinin (esenliğin) aleyhinde de işleyebileceğini belirtir. O halde adil olmayan hukukun statüsü nedir? Bir diğer deyişle hukuka uyma yükümlülüğü problemi nasıl çözümlenecektir? Hemen belirtelim ki, adil olmayan yasalar, dolayısıyla otoriter buyruklar Finnis'e göre doğal hukukun ikinci planda kalan ilgi alanıdır. Bir diğer deyişle doğal hukukun ayırt edici özelliği, adil olmayan yasaların hukuk olmadığı iddiası değildir. Finnis'in tezine göre, hukukun temel fonksiyonu, devlet zorlaması için meşruiyet sağlamaktır. Buna göre adil olmayan yasaların, teknik anlamda hukukun geçerliliği konusuyla ilgisi yoktur. Yetkili kişi ya da organlar tarafından, usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş kurallar, hukuken geçerlidir. Ancak bu geçerlilik, devletin zorlayıcı gücünün kullanımı için uygun bir meşruiyet sağlamaz ve hukuki otoritenin işaret ettiği eylem için ahlaki gerekçeler sağlamakta yetersiz kalır. Dolayısıyla bu görüşe göre adil olmayan yasa da hukuken bağlayıcıdır fakat tam anlamıyla hukuk değildir. Finnis bu tür kaidelere bozulmuş, daha zayıf ama yine de geçerli oldukları nazarıyla bakar⁵.

Hukukun otoriter ve buyurucu oluşu sosyal işbirliğinin sağlanmasının en iyi yolu olup bu durum hukukun varsayımsal otoritesini ve buyuruculuğunu meşrulaştırmak için yeterlidir. Ortak iyiyi sağlamadığında onun bu varsayımsal otoritesi ortadan kalkar. Buna bağlı olarak bir başka sorun ortaya çıkar. Eğer adil olmayan yasalara uyma mükellefiyeti yoksa, yükümlülüğün olup olmadığı yasanın içeriğine bağlı olacaktır. Bir başka deyişle yükümlülük, yasanın adil olup olmadığı hakkında içerik tartışmasına girmeyi gerektirecektir. Durum buysa hukuka uyma mükellefiyeti genel değildir, söz konusu olan belirli bir yasanın içeriğine bağlıdır. Ancak Finnis, hala hukuka uyma yükümlülüğünün hukukun içeriği tarafından ortadan kaldırılrsa da içerikten bağımsız olduğunu iddia edebilmektedir. Otoritenin ortak iyi ile koordinasyon kurma konusundaki başarısızlığı bu ihtiyacı ortadan kaldırmaz. Bu nedenle hukuk yanlış düzenlemiş olsa da, onun varsayımsal (karine) olan bağlayıcılığını korumalıyız. Hatta öyle ki, yasa koyucu tarafından uyulması için şart koşulan (ahlaki anlamda) haksız bir kural, formel kaynakları yönünden diğer yasalarla uyumluysa ve mahkemelerce kabul görüyorsa, iyi bir vatandaş -her zaman olmasa da- hukuk sistemini bir bütün olarak zayıflatmaktan kaçınmak için bu düzenlemeye uymakla ahlaken yükümlü kılınabilir. Adaletsiz somut bir yasaya itaatsizlik, bir bütün olarak ortak iyiyi izleyen

⁵ Henrik Palmer Olsen and Stuart Toddington, "Legal Idealism and the Autonomy of Law, *Ratio Juris*, Vol:12, No:3, September 1999, s. 289-290, 295; Aktaş, "Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi",s.19; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1988, s.363-364 .

adil bir hukuk sisteminin etkinliğini ortadan kaldıracak, diğer vatandaşların yasa koyucu otoriteye ve anayasaya göstereceği saygıyı zayıflatarak, ortak esenlik için kötü sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle düzeni ve iyi işleyen adil kurumları koruma adına ve ahlaki bir tutumla, itaatsizlik eylemleri teşvik edilmemektedir⁶.

Böylece bazen adil olmayan yasalara uymak için dahi ahlaki yükümlülük söz konusu olabilir. O halde Finnis için hukukun düzen fonksiyonunun birincil öneme sahip olduğunu söyleyebiliriz. Doğal hukuk teorisi öncelikli olarak hukuki geçerliliğin değil hukuksal reformun ilgi alanındadır. Objektif ahlaki normlar, pozitif hukukun doğrulamasını yapar. Pratik aklın hangi gerekliliklerinin, yasa koyucu, yargıç ve vatandaşların eylemleri için rasyonel bir temel oluşturduğunu belirlemeye çalışır. Hukukun otoritesi, adillğine yahut en azından adaleti teminat altına alabilme yeteneğine bağlıdır. Fakat bu anlamda doğrulaması yapılamayan bir yasanın, hukuk olmadığı anlamı çıkarılamaz. Bu tür normların yüklediği hukuki görevler ve bahsettiği hukuksal haklar, ahlaken yanlış olsa da buyuruculuğunu devam ettirir. Bununla beraber bunlar yasaların, hukuksal ödev ve hakların kusurlu ve eksik örnekleridir. Yasa koyucu, adil olmayan yasayı uygulama yerine ortadan kaldırma sorumluluğu altındadır⁷. Karine olarak hukuka itaatin ahlaki bir yükümlülük oluşu insanların adaletsiz rejimler veya yetersiz hükümetlerce telafisi olmayan bir biçimde kayıt altına alınmasını gerektirmez.

II. Raz'da Hukuki Otorite Kavramı:

Raz, tüm hukuk sistemleri için geçerli olabilecek genel bir hukuki otorite teorisi yerine liberal-demokratik bir hukuk düzeni adına konuşan bir hukuki pozitivisttir. Hukuki otoritenin hem kavramsal bir analizini hem de normatif doğrulamasını yapmak kaygısı taşımaktadır. İşte bu nitelikteki hukuka itaat yükümlülüğünün gerekçelendirilmesinde Raz tarafından birçok farklı argümanın kullanıldığını görüyoruz. Bunları şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

—Hukuk tanımı gereği itaati ortaya çıkartır. Hukuk hukuktur ve hukukun olduğu yerde itaat yükümü söz konusudur.

—Toplumsal yaşamın devamının zorunlu bir koşulu olduğu için hukukun otoritesinden söz edilebilir. Buradaki sonuçsalcı vurgu, hukuka uyma

⁶ Wojciech Sadurski, "Law's Legitimacy and 'Democracy – Plus'", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006; Vol:26, No:2, s. 388.

⁷ Seow Hon Tan, "Validity and Obligation in Natural Law Theory: Does Finnis Come Too Close to Positivism", *Regent U.L.Rev.*, Vol: 15, 2002-2003, s.198,200.

konusundaki genel yükümlülüğün gevşetilmesinin, sosyal sonuçları itibari ile yaratacağı tehlikeler üzerinedir.

— Hukuka itaat, ahlakın doğrudan bir talebi olarak ele alınabilir. Bu bağlamda sözleşme ve rıza aracılığıyla hukuksal otoriteye uyma yükümüne dayanan yaklaşımlar ile karşılıklı güven ve iyiniyet de ahlaki gerekçelere bağlanabilir⁸.

— Otoritenin sahip olduğu varsayılan bilgi genişliği,

— Hukukun sosyal işbirliği ve koordinasyonu sağlamadaki otoritesi.

Belirttiğimiz gibi Raz, hukuka itaat yükümünün, ahlaki bir gerekçelendirilmesi olabileceğinden de bahseder. Oysa yine ahlak adına konuşulduğunda ancak adil yasalara itaat yükümümüz bulunduğu ileri sürülebilmektedir. Bu durumda hem itaat yükümü hem de itaat etmeme yükümü aynı kaynaktan çıktığına göre ahlak, genel bir uyma mükellefiyeti için göndermede bulunmaya elverişli olamaz. O'na göre yukarıda irdelenen itaat nedenlerinin her biri değişik durumlar bağlamında yerinde ve uygundur; ayrıca bu yüküm asla evrensel olarak ortadan kaldırılamaz. Fakat bunun uzantısında evrensel, mutlak ve çürütülemez bir hukuki itaat yükümü de bulunmamaktadır.

En önemli görevi, koordinasyon problemlerini çözmek olan pratik bir otoritenin sözleri, içerikten bağımsız eylem sebepleri yaratır. Meşru olduğu iddia eden kişi ya da organın bu iddiası bazı insanlarca da kabul görüyor-

⁸ Toplum, karşılıklı güven ve iyiniyet üzerine kurulu bir organizasyondur. Bunun önemli yansımalarından biri de, bir toplumun yasalarının ancak eğer herkes komşusunun da itaat edeceğine güvenebilirse işleyebileceğidir. Bir kimse davranışlarıyla başkalarının kendisine güven duymasını sağlarsa daha sonra diğer insanların makul beklentilerini hüsrana uğratmamalı, o kişiler kendisine güven duymaya devam edebilmelidir. Bu yüzden itaat yükümlülüğü vardır. Ayrıca diğer tüm vatandaşlar uyuyor ve siz bundan yarar sağlıyorsanız, sizin hukuka uymadığınız halde yarar elde etmeniz haksızlık olacaktır. Bu argümanın yol açtığı problem ise, itaatsizlik eyleminin toplumun diğer üyelerini nasıl etkileyeceği varsayımına bağlı kalmasıdır. Kimi zaman önerilen bir itaatsizlik eylemi kötü bir örnek teşkil edebilir ve başkalarını gelecekteki itaatsizlikler için cesaretlendirir. Oysa bu durum bazen gündeme gelebilir bazen de gelmez. O yüzden de bu argüman itaat için sadece prima facie bir gerekçe sağlar yoksa mutlak bir yüküm değil. Sahranın ortasında, ıssız bir çöl yolunda yalnız başınıza araç kullandığımız hayali bir durum düşünün. Hatta diğer insanların düzenli olarak hız limitini düzenleyen yasaya itaat ettiğini bilmenize rağmen hız sınırını böyle bir yolda aşmanız da haksızlık oluşturmayacaktır.

İtaat yükümünü gerekçelendirmenin başka bir yolu rıza ve sosyal sözleşme kavramına başvurmaktır. Yükümlülük, açık veya zımni bir sözleşmeden doğan rızadan kaynaklanır ve devlet bu sözleşme ile itaat edilmeyi umma hakkına sahiptir. Oysa çok az insan otoriteye koşulsuz itaate açıkça rıza gösterir. Bir kimse adil olmayan veya kötücül yasalara makul bir şekilde geçerli bir rıza gösteremez. Bkz. Joseph Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Revised Edition, Oxford, Clarendon Press, 1996, s.348-349, 352, 366-369.

sa en azından de facto bir otoriteye sahip demektir⁹. Ancak bu iddianın yanı sıra ona ahlaki meşruiyet kazandıran üç aşamalı tezin içeriğine bakalım:

1. Bağımlılık Tezi (Dependence Thesis): Otoriteye sahip tüm direktifler, bu direktifin muhataplarına uygulanan ve bu muhatapların ne yapması gerektiğini doğru şekilde yansıtan sebepler üzerine dayandırılmalıdır. Bunlara “bağlı nedenler” diyebiliriz. Bağımlılık tezinin savı; devlet otoritesinin, eylem için mutlaka yeni tür nedenler yaratmak zorunluluğu getirmeyeceğidir. Örneğin otoritenin yaptığı yasa, trafiğin yolun hangi tarafından işleyeceğini belirlemek suretiyle insanların görevlerinde bir değişiklik yaratır. Ancak bu düzenleme önceden var olan pratiklere denk düştüğünde daha sağlam bir otoriteye sahip bulunacaktır¹⁰.

2. Normal Doğrulama Tezi (Normal Justification Thesis): Bir kimse- nin başka bir şahıs üzerinde otoriteye sahip olduğunu gösteren şey, öznenin kendi değer yargıları yerine otoritenin direktiflerini bağlayıcı kabul ederek onlara uymaya çalışmasıdır. Bir kimse bir otoritenin gerçek öznesiyse, nedenleri kendi yargılarına göre değerlendirmek hakkından da vazgeçmiştir. Otoritenin direktiflerini bağlayıcı kabul edip kendi nedenleri yerine bunların rehberliğinde giden kişinin, doğru sebeplere ulaşması daha yüksek olasılıktır. Böyle davranmak aynı zamanda onların kendi arzu ettikleri sonuçları da en iyi şekilde gerçekleştirebiliyorsa, bu direktifler otoriteye sahip demektir. Yani süjeyi hukuka uymaya iten motif, kendi nedenleri ile yasanın içeriğinin bulunmasıdır¹¹.

3. Üstünlük Tezi (Pre-emption Thesis): Bir otoritenin, bir eylemin yapılmasını istemesi; nasıl davranılacağı, ne yapılacağı değerlendirilirken başka herhangi bir nedene ilave edilemeyecek üstün bir eylem nedenidir ve öteki nedenlerin yerine geçmelidir. Bir şeyin otoriteye sahip olduğunu kabul etmek demek, otoritenin akli bir sebeple o eylemin yapılmasını talep edeceği gerçeğini kabul etmek demektir. Devletin emirleri, bireyin bağımsız nedenlerini dışlamalı, ondan üstün olmalıdır.

Zira otorite koordinasyon problemlerini çözerken, iki ya da daha çok ama aynı zamanda hepsi de kabul edilebilir sebeplerden birini diğerlerine tercih etmek zorunda kalabilir. Yahut özneleri için daha önce sahip bulun-

⁹ Joseph Raz, “Authority and Consent”, *Virginia Law Review*, Vol: 67, 1981, s.106,117.

¹⁰ Joseph Raz, “Authority and Justification”, *Authority*, Edited by: Joseph Raz, Basil Blackwell Ltd., Oxford 1990, s. 125-126.

¹¹ Kenneth Einar Himma, “Just Cause You’re Smarter than Me Doesn’t Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis”, *Oxford Journal of Legal Studies*, August 2006; Vol:27, s. 2, 4 -5; Sadurski, “Law’s Legitimacy and ‘Democracy – Plus’”, s. 380.

madıkları sebepler de gösterebilir. Böyle davranmakla toplumda yeni bir uzlaşımın biçimlendirilmesi umulmaktadır. Otorite, genel bir uzlaşımın oluşumuna yönelik hareket etmektedir.

Raz, sosyal işbirliği ve koordinasyonun ahlaken arzu edilirliliği ve hukukun bunu güvenceye aldığı hususunda John Finnis ile uyusmaktadır. Bir kimsenin belli bir şekilde davranmak için sahip olduğu sebep, aynı zamanda sosyal işbirliği şemasına katkıda bulunmalıdır. Örneğin, kirletilmiş bir nehri temizlemenin en iyi yolu, insanların çöplerini nehre atmalarını yasaklayan bir yasa çıkarmak olduğunda böylece hukuk, nehrin kirletilmesine karşı bir uzlaşma meydana getirmek suretiyle arzu edilen bir amaca hizmet edecek ve bu sebeple bağlayıcılıkla yükümlü kılacaktır. Eğer yeterince çok sayıda insan nehri kirletmekten kaçınırsa nehir temizlenecektir ve bu bağlamda her bir kişinin nehri temiz tutmaya katkıda bulunmak için ahlaki bir sebebi olacaktır. Mamafih, on yıl boyunca söz konusu yasa unutulur ve insanlar çöplerini nehre atmayı sürdürürlerse, bir kişinin yasa yüzünden nehre çöp atması, hukuki yaptırımdan kaçınma dışında hiçbir amaca hizmet etmeyecektir ve bu yüzden söz konusu yasaya hiç kimse ahlaki sebeple itaat etmek yükümlülüğünde değildir. Diğer taraftan, eğer yasa köklerini salar, yerleşir ve insanların çöplerini nehre atmamaları konusunda bir uzlaşma (konvansiyon) ortaya çıkarsa, Raz'a göre yasağa uyma yükümü yasadan değil bu pratikten doğacaktır. Dahası aynı yükümlülük, uzlaşma, propaganda, kampanya veya hukuk dışında diğer bazı araçlarla da yerleşebilir¹². Nehir örneği üzerinden Finnis'e baktığımızda ise; hukukun koordinasyonu sağlamadaki otoritesinin gücü Raz'dan farklıdır. Finnis'e göre hukuk, bu hususta yegane araç iken Raz, sosyal işbirliğinin hukuk dışında başka araçlarla da sağlanabileceğini düşünür. Zira Finnis açısından pozitif hukuk, doğal hukuk hakkında yanlış bir kanaate sahiptir. Pozitif hukukun, önceden var olan ahlaki görevlere bir şey ilave etmediği söylemi doğal hukuka ait değildir. Hukuki otorite tarafından geçerli olarak yapılmış bir kural yürürlüğe girinceye dek ahlaki yükümlülük doğurmaz. Koordinasyon şemalarından birinin uygun bir prosedüre göre seçilmesinin ardından artık bir kez böyle seçilmiş olan şemaya toplumun her makul bireyi ortak işbirliği gereği, ahlaken yükümlüdür. Pozitif hukuka uymak, ahlaki bir gerekliliktir¹³. Hukuk sistemi, koordinasyon problemlerinin çözümündeki imtiyazlı konumundan ötürü de emir ve şartları

12 Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, s.350-352; Finnis, "The Authority of Law in the Predicament of Social Theory", 117-118; ; Aktaş, "Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi", s.17.

13 John Finnis, "On the Incoherence of Legal Positivism", *The Notre Dame Law Review*, Vol:75, No: 5, Ağut 2000, s. 1597-1611.

arasında öznelerinin seçim yapıp, dilediklerine uyup dilediklerine uymamalarının izin veremez. Hukuk, kendini yekpare bir ağ olarak sunar ve tüm insanlar arasında onları birbirine bağlayan bir bağ kurar. Nehri kirletmemek konusundaki yasa diğer yasalarla bağıntılı olup ve aynı zamanda bu yasanın süjesi olan insanların her biriyle bağlantılıdır. İnsanları bir arada tutan hukuktur¹⁴. Hukuka uyma yükümü vardır zira toplumun koordinatörü olarak hukuk genel bir itaat yükümü getirir.

Söylemeye hacet yok ki, Raz için adil olmayan hukuka hiç kimse itaat ile yükümlü değildir. Hükümetlerin, politik otoritelerini elde ettiği düzenleyici rolü ve yanlış yönlendirilmiş davranışlara (doğru) yön vermesi, hükümet düzenlemelerinin önemli bir formudur. Bu rolüyle hükümet vatandaşlarını ne yapılması gerekiyorsa ona zorlar. Bununla birlikte adil bir hükümetin çıkaracağı adil yasalara dahi genel bir itaat yükümü yoktur. Hukuka genel bir itaat yükümü bulunmamasından, devletin vatandaşları üzerinde otoritesi bulunmadığı sonucu çıkmaz. Ama yükümlülüğün herkese, tüm zamanları kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğini ifade eder. Hukukun, bir sosyal ilişkiler ağı yarattığını kabul eden Raz, bu ağın herkesi kapsayıcı ve kuşatıcı olduğuna kani değildir¹⁵.

Yine Finnis ve Raz'ın teorilerinde "neden" kavramı ve pratik akıl önemli bir yer işgal etmektedir.

III. Raz'da Pratik Akıl Kavramı:

Raz, nedenlerin (reasons) değerlere dayandığını hatta değerlerin kendisi olduğunu öne sürmekte ve tüm insan varlığının, -ahlaki vizyonu da dahil- değerli ya da iyi yaşam kavramını, sosyal kurum ve biçimlerden elde ettiğini savunmaktadır. Sosyal bağımlılık tezi söyleminde, değerlerin varlığı, toplum içerisinde devam eden pratiklere bağlıdır ve şeylerin nasıl olduğunu değerlendirdiğimiz değer yargıları gerçeklikten elde edilir. Sosyal bağımlılık tezinin, değerlerin evrensel olduğunu yadsıma zorunluluğu da yoktur. Raz, bu anlamda zaten değerlerin varlığı ile ulaşılabilirliğini birbirinden ayırmakta ve yukarıdaki açıklamalar değere ulaşmanın sosyal bağlantı içinde olanaklı bulunduğuna işaret etmektedir. Varlık kökeni itibariyle metafizik kaynaklı olması pekala mümkün bulunan değerlere ancak toplumsal uygulamalarıyla ulaşabilir ve onları anlayabiliriz. Ayrıca bizzat toplum da tarihsel ürünler şeklinde değerler yaratmaktadır. Böylece değerlerin toplumsal bağıntılı olu-

14 Finnis, "The Authority of Law in the Predicament of Social Theory", s. 120.

15 Leora Batnitzky, "A Seamless Web? John Finnis and Joseph Raz on Practical Reason and the Obligation to Obey the Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol:15, No:2, 1995, s. 157-158; Raz, "Authority and Consent", s.103-104.

şu, evrensel olmayacağı anlamına gelmez. Değerlerin evrenselliği ile yerelliği ve de varlığının toplumsal bağlantılı oluşu ile akılla anlaşılabilirliği birbiriyle uzlaştırılmaz çelişkiler değildir¹⁶.

IV. Finnis'te Pratik Akıl:

Finnis'e baktığımızda ise pratik akıl konusunda şu düşünceleri görebiliriz. Hayatımızı anlamlı kılmak istediğimizde gerçekleştireceğimiz ve yücelteceğimiz, zamana ve topluma göre değişmeyen, belirli objektif değerler yani "iyi"ler vardır. Temel değerler olarak "iyi"; **yaşam, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyallik (dostluk), pratik akıl ve dindir**. Bu yedi temel değer akli kanıtlanma gerektirmez. Örneğin "bilgi"yi ele aldığımızda, onun temel bir insani iyi olduğunu kanıtlamak için derinlemesine düşünmeye gerek yoktur zira bu kendinden apaçıktır. Bilgi gibi diğer yedi temel iyinin, elde edilmeye değer bir şey olduğu daha yüksek bir prensibe dayanmaz, hakikat olduğu başka hiçbir önermeye başvurulmadan bilinip anlaşılabilir¹⁷. Hemen vurgulayalım ki, Finnis "iyi" sözcüğünü kullanırken sadece ahlaken iyi olan şeyleri kastetmemektedir. Bunun yerine bütün insanların değerli buldukları şeyler anlamında "iyi" terimini kullanmakta, "iyi" kavramını daha geniş bir çerçevede ele almaktadır. Bunun yanı sıra Finnis için temel değerlerin izlenmesine rehberlik edecek koşulları sağlayan "aracı prensipler" vardır ve bunlar bizi ahlaki seçimlere ulaştırır. Finnis'in "**pratik aklın temel zorunlulukları**" adını verdiği bu dokuz ilke şunlardır:

1. Rasyonel (akılcı) bir hayat planı,
2. Yedi temel değerlerin önemini kabul etmek, bunlar arasında keyfi ve gelişigüzel tercihler yapmamak. Bir diğer deyişle herhangi bir temel insani değere keyfi olarak önem verilmemesi ya da verilen önemin abartılmasından kaçınma;
3. Bir kimsenin temel iyinin formlarından herhangi birinin gerçekleşmesine zarar verecek bir eylemi seçmemek zorunda olması yani değerlerin temel formlarına zarar vermemek ya da başkalarının bunları gerçekleştirmesine engel olmamak;
4. Projeleri çok basit nedenlerle bırakmamak, bir kimsenin taahhütlerinden, bağlılıklarından kolayca vazgeçmemesi, verilen sözlere gerçek bir bağlılık duygusu;

¹⁶ Joseph Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, 2001, s.73-76,161-163.

¹⁷ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 63-69; ; Aktaş, "Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi",s.10.

5. Verdiğimiz sözlerden, taahhütlerimizden dönüyorsak buna ilişkin uygun bir ayrılık sebebi gösterilmesi;

6. Toplumun ortak iyiliğini ve esenliğini aramak, toplumsal (ortaklaşa) iyinin yanında yer almak;

7. “İyi”yi etkin biçimde izlemek, eylemlerle dünyada iyinin ortaya çıkmasını sağlamak;

8. Eylemlerin vicdanla uyumlu olması, vicdana uygunluğu;

9. İnsanlar arasında gelişigüzel tercihte bulunmamak, insanlara karşı tarafsız olmayı benimsemek¹⁸.

Tekrar vurgulamak gerekirse; bu dokuz ilke, kendilerinden hareket edilecek temel iyileri ortaya çıkaran eylemlere varıldığından dolayı, hazırlayıcı niteliktedir. Bunu da kişinin temel iyilere katılımını biçimleyerek, projeleri ve taahhütlerini seçmesine rehberlik ederek ve onların nasıl yerine getirileceğine kılavuzluk ederek yerine getirir. Pratik aklın zorunlulukları kendileri ahlaken nötr olmakla birlikte, bireyin ahlaki şekilde davranmasını sağlar. Bu pratik düsturların belirli somut eylemlere veya projelere uygulanmasından bir yasaklar dizisi değil ama esenlik için kılavuzluk eden “etik” ortaya çıkar¹⁹.

Finnis, “neden” kavramını, temel bir insani değer tarafından motive edilmiş akli eylem için bir dayanak sağlamak anlamında kullanmaktadır. Eylem ve seçimlerin nihai nedeni olan temel insani iyileri tanımlayan, pratik aklın yedi temel ilkesidir. Pratik akıl alanına ait bu temel iyiler, seçilen eylemlerle insanın yetkinleşmesini sağlayacak fırsatların bulunmasına, geliştirilmesine olanak sağlar. İyiler arasında hiyerarşik bir düzen yoktur. Bunlar ortak ölçülemez, birbirine göre olan ağırlığı tartılamaz. Eğer aksi düşünülürse, altta olana göre davranmak pratik akla aykırı olurdu. Temel insani iyiler, serbest seçime açıktır. Seçim serbestisi, rasyonel olarak müracaat edilebilecek ve birbiriyle karşılaştırılmayan iki ya da daha fazla seçenektir birinin benimsenmesidir²⁰. Burada vurgulanmak istenen insan aklını kullanmanın bizi insan varlığının yedi temel değerine (iyi) veya onlardan bir tanesinin kapsamına dahil edilecek şekilde bağıntılı diğer değer formlarına götüreceğidir. Finnis’in yedi temel değerle hukuku da çok yakından ilişkilendirdiğini

18 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s.100-127; Aktaş, “Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi”, s.11.

19 Scavone, “Natural Law, Obligation and the Common Good: What Finnis Can’t tell Us”, s. 93,100; John Finnis, “Foundations of Practical Reason Revisited”, *Am. J. Juris*, Vol:50, 2005, s.122.

20 Finnis, “Natural Law and Legal Reasoning”, s.134-157.

görmekteyiz. Şöyle ki; değerler ancak ortak hayat içinde diğer insanlarla ilişkide görünüm kazanabilir, insan için iyi olan değerler ancak toplumsal yaşam içinde gerçekleşir. Bu yüzden bunları garanti altına alacak bir hukuk sistemi zorunludur. Pozitif hukuka dayanan koordineli bir toplum, bu iyilerden bir tanesidir²¹.

V. Pratik Akıl Nosyonunun Karşılaştırılması:

Finnis ve Raz arasındaki önemli fark yine pratik akıl algılayışlarındadır. Raz için pratik akıl, belirli herhangi bir iyi ile bağlantılı değildir. Finnis'e göre ise sonuç olarak bir doğal hukuk teorisinin içerdiği pratik akıl hem bizzat asli yedi temel değeri kavrayıp içine alan bir çerçevedir hem de bu çerçevenin içeriğindeki değerlerden bir tanesidir. Finnis açısından somut ve belirli ve de belirleyici iyilerden bahsedilmeden pratik akıldan konuşmak olanaksızdır. Bazı amaçların tercih edilmelerine değip değmeyeceğini belirleyecek belirli rasyonel prensipler olmadıkça yani amaçların benimsenmesini yöneten normatif prensipler bulunmadıkça ortada bahsedilecek bir pratik akıl yoktur²².

Raz için ise hususi ve belirleyici herhangi bir iyiden ayrı olarak, pratik akıldan söz etmek mümkün olmakla kalmayıp aynı zamanda zorunludur. Finnis ve Raz arasındaki bu karşıtlık Raz'ın sosyal formlara daha fazla vurgu yapmasının bir sonucudur. Raz için sosyal formlar, ahlakı mümkün kılar ve sosyal formlara kök salmadan Finnis'in temel iyileri dahil tekil iyilerin (somut değer) gerçekleşmesi mümkün değildir. Ona göre iyiler, toplumu öncelemez yani toplumdan önce gelmez; yalnızca toplum vasıtasıyla olur. Sosyal formları iyileştirip, geliştirmek ve değiştirmek böylece yeni ve bazen daha iyi değerler yaratmak mümkün iken, mevcut sosyal formlardan tamamen bağımsız değerler geliştirmek olanaksızdır. Örneğin evliliğin bir değer olarak kabul görmediği bir toplumda yaşayan kimse, böyle bir iyiyi kavrayamaz. Pratik akıl, mevcut sosyal formlarla oluşturulmamış veya işaret edilmiş değerleri anlayamaz. Bu yüzden Finnis'in temel iyilerinden biri olan yaşam dahil tüm değerler ancak sosyal bir bağlamda kavranıp, bilinebilir. Toplumun dışında yaşam değerinden bahsetmek demek bu iyiyi anlamak için gerekli sosyal bağlantının bulunmadığını söylemektir. Ayrıca pratik akıl değerlerle korelasyon kurmakla birlikte kendisi korelasyon kurulacak bir değer değildir. Finnis'e göre ise pratik akıl, temel iyilerle bağlantılı ve aynı zamanda bağlanılan bu iyilerden bir tanesidir.

21 Olsen and Toddington, "Legal Idealism and the Autonomy of Law, s.300-301.

22 Finnis, "Foundations of Practical Reason Revisited ", s.113.

Finnis ve Raz'ın pratik akıl konusundaki farklı yaklaşımları onların hukuka itaat yükümü üzerine görüşlerini etkiler. Raz, Finnis'in yedi temel iyisine itiraz etmez ama daha baştan ve peşinen temel iyileri isimlendirmekle, sosyal sapmaların menzilinın sınırlanmasına karşıdır, bunun yerine değerlerinin sürekli doğrulanmasını talep eden sosyal bir form önerir. Bu ise hukuka niçin genel bir itaat yükümünün olmadığı noktasıdır. Hukukun yarattığı ağ, dikişsiz değildir. Finnis gibi sosyal sapmaların menzilinini daha baştan sınırladığınızda ağ gerçekten de yekpare olur. Olanaklar sınırlanmadığıdaysa en geniş anlamıyla hukukun iyi bir hukuk olup olmadığının sürekli değerlendirmeye tabi tutulması ihtiyacı devam eder. Adil bir devlette dahi otoritenin kabulü, ahlaki sorumluluktan vazgeçmek değildir.

Finnis'e gelindiğinde ise; hukuk ve hukuki otorite, iyi vatandaşın pratik akıl şemasını devralır ve Raz'ın fikirleriyle karşılaştırıldığında bunlar - istisnai durumları içermekle birlikte- daha sorgulanamayan dogmatik statülerdir²³. Hatta öyle ki, Finnis'in açıklamalarında yönetici tek bir kişi ya da azınlıkta kalan bir grup yahut geniş bir kitle olabilir. Siyaset biliminin konusuna giren yönetim biçimlerinden hangisinin topluma en iyi uyacağını ise sosyal koşullar belirler. Otorite hangi yönetim şekline kaynaklanırsa kaynaklansın önemli olan, açık, net ve az sayıdaki mutlak iyilere saygılı tutum alınmasıdır. Bu özünde ahlaki nitelikli mutlaklar, hükümetin siyasi yapısını doğrudan biçimlendirmeyip bununla da ilgilenmez ama yasa yapımına ve icraatlarına sınır getirir. Finnis'in egemeni mutlak değildir en azından bazı ahlaki zorunluluklara saygı göstermek zorundadır²⁴.

Gerçi Raz'ın hukuk yapan otoriteyi meşru bir temele oturtmak üzere ön gördüğü üçlü doğrulama tezleri de, demokrasinin talep ve gereklerine tam da uymadığı iddiasıyla eleştirilmektedir. Yöneten ve yönetilen arasında Raz'ın çektiği kalın çizginin aksine, ideal ve gerçek demokrasilerde yönetme eylemi, kolektif bir eylem olup insanlar ne yapacaklarına birlikte karar verirler. Hukuk bize neyi yapıp neyi yapamayacağımızdan öte buna nasıl ve ne şekilde karar vereceğimizi söyler. Normal doğrulama tezi, direktiflere nasıl ulaşıldığıyla ilgili bir değerlendirme yapmamaktadır. Oysa vatandaşların hayatlarını etkileyen önemli kararları, tartışmalarla biçimlendirmelerine izin vermeden almak, -bu kararların içeriği iyi bile olsa- kişi olarak onurlarına saygısızlıktır. Hükümetler yaşamlarımızı kapsamlı şekilde düzenlediklerinden,

23 Batmitzky, "A Seamless Web? John Finnis and Joseph Raz on Practical Reason and the Obligation to Obey the Law", s. 167-175.

24 Massimo La Torre, "On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: 'Exclusive' Versus 'Inclusive'", *Ratio Juris*, Vol:19, No:2, June 2006, s. 202-205.; Finnis, "Authority", s. 192.

yönetim sürecine katılma fırsatının yadsınması, kişinin kendi hayatının otom olarak düzenleme olanaklarının önünü kapatır. Dağıtıcı adalet yalnızca kaynakların, gelirin, servetin ve eğitimin değil gücün de adil dağıtılmasını gerektirir. Kendi hayatlarını yapılandırmaya katılma fırsatı tanınmadan, politik gücün adil dağıtılıp dağıtılmadığına dikkat etmeden, vatandaşlarına gereken saygıyı göstermeden yasalar yapmak, meşruiyeti ortadan kaldırır. Demokrasi, en az kararın özünün doğru olması kadar birlikte karar vermeyi gerektirir. Kararın özünün doğru olmasıyla ilgilenen normal doğrulama tezi, bu bakımdan politik otoritenin meşruiyet teorisi olarak eksik ve yetersizdir²⁵. İki hayali hukuk sistemi tasavvur edelim. Bunlardan bir tanesi baskıcı diğeri rızaya dayalı olsun. Bu rejimlerin vatandaşları doğru nedenlerin neyi gerektirdiği hususunda çoğu kez hata yapmaktadır ve doğru ile yanlış nedenleri ayırmakta başarı gösterememektedirler. Rızaya dayalı sistemin resmi görevlilerinin demokratik seçimle iş başına geldiğini varsayalım. Bunlar vatandaşlarına, kendilerini devlete karşı ifade edebilecek mekanizmaları sağlamakta, çıkarlarını ilgilendiren konularda karar vermeden önce onların düşüncelerini göz önünde bulundurmaktadırlar. Baskıcı sistemin resmi görevlileri ise tam tersine süklerinin kendilerini yönetemeyeceklerine inanmakta ve onların görüşlerine önem vermemektedir. Normal doğrulama tezinin, bu iki rejimin meşruiyeti hakkında bize ne söyleyebileceğine bir bakalım. Tez, baskıcı rejimin ahlaken meşru olduğuna işaret eder. Çünkü doğru nedenlerin neyi gerektirdiği hakkında sükelerin yargıları çoğunlukla yanlış olmasına karşın, resmi görevlileri daima doğru nedenlerin gerektirdiklerini kanunlaştırmaktadır. Bu sebeple bu rejim normal doğrulama tezine göre ahlaken meşrudur. Diğer rejimin meşruiyeti bakımından ise durum belirsizdir. Rızaya dayalı rejimin resmi görevlileri doğru nedenleri ayırt etme konusunda öznelerinden daha iyi değildir ve bu yüzden normal doğrulama tezinin tanımladığı meşruiyet testinden geçemez²⁶. Böyle bir paternalistik paradigma insanların özgürlüğünü -onların kendi iyiliği için- arzuları hilafına kısıtlamaktadır. Oysa liberalizmde kişinin seçimi iyi olduğu düşünülen şeye zit olabilir ama bu seçimde kişiye aidiyetinden dolayı değerlidir ve insanlar yanlışlar yaparak da yetkinleşir²⁷.

25 Scott Hershovitz, "Legitimacy, Democracy and Razian Authority", *Legal Theory*, Vol: 9, 2003, s. 201-220.

26 Himma, "Just Cause You're Smarter than Me Doesn't Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis", s.22-24.

27 Francesco Biondo, "Two Types of Liberal Perfectionism", *Ratio Juris*, Vol:18, No:4, 2005, s. 521, 523-524.

Prosedürel demokrasi konusundaki bu eleştirilerde haklılık payı bulunsa da, Raz'ın modern demokrasilerde hiç kimseden talep edilmeyecek bir hukuki itaat derecesi sunduğu, vatandaşların eleştirel tutum alabilmesine olanak vermediği sonucunu çıkarmak doğru olmaz. Demokratik ve liberal bir hukuk sistemi, aynı fikirde olmayanlara itaatsizlik için yer bırakmalıdır. Kendisine karşı aykırı davranış olanağının bulunmadığı bir sistem, hukuk değildir. Bu bakımdan Raz'ın -bağımlılık, normal doğrulama ve üstünlük olarak adlandırdığı- üçlü otorite tezinin sınırları, aynı zamanda hukukun meşruiyetinin sınırınıdır. Ne zaman ki hukukun özneleri, bağımlı nedenler yerine direktifin talimatı doğrultusunda davranışlarına yön vermeyi bırakırlarsa, insanlar ve doğru nedenler arasındaki arabulucu rolünü yerine getiremeyen otorite, artık onlar için meşruiyete sahip değildir. Raz'ın otorite açıklamaları, meşruiyet kavramının öncelik ve üstünlüğüne dayanır. Meşru otorite nosyonu gereği otoritenin öznelerine yönelik direktiflerinin doğrulanması gerekir buna karşın öznelerin bu direktiflere itaat yükümünün doğrulanması gerekmez. Raz, Finnis'ten bu noktada ayrılarak itaat yükümü ve meşruiyet arasında doğrudan bir bağ kurmaz²⁸. John Finnis ise aksine bu bağı baştan sıkı kurmaktadır. Öznelerin hukuka itaat etmekle ahlaken yükümlü bulunduğunu göstermek için önce hukukun ahlaki bir otoritesinin olduğunu göstermek gerekir²⁹.

Raz, hukukun varlık ve içeriğinin, ahlaka başvurulmadan, kaynaklarına (kanunlar, yargı kararları, örf ve adet hukuku vs.) göre belirleneceğini savunan sert hukuksal pozitivistlerdendir³⁰. Bu pozitivism'e göre hukuk, sosyal olguların ürünü olan kaynaklarına göre tanımlanıp analiz edilir. Sert pozitivism, ahlaki kriterlere gönderme yapmaksızın hukukun tanımlanıp, değerlendirilebileceğini söyler ve ahlaki prensiplerin, pozitif hukuku belirlemesine izin vermez. Tanıma kuralı sadece içeriksiz kaynaklara yer verebilir. Yumu-

28 Sadurski, "Law's Legitimacy and 'Democracy -Plus'", s. 409.

29 Finnis, "The Authority of Law in the Predicament of Social Theory", s. 116.

30 Neredeyse tüm sistemini ahlaki meşruiyet zeminine oturtan Raz, bunu hukuki pozitivismle üstelik en sert haliyle nasıl bağdaştırabilmektedir? Ona göre hukukun ahlaken meşruiyeti taşıması ile beraber, ahlaki dışarıda tutulmasında bir sakınca yoktur. Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeler hukuken bağlayıcıdır, kişinin hak ve görevlerinde değişim yapar. Keza aynı şekilde çatışma kurallarına göre, yabancı hukuka atıf yapıldığında kişilerin hak ve görevleri uluslararası hukuka göre belirlenebilir. Ama ne uluslararası hukuk ne de sözleşme, ülke hukukunun parçası haline getirilip, onunla bütünleştirilmiş olmaz. Benzer şeyler ahlak kuralları için de söylenebilir. Ahlaki standartlar da hukuk açısından bağlayıcı olabilir ama (tanıma kuralı ile) onun bir parçası değildir. Joseph Raz, "Incorporation by Law", *Legal Theory*, No: 10, Yıl:2004, s.8-15.

şak pozitivismze³¹ göre de hukuk, kaynakları belirleyen tanıma kuralı sayesinde anlaşılıp bilinebilir ve sosyal bir olgu olan tanıma kuralı her zaman ahlaki gereklilikleri kapsamaz. Ancak yumuşak pozitivism ahlaki prensiplerin, hukukun kaynakları ve özellikle tanıma kuralı tarafından kapsanıp, dahil edilmesine izin verir. Ama prensipler aynı zamanda pozitif tanıma kuralının içinde olmayabileceğinden bu ilişki zorunlu veya kavramsal değildir. Her iki düşüncede de hukuki geçerlilik bir kaynak meselesidir. Geçerlilik, adaletten değil hukukun kaynaklarından çıkarılır. Mamafih, yumuşak pozitivismde adalet, belirgin bir özellik olarak soy ağacının yani kaynaklarının içinde bazen yerleşik olabilir. Bu durumda kuralın hukuki geçerliliği, ahlaki geçerliliğine bağlıdır³².

Ahlaki değerler gibi içerikli bir kuralı bünyesine alan bir tanıma kuralı, sadece forma ve kuralın kimin tarafından çıkarıldığına bağlı olan hukuki pozitivismin “kesinlik ve belirlilik” idealini ortadan kaldıracak ayrıca tanıma kuralının, hukuku belirleme işlevi yerine gelmeyecektir. Bu yapıldığında ise artık önda pozitivist kalanın ne olduğu sorgulanmaya değerdir. Gerçi Raz, sert pozitivist niteliğiyle hukuku, kaynakları yönünden tanımlayıp, tanıma kuralında içerikli ahlaki kurallara yer vermemiş, hukuk-ahlak arasındaki kavramsal ayırımı bağlı kalmıştır. Ayrıca pozitivistlerin ahlaki-likten anladıkları da farklıdır ve eleştirel-nesnel ahlakın yanında toplumsal ahlaki da, ahlakın kapsamına alarak, hukuk teorilerinde yer vermektedirler³³. Ahlak algısı nasıl olursa olsun işlevsel bir hukuki akıl yürütme, ahlaki uslamlamaya ihtiyaç duyuyorsa gerçekte hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki vardır. Raz tarafından önerilen sunulan pozitivism versiyonu, hukuki ve ahlaki akıl yürütmenin birbiriyle bağlantısını kabul eder. Raz’ın bu noktada pozitivist olmayan bir hukuk kavramı geliştirmesi beklenebilirdi. Fakat bunun tam tersi olmuş ve kuvvetli bir pozitivist yaklaşım sergilemiştir.

Pozitivist olan Raz, hukuk kurallarına uyma konusunda genel bir ahlaki itaat yükümü bulunduğunu söyleyen Finnis’in bu görüşünü paylaşmaz. Hukukun meşruiyeti ile uyma yükümünü ayıran Raz için hukuk kurallarına

31 Yumuşak pozitivism olarak adlandırdığımız pozitivism türünün İngilizce karşılığı “inclusive”, sert pozitivismin ise “exclusive” dir. “Exclusive” pozitivismi “*hariç bırak*”, “inclusive”, pozitivismi ise “*kapsayıcı*” diyerek, kavramları birbir türkçeye çevirmiş oluruz. Söz konusu terimler, tanıma kuralı-ahlak ilişkisi bakımından bir anlam ifade etmektedir. Tanıma kuralı, ahlaki prensipleri kapsamına alıyorsa bu kapsayıcı (inclusive), dışarıda bırakıyorsa hariç bırakıcı (exclusive)dir.

32 La Torre, “On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: ‘Exclusive’ Versus ‘Inclusive’”, s. 198-199.

33 Gülriiz Uygur, “Hukuki Pozitivismin Değişen Yüzü mü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı:3, s.170,174.

ahlaken uyma yükümü kişiden kişiye ve olaydan olaya değişir. Ayrıca o, eleştiriye elverişli bulunmayan bir hukuki otorite anlayışının, doğru bir yaklaşım olamayacağından yanadır. Bu bağlantıda Finnis, “adaletsiz yasa, yasa değildir” maksiminin, hukukun teknik anlamda geçerliliği sorunuyla ilgisinin kurulamayacağını söyleyerek, klasik doğal hukukun bu maksime verdiği anlamdan ayrılmıştır. Böylece doğal hukukçu kimliği taşıyan John Finnis, doğal hukukun, hukuk-ahlak arasında zorunlu bağ kurma düşüncesinden de sapmıştır³⁴. Onun doğal hukuk teorisini pozitivist yaklaşımdan ayıran özellik olarak sivil itaatsizliği gösterdiğimizde ise, genel itaat yükümüne karşı duran pozitivist Raz’ın, sivil itaatsizliğe Finnis’ten daha yakın durduğunu görürüz. Finnis’in sivil itaatsizliğe bıraktığı alan, Raz’dan daha dar ve gönülsüzdür. Finnis’in hukuku, sosyal koordinasyonu sağlayan yegâne kaynak olduğundan dolayı Raz’ın hukuk düşüncesiyle karşılaştırıldığında daha otoriterdir. Bunun yanı sıra. Raz’ın otorite görüşü, liberal ve çoğulcu demokrasi-nin talepleriyle daha uyumludur. Demokratik ve liberal bir hukuk sistemi, hukuk meşru da olsa, itaatsizlik için yer bırakmalıdır. Meşruiyet ve itaat yükümünü birbirinden ayıran Raz, meşru hukuka dahi hiç kimseyi dışarıda bırakmayacak şekilde bir uyma yükümünün bulunmadığını kabul eder.

Nihayetinde doğal hukukçuların pozitivistler ile birlikte adil olmayan yasaların da hukukten geçerli olduğu görüşünü paylaşmaları, buna karşın Raz gibi hukuki pozitivistlerin ise hukuksal akıl yürütmede ahlakın önemli rol oynadığını kabul etmeleri karşısında, bugün birbirine muhalif bu iki düşüncenin yani doğal hukuk ve hukuksal pozitivismin birbirine daha yakın durduğunu görmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Aıyar, S.; “The Problem of Law’s Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation”, **Law and Philosophy**, No.19, 2000, Kluwer Academic Publisher, 465-489.
- Aktaş, Sururi; “Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi”, **AÜEHFD**, C.VIII, S.1-2, 2004, s.3-22.
- Batnitzky, Leora; “A Seamless Web? John Finnis and Joseph Raz on Practical Reason and the Obligation to Obey the Law”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol:15, No:2, 1995, s. 153-175.

34 Aktaş, “Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi”, s.21.

- Biondo, Francesco; "Two Types of Liberal Perfectionism", **Ratio Juris**, Vol:18, No:4, December 2005, s. 519-535.
- Finnis, John; "Natural Law and Legal Reasoning", **Natural Law Theory: Contemporary Essays**, Edited by: Robert P. George, Clarendon Press, Oxford 1992, s.134-157.
- Finnis, John; "On the Incoherence of Legal Positivism", **The Notre Dame Law Review** 75, No: 5, Ag 2000, s. 1597-1611.
- Finnis, John; "Authority", **Authority**, Edited by: Joseph Raz, Blackwell Publishing,1990.
- Finnis, John; **Natural Law and Natural Rights**, Clarendon Press, Oxford 1988.
- Finnis, John; "The Authority of Law in the Predicament of Social Theory", **Notre Dame J.L. Ethics & Public Policy**, Vol:1, 1984-1985, s. 115-137.
- Finnis, John; "Foundations of Practical Reason Revisited ", **Am. J. Juris**, Vol:50, 2005, s.109- 131.
- Hershovitz, Scott; "Legitimacy, Democracy and Razian Authority", **Legal Theory**, Vol: 9, 2003, s. 201-220.
- Kenneth Einar
- Himma,; "Just Cause You're Smarter than Me Doesn't Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis" **Oxford Journal of Legal Studies**, August 2006; Vol:27, s. 1-30.
- La Torre, Massimo; "On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: 'Exclusive' Versus 'Inclusive'", **Ratio Juris**, Vol:19, No:2, June 2006, s. 197-216.
- Olsen, Henrik P., Toddington, Stuart; "Legal Idealism and the Autonomy of Law, **Ratio Juris**, Vol:12, No:3, September 1999,s. 286-310.
- Raz, Joseph; **Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**, Revised Edition, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Raz, Joseph; "Authority and Justification", **Authority**, Edited by:Joseph Raz, Oxford, Basil Blackwell Ltd, 1990, s. 115-141.
- Raz, Joseph; "Incorporation by Law", **Legal Theory**, Nr:10, Yıl:2004, s.1-17.
- Raz, Joseph; **Value, Respect and Attachment**, Cambridge University Press, 2001.
- Raz, Joseph; "Authority and Consent", **Virginia Law Review**, Vol:67, 1981, s.103-131.
- Sadurski, Wojciech; "Law's Legitimacy and 'Democracy -Plus'", **Oxford Journal of Legal Studies**, 2006, Vol:26, No:2, s. 377 - 409.
- Scavone, Robert M.; "Natural Law, Obligation and the Common Good: What Finnis Can't Tell Us", **Toronto Fac. L. Rev.** Vol: 43, 1985, s. 90-115.

Tan, Seow Hon; "Validity and Obligation in Natural Law Theory: Does Finnis Come Too Close to Positivism", **Regent U.L.Rev.**, Vol: 15, 2002-2003, s.195-221.

Uygur, Gülriz: "**Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", **Cilt: 52, Sayı:3, s. 145-176.**

ANLAR ARASINDAKİ EŞİTSİZLİK ÜZERİNE BİR ANALİZ

*Yrd. Doç. Dr. Aslan TOPAKKAYA**

Toplumsal, siyasal ya da fiziksel eşitsizlik sorunsalı birçok sosyal bilim ve felsefenin (özellikle hukuk felsefesi ve sosyolojisi'nin) en önemli konuları arasındadır. Eşitsizliğin kaynağının ne olduğu, bu eşitsizlikle toplumdaki mevcut siyasi rejim arasında nasıl bir ilişki olduğu, bunların bireysel hayatı nasıl etkilediği, bu eşitsizliğin giderilmesi için neler yapılması gerektiği ya da bu eşitsizliklerin toplumsal yaşamın bir gereği mi olduğu soruları bu bağlamda hukuk, sosyoloji, sosyal psikoloji, siyasal bilimler ve hukuk felsefesinin cevap aradığı sorulardır. Bu bilim dallarının her biri kendi bakış açısına göre bu sorulara farklı cevaplar vermektedir. Biz bu makalemizde bu bilim dallarının bu sorulara verdiği farklı cevapları serimlemekten ziyade, bu eşitsizliğin ortaya çıkmasında bireysel tutum ve davranışlara, sosyal değer ve normların nasıl bir etkiye ya da ilişkiye sahip olduğunu tespit etmeye çalışacağız.

Toplum kavramı her zaman içeriksel açıdan insan davranışlarını düzenleyen ve belirleyen bir takım değer ve norm¹ kavramlarıyla birlikte anılır. Yani herhangi bir değer ya da norm sistemine bağlı olmayan bir toplum düşünülemez. Bu değer ve normalar, bir takım yaptırımlara sahiptir ve istenilen davranıştan yapılmaması durumunda yaptırım uygulama özelliğine sahiptirler. Bu bağlamda ortaya çıkan sosyal eşitsizliğin temel sebebi, insanların bağlı buldukları toplumun hakim görüşüne ve beklentilerine uygun olarak oynamak zorunda oldukları rollerdir. Yani toplumsal yapı ve hakim siyasi görüş üyelerine bütün bir sistem içinde bir rol vermekte, bu rol dağılımında

* Mersin Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü.

1 Norm kavramı şu şekilde tanımlanabilir: "1.Genel olarak, düzgü; ölçü için kullanılan standart birim.2. Her tür yargının zımnen ya da açıkça kendisine dayandığı ilke, model; 3. Bir sosyal grubun kendisi için ilke edindiği ve grup üyelerinin eylemlerini yönlendiren davranış kuralları bütünü, 4. Ahlak alanında doğru eylemi belirleyen kural, uygun davranış için standart, eylemde temele alınan davranış ilkesi. Değeri yargılamak ya da değer biçmek için kullanılan ölçü". Konumuz açısından bizi ilgilendiren tanım 3. ve 4. tanımlardır. Bkz. Cevizci, A.:Felsefe Sözlüğü, Paradigma yay., İstanbul 2002, s.758.

ve rolleri uygulamada ister istemez eşitsizlik ortaya çıkmaktadır.²

Bir ülkenin insanlarından ülkenin resmi ideolojisine tam anlamda uyum ve itaat istendiğinde bu uyuma ve isteğe tam uyan ve itaat edenlerle, kısmen ya da hiç itaat etmeyen insanların mevcudiyeti bütün toplumlarda görülen genel sosyal bir olgudur. Bu itaatsizlik karşısında insanlar çeşitli yaptırımlara maruz kalmakta hatta bazen kendi özgürlüklerini ve hayatlarını bile kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Fakat burada açığa çıkan eşitsizliğin sosyal ve yapısal değil, daha çok bireysel tercihlerden kaynaklanan bir eşitsizlik olduğu düşüncesi ortaya konabilir.

Sosyal eşitsizliğin en iyi görüldüğü olgu sosyal tabakalaşma olgusudur. Sosyal tabakalaşma gelire, kültüre ve prestije dayanan bir toplumsal derecelendirmeye işaret eder. Yani toplumsal tabakalaşma bireyin bağlı olduğu ve işgal ettiği sınıfla yakından ilgilidir. Buna karşın normlar karşısındaki davranışlar ise tamamen bireyseldir. Bu doğru olarak kabul edildiği taktirde, bireysel davranışlara getirilen normlar ile sosyal pozisyonların eşitsizliği arasında bağ paradoksal bir bağ olmak durumundadır.³ Yani bir taraftan insanların normlar karşısında özgürce seçebilme imkanını kabul etmek, diğer taraftan insanların toplumda sahip oldukları konuma göre onlardan bazı davranışları göstermelerini beklemek bir çelişkidir. Çünkü sosyal pozisyonlar doğası gereği farklıdır ve farklı sosyal pozisyonlara sahip olan bireylerden normlara aynı derecede uymalarını beklemek yanlış bir yaklaşımdır.

Normlar da reel anlamda geçerli değerler olarak; mümkün olan değerler dünyasından ortaya çıkan bir seçme faaliyetinin sonucudur. Bu normların hangi ölçütlere ve bakış açılarına göre seçildiği ve kabul edildiği bu bağlamda önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü seçilen normlarda temel ölçüt, mümkün olan en fazla insanın bu normları özgür olarak kabul edilmesi ve genelin değerleriyle çatışmamasıdır. Fakat bunun tam olarak gerçekleştirilmesi ne yazık ki mümkün değildir. Toplum moral bir topluluktur ve bu bağlamda ister istemez bazı davranışları sınırlamakta ya da yanlış bulmaktadır. Bu anlamda kendini yaptırımlar aracılığı ile sağlama da almaktadır. Bu bağlamda sosyal normlar ve değerler sadece sosyolojik açıdan insanlar arasındaki statü derecelenmesinde değil, aynı zamanda kalıcı sosyal yapılarda da işlevseldir.

Buraya kadar anlatılanlardan çıkarabileceğimiz sonuç toplumda açığa çıkan eşitsizliğin önemli bir sebebinin, insan davranışlarını yaptırımla belirle-

2 Tumin, M.M.: Some Principles of Stratification: A Critical Analysis, in: American Sociological Review 18/1953, s.392.

3 Popitz, H.: Soziale Normen, in: Europäisches Archiv für Soziologie II, 1961.

yen normlar olduğu sonucudur. Bu norm ve yaptırımların toplumda geçerli olan hukuk sistemiyle nasıl bir ilişkisi vardır sorusu önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Normal şartlar altında yasa ve cezalara dayanan hukuk, sosyolojik anlamda norm ve yaptırım kavramını içermez. Fakat hukuku en geniş anlamıyla, yani her türlü norm ve yaptırımının bir üst kavramı olarak aldığımızda, hukuk toplumdaki eşitsizliğin zararlı bir şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Paradoksal bir biçimde şu söylenebilir; hukuk ile eşitsizlik birbirlerini gerektirmektedirler. Yani bir toplumda hukuk var ise o toplumda eşitsizliklerin olması zorunludur. Bu ilke, yasalar önünde herkesin eşitliğini kabul eden toplumlar için de geçerlidir. İnsanların yasalar karşısında eşit olması yasalarla yüzleşene kadardır. Bu yüzleşmeyle bereber eşitsizliğin oluşması doğal bir sonuçtur. Çünkü çeşitli cezai yaptırımla donatılan hukuk sistemi, kendi belirlediği çerçevenin dışını çıktığını kabul ettiği kişilere yaptırım uygulamakta, bu yaptırıma maruz kalanlarla kalmayanlar arasında negatif anlamda da olsa bir eşitsizlik ortaya çıkmaktadır. Burada norm ve yaptırım kavramıyla pozitif hukuk anlamında yasa ve ceza kavramları kastedilmektedir. Hukuksal norm ve yaptırım kavramıyla, hukuk'un bağalayıcılığının garantisi olarak ceza kavramı sürekli birlikte düşünülmektedir. Hukuk'un cezai müeyyidesi hukuk sistemiyle uyumlu bir kişi için fazla önemli olmayan bir şeydir ve bu davranışı sergileyen birisi kendisi açısından cezanın yokluğu ile ödüllendirilir. Fakat yaptırımları sadece ceza ile sınırlamak yanlıştır. Pozitif yaptırımla (ödüllendirme) negatif yaptırım (ceza) benzer tarzda işleyen zorlama mekanizmalarıdır. Her iki yaptırım türü de sosyal normların geçerliliğinin araçları olarak kabul edildiği takdirde, sosyal davranışların pozitif ve negatif yaptırımların bir ürünü olduğu sonucu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Sosyal normların bu özelliği-normlara uygun davranmayı garanti altına almak özelliği- ister istemez dolaylı olarak sosyal hiyerarşi kavramını da beraberinde düşündürmektedir.

Bu bağlamda karşımıza sosyal davranışları düzenleyen bu normların kaynağının ne olduğu ve bu normların varoluş şartlarının hangi tarihsel ve toplumsal şartlar altında değişim gösterdiği soruları çıkmaktadır. Bununla bağlantılı olarak normların yaptırımlarla niçin pekiştirildiği ve bu olgunun tarihte ortaya çıkan bütün toplumlarda rastlanılan bir olgu olup olmadığı soruları da ayrıca önem arz etmektedir. Birinci soruya verilecek ya da verilmiş cevapların başında T.Hobbes'un da belirttiği gibi insanın fitraten bencil ve egoist olduğu, fırsatını bulduğunda diğer hemcinslerini ortadan kaldıracak kadar kötü niyetli olabileceği ve bu yüzden de böyle bir insanın davranışlarını dizginlemek ve kontrol altına almak için ilk önce devlet aygıtına dolayısıyla da onun vazgeçilmez bir unsuru olan yaptırım gücüne sahip normlara muhtaç olduğumuz cevabıdır. Bu açıklamaya göre insanlar arasındaki eşit-

sizliğin sebebi bizzat norm ve değerler olmayıp; onları zorunlu kılan kötü insan doğasıdır. Bu bağlamda Rousseau'nun bu konu hakkındaki görüşleri de oldukça ilginç ve yol göstericidir. Her ne kadar Rousseau Hobbes'un insan doğasının kötü olduğu düşüncesine katılmasa da insanların birarada yaşamalarının temeli olarak "toplumsal sözleşme" (*contrat social*) olgusunun zorunluluğuna inanır. Herkesin mutlu olduğu doğal durumunu kaybetmiş insanlar hak ve güvenliklerinin korunması için bu anlaşmayla siyasi egemenliklerini kendileri üzerinde olan bir yürütme erkine devretmektedirler ve bu erk toplum adına çeşitli yasa ve kanunlar aracılığıyla insanların sosyal yaşamını sürdürmelerine katkıda bulunmaktadır. Rousseau doğal durumun sona ermesi, dolayısıyla insanlar arasındaki eşitsizliğin başlangıç sebebi olarak özel mülküyetin ortaya çıkmasını gösterir. Ona göre, bir tarlayı çitlerle çevirip burası benimdir diyen bir insana burası niçin ve neden ve ne hakla senindir denebilseydi bugün insanlık bir sürü anlamsız savaşımlardan, çekişmelerden ve ölümlerden kendini kurtarmış olacaktı.⁴ Rousseau'ya göre bu paylaşım başladıktan sonra onu durdurmak mümkün değildir ve insanlar arasında arazisini başkalarının mülküyetini küçültmek ve daha fazla mülke sahip olmak adına amansız bir mücadele de böylece başlamış bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu ise kölelik ve efendiliğin, güçlünün haklı olması olgusunun ve hırsızlığın başlamasıdır. Böylece oluşan özel mülkiyet olgusu insan toplumunda eşitsizliği ortaya çıkaran ilk olgudur çünkü bunun doğal sonucu olarak zengin-fakir ayrımının ortaya çıkmıştır. Rousseau'ya göre eşitsizliği doğuran ikinci önemli faktör "üsttekiler" ya da diğer bir ifadeyle "hakim sınıf" olgusunun ortaya çıkmasıdır.⁵ Bunun doğal sonucu da hakim olanlar ve olunanlar eşitsizliğidir. Buna bağlı olarak gelişen diğer bir eşitsizlik türü ise "güç" kavramı ve bu gücün doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan efendi ve köle ayrımıdır. Rousseau'ya göre bu olgu eşitsizliğin zirvesidir ve açık bir mahiyet kaybıdır.⁶ Ona göre, bütün bunların doğal sonucu insanların maddede daha fazla hırsıyla sarılması ve sürekli daha fazla mala sahip olma uğruna hemcinslerine kötülük yapmalarıdır. Bu süreç te devam edebilecek bir süreç değildir. Bu durumdan hareketle; daha doğrusu bu olumsuz durumu değiştirmek bağlamında insanlar "birleşme" ihtiyacını hissetmişler ve bu birleşmeyi güçsüzleri güçlülerin tahakkümünden kurtarmak, herkesin mümkün

4 Rousseau, J.J.: Discours über die Ungleichheit, Ausgabe von P. Sakman, Die Krisis der Kultur, Auswahl aus Rousseaus Werken, Leipzig 1931, s. 269 vd.

Bu düşünceden hareket eden Proudhon'un „Mülkiyet hırsızlıktır“ cümlesi oldukça manidardır.

5 Störig, H.J. : Weltgeschichte der Philosophie, Stuttgart 1985, s. 376.

6 Rousseau, J.J.: A.g.e. s. 267.

olduğu kadar eşit olduğu ve kendi hakkına razı olacağı bir hukuk sistemi kurmak amacıyla istemişlerdir. Rousseau, toplum üyelerinin güçlerinin birbirlerine karşı kullanılması yerine, bütün insanlar üzerinde olacak bir güç kavramı üzerinde anlaşarak- ki bu güç toplumun bütün üyelerini bilgece hazırlanmış yasalarla düzenlemek durumundadır- bu sayede düşmanlardan, hakısızlıklardan korunabileceği ve barışın ebediyen tesis edilebileceği inancındadır.⁷

Rousseau'ya göre insan özgür doğmuş olmasına karşın her yerde zincir- lere vurulmuştur. Bununla birlikte doğal ve değişmeyen özgürlüğün yasalar- la garanti altına alındığı ve ölçülü bir yaptırım gücüne sahip olan bir anayasa oluşturmak mümkündür. Buradaki güç hukukla sınırlı bir güçtür çünkü hu- kukla sınırlı olmayan güç hemen zorbalığa kaymaktadır. Hukuki bir hakimi- yet ancak ve ancak bireylerin özgür iradeleriyle kabul ettikleri bir uzlaşma sayesinde gerçekleşebilir. Böyle bir uzlaşma da toplum sözleşmesinden başka bir şey değildir. Burada topluluğun her bir üyesi bütün yetilerini ve istekleri- ni en üst bir isteme olan genel isteme ve genelin iyiliği anlayışına terketmektedir. Bunun sonucunda oluşan kamu şahsiyetine Rousseau *halk* adını verir. Halk ona göre egemenliğin tek sahibidir.

Bu saptamalardan da rahatça anlaşılacağı üzere insanlar arası eşitsizliğe sebep olan şeyleri ortadan kısmen kaldırmanın yolu (bu eşitsizlik Rousseau'ya göre insanlık için özel mülkiyetle başlamış olduğundan onu tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir) bilgece hazırlanmış ve insa- lar arasındaki eşitliği temel alan ve güçlü olanın haklı değil; haklı olanın güçlü olduğu bir hukuk sistemidir. Böyle bir sistemi gerçekleştirecek olan kurumda halk iradesinin doğrudan yansıması olan parlamentodur. Rousseau'ya göre sadece hukuk, insanlar arasında ilişkilerde açığa çıkan eşitsizlikleri ya da haksızlıkları giderebilir ya da tamir edebilir. Antropolojik ve fiziksel eşitsizlikler Rousseau için pozitif hukukun giderebileceği şeyler olmayıp, onları değiştirilemeyen kader olarak kabul etmek gerekir (insanın cinsiyeti, zengin ya da fakir olarak doğması, engelli olma durumu vs.).

Rousseau'nun insanlar arasındaki eşitsizliğin en büyük nedeni olarak mülkiyeti ve insan doğasının maddeye olan düşkünlüğünü göstermesi tek başına eşitsizlik kavramını açıklamaya yetmemektedir. Bütün bunların ya- nında insanlar arasındaki eşitsizliğe büyük oranda etki eden şeyler bütün insan toplumlarında görülen ve gerekli olduğuna inanılan bir takım toplum-

⁷ A.g.e., s. 94.

sal özelliklerdir.⁸ Bu bağlamda sosyal pozisyonların farklılığı, iş dağılımı ve sosyal rollerin çeşitliliği toplumların genel ortak özelliklerinin başlıcalarıdır. Fakat bunlar yalın anlamda kendi başlarına değil, onlara verilen değer ve anlamlar sayesinde eşitsizliğe neden olmaktadır. Değer atfedilmiş farklılaşmalar, sosyal pozisyonların statü ve gelire göre düzenlenmesi, ancak normatif beklentilere uygun olarak beirlenmiş ve çeşitli yaptırımlara maruz kalan sosyal davranışlar sayesinde etkili olabilmektedirler. Yani istenilen sosyal davranışın açığa çıkması için konulan norm ve yaptırımlar aslında-doğrudan amacı bu olmasa bile- insanlar arasında bir derece farkının dolayısıyla da bir eşitsizliğin doğmasına sebep olmaktadır.

Bu bağlamda sosyal tabakalaşma olgusu, bu eşitsizliğin sosyolojik ve kavramsal açıdan en iyi şekilde görüldüğü bir olgudur. Çünkü burada insanların sahip oldukları statülerin eşitsizliği en belirgin bir şekilde görülmektedir. Yani sosyal statü kavramında rağbet edilen ve az olduğundan değerli olan şeylerin farklı dağılımları olgusu içkin olarak vardır. Bu bağlamda zenginlik ve şöhret, sosyal prestij ve gelir durumu kavramları farklılığın ve eşitsizliğin kendisini en güzel bir biçimde gösterdiği kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu kavramların en büyük özelliği peşlerinden bir derecelendirme olgusunun gelmesidir. Bunların farklı bir sonucunun olabileceğini kabul etmek için hiç bir sebep yoktur.⁹ Buna ilave olarak siyasi iktidar ve hakimiyeti elinde bulunduran ve bu hakimiyeti dolaylı olarak kullanan bürokrasiye de değinmek yerinde olur. Hiç bir iktidar sahip olduğu gücü – özellikle modern demokrasilerde- yalnız başına kullanmaz (daha doğru bir ifadeyle kullanmasına müsaade edilmez. Bu durum bazen yasalar çerçevesinde bazende anayasa ve yasaların hilafına olarak ortaya çıkabilir). Burada ömenli bir ayrıntıya dikkat çekmekte fayda vardır. O da norm ve yaptırımlardan ortaya çıkan farklılık ve eşitsizliklerin gerekliliği ile, toplumdaki egemen gücün yapısının açıklanamayacağı olgusudur. Bu güç ve onun yapısı, daha çok gücün ve egemenliğin sosyal yapısı ve sınıfıyla ilgilidir. Siyasi egemenlik ve bu egemenliğe bağlı kurumlar sosyal tabakalaşma kavramından mantıksal olarak daha önceliklidir.

M. Weber katılımcıların her birinin özgür irade ve seçimiyle oluşmayan

⁸ Mikl-Horke,G: Soziologie. Historische Kontext und soziologische Theorie-Entwürfe, München 1994, s.2 vd.

⁹ Zenginlik ve şöhret, bütün toplumlarda eşitsizliğin en güzel olarak görüldüğü ve bu bağlamda ortak eşitsizlik ölçütü olarak kabul edilen iki kavramdır. Bu manada bu iki kavram insanlar arasındaki her türlü ideal (prestij, şan şeref) ve maddi (zenginlik ve yüksek gelir) farklılaşma işaretlerini en iyi gösteren kavramlardır.

düzeni tahakküm ve teba düzeni olarak betimlemektedir.¹⁰ Bu bağlamda *siyasi egemenlik* ya da egemen güç, norm ve yaptırımların yanında önemli bir toplumsal kategori olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumda insan davranışlarına normlar yön vermekte, normlar teşvik ya da tehdit edici yaptırımlarla işlerlik kazanmakta ve bu yaptırım toplumdaki egemen güç tarafından icra edilmektedir. Bu üç kategori toplumsal kategorilerin temeli olup, diğer bütün kategoriler bu üç kategoriden türetilir. Bu bağlamda sosyal tabakalaşma olarak kendisini gösteren eşitsizlik, toplumdaki egemenlik yapısının ikincil bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yani herhangi bir toplumda yapısal açıdan daha önce kurulan ve diğer kurumların kendisine göre düzenlendiği olgu, egemenlik olgusudur. Toplumsal tabakalaşma, sosyal kurumlar, iş paylaşımı vs. gibi sosyal olgular toplumda hakim olan siyasal egemenliğin şekline göre düzenlenmekte; mesela demokratik bir toplumda bu güç dağılımı, kullanımı ve buna bağlı olarak gelişen diğer unsurlar demokratik ilkelere göre belirlenmektedir. Monarşik ya da teokratik siyasal egemenliğin hakim olduğu bir toplumda da yine bu ideoloji ve rejimlerin toplum anlayışlarına göre norm ve yaptırımlar belirlenmektedir. Diğer sosyal kurum ve kuruluşların şekli de yine toplumda hakim olan siyasal güç tarafından belirlenmektedir. Ayrıca bu siyasal egemen gücün önem verdiği diğer bir konu da normların geçerliliğini devam ettirme konusunda gösterdikleri hassasiyettir. Bu anlamda herhangi bir toplumda geçerli olan normların aslında o toplumdaki egemen güçler tarafından konmuş olan kurallardan başka bir şey olmadığını söylemek yanlış olmasa gerektir. Bu olgunun eşitsizlik sistemi açısından anlamı, toplumda uygun bir pozisyona sahip olan ve bunun doğal sonucu olarak -sahip olduğu sosyal pozisyon sayesinde- normlara en iyi uyan birisinin toplumun üst tabakasında yerini alması; ve bağlı bulunduğu sosyal pozisyon ve rolden dolayı içinde yaşadığı toplumun beklentilerine uygun davranış gösteremeyen birisinin de yüksek bir prestij ve gelirden yoksun olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında her toplum bu tür özelliğe sahip olan bireylerinin davranışlarını değiştirmeye ve onları mümkün olduğu kadar bu normlara uymaya zorlar. Bu seçenekle karşı karşıya kalan bir birey ya bu hakim gücün istediği davranış değişikliğine gider ve bunun karşılığını çeşitli şekillerde alır ya da kendi tutmunda ısrar eder fakat bunun karşılığını da toplumun nimetlerinden yeterince faydalanmamak olarak görür.

Bu olgu az ya da çok tarihte bütün toplumlarda ama farklı şekillerde kendisini göstermiştir. Farklı şekillerde ve derecelerde de olsa her toplumda mülkiyet ve soyluluk olgusu genelde bir grupta birleşmiş ve bunlar toplumun bütün alanlarında bazen doğrudan bazen de dolaylı olarak söz sahibi olmuş-

10 Weber, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. baskı, Tübingen 1956, s. 27.

lardır. Günümüzde de bu olgu mahiyet değiştirmiş olarak devam etmektedir. Çünkü insanlık tarihi boyunca mülkiyete sahip olmanın peşinden bazı hakları kendiliğinden getirdiği görülmüş ya da en azından öyle kabul edilmiştir.¹¹ Toplumdaki gücü elinde tutanlar kendilerini beklenen ya da beklenmeyen her türlü değişime süratle ayarlamış ve bu şekilde güçlerini korumaya çalışmışlardır. Çünkü değişime ayak uyduramayan ya da geç kalanların sahip oldukları statülerini korumaları mümkün değildir.

Norm-yaptırım-güç bağlamında şimdiye kadar ifade edilmeye çalışılan olgu hiçbir şekilde ütöpik değildir. Eğer insanlar arasındaki ortaya çıkan eşitsizliğin moral değerlere sahip olan bir toplum kavramından ortaya çıktığı doğru ise, dünyada insanların tamamen eşit olduğu bir topluma rastlamak mümkün değildir. Bununla birlikte kanun önünde herkesin eşitliği, eşit seçim özgürlüğü, eşit eğitim şansı ve diğer somut eşitlik durumları gerçekleşmesi mümkün olan ve çağımızda bir çok toplumda gerçekleşmiş durumlardır. Fakat insanlar arasındaki her türlü statü farklılığının ortadan kaldırıldığı bir toplum yaratma ülküsü ve amacı, her türlü sosyolojik gerçekliği aşmakta ve ütopya alanına girmektedir. Bu bağlamda sınıfsız bir toplum vadeden ve insanlar arasındaki eşitsizliği sadece fonksiyonel bir eşitsizlik olarak kalacağı iddiasında bulunan çeşitli politik programların da başarıya ulaşamadıkları ya da bizzat eşitsizliğe ve teröre sebebiyet verdikleri sosyolojik ve tarihsel gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Kendi toplumlarında eşitlik ilkesinin tamamen gerçekleştiği iddiasında bulunan ideologlara Orwells'in meşhur "bazıları diğerlerinden daha fazla eşittir" cümlesi en güzel cevabı vermektedir.

Bu bağlamda Amerikalı fonksiyonalist¹² sosyologların görüşleri konunun aydınlatılması açısından bize yol gösterici olabilir. Bu görüşe göre toplum pürüzsüz bir biçimde çalışan bir bütündür. Bu meyanda insanlar arasında ortaya çıkan eşitsizlik te bu bütünlüğün uyumuna katkı sağlayan bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakış açısı bizi Barber'in güzel bir şekilde özetlediği şu cümlelere götürür: "İnsanlar sahip oldukları toplumsal değer standartlarına göre davranışlarının haklı olarak iyi ya da kötü olarak değerlendirildiğine inandıkları takdirde, adalet ve fazilet kavramlarının yerine

11 Young, M.: The Rise of the Meritocracy 1870-2033, London 1958 (Dt. Unter den Titel: Es lebe die Ungleichheit, Köln 1961).

12 Fonksiyonalizm "sosyal bilimlerde, bir toplumsal kurum ya da pratiğe dair açıklamada, onun kökenine değil de, yerine getirdiği işlevini, o kurum ya da pratiğin, bir parçası olduğu daha büyük bir sosyal bütünün işleyişine, gelişimine ya da bekasına yaptığı katkıyı temele alan öğretisi" olarak tanımlanmaktadır. Cevizci, A.: Felsefe Sözlüğü, Paradigma yay., İstanbul 2002, s.423., ayrıca bkz. Kızılcılık, S.& Erdem, Y.: Sosyoloji Terimleri Sözlüğü, ilgili madde, Ankara 1994.

getirildiğine inanmaktadırlar".¹³ Barber'a göre toplumda herhangi bir yer işgal eden insan, toplumun genel değer sisteminde bir yer işgal ettiği ve bu anlamda bir fonksiyonu yerine getirerek toplum denen sistemin işleyişine bu şekilde katkıda bulunduğu için kendi yerinden ve değerinden memnunluk duymaktadır. Bu anlamda işgal edilen yerlerin yüksek ya da alçak olmasının fazla bir anlamı yoktur çünkü böyle bir sistemde en büyük parça ile en küçük parçanın değer açısından birbirlerinden ne fazlalıkları ne de eksiklikleri vardır. Hepsi birden mutlu bir ailenin bireylerini oluşturmaktadır. Eşitsizliğe bu açıdan bakıldığında bu kavramın aslında o kadar da korkulacak bir şey olmadığı, toplum olmanın gereklerinden biri olduğu çünkü bütüncül bir sistem özelliği gösteren toplumun ancak bu eşitsizlikler sayesinde ayakta durduğu tezleri ileri sürülmektedir. Böyle bir yargı kısmen doğru olabilir fakat toplumun bütün kesimlerinin bir aile gibi birbirlerine yakın olmasını beklemek, aile içi dayanışma ve yardımlaşmanın aynen toplumda da olabileceğini kabul etmek çok gerçekçi bir yaklaşım olmasa gerektir. Çünkü toplum bireylerini yüksek, ideal bir ahlak öğretilerinde birleştirmek ya da üyelerin hepsinin digergamcı bir ahlak anlayışını benimseyeceklerini düşünmek hem antropolojik ve psikolojik hem de sosyolojik açıdan ne yazık ki mümkün değildir.

İnsanlar arasındaki eşitsizliğin diğer bir özelliği de (her ne kadar kendisi olumsuz ve istenmeyen bir şey olsa da) paradoksal bir biçimde toplumun birlikteliğini ve biraradalığını sağlamaktır. Bu anlamda sosyal eşitsizlikle sosyal baskı arasında doğrudan bir ilişki söz konusudur. Siyasal ya da ekonomik güce sahip olan gruplar kendi sahip oldukları nimetleri devam ettirmek için sosyal baskı unsurları geliştirmekte ve bu da toplumda bu baskılardan kurtulmak isteyenlerle bu baskı unsurlarından nemalananlar arasında çeşitli mücadelelere sebep olmaktadır. Bu olgu toplumdaki fakir ve alt tabakaya mensup insanlarda yüksek tabakaya ve zenginliğe ulaşmak için bir gayret ve çabayı kendiliğinden ortaya çıkarmaktadır. Bu anlamda toplumdaki eşitsizlik, aynı zamanda sosyal hareketliliğe ve sosyal yapılarda bir dinamizme sebep olmaktadır. Böylece eşitsizlik başkalarının zararına da olsa bir kazanç olarak ortaya çıkmaktadır. Eşitsizliğin olmadığı bir toplum beklemek ya da yaratmak gerçekçi değildir. Bu anlamda eşitsizliği de tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir. Buradan çıkan doğal sonuç, tam eşitliğin olduğu ideal ve mükemmel bir toplum modelinin olamayacağıdır.

Bu meyanda Kant'ın Rousseau'ya getirdiği eleştiriyi bir kez daha hatırlamakta fayda vardır. Kant'a göre eşitsizlik, birçok kötülüğün zengin bir kaynağıdır. Fakat ona göre aynı eşitsizliğin bütün iyi şeylerin de kaynağı

¹³ Barber, A.: *Social Stratification*, Kapitel I, New York 1957.

olduğunu da unutmamak gerekir. Toplumda bir sürü haksızlığın, şikayet edilecek ve eşitliği zedeleyen şeylerin olduğu doğrudur. İnsanlar arasındaki sosyal ve ekonomik eşitsizlikler vardır ve onlarla mücadele etmenin gerekliliği de ortadadır. Fakat insanlar arasında eşitsizliğin olması toplumun tarihselliğinin ve aynı zamanda bireysel özgürlüğün de bir garantisidir. Tamamen eşit olan bir toplum modeli sadece hayali değil; aynı zamanda insanı boğan da bir düşüncedir. Çünkü özgürlük denen şey, belirsiz ve tamamlanmamış ütopyolarda değil; somut, mutlak eşitlik olmadan da yaşayan bir toplumda kendisini gerçekleştirir.

KAYNAKÇA

Barber, A.: *Social Stratification*, New York 1957.

Cevizci, A.: *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma yay., İstanbul 2002.

Kızılçelik, S.& Erdem, Y.: *Sosyoloji Terimleri Sözlüğü*, Ankara 1994.

Mikl-Horke, G.: *Soziologie. Historische Kontext und soziologische Theorie-Entwürfe*, München 1994.

Popitz, H.: *Soziale Normen*, in: *Europäisches Archiv für Soziologie II*, 1961.

Rousseau, J.J.: *Discours über die Ungleichheit*, Ausgabe von P. Sakman, Die Krisis der Kultur, Auswahl aus Rousseaus Werken, Leipzig 1931.

Störig, H.J. : *Weltgeschichte der Philosophie*, Stuttgart 1985.

Tumin, M.M.: *Some Principles of Stratification: A Critical Analysis*, in: *American Sociological Review* 18/1953.

Young, M.: *The Rise of the Meritocracy 1870-2033*, London 1958 (Dt. Unter den Titel: *Es lebe die Ungleichheit*, Köln 1961)..

Weber, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. baskı, Tübingen 1956.

SUÇUN YAPISINDA OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI

*Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ**
*Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ***

GİRİŞ

Genel olarak “haksızlık” kavramı, hakların veya hukuki değerlerin ihlali anlamına gelir. Ancak haksızlıkların tamamı değil, toplumsal yaşama verdiği zararlar dikkate alınarak, hukuk düzeni tarafından cezaya layık görülenler suç oluştururlar. Cezayı gerektiren haksızlıklar ceza normları vasıtasıyla, haksızlığın unsurları ve bunun sonuçları gösterilmek suretiyle belirlenmektedir. Buna göre, cezalandırılabilir bir haksızlık, ceza normunun öngördüğü unsurları oluşmuş bir haksızlığı ifade etmektedir¹.

Haksızlığın (suçun) unsurları, bir davranışın ne zaman cezayı gerekli kıldığını belirler. Suçun kanunî tanımında gösterilen bu unsurların hukuka aykırı ve kusurlu olarak gerçekleştirilmesiyle birlikte, cezaya layık² bir haksızlığın varlığından bahsedilir. Kural olarak, bir kişinin cezalandırılabilmesi için bunlar dışında herhangi bir unsurun bulunması gerekli değildir³. Bununla birlikte pratik ve ceza siyaseti ile ilgili gerekler cezalandırma için, başkaca şartların gerçekleşmesini veya özel bazı sebepler dolayısıyla cezalandırılabilirliğin kalkmamasını gerektirir (cezaya muhtaçlık⁴). Buna göre, bazı haksızlıkların cezalandırılabilmesi için, ayrıca cezalandırma ihtiyacının bulunması gerekmektedir. Cezalandırma için varlığı aranan veya bulunmaması gereken bu unsurlara, suçun yapısında haksızlık ve kusur isnadının dışında kalan cezaya muhtaçlık unsurları denilmektedir. Bu unsurlar pozitif şekilde (ceza-

* DPÜ. Kütahya İİBF. Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 **Udo Ebert**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001, s. 28.

2 Strafwürdigkeit

3 **Claus Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, § 23, kn: 1.

4 Strafbedürfnis

landırabilirlik için varlığı gerekli olan) cezalandırılabilirlik şartlarından, negatif biçimde (cezalandırılabilirlik için bulunmaması gereken) cezayı kaldıran sebeplerden ibarettir⁵. Biz bu çalışmada bunlardan yalnızca objektif cezalandırılabilme şartları üzerinde duracağız.

I- KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A- Tanımı ve Mahiyeti

Objektif cezalandırılabilme şartları failin kusurunun aranmadığı, gerçekleştirmedikleri durumlarda cezalandırmanın mümkün olmadığı, çoğu zaman suçun işlenmesi sırasında veya suçun işlenmesi ile gerçekleşen, cezalandırmayı sağlamasından dolayı olumlu bir karakter arz eden objektif nitelikli şartlardır⁶. Bir başka tanımda ise objektif cezalandırılabilme şartları kısaca şu şekilde tarif edilmiştir: Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun unsurları dışında kalan ancak cezalandırılabilme için şart olan durumlardır⁷.

Objektif cezalandırılabilme şartları suçun unsurları dışında kalan bir olgudur. Suçun unsurları dışında kalma, bu şartların norma aykırı eylemi karakterize etmemesini, yani haksızlığın içeriği üzerinde etkili olmamasını ifade eder⁸. Buna göre, ortada bütün unsurları ile gerçekleşmiş bir suç vardır. Ancak fail buna rağmen cezalandırılmamaktadır. Failin cezalandırılabilmesi için suçun unsurları haricinde, objektif niteliğe sahip belli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. İşlenen fiil suç olma özelliğini taşımakla birlikte, objektif nitelikli bu şartlar gerçekleşmedikçe kişiye ceza verilememektedir. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartları cezalandırılabilirliğin alanını daraltan bir işlev görmektedir⁹.

Kanundaki suç tanımları, cezaya layık haksızlıkları belirtmektedir. Suç tanımına uygun fiillerin gerçekleştirilmesiyle birlikte, prensip olarak cezalandırılması gereken bir davranış ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu, suç siyasetine ilişkin değişik gerekçelerle, özellikle de ceza ekonomisi gerekçesiyle, cezalandırılabilirlik için liyakatlilik dışındaki başkaca şartların gerçekleşmesini de aramaktadır. Gerçekleştirilen haksızlığın yol açtığı zarar, objektif cezalandırılabilme şartının gerektirdiği boyuta var-

⁵ Ebert, s. 111.

⁶ Kayıhan İçel/İzzet Özgenc/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, İstanbul 1999, 1. Bası, s. 29.

⁷ Rolf Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bremen 2004, s. 111.

⁸ Gerhard Hass, Die Entstehungsgeschichte der Objektiven Strafbarkeitsbedingung, München 1969, s. 37.

⁹ İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 513.

madıkça failin cezalandırılması kabul edilmemektedir¹⁰. Örneğin somut tehlike suçlarında, işlenen fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlike meydana getirmesi objektif cezalandırılabilme şartını oluşturmaktadır. Bu tür suçlarda tipik fiilin işlenmesiyle haksızlık gerçekleşmektedir. Ancak bu haksızlık nedeniyle failin cezalandırılabilmesi için, somut bir tehlikenin gerçekleşmesi gerekmektedir. TCK.'nın 170. maddesinde yangın çıkarılması, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olunması veya silahla ateş edilmesi ya da patlayıcı madde kullanılması bir haksızlık olarak tanımlanmıştır. Genel güvenliği tehlikeye sokma suçu bu haksızlık unsurlarının gerçekleştirilmesiyle tamamlanmaktadır. Ancak failin cezalandırılabilmesi için bu yeterli değildir. Failin cezalandırılabilmesi için, bu hareketleri neticesinde kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlike doğmuş olmalı ya da kişilerde korku, kaygı veya panik gerçekleşmiş olmalıdır¹¹.

Hemen belirtelim ki, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığı, doktrinde ittifakla kabul edilmiş değildir. Bir görüşe göre¹², haksızlık teşkil etmeyen bir şey suç oluşturamaz. Objektif cezalandırılabilme şartları da haksızlık için temel teşkil edemeyeceğine göre, bu şartların kovuşturma şartlarından herhangi bir farkı yoktur. Diğer bir görüşe göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının unsurlardan bir farkı yoktur¹³. Buna göre, objektif cezalandırılabilme şartları gerçekleşmeden faile mademki ceza veremiyoruz, bu yüzden bu koşulların, suçun dışında, unsurlardan farklı bir şey olduğunu söylemek imkânsızdır. Bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira bir unsurun yokluğu durumunda ceza hukuku anlamında oluşmuş bir suçtan bahsedemeyiz. Ancak objektif cezalandırılabilme şartlarında ise ortada bütün unsurları ile tamamlanmış bir suç söz konusudur. Kanun koyucu suç siyaseti gereğince failin cezalandırılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesini ek olarak aramaktadır¹⁴. Bunun dışında şahsi cezasızlık sebepleri veya cezayı kaldıran şahsi sebepler de faile ceza verilmesini engellemektedir. Nasıl bu sebepler suçun varlığı veya yokluğu bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmuyorsa, suçun yapısında bunlarla aynı yerde bulunan objektif cezalandırılabilme şartlarını da suçun unsurları kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Ayrıca suçun maddi unsurlarından fiil tamamlanamadığı veya

¹⁰ Ebert, s. 112.

¹¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 513-514.

¹² Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961, s. 249, aktaran: Hass, s. 2.

¹³ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.: I, 14. Bası, İstanbul 1997, no: 456.

¹⁴ Dönmezer/Erman, no: 456.

netice gerçekleşmediği zaman bu suça teşebbüsten dolayı faili ceza vermek mümkün iken, objektif cezalandırılabilme şartlarını ihtiva eden suçlara teşebbüs cezalandırılmamaktadır.

Bunun dışında objektif cezalandırılabilme şartlarının kusurlu sorumluluk ilkesine aykırı olduğu da ileri sürülmektedir. Ancak bu görüşün doğru kabul edilebilmesi için objektif cezalandırılabilme şartlarının doğrudan cezayı doğurucu (kurucu) veya artırıcı bir unsur olması gerekir¹⁵. Oysa objektif cezalandırılabilme şartları suçun yapısında kusur yargısında bulunulmasından sonra değerlendirmeye alınmaktadır. Kanuni tarifteki bir haksızlığı gerçekleştirmiş, gerçekleştirmiş olduğu bu fiil nedeniyle hakkında kınama yargısında bulunulmuş bir kişi, kanun koyucunun ceza siyaseti gerekçeleriyle ayrıca arama gereği duymuş olduğu bir şartın daha gerçekleşmesi halinde sorumlu tutulabilmektedir. Dolayısıyla objektif cezalandırılabilme şartları ceza sorumluluğunun alanını daraltan bir işlev görmektedir. Kusurluluk ile objektif cezalandırılabilme şartlarını yapısal olarak birbiriyle mukayese etmek mümkün olmadığı gibi, ceza sorumluluğunun alanını daraltan bir kuru- mun, kusur prensibiyle bağdaşmadığını söylemek de, kanaatimizce doğru değildir.

B- Önemi

Objektif cezalandırılabilme şartları, diğer bir deyişle cezalandırılabilirliğin objektif koşulları suç ile direk bir ilişki içinde olan ancak ne hukuka aykırılık ne de kusurluluğa dâhil olan unsurlardır¹⁶. Bu özelliklerinden dolayı suçun ek unsurları olarak da adlandırılan objektif cezalandırılabilme şartları, cezalandırılabilirliğin maddi unsurlarına ait olmalarına karşın, kastın bünyesine girmeye ihtiyaç duymazlar¹⁷. Bunun anlamı, bu şartların suçun işlenmesi sırasında veya daha sonra gerçekleşmeleri durumunda, fail bu şartları bilmiyor olsa veya bunların gerçekleşmeleri daha önceden öngörülemiyor olsa bile, fail cezalandırılabilir; buna karşılık failin bunların varlığına veya gerçekleştiğine inandığı durumlarda, bu şartlar gerçekleşmedikçe, fail teşebbüsten dahi cezalandırılmayacaktır¹⁸.

15 Otto Triffterer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien 1994, s. 193.

16 Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 555; Triffterer, s. 191.

17 Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, Heidelberg 2006, § 5, kn: 148.

18 Jescheck, s. 555.

II- BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A- Kovuşturma Şartları

Kanun koyucu bazen suç işlemiş bir kişi hakkında usule ilişkin bir takım şartlar gerçekleşmeden dava açılmasına izin vermemektedir¹⁹. Kovuşturma şartları olarak adlandırılan bu olgular, objektif cezalandırılabilme şartları ile benzerlik göstermektedir. Sonuçta her iki şartın bulunmaması halinde de fail ceza tehdidinden kurtulmaktadır. Kovuşturma şartları ceza kanunlarında düzenlenmelerine karşın yapıları gereği usul hukukuna aittirler. Bu şartlar fail hakkında yapılacak olan kovuşturmaya imkân sağladıklarından dolayı suçun unsurlarının tamamen dışında yer alırlar²⁰. Yukarıda belirtilen ve kovuşturma şartları ile objektif cezalandırılabilme şartları arasında farkın bulunmadığı yolundaki görüşün²¹ aksine bu iki müessese arasında belirgin farklılıklar bulunmaktadır²².

İlk olarak objektif cezalandırılabilme şartlarının suçun işlenmesi anında veya suç işlendikten sonra var olması gerekir. Kovuşturma şartlarında ise failin cezalandırılabilirliği suç işlendikten sonra gerçekleşmesi gereken bir koşula bağlı tutulmuştur²³. Objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi, bu kavramın adından da anlaşılacağı üzere objektif bir takım şartlara bağlanmıştır. Buna karşılık kovuşturma şartlarının gerçekleşmesi suç mağdurunun veya mercilerin iradesine bağlıdır²⁴.

Bir yargılamada kovuşturma şartlarının veya objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmemesi halinde verilecek hüküm de farklılık göstermektedir. CMK. m. 223/8'de kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde düşme kararı verileceği, kovuşturmanın yapılması bir şartın gerçekleşmesine bağlı tutulmuşsa ve bu şart henüz gerçekleşmemişse bunun gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verileceği belirtilmiştir. Ancak CMK. 223. maddede objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği hallerde ne şekilde hareket edileceği, yani nasıl bir hüküm verileceği belirtilmemiştir. Yukarıda objektif cezalandırılabilme şartlarının suçun yapısındaki yerinin şahsi cezasızlık sebepleri ile aynı olduğu belirtilmişti. Kanun koyucu şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde nasıl bir hüküm verile-

¹⁹ Dönmezer/Erman, no: 461.

²⁰ Wessels/Beulke, § 5, kn: 151.

²¹ Hass, s. 2.

²² Buna karşılık bazı yazarlar bu iki kurum arasındaki farkı kabul etmelerine karşın, aradaki farkın şimdiye kadar net bir şekilde ortaya konulamadığını savunmaktadır. Bkz. Hass, s. 2.

²³ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 28.

²⁴ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 28.

ceğini göstermiştir. CMK.'nın 223/4. maddesine göre şahsi cezasızlık sebebinin varlığı nedeniyle ceza verilemediği hallerde, hâkim ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir. Suçun yapısında şahsi cezasızlık sebepleriyle aynı safhada değerlendirmeye tabi tutulduğundan objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmediği durumlarda da aynı kararın verilmesi gerekir. 765 sayılı Kanunda objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği hallerde, beraat kararının verilmesi gerektiği belirtilmekteydi²⁵. Yeni Ceza Kanunu çerçevesinde de aynı görüşün devam ettirildiği görülmektedir²⁶. CMK.'nın 223/2. fıkrasında hangi durumlarda beraat kararının verileceği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde beraat kararı verilir. Görüldüğü üzere objektif cezalandırılabilme şartları beraatı gerektiren hallere dâhil değildir. Bu nedenle doktrindeki bu görüşe katılmamaktayız. Ayrıca böyle bir durumda beraat kararının verilmesi halinde, diğer hukuk dallarının örneğin idare hukukunun yaptırımların da uygulanamayacağı sonucuna varılacaktır. Sözgelimi başkalarının hayatı bakımından tehlikeli olacak şekilde sarhoş vaziyette araç kullanmak suçtur (m. 179/3). Şayet sarhoş araba kullanmasına rağmen bu durum başkalarının hayatı bakımından tehlike doğurmamışsa fail cezalandırılmayacaktır. Ancak sarhoş araba kullanmak bizzat haksızlık olduğundan Karayolları Trafik Kanununa göre idari yaptırımı gerektirebilir.

Objektif cezalandırılabilme şartları bir suçun soruşturulmasına veya kovuşturulmasına yönelik bir engel değildir. Aksine failin cezalandırılmasına yönelik bir engel teşkil eder. Buna karşılık kovuşturma şartları, failin suçluluğu ile ilgili değildir. Ancak her iki durumda da, fail, sonuçta cezalandırılmamaktadır²⁷. Objektif cezalandırılabilme şartlarında hukuken korunan düzenin sınırlandırılmasının kendine özgü derecesi vurgulanırken, kovuşturma şartları hukuki barışın korunması ile bir arada bulunan durumlarda söz konusu olmaktadır²⁸.

25 Bkz. Dönmezer/Erman, no: 461.

26 Nur Centel/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 453.

27 Centel/Zafer, s. 453

28 Jescheck, s. 558.

B- Suçun Unsurları

Objektif cezalandırılabilme şartlarının unsurdan başka bir şey olmadığı yolundaki görüşlere rağmen, suçun unsurlarıyla objektif cezalandırılabilme şartları farklılık arz etmektedir. İlk farklılık, objektif cezalandırılabilme şartlarının ve unsurların kast kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda karşımıza çıkmaktadır. TCK. m. 21 çerçevesinde kastın kapsamına giren unsurlar, suçun kanuni tanımındaki unsurlarıdır. Suç teşkil eden haksızlığın muhtevasını belirleyen hususlar, maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarından ibarettir. Buna göre kural olarak kastın kapsamına giren unsurlar, haksızlığın bu kurucu unsurlarından olan maddi unsur ve suçun kanuni tanımında gösterilen hukuka aykırılık unsurdur. Buna karşılık fiilin haksızlık muhtevasında etkili olmayan hususlar kast kapsamına dâhil değildir²⁹. Objektif cezalandırılabilme şartları da, haksızlık muhtevasına dâhil olmadığından bu şartların bilinip bilinmemesi haksızlığın gerçekleşmesi açısından önemli değildir. Esasen bu nedenle bu şartların objektifliğinden bahsedilmektedir³⁰. Örneğin TCK. m. 257/1'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunda, bir kamu görevlisinin bilerek görevinin gereklerine aykırı hareket etmesiyle haksızlık oluşmaktadır. Burada kastın kapsamına giren husus haksızlık içeriğini belirleyen kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesidir. Ancak kamu görevlisinin gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan dolayı cezalandırılabilmesi için kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere kazanç sağlaması gerekmektedir. Ancak bu olgular kastın kapsamına girmemektedir.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının kastın kapsamına dâhil olmaması, hata hükümlerinin uygulanması bakımından da önem arz etmektedir. Suçun unsurlarına ilişkin hata taksirli sorumluluk şekli saklı olmakla birlikte kastı kaldırmaktadır (TCK. m. 30/1). Buna karşılık somut olayda ilgili suç tipi bakımından cezalandırılabilirlik objektif bir şartın gerçekleşmesine bağlı kılınmışsa, failin buna ilişkin yanılması önemli değildir. Zira daha önce de belirtildiği üzere objektif cezalandırılabilme şartı kastın konusunu oluşturmamakta, bu nedenle failin objektif cezalandırılabilme şartının varlığı veya yokluğu hususunda düştüğü hata hukuken önem taşımamaktadır. Örneğin TCK. m. 240'ta düzenlenen mal veya hizmet satımından kaçınma suçunda failin, belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınmasının sonucunda bu durumun kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıkaracağına hataya düşmesinin herhangi bir önemi yoktur. Başka bir anlatımla suçun oluşumu için bilerek

29 **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku, s. 213.

30 **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku, s. 514.

belli bir mal veya hizmetin satımından kaçınmak yeterlidir, ayrıca bu davranış sonucunda kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıkacağını bilmeye gerek yoktur.

Suçun unsurlarının tamamıyla gerçekleşmediği bazı hallerde faili teşebbüsten sorumlu tutmak mümkündür³¹. Gerçekten fail, işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığı ve fakat tamamlayamadığı hallerde teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmaktadır (m. 35). Oysa yapısında objektif cezalandırılabilme şartı bulunan suçlarda şart gerçekleşmedikçe faile ceza verilemez. Ancak bu sonuç, doktrinde aksi görüşte olanlar³² bulunmasına rağmen, objektif cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçların teşebbüse elverişli olmadığı anlamına gelmez. Kanaatimizce yapısında objektif cezalandırılabilme şartı bulunduran suçlara da teşebbüs mümkündür³³. Teşebbüs, bir suçun, tamamlanmış şekline göre bünyesinde maddi unsurları yönünden eksikliği belirten özel bir görünüm şeklini oluşturmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere maddi unsur suçun yapısında haksızlığın kurucu unsurlarından biridir. Oysa objektif cezalandırılabilme şartları, suçun yapısında haksızlık ve kusurluluk alanının dışında kalmaktadır. Bu nedenle haksızlık alanıyla ilgili olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarının, haksızlık alanıyla ilgili bir konuyu engellemesi, yani suçu teşebbüse elverişsiz hale getirmesi mümkün değildir. Bunun dışında doktrinde cezalandırılabilme şartı içeren suçların teşebbüs halinde kalmasına rağmen, şartın gerçekleştiği durumlarda failin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılacağı belirtilmektedir³⁴. Kanaatimizce şartın gerçekleştiği durumlarda artık teşebbüsten bahsetmek mümkün değildir. Zira teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda teşebbüsten dolayı ceza belirlenirken, meydana gelen tehlikenin ve zararın ağırlığı dikkate alınacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartını içeren suçlarda, şartın gerçekleşmesi halinde bu cezanın 35/2'ye göre indirilmesi mümkün değildir.

Şikâyet ve dava zamanaşımı sürelerinin ne zamandan itibaren başlayacağını, yani bu suçun işlenmesi anından itibaren mi, yoksa objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği andan itibaren mi başlayacağını tespit etmek gerekmektedir. TCK. m.73/2'ye göre takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyet süresi fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlar. Buna göre objektif cezalandırılabilme şartlarının şikâyet süresinin işlemeye başlaması bakımından herhangi bir etkisi yoktur. Soruşturulması ve kovuşturulması

31 Dönmezer/Erman, no: 459.

32 Dönmezer/Erman, no: 459.

33 Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 514.

34 Kayıhan İçel/A. Hakan Evik, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 21.

şikâyete bağlı suçlarda cezalandırılabilme şartı gerçekleşmiş olsa bile şikâyet hakkı sahibi, fiili ve faili öğrenmemişse süre işlemeye başlamayacaktır. Dava zaman aşımı süresinde ise durum daha nettir. Zira dava zaman aşımı süresinin düzenlendiği TCK. m. 66'da bu süre tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği günden, zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanun cezalandırılabilme şartına yönelik bir sonuç bağlamadığı için bu şartların dava zaman aşımı sürelerinin işleminde herhangi bir etkisi yoktur. Buna göre objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlarda zaman aşımı süresinin işlemeye başlayacağı an bakımından genel hükümlerden hareket edilmeli, yani 66. maddede belirtilen şartlar göz önünde bulundurulmalıdır.

C- Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler

Şahsi cezasızlık sebepleri suçun işlenmesi anında var olan ve failin cezalandırılmasına engel olan şahsa bağlı sebeplerdir³⁵. Örneğin TCK. m. 165'te düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda, eşyayı satan kişinin bunun elde edildiği suçu işlemiş veya bu suçun işlenişine iştirak etmiş olması, bu suç açısından şahsi cezasızlık sebebi oluşturmaktadır³⁶. Dolayısıyla eşyanın elde edildiği suçu işleyen kişi, ayrıca 165. maddeden dolayı cezalandırılmayacaktır³⁷.

Cezayı kaldıran şahsi sebepler ise, suçun işlenmesi anında bulunmayan, ancak suç işlendikten sonra ortaya çıkan, kişiye hiç ceza verilmemesini veya kişinin daha az ceza almasını sağlayan şahsi sebeplerdir³⁸. Örneğin TCK. m. 221'de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu ve yöneticiler hakkında cezaya hükmedilmeyeceği belirtilmiştir. İşte buradaki etkin pişmanlık hali cezayı kaldıran bir şahsi sebeptir.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının aksine şahsi cezasızlık sebeplerinin ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerin varlığı durumunda cezalandırma mümkün olmamakta, bu sebeplerin yokluğu cezalandırılabilirliğin şartı ol-

35 **Bernd Heinrich**, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart 2005, kn: 618.

36 Hemen belirtelim ki bu olayda çaldığı malı satan kişinin cezalandırılmamasını cezalandırılmayan sonraki hareketler kapsamında değerlendirmek de mümkündür. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: **Kayhan İçel**, *Suçların İçtimaı*, İstanbul 1972, s. 179 vd.

37 **Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku*, s. 504.

38 **Heinrich**, kn: 622.

maktadır³⁹. Başka bir deyişle şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi nedenlerin varlığı cezalandırılmamayı sağlarken, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığı cezalandırılmayı sağlamaktadır⁴⁰.

Şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler şahsa bağlı olduklarından, sadece ilgili oldukları kişi bakımından kendilerine bağlanan sonucu doğururlar. Dolayısıyla iştirak halinde işlenen suçlarda bu sebeplerden diğer suç ortaklarının yararlanması mümkün değildir⁴¹. Nitekim bu husus, TCK.'nın 40/1. maddesinde "Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" şeklindeki bir hükümle açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık objektif cezalandırılabilme şartlarının yokluğu, bütün suç ortakları bakımından aynı sonucu doğurmakta ve bütün şerikler bakımından cezalandırılabilirliği önlemektedir. Bu durum objektif cezalandırılabilme şartlarının objektif niteliğinin bir sonucudur⁴².

Yukarıda değinilen farklılıklarının yanı sıra şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler ile objektif cezalandırılabilme şartları arasında benzerlik de bulunmaktadır. Şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebepler ile objektif cezalandırılabilme şartları suçun yapısında aynı yerde bulunmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere yapılacak yargılamada bu sebeplerin varlığı veya objektif cezalandırılabilme şartlarını yokluğu tespit edilmişse hâkim ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir (CMK. m. 223/4).

D- Önşartlar

Suçun işlenmesinden önce varlığı gerekli olan, suçun oluşabilmesi için gerekli olan mantıki ve hukuki olgulara ön şartlar denilmektedir⁴³. Önşartların hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Önşartların varlığını kabul eden yazarlara göre tipe uygunluğun gerçekleşmesinde rol oynayan bazı unsurlar hukuka aykırı ve kasti fiilden önce de vardır. İşte bu hususlardan birisi de suçun unsurları dışında kalan önşartlardır. Bu tür şartlar eyleme ön geldiklerinden failin bunların gerçek-

39 Roxin, § 23, kn: 3.

40 İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 28.

41 Roxin, § 23, kn: 4; Wessels/Beulke, § 5, kn: 150

42 İçel/Evik, s. 21.

43 İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 32.

leşmesine yönelik iradesinin bulunması gerekli değildir, fail tarafından bunların bilinmesi yeterlidir⁴⁴.

Önşartların varlığını reddeden yazarlara göre, bu şartlar unsurlardan başka bir şey değildir. Unsurlardan birisi eksikse suç meydana gelmez, aynı şey önşartlar için de geçerli olduğu için önşartları da unsur saymak gerekmektedir⁴⁵. Failin bilmesi gereken unsurlar, yani kast kapsamında değerlendirilecek unsurlar geçmişte veya halen mevcut olabilecek unsurlar olabileceği gibi, ilerde gerçekleşecek unsurlar da olabilir⁴⁶. Bu yüzden önşartlar diye bir ayrıma gitmek gereksizdir.

Kanaatimizce de önşartlar olarak kabul edilen olgular suçun yapısından haksızlık alanında yer alan ve dolayısıyla kastın kapsamına giren hususlardan ibarettir. Bununla birlikte önşartların varlığını kabul eden görüş bakımından objektif cezalandırılabilme şartları ile önşartlar arasında bir takım farklılık söz konusu olmaktadır. Objektif cezalandırılabilme şartları suçun oluşmasında etkili olmayan, izlenen suç siyasetinin gereği olarak varlıkları aranan unsurlardır. Buna karşılık önşartlar suçun oluşmasına doğrudan etki ederler⁴⁷. Örneğin TCK m. 99'da belirtilen çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için kadının hamile olması gerekmektedir. Önşartların varlığını kabul eden görüş burada kadının hamile olmasını bir ön şart olarak kabul etmektedir.

III-GERÇEK VE GERÇEK OLMAYAN OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI AYRIMI

A- Gerçek Objektif Cezalandırılabilme Şartları

Objektif cezalandırılabilme şartları, gerçek olan ve olmayan objektif cezalandırılabilme şartları olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁴⁸. Bu ayrımda sadece cezalandırılabilirliği sınırlayan neden olarak ortaya çıkan şartlar gerçek objektif cezalandırılabilme şartları olarak isimlendirilmiştir. Bu tür objektif cezalandırma şartları hakkında kusur prensibinden hareketle karar verilmemesi gerekir. Bu unsurlar suçun yapısında aynı basamakta yer aldıkları şahsi cezasızlık sebeplerinin karşıtı olarak değerlendirilebilir. Kanun koyucu bazı durumlarda izlediği suç siyaseti gereğince, ek bazı durumların gerçekleşmemesi halinde, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarının

44 İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 33.

45 Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 6; Dönmezer/Erman, no: 454.

46 Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 209.

47 İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 33.

48 Jescheck, s. 556.

gerçekleşmiş olmasına rağmen cezalandırma gereği duymamaktadır⁴⁹. Bu tür objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak cezalandırmanın karşılıklılık koşuluna bağlandığı suçlar gösterilmektedir. Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlardan (m. 340-342) dolayı kişinin cezalandırılabilmesi karşılıklılık koşulunun gerçekleşmesine bağlıdır. Kanunun bu bölümünde düzenlenen suçlar bakımından, kişinin fiili bütün unsurları tamamlanmış bir suçu oluşturduğu halde, suç siyaseti gerekleri karşılıklılık şeklindeki ek bir şartın gerçekleşmesini gerektirmektedir⁵⁰.

B- Gerçek Olmayan Objektif Cezalandırılabilme Şartları

Gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartları ise, aslında haksızlığın unsurlarına dâhil olmakla birlikte şeklen cezalandırılabilme şartı olarak düzenlenmiş koşulları ifade etmektedir. Kanun koyucu, bu şartları kasta veya taksire bağlamayarak şeklen cezalandırılabilirlik koşulu haline getirmiştir. Bu kapsamda değerlendirilen şartlar, aslında haksızlığın kurucu unsurunu veya haksızlık içeriğini artıran unsurlardan ibarettir⁵¹. Alman Ceza Kanununun 323a paragrafında düzenlenen tam sarhoşluk hali buna örnek gösterilmektedir.⁵² Bu hükme göre kendisini kasten veya taksirli bir şekilde tam sarhoş durumuna getiren bir kimse cezalandırılacaktır. Tam sarhoşluk hali bizzat bir haksızlık oluşturmaktadır, aynı zamanda objektif cezalandırılabilme şartını oluşturmaktadır. Tam sarhoş bir kişi bu durumda iken bir suç işlerse, kusurluluğunun olmadığı gerekçesi ile cezalandırılmaz ise de tam sarhoşluk halinden dolayı cezalandırılacaktır (Alman CK. m. 323a/II)⁵³.

Bu tarz bir ayırımın objektif cezalandırılabilme şartlarını unsurlardan, netice sebebiyle ağırlaşan suçlardan ve kovuşturma şartlarından ayırt etmenin güçlüğü nedeniyle yapılan yapay bir ayırım olduğu vurgulanmaktadır⁵⁴. Kanaatimizce de, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından böyle bir ayırım yapılması yerinde değildir. Zira suçun yapısında haksızlık alanına giren unsurlar bellidir. Suçun yapısında maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları haksızlığı belirleyen unsurlardır. Bu kapsama giren her unsur haksızlığın kurucu unsurunu oluşturmaktadır. Yukarıda Alman hukukuyla bağlantılı olarak verilen örnekte, tam sarhoşluk hali bizzat haksızlığı oluşturduğundan,

⁴⁹ Jescheck, s. 556

⁵⁰ Jescheck/Weigend, s. 556; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 513.

⁵¹ Ebert, s. 113.

⁵² Jescheck, s. 557.

⁵³ Jescheck, s. 557.

⁵⁴ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 27.

bunun ayrıca objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

IV-TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN BAZI HUSUSLARIN OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI BAKIMIN- DAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- İntihara Yönlendirme Suçunda İntiharın Gerçekleşmesi

İntihara yönlendirme suçu 765 sayılı TCK.'nun 454. maddesinde düzenlenmişti. Bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde bu suçun oluşabilmesi için intihar eden kişinin ölmesi gerekmekteydi⁵⁵. Bu eylemin sonucunda intihar gerçekleşmez ise, yani intihara ikna ve yardım suçunu işleyen kişinin hareketi teşebbüs aşamasında kalmış ise fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktaydı⁵⁶. Doktrinde bir görüş intihara yönlendirme suçuna teşebbüsün cezalandırılmamasını, ölümün gerçekleşmesinin bir cezalandırılabilme şartı olmasına dayandırmaktadırlar⁵⁷. Kanaatimizce ölümün gerçekleşmesi hali, ikna ve yardımda bulunan failin bilmesi gereken bir sonuç olduğundan, objektif cezalandırılabilme şartı değil suçun unsurudur⁵⁸.

İntihar yeni TCK.'nunda 84. maddede düzenlenmiştir. Buna göre başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi cezalandırılacaktır. İntihara teşvik ve yardım suçundan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, intiharın gerçekleşmesi gerekli değildir. Teşvik ve yardım fiilleri başlı başına cezalandırılması gereken hareketleri oluşturmaktadır. Buna karşılık intihar gerçekleşmiş de olabilir. Nitekim maddenin 2. fıkrasında intiharın gerçekleşmesi intihara teşvik ve yardım suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir⁵⁹. Buna göre, intihar gerçekleşmiş ise fail, intihara teşvik ve yardım suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu tutulacaktır (TCK. m. 84/2). Dolayısıyla yeni Kanun ba-

55 **Sulhi Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, İstanbul 2001, s. 101; **Ayhan Önder**, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 79.

56 **Dönmezer**, s. 101. "TCK. nun 454.maddesinde belirgin suçun oluşması, intiharın yani ölümün meydana gelmesi şartına bağlı olup, teşebbüs hali suç teşkil etmediği nedeniyle unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraati, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, müdahil vekilinin sübuta, eksik incelemeye yöneltilen, takdire ilişkin ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğ nağmedeki düşünce gibi onanmasına karar verildi." Yarg. 1. CD. 14.06.1995, 1561/1780 (**Mustafa Ekinci/Şerafettin Özcan**, *Kasten Adam Öldürme Suçları*, Ankara 2004, s. 271.

57 **Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem**, *Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, İzmir 2002, s. 427.

58 Aynı yönde bkz: **Dönmezer**, s. 101.

59 Bkz: 84. madde gerekçesi.

kımından “intiharın gerçekleşmesi” intihara teşvik ve yardım suçu açısından objektif cezalandırılabilme şartını değil, failin en azından taksir şeklinde olsa kusurunun varlığını gerektiren bir haksızlık biçimini oluşturmaktadır.

B- Hileli ve Taksirli İflâs Suçlarında İflâsa Karar Verilmiş Olması

Hileli ve taksirli iflas suçları TCK.’nun 161 ve 162. maddelerinde düzenlenmiştir. Hileli iflâsı düzenleyen 161. maddeye göre, malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflâsa karar verilmiş olması hâlinde cezalandırılacaktır. Taksirli iflâsı düzenleyen 162. maddeye göre ise, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet veren kişi, iflâsa karar verilmiş olması halinde cezalandırılacaktır. Görüldüğü gibi failin bu madde hükümlerine dayanarak cezalandırılabilmesi için hileli ve taksirli eylemleri gerçekleştirmesinin yanında, hakkında iflas kararının da verilmiş olması aranmıştır. Doktrinde hileli ve taksirli iflâs suçlarında iflâsa karar verilmiş olmasının, objektif cezalandırılabilme şartı olduğu belirtilmekteydi⁶⁰. TCK. m. 161 ve 162’nin gerekçesinde iflasa karar verilmiş olmasının objektif cezalandırılabilme şartı olduğu açıkça belirtilmek suretiyle bu konudaki belirsizlik giderilmiştir. Objektif cezalandırılabilme şartlarının suçun oluşumuna herhangi bir etkileri yoktur. Bu nedenle Önder’in iflasa karar verilmiş olmasını objektif cezalandırılabilme şartı olarak sayan görüşüne katılmakla beraber, suçun işlenme anını iflas kararının kesinleşmesi anı sayan görüşüne iştirak etmemekteyiz. Bizce hileli iflas suçunda belirtilen seçimlik hareketler ile taksirli iflas suçunda tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi ister iflas kararından önce gerçekleştirilmiş olsun ister iflas kararından sonra gerçekleştirilmiş olsun, suçun işlenme anı her zaman bu hareketlerin yapıldığı andır. İflas kararının verilmiş olması suçun tamamlanmasına değil failin cezalandırılmasına etkilidir.

C- Aleniyet

Ceza Kanununda bazı suçların aleni olarak işlenmeleri aranmıştır. Bu yüzden bazı yazarlarca aleniyetin kanunda tanımlanması gerektiği savunulmaktadır⁶¹. Ceza Kanununun genel hükümler kısmında aleniyeti tanımlayan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak 765 sayılı Ceza Kanununun askerliği itaatsizliğe tahrik cürümünü düzenleyen 153. maddesinin 4. fıkrasında bir fiil bakımından aleniyeti sağlayan durumlar gösterilmişti. Buna göre, bir fiil

⁶⁰ Önder, s. 404; Timuçin Muşul, İflas Suçları, İstanbul 1998, s. 44.

⁶¹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2005, s. 403; Ahmet Gökçen, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara 2001, s. 142.

matbuat vasıtası ile veya herhangi bir propaganda vasıtası ile umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda; toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa, ceza kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır. Burada belirtilen ve aleniyeti sağlayan haller tüm ceza kanunu için geçerli olduğu belirtilmekle birlikte⁶², Yargıtay söz konusu düzenlemenin genel hükümler kısmında veya müşterek fasılda yer almadığı gerekçesi ile sadece bu maddedeki suçta münhasır olduğunu belirtmişti⁶³.

Aleniyet, bazen suçun bir unsuru bazen de suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Örneğin TCK. m. 216'da düzenlenen "halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" suçunda aleniyet bir unsur iken, 319. maddedeki "askerleri itaatsizliğe teşvik" suçunda aleniyet cezayı artıran nitelikli bir hali oluşturmaktadır. Ancak bazı yazarlar her hadisede aranması gereken bir hal olması gerekçesi ile aleniyeti objektif cezalandırılabilme şartı saymaktadırlar⁶⁴. Eğer bu görüşten yana olunursa failin kastının aleniyete yönelik olması gerekmeyecek ve failin kastının aleniyete yönelik olup olmadığını araştırmaya gerek kalmayacaktır⁶⁵.

Başka bir görüşe göre ise aleniyet suçun bir unsurudur⁶⁶. Buna göre fail bunu bilmeli ve failin kastı aleniyeti de kapsmalıdır⁶⁷. Yargıtay bir kararında aleniyetin unsur olduğunu kabul etmiştir⁶⁸. Kanaatimizce de aleniyet suçun bir unsurudur. Zira objektif cezalandırılabilme şartları ceza siyasetinde ceza sorumluluğunun alanını daraltmak amacıyla kabul edilmiş kurumlardandır. Eğer aleniyeti objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ederek, kastın kapsamı dışına çıkardığımız takdirde müessesenin kabulünü gerektiren amacın aksine sorumluluk alanını genişletmiş oluruz. Zira bu durumda failin cezalandırılabilmesi için gerekli olan aleniyet, objektif olarak belirlenecektir. Örneğin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda yalnızca kin ve

62 Gökçen, s. 164.

63 Yargı. 1. CD. 25.09.1945, 2547/2056 (Gökçen, s. 165).

64 Faruk Erem/Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 1987, s. 255.

65 Gökçen, s. 195.

66 Gökçen, s. 196; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. baskı, Ankara 2005, s. 440.

67 Soyaslan, s. 439.

68 "Sanık tarafından yazılan suç konusu mektup muhatabın eline geçmeden PTT memuru tarafından açıldığı ve münderecatına bu suretle muttali olduğu cihetle, mezkûr mektubun aleniyet kazanmasında sanığın ihtiyar ve iradesinin lahik olduğundan tabiatıyla bahsedilemeyecektir. Fiil, TCK'nun 312. maddesine uymaz." Yarg. 1. CD. 16.04.1973, 77/72 (Gökçen, s. 196).

düşmanlığa tahrik teşkil eden eylemlerin yapılması ile haksızlık gerçekleşmiş sayılacak, objektif olarak aleniyetin bulunduğu tespit edildiği anda fail hakkında cezalandırma gerçekleşecektir. Oysa aleniyeti suçun unsuru saydığımız takdirde, failin buna ilişkin yanılığı failin kastını kaldıracak, dolayısıyla suç oluşmadığı için fail hakkında cezalandırma mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

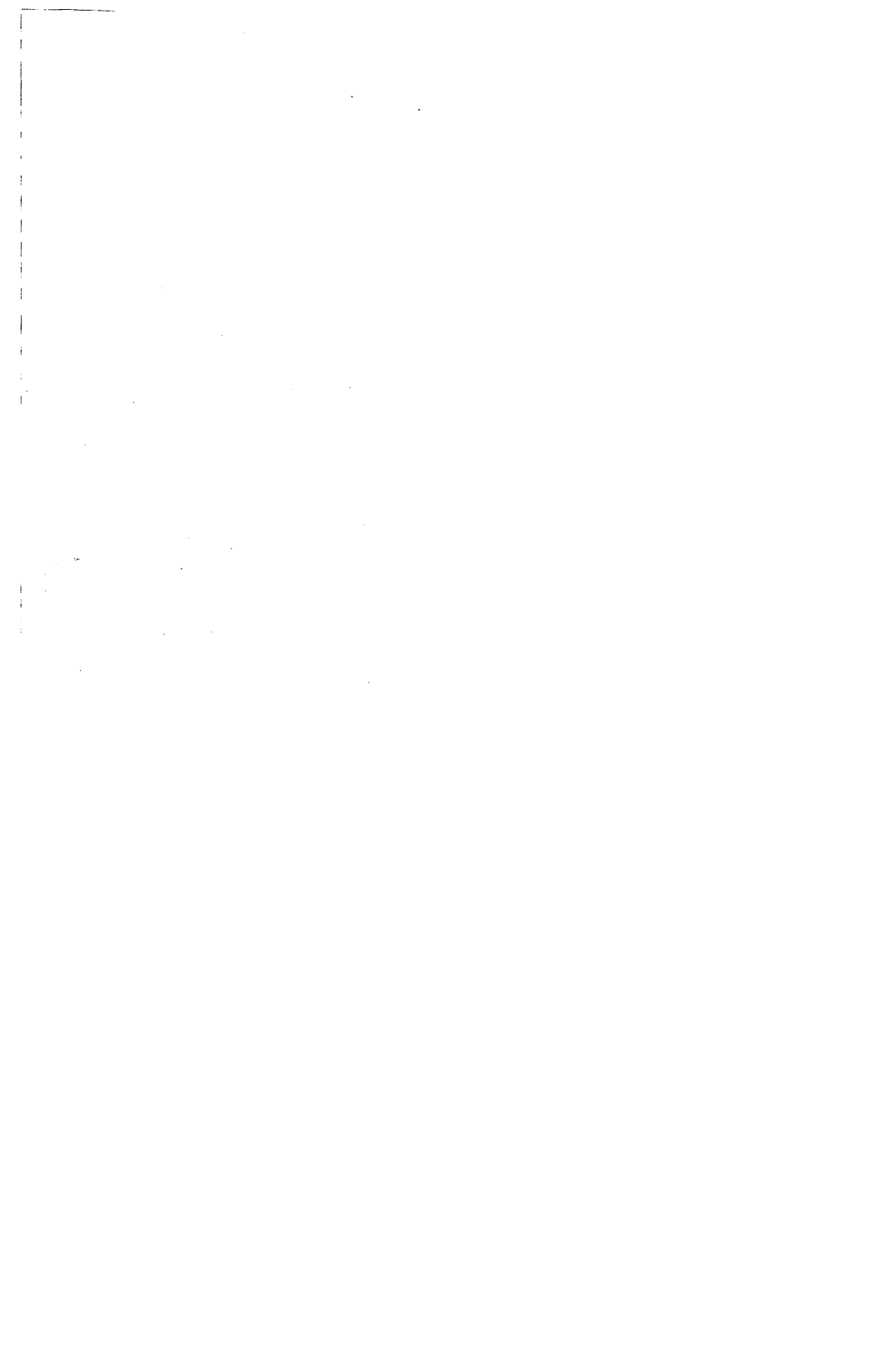
Suçun yapısı haksızlık, kusurluluk ve bunların dışında kalan olgulardan (objektif cezalandırılabilme şartları, şahsi cezasızlık sebepleri veya cezayı kaldıran şahsi sebepler) oluşmaktadır. Objektif cezalandırılabilme şartları, kanun koyucunun ceza siyaseti ile ilgili gerekçelerle failin gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı cezalandırılabilmesi için kabul ettiği suçun unsurları dışında kalan olgulardan ibarettir. Objektif cezalandırılabilme şartları, failin gerçekleştirdiği haksızlığın içeriği üzerinde etkili değildir. Bu yüzden failin kastının objektif cezalandırılabilme şartlarını kapsamaması gerekmektedir. Ancak objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmemesi failin cezalandırılmasını engellemekte ve dolayısıyla cezalandırılabilirliğin alanını daraltmaktadır.

Objektif cezalandırılabilme şartlarını sonucundan hareketle kovuşturma şartı olarak değerlendirmek mümkün olmadığı gibi, cezalandırmayı sağlamasından hareketle de unsurlar kapsamına dâhil etmek de mümkün değildir. Bu şartlar failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan dolayı cezalandırılabilmesi için bulunmaması gereken şahsi cezasızlık sebepleri veya cezayı kaldıran şahsi sebeplerinin aksine, cezalandırılabilirlik için gerçekleştirilen haksızlığın unsurları dışında varlığı aranacak olan hususlardır. Objektif cezalandırılabilirlik şartları, kanun koyucunun gerekli gördüğü hallerde gerçekleştirilen haksızlığın yapısal incelemesinde fail hakkında gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan dolayı kınama yargısında bulunulduktan sonra araştırılacağından kusur ilkesine de aykırı değildir.

İntihara teşvik ve yardım suçunda intiharın gerçekleşmesi objektif cezalandırılabilme şartı değil, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir halini oluşturmaktadır. Hileli ve taksirli iflas suçlarında iflasa karar verilmiş olması ise, bir objektif cezalandırılabilme şartıdır. Çünkü failin iflasına karar verilmiş olması, bu suçların oluşması bakımından aranılan bir şart değil, failin cezalandırılmasını sağlayan bir şarttır. Ceza Kanununda bazı suçlar açısından aranılan aleniyet şartı ise, haksızlığı oluşturan unsurlardandır. Çünkü aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi failin sorumluluk alanını genişletecektir. Bu ise objektif cezalandırılabilme şartlarının kabul edilmesindeki gayeye aykırı düşmektedir.

KAYNAKLAR

- Ahmet Gökçen**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara 2001.
- Ayhan Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- Bernd Heinrich**, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Stuttgart 2005.
- Claus Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.
- Doğan Soyaslan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. baskı, Ankara 2005.
- Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem**, Ceza Özel Hukuku, 2. Bası, İzmir 2002.
- Faruk Erem/Nevzat Toroslu**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 1987.
- Gerhard Hass**, Die Entstehungsgeschichte der Objektiven Strafbarkeitsbedingung, München 1969.
- Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2006.
- Johannes Wessels/Werner Beulke**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, Heidelberg 2006.
- Kayıhan İçel**, Suçların İçtimai, İstanbul 1972.
- Kayıhan İçel/A. Hakan Evik**, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007.
- Kayıhan İçel/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver**, İçel Suç Teorisi, 1. Bası, İstanbul 1999.
- Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2005.
- Mustafa Ekinci/Şerafettin Özcan**, Kasten Adam Öldürme Suçları, Ankara 2004.
- Nur Centel/ Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2005.
- Otto Triffterer**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien 1994.
- Rolf Schmidt**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bremen 2004.
- Sulhi Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001.
- Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.: I, 14. Bası, İstanbul 1997.
- Timuçin Muşul**, İflas Suçları, İstanbul 1998.
- Udo Ebert**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001.
- Uğur Alacakaptan**, Suçun Unsurları, Ankara 1975.



1982 ANAYASASINA GÖRE CUMHURBAŞKANININ GERİ GÖNDERME YETKİSİ

Öğr. Gör. Mehmet KAHRAMAN*

GİRİŞ

1982 Anayasası, yürütmeyi oldukça güçlendirmiş ve yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan cumhurbaşkanının yetkilerini de, sembolik olmaktan çıkartarak, daha etkin ve geniş yetkiler haline dönüştürmüştür. Anayasanın cumhurbaşkanına verdiği yetkiler, çoğunlukla cumhurbaşkanının tek başına kullanılabilmesi yetkileridir. Dolayısıyla, cumhurbaşkanına tanınan bu yetkiler, parlamenter rejimin gereklerine uymadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹.

Parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanının güçlendirilmesinden kaçınılmıştır². Çünkü, güçlü yetkilerle donatılmış cumhurbaşkanı kendi doktrini, programı ve siyasal tercihleri olan tek kişilik bir parti durumuna gelebilme potansiyeline sahiptir ve bu da parlamenter sistemin gereklerine uymamaktadır.

Parlamenter sistemlerde devlet başkanı, devletin başı olması dolayısıyla tarafsız hakem konumundadır. Devlet başkanının tarafsız olması, onun sorumsuz olmasını ve dolayısıyla yetkilerinin de sembolik olmasını

* Mustafa Kemal Üniversitesi Öğretim Elemanı (mkahraman@mku.edu.tr)

1 Epstein, Leon: "Parliamentary Government"; **International Encyclopedia of Social Sciences**, New York 1968, s. 423; Atar, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2005, s. 258; Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 306; Onar, Erdal: "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?"; **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara 2001; Sabuncu, Yavuz: **Anayasaya Giriş**, Ankara 2005, s. 229; Erdoğan Mustafa: **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, Ankara 2003, s. 197; Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s. 423; Kuzu, Burhan: **Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum**, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1989, s. 54; Tan, Turgut: "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)", **Anayasa Yargısı**, AYM Yayını, 1984, s. 31- 47.

2 Turhan, Mehmet: **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 101; Yavuz, K.Haluk: **Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s. 477.

gerektirmektedir. Parlamenter sistemin doğduğu İngiltere’de devlet başkanı (kral/kraliçe) seçimle belirlenmediğinden, tarafsız hakem rolünü koruyabilmekte ve bakanlar kurulu ile uyumlu çalışabilmektedir³. Cumhuriyetlerde ise, cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamak için, anayasa hükümleri⁴ yanında parlamento tarafından seçilmesi yönteminin tercih edildiği görülmektedir.

Parlamenter sistemlerde devlet başkanının siyasi açıdan sorumsuz kılınmasının nedeni, parlamento ile hükümet arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda tarafsız kalabilmesini sağlayabilmektir⁵. Bu nedenle devlet başkanı, sahip olduğu yetkileri tek başına kullanamamakta, başbakan ve ilgili bakanlarla birlikte “karşı imza” kuralına göre kullanabilmektedir⁶. Çünkü, kamu hukukunda yetki ve otorite, sorumlulukla birlikte yer almaktadır. Yani, sorumluluk kime verilmişse, yetki ve otorite de o kişiye verilmektedir⁷.

Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu, 1982 Anayasasında şu şekilde düzenlenmiştir: “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının re’sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.” (m. 105).

Görüldüğü gibi, cumhurbaşkanının tek başına (re’sen) yapabileceği işlemler karşı-imza kuralına tabi değildir. Başka bir anlatımla, bu işlemleri başbakan ve ilgili bakanın imzalaması gerekli değildir. Bununla birlikte, Anayasada cumhurbaşkanının hangi işlemlerini tek başına, hangi iş-

3 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, age., s. 303.

4 Bu hükümlerden başlıcaları, cumhurbaşkanının seçiminde özel prosedür uygulanması, cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümler ve cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ilkeleridir. Bkz., Tanör ve Yüzbaşıoğlu, age., s. 302.

5 Kubalı, H. N.: *Anayasa Hukuku Dersleri*, İÜHF Yayını, No: 1604, İstanbul 1971, s. 376; Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 351; Sabuncu age., s. 229.

6 Karşı imza kuralı, parlamenter sistemlerde sorumsuz devlet başkanının bütün işlemlerinin başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanması ve bu işlemlerden kaynaklanan sorumluluğun başbakan ve ilgili bakana ait olması kuralıdır. Bkz., Atar, age., s. 259; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 345; Özbudun, age., s. 315; Teziç, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 407-408; Gözler Kemal: *Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 47.

7 Teziç, Anayasa, s. 407.

lemleri karşı-imza kuralına uyarak yapacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle konu, doktrinde tartışılmıştır⁸.

Bu konuda genel kabul gören görüş, cumhurbaşkanının, Anayasanın kendine “tarafsız devlet başkanı” sıfatıyla tanıdığı yetkileri tek başına kullanabileceği yönündedir⁹. Dolayısıyla, cumhurbaşkanının yasama ve yargı ile ilgili yetkileri, tarafsız devlet başkanı olması sıfatıyla tanınmış yetkilere ve bu yetkilerin cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılabilmesi gereklidir¹⁰.

Bu bağlamda, kanunları bir kez daha görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderme yetkisi ve kanunlar aleyhine Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açma yetkisi de cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği yetkilere¹¹. Çünkü, cumhurbaşkanı bu yetkilerini karşı-imza kuralı ile kullandığı takdirde, bu yetkiler anlamını yitirecektir¹². Dolayısıyla başbakan ve ilgili bakan, cumhurbaşkanının bu konudaki işlemlerini imzalamaktan kaçınabileceklerdir¹³.

Cumhurbaşkanının kanunları bir kez daha görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderme yetkisini sıkça kullanması, 2000 yılından itibaren kamuoyunun yoğun ilgisini çeken ve çok tartışılan bir konu haline gelmiştir. Cumhurbaşkanı, 16 Mayıs 2000’den 23 Kasım 2006 tarihine kadar 59 yasa, 7 kanun hükmünde kararname (KHK), 11 atamalar dışındaki işlere ilişkin Bakanlar Kurulu kararı, 703 müsterek kararname ve 18 atamalara

Bu ilişkin Bakanlar Kurulu kararını geri göndermiştir. Ayrıca, gerek atamalar dışındaki, gerekse atamalara ilişkin birçok Bakanlar Kurulu kararları ile ortak kararname de bu nedenle Bakanlar Kurulu tarafından geri çekilmiştir¹⁴. çalışmada, cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi, parlamenter sistemin gerekleri ve 1982 Anayasası hükümleri çerçevesinde incelenmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde, cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi, veto yetkisi ile karşılaştırılarak, bu iki yetkinin benzerlikleri ve farklılıkları belirlenmekte; ikinci bölümde cumhurbaşkanının geri

8 Özbudun, age., s. 311-316; Atar, age., s. 150; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 353; Turhan, age., s. 164; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, age., s. 305-314.

9 Özbudun, age., s. 314; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 346.

10 Özbudun, age., s. 315.

11 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, age., s. 309.

12 Bu konuda Anayasa Mahkemesi’nin yerleşmiş içtihadı için bkz., Anayasa Mahkemesinin 16.3.1976 tarih ve E. 1975/183, K.1976/16 sayılı kararı, AMKD, Sayı 14, s. 68; 18.12.1979 tarih ve E. 1979/22, K. 1979/ 45 sayılı kararı, AMKD, Sayı 17, s. 372-376; 27.04.1993 tarih ve E. 1992/37, K. 1993/18 sayılı kararı, AMKD, Sayı 31, s. 103.

13 Özbudun, age., s. 314.

14 Bkz. http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/VERILER/kanun.html (23.11.2006).

gönderme yetkisinin niteliği ve nihayet bu yetkinin kapsamı, Anayasanın 89., 175. ve Geçici 9. maddeleri doğrultusunda incelenmektedir.

1. Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi ve Veto

1982 Anayasasına göre, kanun teklif ya da tasarıları TBMM tarafından görüşülüp oylandıktan sonra kanunlaşmaktadır. Kanunların cumhurbaşkanı tarafından imzalanması, kanunların yürürlüğe girebilmeleri ve uygulanabilmeleri için gerekli bir şekil şartıdır. Meclis Genel Kurulunda kabul edilen kanun teklif ve tasarıları, bu safhadan sonra hukuken kanun olmakla birlikte, Resmi Gazetede yayımlanmadıkça yürürlüğe girememekte ve vatandaşlar için bağlayıcı olmamaktadır. Kanunlar, vatandaşlara duyurmak amacıyla Resmi Gazete’de yayımlanmaktadır¹⁵. Dolayısıyla, kanunlar Resmi Gazete’de yayımlanmadıkça, kanunlar aleyhine Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açma süresi de işlemeye başlamamaktadır.

Cumhurbaşkanının, bir kanunu yeniden görüşülmek üzere parlamentoya geri gönderme yetkisi, genellikle “veto” olarak ifade edilmekle birlikte, “veto” kavramıyla “geri gönderme” kavramı, içerik olarak birbirinden farklı kavramlardır¹⁶.

1.1. Veto

Anayasa hukuku açısından veto; “Devlet başkanının bir yasayı onaylamama yetkisidir.” Monarşik rejimlerde devlet başkanı tarafından kullanılan veto yetkisi, cumhuriyetle yönetilen parlamenter sistemlerde “geri gönderme yetkisi” haline dönüşmüştür¹⁷. Dolayısıyla, cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin kaynağının, veto yetkisi olduğu söylenebilir.

Parlamento tarafından kabul edilen bir kanun tasarısının devlet başkanı tarafından onaylanmasının öngörüldüğü bir hukuk düzeninde, devlet başkanı bu tasarımı onaylayabileceği gibi uygun bulmayarak parlamentoya geri de gönderebilir. Dolayısıyla, devlet başkanının bir kanun tasarısını onaylamayarak geri göndermesi, bu tasarının veto edildiği anlamına gelmektedir. Yani, onay için devlet başkanının önüne gelen “kanun” değil de “kanun tasarısı” ise, devlet başkanının kullandığı yetki, veto yetkisidir. Oysa, geri gönderme yetkisinde devlet başkanı, parlamento tarafından kabul edilen ve kanun haline gelen metnin bir kere daha görüşülmesini istemekte ve dolayısıyla kanunun yürürlüğe girmesine engel olmaktadır.

¹⁵ Bu konuda bkz. 23.5.1928 tarihli ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun (m. 5).

¹⁶ Teziç, Erdoğan: “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”; *Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını*, No:7, 1987, s. 83.

¹⁷ Akilloğlu, Tekin: “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”; *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, S. 1, 1988, s. 7.

Veto yetkisinin, mutlak veto ve geciktirici veto olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Parlamento tarafından kabul edilen bir kanun tasarısı, devlet başkanının onayından sonra kanun haline gelmekte ve şayet devlet başkanı bu tasarıyı onaylamadığında, tasarı kanunlaşmamakta ise, “mutlak veto”dan söz edilmektedir¹⁸. Yani, devlet başkanının bir kanun tasarısını onaylamamak suretiyle, bu tasarının kanun haline gelmesine engel olmasına mutlak veto denmektedir.

Parlamentar sistemin doğduğu ülke olan İngiltere’de yasalar, kraliçenin onayı (the Royal Assent) ile yürürlüğe girmektedir¹⁹. Kraliçenin veto yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetki 1707 yılından beri hiç kullanılmamıştır²⁰.

1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında cumhurbaşkanının mutlak veto yetkisi bulunmamasına karşın, 1876 tarihli Kanuni Esasi, padişaha mutlak veto yetkisi tanımaktaydı²¹. Nitekim, 1876 Anayasasına göre, kanun tasarılarının kanun haline gelebilmesi, padişahın uygun görmesine (iradei seniyesine) bağlı idi (m. 54). Yani, Heyeti Ayan ve Heyeti Mebusan tarafından kabul edilen kanun tasarıları, ancak padişahın uygun görmesiyle kanunlaşabilmekteydi.

Geciktirici veto ise, devlet başkanının parlamentoya geri gönderdiği bir kanun tasarısının, parlamento tarafından nitelikli bir çoğunlukla yeniden kabul edilmesi halinde, devlet başkanı tarafından zorunlu olarak onaylanmasıdır²². Görüldüğü gibi, geciktirici veto yetkisinin kullanılmasında devlet başkanına sınırlı bir geciktirme yetkisi verilmektedir. Devlet başkanının geciktirici veto yetkisini kullanması, aslında kanunun oluşmasını geciktirmekten ibarettir. Dolayısıyla devlet başkanı, parlamentonun yeniden görüşerek nitelikli çoğunlukla kabul ettiği metni onaylamak zorunda kalmaktadır²³.

Anayasalarımızda devlet başkanına geciktirici veto yetkisi veren hükümler, 1876 tarihli Kanuni Esasi’de bulunmaktaydı. Nitekim, 1876 tarihli Anayasanın II. Meşrutiyet döneminde değiştirilen 54. maddesi hük-

18 Akıllıoğlu, age., s. 8.

19 Punnet, R.M.: **British Government and Politics**, sixth ed., Dartmouth Publishing Company, Aldershot 1994, s. 176. bu konuda internet erişimi için bkz., <http://www.open.gov.uk>.

20 Eroğul, Cem: **Çağdaş Devlet Düzenleri**, İmaj Yayıncılık, Ankara 2001, s. 22. Bu konuda ayrıca bkz., Gözler, Kemal: **Devlet Başkanlığı: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2001.

21 Akıllıoğlu, age., s. 5.

22 Teziç, Geri Gönderme, s. 84; Akıllıoğlu, age., s. 8.

23 Teziç, Geri Gönderme, s. 84.

mü, padişaha geciktirici veto yetkisi vermektedir²⁴. Anayasanın padişaha mutlak veto yetkisi veren 54. maddesinde yapılan değişiklikle padişahın uygun görmesi, kanun tasarılarının yasalaşma evresi için değil de, yasanın yürürlüğe girebilmesi için gerekli bir koşul haline getirilmiştir. Buna göre padişah, kendisine sunulan kanunları iki ay içinde (acil hallerde on gün içinde) onaylamak ya da yeniden görüşülmek üzere meclise geri göndermek zorundaydı.

Aynı şekilde, 1982 Anayasasının 175. maddesinde yer alan Anayasa değişikliğine ilişkin kanunları geri gönderme konusunda da cumhurbaşkanının geciktirici veto yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir²⁵.

1.2. Geri Gönderme Yetkisi

Cumhurbaşkanının kanunları tekrar görüşülmek üzere Meclise geri gönderme yetkisi, nitelik itibariyle veto yetkisine benzer bir yetki ise de, içerik olarak vetodan farklıdır. Veto, yukarıda da belirttiğimiz gibi, parlamentonun kabul ettiği metnin “yasalaşmasını” engelleyen bir işlemdir. Geri gönderme yetkisi ise, parlamento tarafından kabul edilen yasanın “yürürlüğe girmesini” engelleyen bir işlemdir. Nitekim, cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmek üzere Meclise gönderilen metin, Meclis Genel Kurulunda kabul edildiği anda kanun haline gelmiş bir metindir²⁶. Dolayısıyla cumhurbaşkanı, bir “kanunun” yürürlüğe girmesine engel olmakta ve Meclis tarafından yeniden görüşülmesini istemektedir.

Geri gönderme yetkisinin geciktirici vetodan farkı, cumhurbaşkanının geri gönderdiği kanunun, Mecliste herhangi bir nitelikli çoğunluk şartı aranmaksızın tekrar görüşülerek kabul edilebilmesidir. Cumhurbaşkanı, geri gönderilerek Mecliste ikinci kez görüşülen metni, hangi çoğunlukla kabul edilirse edilsin, onaylamak zorundadır. Geciktirici veto ise, cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilen metnin, anayasada öngörülen nitelikli çoğunlukla ikinci kez kabul edildiği takdirde yasalaşabilmesine imkan tanımaktadır²⁷. Dolayısıyla, geciktirici veto yetkisi, cumhurbaşkanının, onay için kendisine sunulan metnin yasalaşmasını engelleme yetkisini, nitelikli çoğunluğun oyu ile sınırlandırmıştır. Yani, cumhurbaşkanı, ikinci kez kendisine sunulan metin, öngörülen nitelikli çoğunlukla kabul edildiği takdirde, bu metnin yasalaşmasını engelleyememekte; ancak Mecliste ikinci kez görüşülerek kendisine sunuluncaya kadar geçen zaman zarfında yürürlüğe girmesini geciktirmiş olmaktadır.

²⁴ Akıllıoğlu, age., s. 6.

²⁵ Teziç, Geri Gönderme, s. 93.

²⁶ Teziç, Geri Gönderme, s. 84.

²⁷ Akıllıoğlu, age., s. 9.

2. Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisinin Niteliği

Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu yetkinin “kanun teklifi” niteliğinde olduğunu savunan görüşler²⁸ olduğu gibi, bu görüşün aksine, “kanunun yeniden ele alınmasını sağlayan” bir yetki olduğunu savunan görüşlere de rastlanmaktadır²⁹. Teziç’e göre; “Cumhurbaşkanı, bu yolla Anayasada öngörülme kanun teklif etme yetkisini dolaylı bir biçimde elde etme imkânına kavuşabilir³⁰.” demek suretiyle, cumhurbaşkanının bu yetkisinin kanun teklifi niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe katılmayan Akıllıoğlu ise, cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin, “kanun teklifi” niteliğinde bir yetki olmadığını, “TBMM’ne, yaptığı kanunu yeniden ele alabilmek ve değişiklik yapabilmek imkânını veren” bir yetki niteliğinde olduğunu savunmaktadır³¹. Kanaatimizce, ikinci görüş daha isabetlidir. Çünkü, Anayasaya göre kanun teklif etme yetkisi, milletvekillerine ve Bakanlar Kuruluna aittir. Bunlar dışında hiçbir kişi ya da kurumun kanun önerme yetkisi bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi, geciktirici veto niteliğinde bir yetki değildir. Çünkü, cumhurbaşkanının tekrar görüşülmek üzere Meclise geri gönderdiği metin kanun haline gelmiş bir metindir ve ayrıca, kanunun yeniden meclisten görüşülebilmesi için nitelikli bir çoğunluk aranmamaktadır. Cumhurbaşkanı, salt çoğunlukla dahi olsa, Meclis tarafından aynen kabul edilen kanunu onaylamak ve yayımlamak zorundadır. Bu halde cumhurbaşkanı, onayladığı kanunun Anayasaya aykırı olduğunu düşünüyorsa, Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açabilmektedir.

3. Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisinin Kapsamı

Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi, ilk kez 1924 Anayasası ile hukuk sistemimize girmiş, 1961 ve 1982 Anayasalarında da yer almış bir yetkidir. 1982 Anayasasına göre, kanunların onaylanması ve Resmi Gazetede yayımlanması görevi cumhurbaşkanına aittir. Anayasaya göre cumhurbaşkanı, bütçe kanunları hariç, yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterdiği gerekçe ile birlikte aynı süre içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne geri gönderebilmektedir (m. 89).

Görüldüğü gibi, Anayasada cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisine konu olan pozitif hukuk kuralının “kanun” olduğu açıkça belirtilmiş-

28 Teziç, Geri Gönderme, s. 103.

29 Akıllıoğlu, age., s.12.

30 Teziç, Geri Gönderme, s. 91-103.

31 Akıllıoğlu, age., s. 13.

tir. 89. maddenin son fıkrasındaki “Anayasa değişikliklerine ilişkin hükümler saklıdır.” hükmüyle, anayasa değişikliklerinin de cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisine konu olabileceği açıkça belirtilmiş olup, bu konuya ilişkin düzenleme, Anayasanın 175. maddesinde yer almaktadır.

Anayasanın 89. maddesinden, sadece kanunlar ile anayasa değişikliğine ilişkin kanunların cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisine konu olabileceği anlaşılmaktadır. Acaba Kanun Hükmünde Kararnemeler (KHK) ve Bakanlar Kurulunun diğer kararnemeleri de cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisine konu olabilir mi?

Anayasanın “Kanun Hükmünde Kararneme Çıkarma Yetkisi Verme” kenar başlığını taşıyan 91. maddesinde cumhurbaşkanının bu konuda geri gönderme yetkisi olduğu belirtilmemiştir. Anayasanın 91. maddesi, “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararneme çıkarma yetkisi verebilir.” demek suretiyle, KHK çıkarma yetkisinin Bakanlar Kuruluna verildiğini belirtmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrasında ise, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde KHK çıkarma yetkisinin cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna ait olduğu belirtilmiştir. Buna rağmen, KHK’lerin de cumhurbaşkanı tarafından geri gönderildiği görülmekte ve bu konunun siyaset ve bilim çevrelerinde tartışılmasına sebep olmaktadır³².

Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi, 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasasında da “Yasama” bölümü içinde düzenlenmiştir. Nitekim Anayasanın, cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddesinde bu yetki, cumhurbaşkanının yasama ile ilgili görevleri arasında sayılmıştır. Geri gönderme yetkisi, Anayasada cumhurbaşkanının yasama ile ilgili bir yetkisi olarak düzenlenmiş ise de, yasama işlevinin paylaşılması niteliğinde bir yetki olduğu söylenemez³³. Çünkü, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM’ne ait olduğu Anayasada açıkça belirtilmiştir.

3.1. Cumhurbaşkanının Kanunları Geri Gönderme Yetkisi

1982 Anayasasının 89. maddesine göre cumhurbaşkanı, yayımlanmasını kısmen ya da tamamen uygun bulmadığı kanunları tekrar görüşülmek üzere, bu hususta göstereceği gerekçe ile birlikte, aynı süre içinde (15 gün) Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Bütçe kanunları bu hükme tabi değildir.

32 Gözler Kemal: Cumhurbaşkanlığı-Hükümet Çatışması, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 31; Akıllıoğlu, age., s. 11; Teziç, Geri Gönderme, s. 91-103.

33 Akıllıoğlu, age., s. 11.

Anayasanın 89. maddesi, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle kısmen değiştirilmiştir.³⁴ Maddenin önceki metninde cumhurbaşkanı, yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları geri gönderebiliyordu ve bu konuda kısmen ya da tamamen uygun bulmama gibi bir ayırım söz konusu değildi. Oysa, Anayasa değişikliğiyle, bu konuda “kısmen” ya da “tamamen” uygun bulmama gibi bir ayırım yapılmıştır. Bu ayırma bağlı olarak, Meclisin geri gönderilen kanunları yeniden ele alabilmesi ve yeni değişiklikler yapabilmesi imkanı da oldukça daraltılmıştır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, cumhurbaşkanı bir kanunu kısmen uygun bulmayarak geri gönderdiği takdirde, TBMM kanunun tümünü yeniden görüşmeyecek; bilakis sadece uygun bulunmayan kısmını görüşebilecektir.

Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, veto niteliğinde bir yetki değildir³⁵. Çünkü, geri gönderilen kanun Meclis tarafından nitelikli çoğunluk şartı aranmaksızın aynen kabul edildiği takdirde, cumhurbaşkanı bu kanunu yayımlamak zorundadır.

Bu konuda şöyle bir soru sorulabilir: Cumhurbaşkanı kendisine gelen kanunu onbeş gün içinde imzalamazsa ve TMMM’ne de geri göndermezse; yahut da TBMM’ne geri gönderip de aynen kabul edilen kanunu imzalamayıp yayımlamazsa ne olur? Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasada bu konuda bir hüküm yoktur. Teziç’e göre, böyle bir durumda, Bakanlar Kurulunun siyasi sorumluluğuna gidilmesi ya da bu konuda bir parlamento kararı alınması şeklinde ikili bir mekanizma işletilebilir³⁶. Kanaatimizce, cumhurbaşkanının sadece vatana ihanet dolayısıyla cezai sorumluluğu bulunduğundan ve bu tür tasarrufları vatana ihanet sayılamayacağından, bu konuda bir hukuki yaptırım bulunmamaktadır. Bu durumda, parlamento kararı almanın daha uygun olduğu söylenebilir.

Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanunda, Meclis tarafından yeni bir değişiklik yapıldığı takdirde cumhurbaşkanı, kanunun değiştirilen kısmını tekrar Meclise geri gönderebilir (m. 89/3). Bu fıkra hükmü, 1961 Anayasasında yoktu ve 1973 yılında cumhurbaşkanının bir kanunu ikinci kere geri göndermesi nedeniyle bir takım sorunların ortaya çıkmasına sebep olmuştu. Dolayısıyla, bu tür sorunlara çözüm olması amacıyla bu fıkra hükmünün getirildiği söylenmektedir³⁷.

2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle, 89. maddenin ikinci fıkrasında herhangi bir değişiklik yapılmadığından, ikinci kere geri gönderme yetkisi, cumhurbaşkanı tarafından kanunların “kısmen” uygun bulunmaması

34 2001 tarihli anayasa değişikliği 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla yapılmıştır.

35 Teziç, Geri Gönderme, s. 88.

36 Teziç, Geri Gönderme, s. 88 – 89.

37 Teziç, Geri Gönderme, s. 89.

halinde mümkündür. Bu durumda Meclis, kanunun sadece bu kısmını görüşecek ve bu kısım ile ilgili değişiklikler yapabilecektir.

Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanun, TBMM tarafından hiçbir değişiklik yapılmadan aynen kabul edilirse, cumhurbaşkanı bu kanunu onaylayarak yayımlamak zorundadır. Her ne kadar cumhurbaşkanı, uygun bulmadığı bir kanunu imzalamak zorunda ise de, Anayasa bu konuda cumhurbaşkanına Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma yetkisi vermiştir. Buna göre cumhurbaşkanı, kanunun Resmi Gazetede yayımı tarihinden başlayarak altmış gün içinde Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilecektir (m. 150).

3.2. Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine İlişkin Kanunları Geri Gönderme Yetkisi

1982 Anayasasına göre, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar da cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilebilir. Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların geri gönderilmesi konusunda iki nokta dikkat çekicidir. Biri, geçiş dönemi içinde yapılacak anayasa değişikliklerinin, Geçici 9. madde hükümlerine göre geri gönderilebilmesi, diğeri de olağan dönemde yapılacak anayasa değişikliklerinin 175. madde hükümlerine göre geri gönderilebilecek olmasıdır.

Geçiş döneminde³⁸ yapılacak anayasa değişikliklerinin geri gönderilmesi, olağan dönemdekinden daha güçtür. Nitekim, geri gönderilen anayasa değişikliği kanunlarının TBMM tarafından aynen kabul edilebilmesi, TBMM üye tamsayısının dörtte üç çoğunluğunun oyu ile gerçekleşebilmektedir. Teziç, bu hükmün geçiş döneminde anayasada değişiklik yapılmaması amacıyla getirilmiş olabileceğini ileri sürmektedir³⁹.

Olağan dönemde yapılacak anayasa değişikliklerinin geri gönderilmesi ise, Anayasanın 175. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları bir daha görüşülme üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse, cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunabilir.

Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanun, cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde, halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır.

38 Geçiş dönemi, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin başkanlık divanı kurulduktan sonraki altı yıllık dönemi (7 Aralık 1983 – 6 Aralık 1989) kapsamaktadır.

39 Teziç, Geri Gönderme, s. 92.

Doğrudan veya cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri cumhurbaşkanı tarafından halkoynuna sunulabilir. Halkoynlamasına sunulmayan anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır.”

Görüldüğü gibi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmesi halinde, Meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul ettiği takdirde, cumhurbaşkanı bu kanunu ya onbeş gün içinde imzalamak veya halkoynlamasına sunmak seçeneklerinden birini tercih etmek durumunda kalmaktadır.

Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliğine ilişkin kanunları halkoynlamasına götürme yetkisi, önceki Anayasalarda bulunmayan bir özelliktir. 1982 Anayasasının halkoynlamasını, “anayasa değişikliği sürecinde geçerli olmak üzere, hukuki açıdan bağlayıcı, usul bakımından ise, duruma göre mecburi ya da ihtiyari olarak başvurulacak bir kurum olarak” öngördüğü belirtilmektedir⁴⁰.

Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları geri gönderme yetkisinin geciktirici veto niteliğinde olduğu savunulmaktadır⁴¹. Çünkü, geri gönderilen kanunun TBMM tarafından aynen kabul edilebilmesi için, nitelikli oy çoğunluğu aranmaktadır.

3.3.Cumhurbaşkanın Kanun Hükmünde Kararnameleri Geri Gönderme Yetkisi

1982 Anayasasının “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme” kenar başlığını taşıyan 91. maddesinde, cumhurbaşkanının bu konuda geri gönderme yetkisi olduğu açıkça belirtilmemiştir. 91. maddeye göre, “ Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verebilir.” Aynı maddenin beşinci fıkrasında, “sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun KHK çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır.” denmektedir.

Bu konuda öncelikle, KHK’lerin cumhurbaşkanı tarafından imzalanmasının gerekli olup olmadığının ve KHK’lerin ne zaman hukuki geçerlilik kazandıklarının açıklanması gerekmektedir. Anayasanın cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddesine göre kararnameleri imzalamak, cumhurbaşkanının yürütme ile ilgili görevlerinden biridir. Şu halde, KHK’lerin de uygulanabilmeleri için, cumhurbaşkanı tarafından imzalanması gereklidir. Dolayısıyla kararnameler de cumhurbaşkanının imzasından sonra hukuki geçerlilik kazanırlar.

40 Atar, age., s. 260.

41 Teziç, Geri Gönderme, s. 93.

Cumhurbaşkanı, önüne gelen her kararnameyi imzalamak zorunda mıdır? Bu konuda gerek doktrinde⁴² ve gerekse yargı kararlarında kararnamelerin hukuka uygun olup olmamaları açısından ikili bir ayırım yapılmaktadır⁴³. Bir kere, cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulunun hukuka aykırı kararnamelerini imzalamak zorunda değildir. Aynı şekilde cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulunun hukuka uygun kararnameleri üzerinde siyasal yerindelik denetimi yapamaz⁴⁴. Özbudun'a göre, sorumsuz cumhurbaşkanı, sorumlu hükümetin siyasal takdir yetkisine müdahale etmemelidir. Ederse, parlamentoda çoğunluğa sahip olduğu halde, cumhurbaşkanının engellemesi yüzünden politikasını gerçekleştiremeyen hükümet istifa etmek zorunda kalır. Bu da, bir anayasa bunalımına ve cumhurbaşkanının otoritesinin ve yansızlığının zarar görmesine neden olur⁴⁵.

Cumhurbaşkanının sahip olduğu geri gönderme yetkisi yerine, Anayasa Mahkemesinde İptal davası açmasının daha uygun olduğunu savunan Teziç'e göre ise, "cumhurbaşkanları sahip oldukları TBMM'ye geri gönderme yetkisini kullanmayıp, daha az tartışmaya yol açacak Anayasa Mahkemesine başvurma yolunu seçebilirler. Bu yol, parlamenter rejimin mantığına daha uygundur. Çünkü, yasaları geri gönderme yetkisi yasanın genellikle hükümet tasarısı olarak kabul edildiği parlamenter sistemde, siyasal açıdan sorumsuz olan cumhurbaşkanının karşı koyması durumunda ortaya sürtüşmeler çıkabilir⁴⁶."

57. hükümet döneminde memurlar konusunda bazı düzenlemeler öngören KHK, cumhurbaşkanı tarafından iki kere Bakanlar Kuruluna geri gönderilmiş ve sonuçta çıkarılamamıştır. 2000 yılı Haziran aylarında gündemin en çok konuşulan konusu olan bu "kararname krizi", bu tarihten sonra da cumhurbaşkanı ile hükümet arasında çatışmalara sebep olmuştur.

Bu konuda, hukuka aykırılığın hangi ölçütlere göre ve kim tarafından tespit edileceğine ilişkin bir açıklık belirtilmemesine rağmen, parlamenter rejimin sağlıklı işleyebilmesi ve bu rejimde bir denge unsuru olarak öngörülen cumhurbaşkanının konumu birlikte değerlendirildiğinde, cumhurbaşkanının hukuka aykırı olmayan Bakanlar Kurulu kararnamelerini imzalamasının gerekli olduğu genellikle kabul edilmektedir⁴⁷.

42 Özbudun, age., s. 316; Turhan, age., s. 124; Atar, s. 262 ; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 351.

43 Anayasa Mahkemesinin 27.4.1993 tarih ve E. 1992/37, K. 1993/18 sayılı kararı, AMKD, S. 31, C.1, s. 115.

44 Atar, age., s. 262; Özbudun, age., s. 316; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 351.

45 Özbudun, age., s. 315-316.

46 Teziç, Geri Gönderme, s. 101-102.

47 Turhan, age., s. 124-125.

SONUÇ

Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi, monarşik devletlerdeki devlet başkanının veto yetkisinin günümüzdeki uzantısıdır. Ancak, günümüz parlamenter demokrasilerindeki uygulama, sembolik olmaktan öte bir anlam taşımamaktadır.

Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisi, 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da yer alan bir yetkidir. 1982 Anayasası, önceki Anayasalardan farklı olarak, cumhurbaşkanına, anayasa değişikliğine ilişkin kanunları da geri gönderebilme ve bu konuda halkoyuna gidebilme yetkisi vermek suretiyle diğer Anayasalardan farklı bir düzenleme getirmiştir. Kanun hükmünde karamamelerin geri gönderilmesi konusunda ise, 1982 Anayasasında açık bir hüküm bulunmamaktadır.

1982 Anayasası, kanunları geri gönderme yetkisini cumhurbaşkanının tek başına kullanılabileceği bir yetki olarak düzenlemiş ise de, bu durumun parlamenter sistemdeki cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ilkesi ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir. Gerçekten de, parlamenter sistemlerde devlet başkanının kanunları geri gönderme yetkisi, başbakan ve ilgili bakanlarca birlikte kullanılmaktadır.

Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme gerekçelerinin, çoğunlukla anayasal kurallara ve Anayasanın öngördüğü ilkelere aykırılık olduğu, kimi zaman da yerindellikle ilgili gerekçelere dayandırıldığı görülmektedir. Bu yetkinin sıkça kullanılması, hangi gerekçeye dayandırılırsa dayandırılırsın, sonuçta cumhurbaşkanını Bakanlar Kurulu veya Meclise karşı taraf haline getirmekte ve bu makamın tartışmalı hale gelmesine neden olmaktadır.

Parlamenter rejimin sağlıklı işleyebilmesi ve bu rejimde bir denge unsuru olarak tasarlanan cumhurbaşkanının konumu birlikte değerlendirildiğinde, cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması uygun bulunmayan kanunların TBMM'ne geri gönderilmek yerine, Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası sürecinin işletilmesinin daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin: "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi"; *Amme İdaresi Dergisi*, C.21, S. 1, 1988.
- ATAR, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2005.
- EPSTEIN, Leon: "Parliamentary Government"; *International Encyclopedia of Social Sciences*, New York 1968.
- ERDOĞAN, Mustafa: *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, Liberte Yayınları, Ankara 2003.
- ERDOĞAN, Mustafa: *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2001.

- EROĞUL, Cem: **Çağdaş Devlet Düzenleri**, İmaj Yayıncılık, Ankara 2001.
- GÖZLER, Kemal: **Cumhurbaşkanı-Hükümet Çatışması**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.
- GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi yayınları, Bursa 2000.
- GÖZLER, Kemal: Devlet Başkanlığı: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2001.
- KUBALI, H. N.: **Anayasa Hukuku Dersleri**, İÜHF Yayını, No: 1604, İstanbul 1971.
- KUZU, Burhan:Parlamentar Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1989.
- ONAR, Erdal: "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?"; **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara 2001.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- PUNNET, R.M.: **British Government and Politics**, sixth ed., Darmouth Publishing Company, Aldershot 1994.
- SABUNCU, Yavuz: **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayıncılık, Ankara 2005.
- TAN, Turgut: "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)", **Anayasa Yargısı**, AYM Yayını, 1984.
- TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, YKY yayınları, İstanbul 2001.
- TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- TEZİÇ, Erdoğan: "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi"; **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No. 7, 1987.
- TURHAN, Mehmet: **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır 1989.
- YAVUZ, K.Haluk: Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLAR DERGİSİ (Çeşitli Sayılar)
<http://www.open.gov.uk>
http://www.basbakanlik.gov.tr/sour.ce/index.asp?wss=basbakanlik.gov.tr&wp_g=hukümetler. Erişim Tarihi: 30.10.2006.
http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/VERILER/kanun.html. Erişim Tarihi: 23.11.2006.

HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMASININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN DOĞURACAĞI SORUMLULUK

*Mehmet AKÇAKOCA**

1-GENEL OLARAK

Hekim, mesleğinin gereği olarak, kişilerin vücut tamlığına ve sağlığına yönelik olarak birtakım müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahaleler sırasında amacı bu değerler açısından bir tehlike yaratmak, onlara zarar vermek değil, tam aksine bu menfaatleri korumak daha da iyileştirmektir¹. Yani hekim, tıbbi müdahaleler sırasında hastasına zarar vermemelidir.² Tıbbi faaliyetlerin temelini oluşturan bu amaç aslında hekim sorumsuzluğunu ortaya çıkarmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki bu sorumsuzluk sınırsız değildir. Yapılan kasti veya taksirli bir hareket sonucu ortaya çıkacak netice, hekim sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Sorumluluk medeni hukuk açısından hekimin tazminata mahkûm olması şeklinde belirirken, ceza hukuku açısından fiilin karşılığı olan cezaya mahkûm edilme şeklinde kendini göstermektedir³.

Hekimin sorumluluğu yeni ortaya çıkmış bir kavram değildir. Tarihsel süreçte çok eski dönemlerde bile hekim sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığına raslamaktayız⁴. Tıpta yasal sorumluluklarının belirlenmesiyle ilgili en eski tarihsel belge Hammurabi Yasalarıdır. (MÖ. 1800). Eski Mezopotamya'da Kral Hammurabi tarafından yürürlüğe sokulan bu yasa maddelerinin bazıları tıpla ilgilidir. Söz konusu bu yasalarda cerrahların yaptıkları müdahaleler karşısındaki yasal sorumlulukları ve alacağı cezalar yer alır. Bu yasalarda kusur dikkate alınmaz. Cezalandırma yöntemi "kısasa kısas" yöntemidir. Bu arada o dönemlerde cerrahi müdahaleleri hekim dışı

* Cumhuriyet Savcısı, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Çakmut, Özlem (Yenerer), Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Ankara, 2003, s.241.

2 Aydın, Erdem, Tıpta Yasal Konular, www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

3 Çakmut, s.241.

4 Çakmut, s.242.

kişilerin yaptıklarını hatırlatalım. Bu yasa maddelerinden bazıları şöyledir: “Şayet hekim birisine bronz neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse veya onun gözünü harabederse iki eli kesilir”, “Şayet hekim bir esire neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse onun yerine bir esir verecektir”⁵.

Hekimin sorumluluğuna ilişkin kuralların esasları ise Mısır ve Hindistan'da doğmuş ve zamanla batıya yayılarak gelişmiştir. Eski Yunanda hekimin sorumluluğu açısından, kusurluluğa ilişkin bazı düzenlemeler yapılmaya başlanılmıştı. Ancak bu konuda en önemli adım Roma hukuku zamanında atılmıştı. 12 Levha Kanununda hekimlerin ihmal ve acemiliklerinden dolayı sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştı. Toplumsal gelişim ve değişime paralel olarak, düşünce alanında ortaya çıkan aydınlanma, hukuki düzenlemelere de yansımış ve bu durum kendini hekimin sorumluluğunun esaslarının belirlenmesinde göstermiştir. Böylece ortaya çıkan olumsuz neticelerden, ne zaman ve hangi hallerde sorumlu olunacağı daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmeye başlanmıştır⁶. Ülkemizde de önceleri usta-çırak ilişkisi içerisinde yürütülen hekimlik, 19. yy'dan sonra konuya ilişkin okulların açılması ve eğitilmiş insanların yetiştirilmesiyle bilimsel bir kimliğe bürünmüştür. Mesleki kuralları belirleyen hükümleri içeren kanunların yapılmasıyla konu artık hukuki zemine oturmuştur.

Biz bu çalışmamızda, hekimin genel ceza hukuku sorumluluğu ile değilde, hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlaline bağlı olarak ortaya çıkan ceza hukuku sorumluluğla sınırlı olarak incelemeye yapacağız. Çalışmamızda öncelikle hekimin sır saklama yükümlülüğüne değindikten sonra, bu yükümlülüğün ceza hukuku açısından doğuracağı sonuçları inceleyeceğiz.

2- HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekim, hastası ile arasındaki mevcut tedavi ilişkisi dolayısıyla hasta hakkında birtakım bilgilere vakıf olur. Bunlardan bir kısmı sır olarak nitelendirilebilecek türden bilgilerdir. Hekimin bu bilgileri saklama yükümlülüğünün bulunması da yeni bir olgu olmayıp, eskiden beri var olduğu bilinmektedir⁷. Günümüzde de hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmekte, hatta bu kabul ile yetinilmeyip bu yükümlülüğe aykırı davranılması cezai ve hukuki birtakım neticelere bağlanmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle hekimin sır saklama yükümlülüğünün hukuksal dayanaklarına kısaca değinmekte fayda görüyoruz:

5 Aydın, www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

6 Çakmut, s.242.

7 Belgesay, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1953, s. 145.

Anayasamızda;

“MADDE 17. – Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

MADDE 20. – Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.⁸” şeklinde hükümler vardır.

Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nde;

“Madde 4 - Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.⁹” denilmektedir.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın “Sır Saklama Yükümlülüğü” başlığını taşıyan 9. maddesinde:

“Madde:9- Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.

Hekim, tank ya da bilirkşi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir¹⁰.” hükmü bulunmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde ise;

“İlkeler,

8 <http://www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm>, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

9 AKİP Açıklamalı Kanun- İçtihat Programı, İstanbul, 2006, Versiyon 3.0

10 <http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/index.php?e=53>, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

Madde 5- Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyulması şarttır:f) Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.¹¹

Bilgi Verilmesini Yasaklama

Madde 20- İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.

Bilgilerin Gizli Tutulması

Madde 23- Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz¹².” hükümleri bulunmaktadır.

Ayrıca ülkemiz **Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi**'ne taraf olmuş ve Aralık 2003 tarihinde bahse konu sözleşmeyi onaylayarak iç hukukumuzun bir parçası haline getirmiştir. Bu sözleşmenin 10. maddesi şöyledir:

“Madde 10- Özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı

1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.

3. İstisnai durumlarda, 2. Fıkrafta belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilmektedir.¹³”

¹¹ Resmi Gazete, 01.08.1998, sayı: 23420.

¹² AB İçtihat ve Mevzuat Bankası, Meşe Yazılım Ve Bilgisayar Hizmetleri Ltd. Şti., Versiyon No:59.1.

¹³ http://www.avrupakonseji.org.tr/antlasma/aas_164.htm, erişim tarihi: 22.03.2007.

Tüm bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere pozitif hukukumuzda, hekimin hastası hakkında vakıf olduğu sırları saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Öyleyse hekim, tedavi faaliyeti sırasında öğrendiği hastaya ait sır niteliğindeki bilgileri gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür. Buna "sır saklama yükümlülüğü" denilmektedir¹⁴.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması, kendisinin cezai ve hukuki sorumluluğuna neden olmaktadır. Bahse konu cezai sorumluluğun ayrıntısına biraz sonra gireceğiz. Hukuki sorumluluk ise kendini, hastanın uğradığı maddi ve manevi zararın tazmininde göstermektedir. Yani hekimin bu yükümlülüğünü ihlali nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararı hekim tazmin etmek zorundadır. Örneğin, sağlığı hakkındaki bilgilerin açıklanması nedeniyle işinden atılan işçinin uğradığı maddi zararın, kişinin AIDS hastası olduğunun duyulması nedeniyle iş ve arkadaş çevresinden dışlanmasına bağlı olarak uğradığı manevi zararın, tazminat yoluyla giderilmesi gündeme gelebilecektir¹⁵.

Hekimin sır saklama sorumluluğu, hasta ile aralarında yapmış oldukları sözleşme gereği doğabileceği gibi, bu yükümlülük aynı zamanda kişilik haklarına saygılı davranmanın da doğal neticesidir. Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hasta ile hekim arasındaki güvene dayalı tedavi ilişkisinin de bir sonucudur. Bu nedenle bu yükümlülük özel olarak korunmalıdır. Hekim güven ilişkisine dayanan bilgileri ne işverene, ne yakın akrabaya, ne de mahkemeye açıklayabilir¹⁶. Yani hasta ile hekim arasındaki ilişki özü itibarıyla bir güven ilişkisidir. Bu güven ilişkisinin temelinde hukuk düzenlerinde en üstün hukuksal değer olarak kabul edilen yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü konu edinmesi vardır. Hastanın bu en önemli kişilik değerlerini teslim ettiği hekime güvenmesi teşhis ve tedavinin gereği gibi yerine getirilebilmesi açısından gereklidir. Dolayısıyla bu güven ilişkisi hem tıbbi hem de hastanın kişilik haklarının korunması nedeniyle gerekli olan sır saklama yükümlülüğünün kabul sebebidir¹⁷. Zira tedaviden beklenen amaca ulaşılabilmesi için hekim ve hasta arasında bulunması zorunlu güven ilişkisi, hastaya ait sırların saklanmasını gerektirir. Hasta sırlarına saygı gösterildiğinden ve rızası dışında üçüncü şahıslara aktarılmayacağından emin olmalıdır. Aksi takdirde, özellikle hastalığın geçmişini belirlemeye yönelik soruları cevapsız bırakacak ve yanlış ya da yanıltıcı cevaplar verme yolunu seçecektir. Hatta bu gü-

14 Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, İstanbul, 1991, s.97

15 Zeytin, Zafer, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, *Tıp Etiği- Hukuku -Tarihi Dergisi*, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>.

16 Büyükkay, Yusuf, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt:VIII, sayı:1-2, 2004, s.384.

17 Zeytin, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>.

vensizlik, hastanın hekime hiç başvurmamasına da neden olacaktır¹⁸. Hele de sağlıkla ilgili konularda halkımızda ne kadar çabuk ve kolaylıkla dedikodu ve yalan haber yayılmasının mümkün olduğu gözönünde bulundurulur ve bizim toplumumuz gibi toplumlarda, böyle bir anlayışın genel ve yerleşik bir kanı haline kolaylıkla gelebileceği düşünülürse, hekimlere karşı genel bir güvensizlik havasının toplumda oluşacağı rahatlıkla anlaşılabilecektir. O zaman halkın bir kısmı tedaviyi yanlış kaynaklarda arama yolunu tutabilecektir.

Kısaca sır kavramına da değinmekte fayda görüyoruz. Sır:

- Gizli tutulması, bilenin açıklamaması gereken şey, giz¹⁹,
- Açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şey²⁰,
- Saklanması gereken bilgi²¹,
- Bilmek hakkı olan kişiler dışında kalanların ulaşamayacağı bilgi²²,
- Genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar²³,
- Sahibi bakımından bilgiyi saklama yükümlülüğüne, talep edeni bakımından ise, bu bilgiyi edinebilme önünde engel bulunduğuna işaret edilen bilgi²⁴,
- Hastanın maddi veya manevi menfaatini zedeleyebilecek her husus²⁵, olmak üzere değişik şekillerde tanımlanmış ise de, biz bu çalışmamızda sırrı;

— Hastalanma ile başlayıp, teşhis ve tedavi ile devam eden hastalık sürecinde, hekim tarafından öğrenilen ve değişik mülahazalarla gizli kalması gereken, hastaya ve hastalığa ilişkin bilgiler şeklinde tanımlayacağız. Tanımdan da anlaşılacağı üzere hekimin hasta hakkında öğrendiği her şey sır olarak değerlendirilemez. Örneğin hastanın herkesçe bilinen ve basit olarak algılanabilecek bir enfeksiyon hastalığı nedeniyle hekime müracaat etmesi durumunda, hasta ile hekim arasında sır olarak kalmak suretiyle korunması amaçlanan bir hukuki menfaatin bulunmadığı ortadadır. Ancak hasta yine de

18 Ayan, s.98.

19 Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, s.10450.

20 Ayan, s.98.

21 Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1992, s.802.

22 Özek, Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, 1999, s.61-71.

23 Donay, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978, s. 4.

24 http://www.antenna-tr.org/book/htmlcode/bolum_2_04_a_01_tanim_kapsam.htm. Erişim: 16.06.2007.

25 Zeytin, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>.

bu durumun sır olarak kalmasını hekimden özellikle istemiş ise bu durumu sır olarak kabul etmek gerekecektir²⁶.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü anlamında nelerin sır olarak nitelendirilebileceği tartışmalıdır²⁷. Bunlara örnek olarak, özel hayata ilişkin zararlı karakter özellikleri, anormallikler, bedensel normal olmayan özellikler²⁸, evli olmayan bir kadının hamile olması, bir kimsenin AIDS virüsü taşıması²⁹, hastanın rahatsızlığının cinsel işlev bozukluğuna ilişkin olması sayılabilir. Şüphesiz bu konuda somut olayın özellikleri ve dolayısıyla hastanın durumu gözönünde bulundurulmalıdır. Önemli olan hastanın menfaatidir. Bu menfaat maddi veya manevi zararın önlenmesi olarak kendini gösterir³⁰. Neyin sır, neyin sır olmadığı belirlenirken, ortalama bir hasta tipi değil, somut hasta dikkate alınmalıdır³¹. Çünkü bir insan için sıradan kabul edilebilen bir rahatsızlık, başka bir insan için tahammül edilemeyecek ve toplum içersine çıkmasına dahi engel olabilecek kadar önemli olabilir.

Sır saklama yükümlülüğü kapsamında kalmayan bazı haller bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını kısaca değinelim;

a- Her yerde söylenebilecek türden bilgiler sır olarak sayılmaz³². Yukarıda kısaca değindiğimiz gibi, eğer hasta bu gibi durumları (grip, kaza) hekimden sır olarak saklamasını isterse sır kapsamına girer.

b- Hastanın açık rızasına dayanan açıklamalar³³,

c- Halk sağlığını tehdit eden hastalıklar ve gıda zehirlenmeleri³⁴,

ç- Uzman doktorun stajyere hastayla ilgili bilgi vermesi³⁵ sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliğinde değildir. Ancak hastanın aksi yönde bir

26 Büyükay, s.386.

27 Büyükay, s.386.

28 Ayan, s. 98.

29 Büyükay, s. 387.

30 Ayan, s. 98-99.

31 Ayan, s. 99.

32 Kesik, Vural/Karataş, Mustafa, Hekimin Adli Sorumlulukları, www.gata.edu.tr/dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_ PANELLER/ESKI_ YILLAR/ HEKIMIN_ ADLI_SORUMLULUGU.ppt , Erişim Tarihi: 22.03.2007.

33 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/ dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_ PANELLER/ESKI_ YILLAR/ HEKIMIN_ ADLI_SORUMLULUGU.ppt , Erişim Tarihi: 22.03.2007.

34 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/ dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_ PANELLER/ESKI_ YILLAR/ HEKIMIN_ ADLI_SORUMLULUGU.ppt , Erişim Tarihi: 22.03.2007.

35 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/ dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_ PANELLER/ESKI_ YILLAR/ HEKIMIN_ ADLI_SORUMLULUGU.ppt , Erişim Tarihi: 22.03.2007.

açıklaması varsa, yani buna rızası yoksa ve buna rağmen hastaya ilişkin bilgiler stajyer hekime verilirse sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır.

d- Hastane protokol defterine yapılan kayıtlar³⁷ da bu kapsamdadır. Ancak bu bilgiler kişisel veri niteliğinde olabileceklerdir³⁸,

e- HUMK 254/4 ve CMK 46 maddeleri gereğince yasal bir zorunluluk yoksa hekim, mahkemede olayın meslek sırrı oluşturduğunu öne sürerek şahitlikten çekilme hakkına sahiptir. Ancak ilgilinin rızasının varlığı halinde, hekim tanıklıktan çekinemez ve böyle bir durumda yapacağı açıklamalar sır saklama yükümlülüğünün ihlali kapsamında kalmayacaktır. Fakat rıza bulunmamasına rağmen, tanıklıktan çekinme sebepleri bulunur da buna rağmen hekim tanıklık yapar ve hasta sırlarını açıklarsa sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olur³⁹.

f- Verilen raporun gerçeğe uygun olmadığı ileri sürülürse, bu durum hekimin ceza alması sonucunu doğurabileceğinden gerçeğin kanıtlanması için hekim meslek sırrını açıklayabilir⁴⁰,

g- TCK'nın 280. maddesi, mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin öğrendikleri suçları ihbar yükümlülüklerini düzenlemektedir. Hekim tedavi için kendine müracaat eden kimselerin aleyhine suç işlendiği yâda bu kişilerin suç şüpheli olduğu kanaatine ulaşırsa, bu durumu yetkili makamlara bildirmek zorundadır. Bu bildirim de sır saklama yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurmayacaktır.

h- Hekimin hastasını ilgilendiren bir olayda hekimin bilgisine bilirkşi olarak başvurulması ve hekimin de bilirkşi raporunu tanzim ederken hastasının sırlarını açıklamış olması, hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez⁴¹.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü kapsamına girmeyen hallere de birkaç örnek verelim;

36 Hancı, Hamit, Malpraktis, Ankara, 2002, s.93.

37 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/ dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/ HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt , Erişim Tarihi: 22.03.2007.

38 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007, s.482.

39 Donay, s.161.

40 Kesik/Karataş, www.gata.edu.tr/ dahilibilimler /cocuk/Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/ HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt , Erişim Tarihi: 22.03.2007.

41 Büyükkay, s. 388.

a- Bilimsel yayınlarda hastanın kimliğinin saklı tutulmasına özen gösterilmelidir, aksine davranış sır saklama yükümlülüğüne aykırıdır,

b- Hastanın resminin yayınlanması zorunluluğu varsa kimliğini ortaya çıkaracak özellikler gizlenmelidir⁴², gizlenmemesi kamuoyuna doğrudan ifşa etmek anlamına gelir ki, hakaret suçunu bile oluşturabilir.

3- HEKİMİN BU YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMASININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN DOĞURACAĞI SORUMLULUK

Ceza Kanunu'nun hekimin sır saklama yükümlülüğünün içeriğine ilişkin hüküm getirmesi düşünülemez. Ceza hukuku, hukukun diğer dallarında getirilen hükümlerin uygulanmasını sağlamak bakımından bir takım yaptırımlar öngören bir hukuk dalıdır. Bu itibarla hukuk düzenimizin başka yerlerinde tespit edilmiş bulunan hasta haklarının ya da hekimlik meslek etiğinin uygulanmasını, ceza kanununda garanti altına alınmasını temin etmek amacıyla yer verilen düzenlemelerin bulunup bulunmadığı ve varsa bunların neler olduğunu ele almak gerekir. Bu bakımdan incelendiğinde, ceza kanunumuzda üç hakka ilişkin hükümlerin bulunduğu anlaşılmaktadır: Yaşam hakkı, bedenine sahip olma hakkı ve özel hayata saygı hakkı⁴³. Yaşam ve bedenine sahip olma hakkı çalışmamızın kapsamında kalmamaktadır. Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmamasının güvence altına alınmasını sağlayan düzenlemeler özel hayata saygı hakkı kapsamında kalmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere 01.06.2005 Tarihinde yürürlüğe giren 5237 sy Türk Ceza Kanunu'nda çalışmamızla ilgili bulunan " kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçu "özel hayata karşı suçlar " yanbaşığ altında düzenlenmiştir.

Çalışmamızın bu kısmında, Yeni 5237 sy TCK göre bu eylemin yaptırımını olan "kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve yayılması" suçu ile 765 sy TCK göre hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımını oluşturan "sırrın ifşası suçunu", karşılaştırmalı olarak incelemeye çalışacağız.

I-GENEL OLARAK

Mülga 765 sy TCK'nın 198. maddesinde hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasının cezai yaptırımını düzenlenmişti.

"Madde 198 - Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırta vakıf olup ta meşru bir

42 Hancı, s.93.

43 Hakeri, Hakan, Hasta Hakları Bakımından Yeni Türk Ceza Kanunu, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli lira-ya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.

Eğer zarar vaki olmuş ise cezayı nakdi elli liradan az olamaz.”⁴⁴

765 sy TCK'nın 198. maddesinin tam karşılığı 5237 sy TCK'da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla meslek faaliyeti çerçevesinde bir sırda vakıf olan bir hekimin, bu sırrı açıklaması durumunda cezai sorumluluğunun olmayacağı düşünülebilir gibi görünse de ⁴⁵ bu düşünce hatalı bir düşünce olacaktır. Yeni Türk Ceza Kanunu meslek sırrının açıklanması suçuna yer vermemiş ise de bunun yerine, “**kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme**” suçunu düzenlemiştir⁴⁶ (TCK 136). Bu düzenleme ile yepyeni ve daha önce hukuk sistemimizde bulunmayan bir suç tipi hukuk sistemimize getirilmiştir. Öncelikle Yeni TCK'daki maddelerimizi bir görelim:

"DOKUZUNCU BÖLÜM: ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR

VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME

Madde 136 - (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

NİTELİKLİ HÂLLER

Madde 137 - (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır⁴⁷. "

Bu maddelerle kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına verme, yayma veya ele geçirme eylemleri bağımsız bir suç olarak tanımlanarak yaptırma bağlanmıştır. Madde gerekçesinden de bu anlaşılmaktadır. Yukarıdaki açıklamalarımızda sır olarak bahsettiğimiz bilgilerin bu madde anlamında kişisel veri niteliğinde olduğuna birazdan değineceğiz.

II-SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

765 sy TCK'nın 198 maddesi, ceza hukuku açısından sırrın açıklanmaması “**kişi özgürlüğü**” ile yakından ilişkiliydi. Bu düzenlemeyle sır, özel

44 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat Programı

45 Zeytin, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>.

46 Hakeri, [http://portal.hakanhakeri.com / index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29](http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29), Erişim Tarihi: 26.03.2007.

47 <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/5237.htm>, erişim tarihi: 22.03.2007.

yaşamın bir parçası olarak korunmaktaydı. Diğer taraftan da hekimlik mesleğine duyulan güvenin sarsılmaması da bu anlamda koruma altına alınmıştı. Bir hekime başvuran kimse zorunlu olarak sağlığı konusundaki tüm bilgileri ona vermek zorundadır. İşte burada sırrın açıklanmaması ile aynı zamanda hekimlik mesleği genel olarak korunmaktadır. Çünkü hasta sırrının açıklanmayacağına güvenerek doktora başvurmaktadır⁴⁸.

5237 sy TCK'nın 136 maddesi de kişi özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği korunmaktadır. Suç konusunu oluşturan kişisel verilerin ve buarada yaşamın gizli alanında kalması gereken hasta sağlığı ile ilgili bilgilerin hekim tarafından bir başkasına verilmesi veya örneğin bir yayında kimlik belirtilmek suretiyle yayılması durumunda 136. maddedeki suç oluşmuş olur⁴⁹. Bu da Anayasamızın 20. maddesinde kurallaşan "Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı" na müdahale oluşturmaktadır. Yine korunan hem bireylerin hem de toplumun yararındır. İlk planda korunan kişinin sağlık hakkıdır. Çünkü birey ancak teşhis ve tedaviden ötürü kendisi bakımından kişisel zararların zorlukların veya utançların ortaya çıkmaması halinde hekime gidecektir. İkinci planda korunan ise toplumun sağlık hakkıdır⁵⁰.

III- SUÇUN KONUSU VE SIR KAVRAMIYLA İLİŞKİSİ

Maddede tanımlanan suçun maddi konusu kişisel verilerdir⁵¹. Burada yapılması gereken en önemli tespit, kişisel verilerin neler olduğudur. Veri, hukuk sözlüğünde, bir sonuca varabilmek için gerekli bilgi olarak tanımlanmıştır⁵². Kişisel kelimesi de kişiye özel olan, başkalarıyla paylaşılmak istenilmeyen anlamına geldiğine göre, kişisel veriyi, gerçek kişiyle ilgili, kişiye özel her türlü bilgi olarak tanımlayabiliriz. Bu noktada "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı", belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri, kişisel veri olarak tanımlamaktadır (md. 3/1-a). TCK 135/2. fıkrada kişilerin *sağlık durumlarına* ilişkin bilgilerin kişisel veri olduğu açıklanmaktadır. Madde gerekçesinde de gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla beraber, hekim açısından başkasına verilmesi veya yayılması suç oluşturan kişisel verinin, kişinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemeyeceği, saklı kalmasını istediği ve sağlığına ilişkin olan veya sağlığı

48 Aşçıoğlu, Çetin, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982, s.144.

49 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

50 Hakeri; Tıp Hukuku, s.474.

51 Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007, 1.cilt, s.1040.

52 Yılmaz, s.966.

dolayısıyla öğrenilen bilgiler olduğu açıktır. Bu nedenle, örneğin bir cinsel hastalık nedeniyle eşcinsel olduğunu açıklayan kimsenin bu yönünün hekim tarafından başkasına bildirilmesi durumunda bu suç oluşmuş olacaktır⁵³.

Bir kimsenin utanılabilecek şekilde hastalanması, hastalığı nedeniyle tedavi görmesi gibi hususlar, genel kabule göre, o insanın özeli olduğundan, yukarıda sır kavramını açıklarken bahsetmiş olduğumuz bilgiler de kişisel veri kavramının içinde kalmaktadır. Hatta kişisel veri kavramı daha da genişletir denilebilir. Bazı yazarlar kişisel veri kavramını, gerçek kişiyle ilgili hertürlü veri, olarak tanımlama eğilimindedirler⁵⁴. Biz bu tanıma katılmaktayız. Bu tanım kişisel veri kavramını oldukça genişletmektedir. İnsanla ilgili tüm bilgileri kişisel veri olarak kabul edersek, kamu alanı diye bir alan kalmaz ve hiçbir bilginin, verinin kişisellik dışı olması ihtimali dahi sözkonusu olamaz. Tüm veriler kişisel değildir. Yasa koyucu, kişisel veri kavramını kullanırken insanla ilgili tüm verileri değil de kişiye özel, çok gizli olmasa dahi, kişinin kendisinde kalmasını istediği, açıklanması zarar doğurmasa dahi, bilginin sahibince açıklanması uygun görülmeyen verileri anlatmak istemiştir. Bu kavram sır kavramını içine almakla birlikte ondan daha geniştir.

IV- SUÇUN FAİLİ VE MAĞDURU

Bu suçun faili herkes olabilir⁵⁵. Çalışmamızın konusu açısından bakılacak olursa hekimin saklamakla yükümlü olduğu, hastasına ait bilgileri açıklaması durumunda bu suçun faili olabileceğinde şüphe bulunmamaktadır. Hekimlik mesleği gibi bir mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanarak bu suçun işlenmesi durumunda failin cezası artırılabilecektir⁵⁶ (TCK 137). Bu açıdan bakıldığında hekimlerin dışındaki sağlık personelinin de bu suçun faili olması mümkündür. Örneğin, hemşire, ebe, eczacı vb bu suçun faili olabilir. Yine sağlık personeli olmayan hekim sekreteri gibi hasta bilgilerine ulaşması mümkün diğer kişiler de bu suçun faili olabilir. Kısaca kanunumuz fail kategorisini sınırlandırmamıştır⁵⁷.

Suçun mağduru da herkes olabilir⁵⁸. Çalışmamız açısından bakılırsa tedavi sözleşmesi kapsamında hekimle hukuksal bir ilişki içersine giren herkes

53 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

54 Parlar/Hatipoğlu, s.1040.

55 Hakeri, Tıp Hukuku, s.479; Parlar/Hatipoğlu, s.1040.

56 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

57 Hakeri, Tıp Hukuku, s.480.

58 Parlar/Hatipoğlu, s.1041.

suçun mağduru olabilir. Hatta verileri açıklayan hekimle birebir tedavi ilişkisi içersine girmese dahi, bahse konu hastanedeki bilgilere ulaşabilen başka bir hekimin hastanın kişisel verilerini açıklaması halinde dahi suç oluşur ve hastamız mağdur konumuna dönüşür. Hasta ile hekim arasında sözleşmenin bulunmadığı, örneğin trafik kazası sonucu ağır yaralı olarak ve şuurunu kaybetmiş vaziyette acil servise getirilen hastanın durumunda olduğu gibi ya da ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıktığı zaruret hallerinde hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesi kurulmuş olmayacağından ve doktrinadaki hâkim görüşüne göre vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacağından, böyle bir hastan da bu suçun mağduru olacağına hiç şüphe bulunmaması gerekir. Böyle bir hasta evleviyetle mağdur olmalıdır. Çünkü tedavi sözleşmesi yapan kişinin durumuna göre daha korumasız bir durumdadır ve ayrıca hekimi bu konuda sınırlandırma şansı hiç bulunmamaktadır. Böyle bir hastanın kişisel bilgilerine hekim çok daha çabuk ve daha kolay ulaşacaktır. Hatta bu durum temel cezanın belirlenmesinde hekim aleyhine olarak gö-
nünde bulundurulabilecektir.

V- SUÇUN MADDİ USURU

Öncelikle eski 765 sy TCK'nın 198. maddesinde düzenlenmiş bulunan suçun oluşabilmesi için gerekli şartlar nelerdi, bir bakalım;

1- Ortada bir sır bulunmalıdır.

2- Hekim bu sırta mesleği gereği vakıf olmuş olmalıdır.

3- Sırrın ifşa edilmiş olması gereklidir⁵⁹. Sırrın meşru sebeplere dayanılmaksızın açıklanması ifşayı oluşturur. Sırrın açıklanmasının şekli önemli değildir. Serbest hareketli bir suçtur. Tabiki sırrı doğrudan başkasına söylemekle, başkasının öğrenmesine izin vermek arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Sırrı açıklama ile alenileşmesi ve herkes tarafından öğrenilmesi şart değildir. Sır olarak kabul edilen bir hususun, bir kişiye dahi açıklanmış olması yeterli kabul edilebilir. Bu bilginin tümünün açıklanmasına da gerek yoktur. Kısmi açıklama üçüncü kişilerin bilgi edinmesini sağlamışsa yeterlidir. Örneğin; Fransız Temyiz Mahkemesi; bir ailenin çocuklarından birinin uzun süre önce menenjit tedavisine tabi tutulduğunun açıklamasında suç unsuru görmemiştir. Bu kararda ailenin çocuklarından hangisinin hastalandığının ismen açıklanmamış olması nedeniyle sırrın açıklanması suçu kabul edilmemiştir⁶⁰.

4- Sırrın açıklanmasında mağdur açısından bir zarar tehlikesi bulunmalıdır. Yani suçun oluşabilmesi için sırrın açıklanmasının, mağdurda maddi

59 Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, İstanbul, 1998, s.2300.

60 Aşcıoğlu, s.146-147.

veya manevi bir zarar doğurabilecek nitelikte olması gereklidir. Zararın fiilen doğmuş olması suçun oluşması açısından şart değildir. Bu anlamda suç şekli bir suçtur. Zararın fiilen gerçekleşmiş olması ise ikinci fıkradaki nitelikli hali oluşturur. Bu anlamda bakıldığında mağdurun sırrın açıklanması nedeniyle uğradığı gelir kaybı maddi zararı ifade eder. Mağdurun sırrının başkalarına öğrenilmesi nedeniyle toplum içindeki itibar kaybı, üzüntüye kapılması ise manevi zarardır⁶¹. Madde metninde doğrudan hekimlerden bahsedilmemiş ve genel ifadelerle yetinilmiş ise de, kanun, mesleği icabı bir sırda vakıf olma ölçütünü getirdiğinden, hekimlerin de bu madde kapsamında bulunduğu şüphe bulunmamaktadır.

5237 sy TCK'nın 136. maddesinde sayılan suçun maddi unsuru ise başkasına ait kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına *vermek, yaymak* veya *ele geçirmektir*. Bunlar seçimlik hareketler olup bunlardan bir tanesinin yapılması suçun oluşması açısından yeterlidir⁶². Kurum ve kuruluşların bilgisayar ortamlarında saklanan kişisel verilerin, örneğin bir hastanenin hastalarına ilişkin kişisel veri kapsamındaki kayıtların, hukuka aykırı olarak başkalarına verilmesi, yayılması veya kötü niyetli olarak ele geçirilmesi hallerinde eylem 136. md uyan suçu oluşturacaktır. Suçun oluşması için 765 sy TCK'nın 198 maddesindeki gibi mutlaka bir zarar veya zarar tehlikesinin doğması şart değildir. Önceki kanunumuzdan farklı olarak yeni kanunumuz, "ifşasında zarar olabilecek bir sır"dan bahsetmemektedir. Ancak yine de bir verinin kişisel olmasıyla, bunun başkasına verilmesiyle bir zararın doğabileceği düşünülebilir. Bununla beraber, kanun bu şartı aramadığından, bir zarar doğmasa da kişisel verilerin bildirilmesinin suç oluşturacağı anlaşılmaktadır⁶³.

Yeni TCK'da ki bu düzenleme ile getirilen suç da şekli bir suçtur. Suçun oluşması için verilerin (çalışmamız kapsamında hasta sırlarının) başkasına verilmiş olması yeterlidir. Kişisel verilerin bir tek kişiye verilmesi veya açıklanması suçun oluşması bakımından yeterlidir⁶⁴. Kamuoyuna bu verilerin açıklanması da verilerin yayılması olduğundan, suçu oluşturacaktır. Eski kanunda, sırlara meslek dolayısıyla vakıf olunması şartı aranmaktaydı. Yeni kanun ise böyle bir ayırım yapmamaktadır⁶⁵.

61 Savaş/Mollamahmutoğlu, s.2306.

62 Parlar/Hatipoğlu, s.1041.

63 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

64 Hakeri Tıp Hukuku, s.480.

65 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

Bu suçun ihmali hareketle işlenebilir olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimce ünlü bir hastaya ilişkin bilgilerin basının kolayca ulaşabileceği yere bırakılması ve neticede basının bilgilere ulaşarak yayınlaması örneğinde olduğu gibi ihmali hareketle de işlenebilir.

VI- SUÇUN MANEVİ UNSURLARI

765 sy TCK'nın 198 maddesindeki suçun oluşabilmesi için kastla hareket edilmiş olması gerekiyordu. Özel kast aranmayıp, genel kast yeterli idi. Yani failde zarar verme kastının aranmasına gerek yoktu. Sırrın bilerek ve istenerek açıklanması yeterliydi. Taksirli bir hareket sonucunda sırrın başkaları tarafından öğrenilmesi suç teşkil etmez. Örneğin, doktorun notlarını masasında unutması üzerine, sırrın başkaları tarafından öğrenilmesinde kast bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durum hekimin hukuki sorumluluğunu gerektirebilir.⁶⁶

5237 sy TCK'nı 136. maddesindeki suç açısından da manevi unsur bakımından kast aranacaktır. Genel kast yeterlidir. Failin hangi saikle hareket ettiğinin suçun oluşumu açısından önemi yoktur⁶⁷. Eylemin taksirle gerçekleştirilmesi durumunda suç oluşmayacak ve fail cezalandırılmayacaktır⁶⁸.

VII- HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ:

Kişisel verilerin verilmesi hukuka uygun olabilir. Örneğin, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (md. 57, 104, 113) gereğince bildirilmesi zorunlu hastalıkların bildirilmesi durumunda bu suç oluşmaz. Keza TCK 279 ve 280 çerçevesinde kişisel verilerin verilmesi de hukuka uygundur⁶⁹.

Keza Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 5. maddesine göre, kişisel veriler kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Ayrıca, kanunun öngördüğü bir zorunluluğun mevcudiyeti durumunda; ilgili kişinin rızasını açıklayamayacak durumda olması halinde kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla kişisel verilerin işlenmesi durumunda verilerin işlenmesi hukuka uygun olacaktır⁷⁰.

Ayrıca, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin, sağlık kurumları, sigorta şirketleri, sosyal güvenlik kurumları, işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler, okullar ve üniversiteler tarafından ilgili kanunlara uygun

66 Donay, s.163; Aşçıoğlu, s.145-146; Hancı, s.93.

67 Parlar/Hatipoğlu, s.1041.

68 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

69 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

70 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

olarak, hukuken veya meslek kurallarına göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan sağlık personeli tarafından işlenmesi de hukuka uygundur(Tasarı md. 6/2-g)⁷¹.

Gerek görsel gerekse yazılı basının haber verme hakkı bir hukuka uygunluk nedenidir⁷². Ancak bu konuda sınırın çok dikkatli çizilmesi gerektiği kanaatindeyim.

VIII- NİTELİKLİ HAL

TCK'nın 137. maddesi uyarınca suçun kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi veya belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Bu duruma verilebilecek en güzel örnek belki de hekimin görevi nedeniyle kolaylıkla öğrendiği hasta sırlarını açıklamasıdır. Yani hekimlik mesleği gibi bir mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanarak bu suçun işlenmesi durumunda failin cezası artırılacaktır (TCK 137)⁷³. Çalışmamızda şu ana kadar yaptığımız tüm açıklamalar bu kapsamda değerlendirilmelidir.

IX- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a) Teşebbüs

Bu suç teşebbüse müsaittir.⁷⁴ Bu duruma örnek olarak, meşhur bir sanatçı hakkında geçmişte geçirdiği utanç verici bir rahatsızlığın, ünlü sosyete doktoru A tarafından açıklanacağına dair yapılan uzun tanıtıcı reklamlardan sonra, ilgili doktor programda konuşmaya henüz başladığı, genel giriş yaptığı fakat ayrıntılara henüz girilmediği esnada mahkeme kararıyla yayının durdurulması durumunda, henüz bir kişisel veri açıklanmadığından suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

b) İştirak

İştirak kurallarının tüm hallerinin bu suç kapsamında gerçekleştirilmesi mümkündür.⁷⁵ Yukarda verdiğimiz örnekte yayın kuruluşu açıklamayı yapacak hekimin fiiline TCK 37 maddesi anlamında birlikte gerçekleştiren ya

71 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

72 Hakeri, Tıp Hukuku, s.491.

73 Hakeri, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

74 Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, Asliye Ceza Davaları, Ankara, 2007, s.309; Doğan; Yusuf Hakkı, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, s:7, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

75 Parlar/Hatipoğlu, s.309; Doğan, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc, s:7, Erişim Tarihi: 22.03.2007, s.7.

da 39. maddesi anlamında açıklamanın yapılmasına yardım eden olarak iştirak etmiş olacaktır. Tabii iştirakin boyutu olaydan olaya değişeceğinden her somut olayı kendi içinde değerlendirmek gerekecektir.

c) İctima

Bu konuda özel bir düzenleme getirilmediğinden içtima hususunda genel hükümler uygulanacaktır⁷⁶. Kişinin herhangi bir şekilde edindiği kişisel verileri hukuka aykırı olarak vermesi, yayması suçtur. Ayrıca hukuka aykırı ele geçirme de suçtur. Ancak hukuka aykırı olarak ele geçirilen verinin, ayrıca verilmesi durumunda iki ayrı suç değil, tek suç oluşur. Verme eylemi cezalandırılmayan sonraki eylemdir⁷⁷. Bu sonuç suçun seçimlik hareketli bir suç olmasının bir sonucudur. Aynı kanun maddesinde düzenlenmiş bulunan seçimlik birden fazla hareketten birkaç tanesinin aynı sanık tarafından gerçekleştirilmesi durumunda tek suç oluşacak ancak, bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

X- SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA ve GÖREVLİ MAHKEME:

Suç Cumhuriyet Savcılığınca resen soruşturulması gereken suçlardan olup takibi şikâyete bağlı suçlardan değildir. Bu suçlardan açılan kamu davalarına, kanundaki yaptırımının üst sınırının dört yıl olması nedeniyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 10 ve 11. maddeleri gereğince asliye ceza mahkemelerinde bakılır.

765 sy TCK'nin 198. maddesindeki suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıydı⁷⁸. Suç üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmemesi nedeniyle önödeme kapsamında kalmaktaydı. Yaptırımı üç aya kadar hapis ve adli para cezasıydı.

76 Parlar/Hatipoğlu, s.309.

77 Hakeri, [http://portal.hakanhakeri.com / index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29](http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29), Erişim Tarihi: 26.03.2007.

78 Yaşar, Osman, Asliye Ceza Davaları, Ankara 1994, s.170.

XI- YAPTIRIM DÜZENİ⁷⁹

<p style="text-align: center;">765 sy TCK 198 md;</p> <p>Meslek sırrını ifşa:(Resmi görevi ve-ya sıfatı ya da meslek ve sanatı gereği ifşasında zarar görülen bir sırta vakıf olup ta meşru bir sebebe dayalı olmaksızın ifşa etmek)</p>	<p style="text-align: center;">3 aya kadar hapis</p>
<p style="text-align: center;">5237 sy TCK md 136-137;</p> <p>Kişisel verileri Hukuka aykırı olarak vermek(137)</p> <p>Genel ağırlatıcı sebepler (137):</p> <p>a. Memurun yetkisini kötüye kullanması ile</p> <p>b. Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanarak</p>	<p style="text-align: center;">1 yıl -4 yıl hapis</p> <p style="text-align: center;">1 / 2 artırım</p>

XII- ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Suç, yukarda da açıklandığı üzere 5237 sy. TCK anlamında genel halinde 4 yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Ancak bu suçu bir hekim tarafından, hekimlik mesleğinin sağladığı kolaylıktan istifade edilerek ya da hekimin sahip olduğu yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde, ½ oranında arttırım yapılacağından 6 yıla kadar hapis cezasını gerektirecektir. TCK'nın 66/3 maddesine göre dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, dosyadaki mevcut deliller itibariyle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulacağından, bu suçun tabi olduğu dava zamanaşımı süresi belirlenirken, hekimin işlediği suçun yaptırımının üst sınırı olacak olan 6 yıllık sürenin esas alınması gerekmektedir. Öyleyse çalışmamızın konusunu oluşturan suçun tabi olduğu dava zamanaşımı süresi, TCK'nın 66/1-d maddesi gereğince 15 yıl olacaktır.

765 sy TCK' nın 198. maddesinde düzenlenen suç, yukarda da belirttiğimiz üzere 3 aya kadar hapis cezasını gerektirmekte olup, 765 sy TCK'nın 102/1-4 maddesi gereğince 5 yıllık dava zamanaşımı süresine tabi idi. 5237 sy TCK ile bu süre uzatılmış ve 15 yıla çıkartılmıştır.

79 Tablo, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm>. Hasta Hakları ve Yeni Türk Ceza Kanunu, Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL, Erişim Tarihi: 22.03.2007, adresinden alınmıştır.

Ceza zamanaşımı süreleri ise mahkûm olunan ceza miktarına göre belirlenecektir. 5237 sy TCK anlamında, hâkim yaptığı yargılama sonunda 5 yıl ve daha az bir cezaya hükmederse TCK'nın 68/1-e maddesi gereğince bu mahkûmiyet 10 yıllık bir ceza zamanaşımına tabi olacaktır. Eğer hâkim şiddet sebeplerini dikkate alarak 5 yıldan fazla bir mahkumiyete hükmedecek olursa, (Ki bu 6 yıldan fazla olamayacaktır.) TCK'nın 68/1-d maddesi gereğince mahkûmiyet 20 yıllık bir ceza zamanaşımına tabi olacaktır. Bu süreler 765 sy TCK anlamında, 112/4 maddesi gereğince 10 sene idi. Demekki yeni TCK bu süreyi de uzatarak 20 yıla çıkarmıştır.

Zamanaşımı sürelerini kesen ve durduran nedenlere, çalışmamızın sınırlarını çok genişletmesi nedeniyle değinmeyi gerekli bulmadık.

SONUÇ

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere pozitif hukukumuzda, hekimin hastası hakkında vakıf olduğu sırları saklama yükümlülüğü vardır. Öyleyse hekim, tedavi faaliyeti sırasında öğrendiği hastaya ait sır niteliğindeki bilgileri gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür. Buna "sır saklama yükümlülüğü" denilmektedir⁸⁰.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması, kendisinin cezai ve hukuki sorumluluğuna neden olmaktadır. Cezai sorumluluk, 765 sy TCK'nın 198 maddesinde, 5237 sy TCK'da da 136 ve 137. maddelerde kendini göstermektedir.

Sonuç olarak 5237 sy TCK'da, bu sorumluluk kapsamı ile ilgili olarak getirilen değişiklik ve yenilikler şöylece özetlenebilir;

- 1- Suçun yaptırımını 3 aydan 6 yıla çıkartılarak oldukça ağırlaştırılmıştır,
- 2- Suçun hekim tarafından işlenmesi, suçun basit hali olmaktan çıkartılmış ve ayrıca yarı oranında bir artırım nedeni haline getirilmiştir,
- 3- Suçun kapsamını oluşturan bilgilerin, kişisel veriler olarak tanımlanması ile sır kavramından vazgeçilmiş ve böylece suçun kapsamına giren bilgiler genişletilmiştir,
- 4- Suçun oluşması için bir zarar veya zarar tehlikesinin doğması şartı kaldırılarak, zarar meydana gelmese bile suçun oluşacağı kabul edilmiş ve böylece suçun oluşması kolaylaştırılmıştır,
- 5- Sırlara hekimin mesleği dolayısıyla vakıf olması şartı kaldırılarak, hekimin herhangi bir şekilde edindiği kişisel verileri hukuka aykırı olarak açıklamasının suçun oluşması açısından yeterli olması kabul edilmiştir,

6- Dava ve ceza zamanasını süreleri oldukça uzatılarak, soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki gecikmeler nedeniyle olumlu yâda olumsuz bir sonuca ulaşamaması ihtimali azaltılmıştır,

7- Suç önödeme kapsamında olmaktan çıkartılmış ve böylece belirli bir miktar parayı ödeyerek kurtulma şansı kaldırılmıştır.

Tüm bu değişikliklerin toplumsal hayatta etkilerinin hissedilmeye başlanması ile hekimlerin hasta sırları ile ilgili olarak daha korumacı bir yaklaşım içersine girecekleri ve yeni TCK'nın bu anlamda da olumlu sonuçlar doğuracağı tarafımızca değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

AB.İçtihat ve Mevzuat Bankası, Versiyon No:59.1.

AKİP Açıklamalı Kanun- İçtihat Programı, Eylül 2006, Versiyon 3.0.

Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, ASLİYE CEZA DAVALARI, Ankara, 2007.

Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı TÜRK CEZA KANUNU YORUMU, 1.cilt, Ankara, 2007.

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi.

Çetin Aşçıoğlu, DOKTORLARIN HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUĞU, Ankara 1982.

Çetin Özek, BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNDEN BİLGİLENME HAKKINA, İstanbul, 1999.

Ejder Yılmaz, HUKUK SÖZLÜĞÜ, Ankara, 1992.

Zafer Zeytin, HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ, <http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/search.php?id=33697>, Adresinden; Tıp Etiği- Hukuku -Tarihi.

Hakan Hakeri, TIP HUKUKU, Ankara, 2007.

Hakan Hakeri, HASTA HAKLARI BAKIMINDAN YENİ TÜRK CEZA KANUNU, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=29, Erişim Tarihi: 26.03.2007.

Hamit Hancı, MALPRAKTİS, Ankara, 2002.

<http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/index.php?e=53>, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

http://www.avrupakonseji.org.tr/antlasma/aas_164.htm, Erişim Tarihi: 22.03.2007,

<http://www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm>, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/5237.htm>, Erişim Tarihi: 22.03.2007,

http://www.antenna-tr.org/book/htmlcode/bolum_2_04_a_01_tanim_kapsam.htm. Erişim: 16.06.2007.

Mehmet Ayan, TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN SORUMLULUK, Ankara, 1991.

Mustafa Reşit Belgesay; TIBBİ MESULİYET, İstanbul, 1953.

Osman Yaşar; ASLİYE CEZA DAVALARI, Ankara 1994.

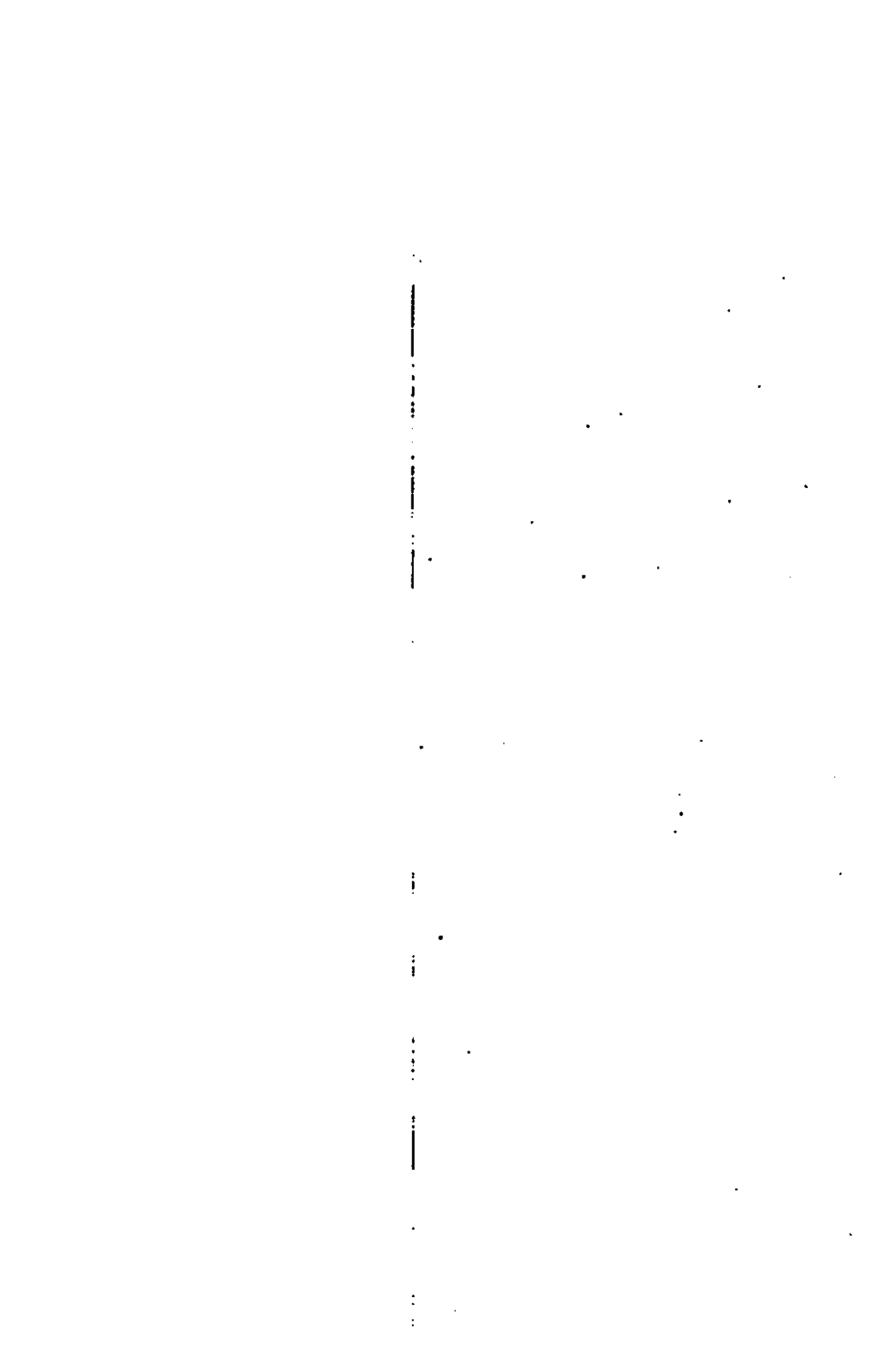
- Özlem Çakmut (Yenerer); **TIBBİ MÜDAHALEYE RIZANIN CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ**, Ankara, 2003.
- Erdem Aydın, **TIPTA YASAL KONULAR**, [www. medinfo. hacettepe. edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc](http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D3/8/3080.doc), Erişim Tarihi: 22.03.2007.
- Resmi Gazete, Tarih: 01.08.1998; Sayı: 23420.
- Süheyl Donay, **MESLEK SIRRININ AÇIKLANMASI SUÇU**, İstanbul, 1978.
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat Programı.
- Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoglu, **TÜRK CEZA KANUNUNUN YORUMU**, Ankara, 1998.
- Vural Kesik/Mustafa Karataş, **HEKİMİN ADLİ SORUMLULUKLARI**, [www.gata.edu.tr/ dahilibilimler/cocuk Ders_Konulari/ SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt](http://www.gata.edu.tr/dahilibilimler/cocuk_Ders_Konulari/SEMINER_PANELLER/ESKI_YILLAR/HEKIMIN_ADLI_SORUMLULUGU.ppt), Erişim Tarihi: 22.03.2007.
- Yahya Deryal, **HASTA HAKLARI VE YENİ TÜRK CEZA KANUNU**, [http://www.ceza-bb.adalet. gov.tr/ makale1-2.htm](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm), Erişim Tarihi: 22.03.2007.
- Yusuf Büyükay, **HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt:8, sayı:1-2, 2004.
- Yusuf Hakkı Doğan, **ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLAR**, [www.ceza-bb.adalet. gov.tr/ makale/146.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/146.doc), s.7, Erişim Tarihi: 22.03.2007.

100

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

Özel Hukuk



KARAR DÜZELTME KANUN YOLUNDAKİ PARASAL SINIRIN UYGULANMASI ÜZERİNE

*Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN**

I- Genel Olarak

Karar düzeltme, eski tabir ile tashihi karar, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu (bazı) kararlarına karşı tanınmış olan (kendine özgü) bir normal kanun yoludur¹.

Bir hükmün şekli anlamda kesinleşmesinden söz edilebilmesi için, eğer söz konusu hükme karşı karar düzeltme yolu açık ise karar düzeltme kanun yolunun tüketilmiş olması gerekir. O halde, bir hüküm hakkında Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu karara karşı karar düzeltme yolu kapalı ise veya karar düzeltme yolu açık olup da (HUMK m. 440) süreci içerisinde bu yola başvurulmamış ise veya başvurulup da feragat edilmişse ya da karar düzeltme talebi reddolunmuş ise hüküm şekli anlamda kesinleşir. Buna göre, karar düzeltme kanun yolu, hükmün şekli anlamda ve dolayısıyla maddi anlamda kesinleşmesi ile doğrudan bağlantılıdır².

Kanun yolu denince, kural olarak, bir kararın üst mahkeme tarafından incelenmesi anlaşılır; örneğin temyiz yolunda olduğu gibi. Oysa karar düzeltme yolunda, karar düzeltme talebi, bu kararı vermiş olan Yargıtay daire-sinde (veya aleyhine karar düzeltme yoluna başvurulmuş karar HGK kararı ise, HGK'nda) incelenip karara bağlanır. Bu nedenle, karar düzeltme yolu, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında yapmış olduğu hatalardan dönmesini sağlayan ve temyiz yolunun devamı niteliğinde³ kendine özgü bir kanun yoludur⁴.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001, s. 4851. Bilge'nin tanımı ise şu şekildedir; 'Karar düzeltme, İlk derece mahkemelerinin nihai kararları hakkında Yargıtay'ın denetleme organı olarak vermiş olduğu kararlara karşı kabul edilmiş olan bir kanun yoludur' (Bilge, N., Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973, s.1).

2 Bu yola başvurmakla kararın kesinleşmesi önlenmiş, daha doğrusu ertelenmiş olur (Suspensiveeffekt) (Bilge, s. 16).

3 Bu husus, 10.05.1965 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında şu şekilde ifade edilmiştir; 'Yargıtay kararının düzeltilmesinin istenmesi, temyize başvurmaya ilişkin yasa (temyiz)

Modern hukuk sistemlerinde benzeri olmayıp tamamen hukukumuzda ait bir kurumdur⁵. Yargıtay'ın Temyiz incelemesi sırasındaki yanılma ihtimalini göz önünde tutarak kabul edilmiş olan karar düzeltme yolunun, davaların sonuçlanmasını önemli ölçüde uzattığı ve bu nedenle tamamen kaldırılması gerektiğini ifade eden Doktrindeki hakim görüşü⁶ esas alan kanun koyucu 5236 sayılı Kanunla (m.20) bu kanun yolunu tamamen kaldırmıştır⁷. Ancak 5236 sayılı Kanun Geçici 2 nci maddesine göre, istinaf mahkemelerinin Resmi Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında kesinleşinceye kadar karar düzeltme ile ilgili hükümlerin uygulanmasına devam olunacaktır. Bu yüzden karar düzeltme kanun yolu bir süre daha hukuk sistemimiz içerisindeki geçerliliğini sürdürecektir.

II- Kısaca Karar Düzeltme Yoluna Başvuru Koşulları

Yargıtay'ın bir hükümle ilgili olarak vermiş olduğu karara karşı karar düzeltme yoluna başvurulabilmesi için varlığı gerekli olan koşullar şunlardır:

1- Karar Düzeltme Yoluna Tabi Bir Karar Bulunmalıdır

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 440. maddesinde, hangi Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, bu maddede belirtilen Yargıtay kararlarının dışındaki kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulabilecektir. Aleyhine karar düzeltme oluna gidilebilecek Yargıtay kararları şunlardır:

yolunun tamamlayıcısı olan bir yasa yoludur' (10.05.1965 gün ve 1/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararından : RG 7.7.1965 sayı 12042 s. 19-20).

- 4 Kuru, s. 4852; Kuru, B/Arslan R/Yılmaz E., Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s. 791-792; Pekcanitez, H/Atalay O/Özekes M., Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s. 552.
- 5 Karar düzeltme yolu, eski Usulü Muhakeme Hukukiye Kanunu'nda düzenlenmiş idi. Karar düzeltme yolunun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza alınmasının nedeni, ülkemizde istinaf mahkemelerinin kurulmamış olması ve tek dereceli yargı sisteminden kurtulmak amacıdır. 5235 sayılı Kanunla Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasıyla karar düzeltme yolu da tarihe karışacaktır. Bölge adliye mahkemeleri, 5235 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde kurulacaktır (Geçici m.2) Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 552.
- 6 Bazı yazarlar, karar düzeltme yolunun gereksizliğini ifade için abartılı sayılabilecek ifadeler kullanmışlardır. Örneğin Üstündağ bu hususta şu kabulü serdetmektedir; 'Nitekim, bu müessesenin tevlit ettiği mahzurlar sağlayacağı faydaya nazaran saymakla bitmeyecek kadar çoktur' (Bkz. Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 898).
- 7 Karar düzeltmeye ilişkin düzenlemelerde, karar düzeltme kapsamının genişletilmesi (evvelce aleyhine karar düzeltme yoluna başvurulamayan sulh mahkemesi kararlarından bazılarını karşı da bu yol açılarak kurumun uygulama kapsamının genişletilmesi) gereğinin duyulması dikkate alındığında karar düzeltme kurumuna karşı ileri sürülen sert eleştirilere ihtiyatla yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

- Sulh hukuk mahkemesi kararlarının temyiz edilmesi üzerine verilen Yargıtay kararlarına karşı, kural olarak, karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Ancak bu kuralın istisnaları vardır. Bu istisnalar şunlardır: Sulh hukuk mahkemesinin mirasçılık belgesi verilmesi hakkındaki isteklerle bu belgenin değiştirilmesi veya iptali davaları; kira sözleşmesine dayanan tahliye, akdin feshi ve bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı veya tazminat davaları ile bu davalara karşı açılan karşılık davalar; Kat Mülkiyeti Kanunundan doğan davalarda vermiş olduğu kararların temyizi üzerine verilen Yargıtay kararları,

- Miktar veya değeri HUMK m. 440, III/1'deki karar düzeltme sınırından az olan davalara ait hükümlerin onanması veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada daha fazla üzerine durulmayacaktır.

- Görevsizlik⁸, yetkisizlik⁹, hakimin reddi, dava veya karşılık davanın açılmamış sayılması, davaların birleştirilmesine ilişkin Yargıtay kararları ile merci tayini (belirlenmesi) hakkındaki Yargıtay kararları (HUMK m. 440, III/3),

- Hakemlerin verdiği hükümlerin ve HUMK'nun tahkim hükümlerine göre mahkemece verilecek kararların onanmasına veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararları (HUMK m. 440, III/4)¹⁰,

- İş mahkemeleri kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararları (İş Mahkemeleri Kanunu m. 8),

- Mahkemelerin 4308 sayılı Kanun m. 2'ye göre verdikleri erteleme (tehir) kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararları (bkz. 4308 sayılı Kanun m. 2/son),

- Tavzih kararının (HUMK m. 458) temyizi üzerine verilen Yargıtay kararları,

2- Süre ve Sayı Koşulu

Kanun koyucu, karar düzeltme kanun yoluna süre ve sayı bakımından da sınırlandırma getirmiştir. Şöyle ki;

⁸ '... Oysa yerel Mahkemece verilen görevsizlik kararıyla ilgili olarak alınan Yargıtay kararları aleyhine, karar düzeltilmesi yoluna gidilemeyeceği' (Yargıtay 3.2.1993. 1725/100 Kuru, s. 4863).

⁹ Bkz: örn. 2 HD 10.5.1984. 428874428 (İKİD 1985/289. s.3110).

¹⁰ Hakemlerce verilen hükümler üzerine Yargıtay tarafından verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamamasının sebebi hükümet gerekçesinde, tahkim müessesinin ihtiyacı olan çabukluğu sağlamak şeklinde ifade edilmiştir.

Süre bakımından 15 günlük bir sınırlandırma söz konusudur. Yani karar düzeltme süresi 15 gün olup (HUMK m. 440,I) bu süre geçtikten sonra karar düzeltme yoluna başvurulamaz. On beş günlük süre, Yargıtay kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar¹¹.

Taraflardan biri süresi içinde karar düzeltme talebinde bulunursa diğer taraf, (asıl karar düzeltme süresini geçirmiş olsa bile) karar düzeltme dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde vereceği ayrı bir dilekçe veya cevap layihası ile, karar düzeltme talebinde bulunabilir (HUMK m. 442,II)¹².

Kanun koyucunun getirdiği diğer bir sınırlandırma ise, sayı bakımından sınırlandırmadır. Aynı Yargıtay kararı aleyhine bir defadan fazla karar düzeltme yoluna başvurulamaz (HUMK m. 442, I). Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu düzeltilmesi istenebilecek bir karara karşı yapılan karar düzeltme talebi, Yargıtay tarafından mesmu olmadığından dolayı veya esastan reddedilmişse, artık Yargıtay'ın bu ret kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz¹³.

Bir hükmün taraflardan her ikisince de temyiz edildiği halde, yalnız bir tarafın temyiz talebi hakkında karar verilir, diğer tarafın ismi temyiz edenler arasında görülmediğinden, onun temyiz itirazları Yargıtay kararında cevapsız bırakılır ise bunun üzerine temyiz itirazları hiç incelenmemiş olan taraf m. 440, I/1'e göre karar düzeltme yoluna başvurduğunu bildirirse bile, bu halde, karar düzeltme incelemesi değil adi temyiz incelemesi yapılması gerekeceğinden¹⁴, bu defa yapılan temyiz incelemesi üzerine verilen Yargıtay kararına karşı, karar düzeltme yoluna başvurulabilir.

Bir tarafın temyiz talebi, süre aşımı veya kararın temyiz edilemeyeceği gibi bir nedenle, esasa girilmeden reddedilmiş olup da, karar düzeltme talebi üzerine bu yanlışlık fark edilmiş ise, Yargıtay'ın bu defa esas hakkında yapacağı inceleme, karar düzeltme incelemesi değil, temyiz incelemesi niteliğindedir. Bu nedenle, ilk

11 Temyiz incelemesi duruşmalı olarak yapılmış ve Yargıtay kararını duruşmada tefhim etmiş ise, karar düzeltme süresi bu tefhim tarihinden itibaren başlar.

12 Buna katılma yoluyla karar düzeltme denir.

13 Ancak Yargıtay, karar düzeltme talebini süre aşımından dolayı reddetmiş ve bunu yaparken karar düzeltme süresinin hesaplanmasında açık bir hataya düşmüş ise, bu ret kararına karşı karar düzeltme yoluna gidilmesi ve bu defa karar düzeltme talebinin esası hakkında inceleme yapılmasının mümkün olması gerekir (Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 795).

14 16.10.1940 gün ve 48/85 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG 21.2.1941, sayı 4740).

defa yapılan esasa ilişkin bu temyiz incelemesi üzerine verilen Yargıtay kararına karşı, karar düzeltme yoluna başvurulabilir¹⁵.

Bu hususta son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu karara karşı yapılan karar düzeltme talebi, Yargıtay tarafından kabul edilerek karar düzeltilmiş ise, yani bozma kararı kaldırılarak yerel mahkeme kararı onanmış ise yada onama kararı düzeltilerek yerel mahkeme kararı bozulmuş¹⁶ ise, Yargıtay'ın bu son kararına karşı artık karar düzeltme yoluna başvurulamaz (HUMK m. 442, I).

Yargıtay'ın karar düzeltme talebini ret veya kabul etmesi sonucunda, yerel mahkeme hükmü bozulmuş, mahkeme bu bozmaya uyarak yeni bir hüküm vermiş ve bu hüküm temyiz edilmişse, Yargıtay'ın bu temyiz üzerine vereceği karara karşı, karar düzeltme yoluna başvurulabilir. Çünkü, bu karar düzeltme talebi yeni bir karara karşı yapılmakta olup önceki karara karşı yapılmamaktadır.

3- Karar Düzeltme Sebeplerinden Birisinin Mevcut Olması

Karar düzeltme yoluna başvurulabilmesi için varlığı gerekli bir diğer koşul da, karar düzeltme sebeplerinden en az birisinin mevcut olmasıdır. Bu sebepler dışındaki bir sebebe dayanarak karar düzeltme yoluna başvurulamaz. HUMK m. 440, I'de tahdidi¹⁷ olarak sayılan karar düzeltme sebepleri şunlardır:

- Temyiz dilekçesi (ve kanuni süresi içinde verilmiş olması şartıyla) karşı tarafın cevap dilekçesinde ileri sürülüp hükme etkisi olan itirazların kısmen veya tamamen cevapsız bırakılmış olması (HUMK m. 440, I/1),
- Yargıtay kararında birbirine aykırı fıkralar bulunması (HUMK m. 440, I/2),
- Yargıtay'da temyiz incelemesi sırasında hükmün esasını etkileyen belgelerde bir hile veya sahteliğin ortaya çıkması (HUMK m. 440, I/3),
- Yargıtay kararının usul ve kanuna aykırı bulunması (HUMK m. 440, I/4).

15 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 795.

16 Bu bozma, mahalli mahkeme kararının bozulması ve bu bozma kararına karşı yapılan karar düzeltme talebinin reddi veya temyiz incelemesi sonucu onanan yerel mahkeme kararına karşı yapılan karar düzeltme talebinin kabulü ile yerel mahkeme kararının reddi şeklinde olabilir.

17 Ancak belirtmek gerekir ki, HUMK m. 440, I/4'deki 'usul ve kanuna aykırılık' şeklindeki genel karar düzeltme sebebi bu tahdidilik özelliğini büyük ölçüde zayıflatmaktadır.

III- Parasal Miktar Şartının Uygulanma Şekli

1- Genel Olarak

Miktar veya değeri karar düzeltme sınırından (şu an için altıbin YTL'den) az olan davalara ait hükümlerin onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararlara karşı karar düzeltme yolu kapalıdır (HUMK m. 440, III/1). Daha önce altıyüzmilyon lira olan bu sınır, 5219 sayılı Kanun ile artırılmış ve yayımı tarihinde (21.07.2004)¹⁸ yürürlüğe girmiştir. Aşağıda ortaya konulacağı üzere şu an için bu miktar altıbin YTL (altımilyar) dir.

5219 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle miktar konusunda bir belirleme (artırma) yapılmasına karşın bu artırmanın hangi tarihten itibaren, daha doğrusu, karar düzeltme sınırının belirlenmesinde, dava tarihinde mi karar tarihinin mi yoksa karar düzeltme başvurusunun yapıldığı tarihin mi esas alınması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Kanaatimizce burada bir belirsizlik bulunmaktadır. Konunun uygulama bakımından tereddütler hâsıl edeceği kuşkusuzdur.

2- Yargıtay Uygulaması

Yerleşik uygulama olduğunu söylemek için erken olsa bile, Yargıtay'ın konuya ilişkin bakış açısını ortaya koymak bakımından aşağıdaki Yargıtay kararını aynen aktarmak gerekir. Buna göre:

'Taraflar arasındaki itirazın iptali davasından dolayı yerel mahkemece verilen gün ve sayısı yukarıda yazılı kararın; Dairemizin 13.02.2007 gün ve 2006/2383-2007/1552 sayılı ilamıyla düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir. Tarafların vekillerince kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Yasa ile eklenen Ek Madde 4'e göre davanın ya da mahkemece kabul edilmeyen bölümünün (7.090.000.000 liradan) 7.090,00 YTL'den az olması durumunda karar düzeltilmesi yoluna gidilemez. Somut olayda karar düzeltmeye konu olan tutar, bu düzeye ulaşmadığından dilekçenin reddine ve tashihi karar talep eden taraflardan peşin alınan harçların istekleri halinde geri verilmesine 28/6/2007 gününde oyçokluğu ile karar verildi'¹⁹.

Kanımızca karardaki karşı oy görüşü daha isabetlidir. Somut olayın tam olarak anlaşılmasını da sağlayan karşı oy yazısını aynen aktarmakta yarar bulunmaktadır. Buna göre;

'Hukuk Usulü Yargılama Yasasında 5219 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik, 14.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan Yasada görev, temyiz

¹⁸ RG 21.07.2004 S. 25529.

¹⁹ Yargıtay 4. HD 28.6.2007 tarih 7300/8837.

sınırı, karar düzeltme miktarı gibi parasal konularla ilgili olarak önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda HUYK'nın 438. maddesinde yer alan karar düzeltme sınırı, 6 (altı) milyar²⁰ liraya yükseltilmiştir. Böylece miktar veya değeri altı milyar lirayı aşan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen kararlar hakkında karar düzeltme yoluna gidilebilecek bu miktarın altında kalanlar için, bu yola başvurulamayacaktır. – Yasadaki bu değişikliğin, hangi davalara, daha doğru bir ifade ile, davanın açıldığı tarihin mi, yerel mahkeme karar tarihinin mi yoksa, Yargıtay Dairesine ait karar tarihinin mi, esas alınacağı konusunda duraksama doğmuştur.

Yasanın yürürlük maddelerinde bu konuda açık bir düzenleme yer almamış bulunmamaktadır²¹. Genel kural, usul yasalarının geriye yürümeyeceğidir. Bunun temel nedeni, eski yasa zamanında usule ilişkin olarak yapılan bir işlemin, yeni yasanın yürürlüğe girmesi nedeniyle yenilenmemesindeki²² sakınca ile, yeni yasanın eskisine göre daha iyiyi düzenleme altına almış olması varsayımdır. Ancak belirtilen bu ilkelerden de anlaşılacağı üzere, tüm usul işlemlerinde bunu görmek olası değildir. Örneğin uyuşmazlığa konu edilen olayda, hiçbir bilimsel görüşte, geçmişteki eski kuralın değil, yeni düzenlemeye göre işin sonuçlanması gerektiği belirtilmemektedir. Hatta tüm yargılama hukukuna hâkim olan önemli bir kural vardır. O da, her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre çözümleneceği ilkesidir. Tabii ki yargıların yararına olan ilkeler yönünden.

Ayrıca, bu güne kadar yapılan düzenlemelerde, gerek kesinlik sınırı, gerek karar düzeltme ve duruşma sınırı konusunda, davanın açıldığı tarih, diğer bir ifade ile, yeni düzenlemenin eski davalara uygulanmayacağı hükme bağlanmakta idi. Bu aslında bilineni tekrar etmekten başka bir anlama gelmiyordu. Ne var ki yasa koyucu, yapılan bu son değişikliklerle, böyle bir düzenlemeyi yerleşmiş bir ilke olması itibarıyla tekrar düzenleme altına almayı uygun görmemiş olabilir.

Öte yandan, yargı arasındaki uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihte, hak aramanın bir uzantısı olan yasal yollara sonradan çıkarılan bir yasa maddesi ile sınırlama getirmek, hukuken kabul edilememektedir. Kazanılmış hak ilkesine aykırı görülmektedir. Kaldı ki olayda yasanın getirdiği böyle bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dairece varılan sonucun hiçbir yasal ve hukuki gerekçesi, hatta bilimsel dayanağı da yoktur. Varılan bu sonuçla, tarafların uyuşmazlığa düşmesi üzerine açılan dava tarihindeki yasal ve hu-

20 Kararın verildiği tarihte karar düzeltme sınırı altıbin YTL (altımilyar TL) idi.

21 Bulunmaktadır olmalı.

22 Kanımca, 'yenilenmesindeki' şeklinde olmalıdır.

kuksal hak arama yolları, dayanaksız biçimde elinden alınmaktadır. Nitekim yazılan kararlarda da uygun bir gerekçe gösterilememektedir.

Ayrıca karar düzeltme istemi, tarafın yerel mahkemece verilen kararın düzeltilmesine ilişkin olan ve temyizcinin bir devamıdır. Karar düzeltmeyi yerel mahkeme kararının dışında ve daire kararının düzeltilmesi olarak algılayamayız. Bazı olaylarda, ayrık bir durum görülmekte ise de, bu genel kural ve ilkeyi değiştiremez’.

Bir Hukuk Genel Kurulu kararında ise mahkemenin direnme kararı verdiği tarih, karar düzeltme sınırının belirlenmesinde esas kabul edilmiştir. Söz konusu karar şu şekildedir;

‘5.4.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3156 sayılı Yasanın ek ikinci maddesi karar düzeltme sınırını düzenleyen HUMK. nun 440/III. maddesindeki 500.000 liralık miktar ve değeri 1.1.1990 tarihinden itibaren 4 katına çıkarmıştır. Anılan Yasanın geçici maddesinin (b) fıkrasında ise 440. maddesinin III. fıkrasında değişiklik yapan hükmün kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verilen nihai kararlara karşı yapılacak karar düzeltme istemleri hakkında uygulanacağı belirtilmiştir.

Temyize konu davada, dava değeri 1.000.000 TL. dir. Direnme kararının verildiği 8.5.1990 tarihi itibarıyla de bu değer yasada öngörülen sınırın altında kalmaktadır.

Hal böyle olunca değer yönünden davacının karar düzeltme dilekçesinin reddine karar vermek gerekir’²³. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de verdiği 12.12.2006 tarih ve 13285/16225 sayılı kararında, karar düzeltmenin HUMK ek m.4’ün kapsamında bulunup bulunmadığını tartışmaksızın, karar düzeltmeye ilişkin parasal sınırın HUMK ek m.4 uyarınca yeniden değerlendirilmesine göre hesaplanacağını belirtmiştir²⁴.

3- Konunun 5219 Sayılı Yasa Açısından Değerlendirilmesi

Karar düzeltme sınırının belirlenmesi ile ilgili sorun esasen doğrudan 5219 sayılı Kanunun kendisinden kaynaklanmaktadır. Zira bu kanun, usul kanunlarının karakteristik özelliklerinden olan, getirilen düzenlemenin hangi tarihten itibaren uygulanacağını, başka bir ifade ile, derdest davaları nasıl etkileyeceğini düzenlenmemiştir. Sadece, Geçici 1. maddesinde göreve ilişkin uygulamanın nasıl olacağı düzenlenmiştir. Bu husus bir Hukuk Genel Kurulu kararında da şu şekilde ifade edilmiştir;

23 HGK 22.5.1991, 1/217-294 (TBB Dergisi 1991/4, s. 616).

24 Yardım, E., HUMK’daki Parasal Sınırların Belirlenmesi, İBD, 2007/4, s.1599.

‘Önemle vurgulanmalıdır ki; 5219 sayılı Kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda daha önce değişiklik yapan çok sayıdaki Kanunlardan²⁵ farklı olarak, içerdiği düzenlemelerin derdest davalar yönünden ne şekilde uygulanacağı yönünde açık bir uygulama hükmü taşımamaktadır. Sadece, 1. maddesinde ‘Bu Kanunla artırılan parasal sınırlar nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez’ şeklinde, salt göreve ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.’²⁶

4- Konunun 5236 Sayılı Yasa Açısından Değerlendirilmesi

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, 5236 sayılı Kanun’un Ek 4. maddesidir. Bu madde hükmü şu şekildedir;

‘Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay’da duruşma, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların onmilyon lirayı aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez’

Dikkat edilecek olursa, parasal sınırın her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanacağına ilişkin olarak sayılanlar arasında karar düzeltme yer almamaktadır.

²⁵ Örneğin, 08.05.1973 gün ve 1711 sayılı Kanun’un Geçici Maddesinde; değişikliklerin sayılan istisnalar dışında (ki, temyiz ve karar düzeltme sınırına ilişkin düzenlemeler istisnalar arasında değildir) kural olarak, Kanunun yürürlük tarihinden sonra açılacak davalarda uygulanacağı belirtilmiş; böylece, yürürlük tarihinden önce açılmış olan davalarda temyiz ve karar düzeltme istemleri yönünden gözetilecek sınırın, dava tarihinde yürürlükte bulunan Kanun hükmüne tabi olacağı; 16.07.1981 gün ve 2494 sayılı Kanun’un Geçici Maddesinde ise, temyiz ve karar düzeltme sınırına ilişkin değişikliklerin, Kanunun yürürlüğe girmesinden (18.08.1981 tarihinden) sonra verilecek nihai kararlara yönelik temyiz ve karar düzeltme istemleri hakkında uygulanacağı belirtilmiş; dolayısıyla, dava hangi tarihte açılmış olursa olsun, temyiz ve karar düzeltme sınırlarının saptanmasında, hakkında bu yollara başvuru hükmün verildiği tarihteki yasal durumun esas alınacağı kabul edilmiştir. 26.02.1985 gün ve 3156 sayılı Kanun’un Geçici Maddesi; getirdiği değişikliklerin Kanun’un yürürlüğe girmesinden (05.04.1985 tarihinden) önce açılmış olan davalarda da uygulanacağı yönünde; 20.06.1996 gün ve 4146 sayılı Kanun’un Geçici Maddesinde ise, değiştirilen hükümlerin, Kanunun yürürlüğe girmesinden (23.06.1996 tarihinden) sonra açılacak davalarda uygulanacağı yönündedir.

²⁶ HGK 23.02.2005 13-32/85.

Hemen belirtelim ki, karar düzeltme, Hükümetin teklif ettiği kanun tasarılarında yer almasına rağmen, Adalet Komisyonu, istinaf mahkemelerinde karar düzeltme yoluna gidilmediği gerekçesiyle tasarının ilgili maddesinde yer alan ‘karar düzeltme’ ibaresini çıkartmıştır. Kanun koyucunun, karar düzeltme kurumunun bir süre sonra artık yürürlükte olmayacağı sebebiyle karar düzeltmeyi zikretmediğini düşünmekteyiz²⁷.

Sonuç olarak, HUMK Ek m. 4’de, hangi parasal sınırların yeniden değerlendirilmesine göre hesaplanacağı teker teker sayılmıştır ve sayılan parasal sınırlar arasında karar düzeltme bulunmamaktadır. Bu sebeple, HUMK m. 440/III’ te düzenlenen karar düzeltme sınırı belirlenirken yeniden değerlendirilmesinin esas alınması mümkün değildir²⁸.

O halde karar düzeltme sınırı bir bakıma 5219 sayılı Kanunla dondurulmuştur. Buna göre karar düzeltme sınırı 6.000,00-YTL (6.000.000.000 TL)’dir. Bu açıdan bakıldığında Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 28.06.2007 tarih ve 7300/8837 sayılı kararı, aslında bizatihi karara esas alınan 5236 sayılı Kanuna aykırıdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere 5236 sayılı Kanunda karar düzeltmeye ilişkin bir düzenleme yer almadığı halde, karar 5236 sayılı Kanunun Ek 4. maddesi esasa dayandırılarak, önceki yılda uygulanan parasal sınır, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirilmesinde artırılmak suretiyle karar düzeltme sınırı 7.090.000.000-TL (7.090,00-YTL) olarak kabul edilmiş ve somut olaydaki karar düzeltmeye konu tutarın bu düzeye ulaşmadığı gerekçesiyle dilekçenin reddine karar verilmiştir.

IV- Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda aktardığım kararlardan açıkça anlaşılacağı üzere Yargıtay, karar düzeltme sınırının belirlenmesi hususunda davanın açıldığı tarihi değil, karar düzeltme kanun yoluna başvurulduğu tarihi esas almaktadır. Oysa her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre karara bağlanması gereği ilkesine

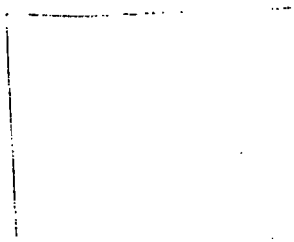
27 Hükümet Gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir; ‘Bu madde ile, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa ek 4 üncü madde eklenerek görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay’da duruşma, **karar düzeltme**, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirilmesinde artırılması ve bu şekilde belirlenen sınırların onmilyon lirayı aşmayan kısımları dikkate alınmaması öngörülmektedir. Mahkemelerce bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez (Hükümet Gerekçesi V’ten).

28 Yardım, s. 1599.

paralel olarak her davanın açıldığı tarihteki yasal sınırlara tabi olması gerekir. Bu, kazanılmış hak ilkesinden başka sürprizle karşılaşma yasağı ilkesinin de bir gereğidir. Zira dava açan veya aleyhine dava açılan bir kişi, hangi yasal haklara (bu bağlamda hangi yasal yollara başvuru hakkına) sahip olduğunu bilme hakkına sahiptir. Davanın ne kadar zamanda karara bağlanacağı tarafların elinde olmayan bir husus olduğundan, bunun meydana getireceği olumsuzlukları davanın taraflarına yüklemek hakkaniyete aykırı olacaktır. O halde, davanın açıldığı tarihle karara bağlandığı tarih, daha doğrusu karar düzeltme aşamasına geldiği tarih arasında uzunca bir zaman geçmiş olabilir. Bu durumda karar düzeltme sınırının belirlenmesinde davanın açıldığı tarihin esas alınmaması tarafların yasal bir hakkı olan kanun yoluna başvuru hakkının elinden alınması sonucunu doğurabilir. Dava tarihindeki sınırın esas alınması birçok belirsizliği de ortadan kaldıracak niteliktedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 28.06.2007 tarih ve 7300/8837 sayılı kararının, karşı oy yazısında isabetle belirtilen gerekçelerden başka Kanunun açık düzenlemesine aykırı olduğu ve bu yanlışlık sebebiyle esasen karar düzeltme yasal hakkının henüz kullanılmamış olduğu ve karar düzeltme yoluna başvurulabileceğinin kabulü gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu konuda son olarak şunu da belirtelim ki, UYAP sistemine yapılacak bir ilave ile, her davanın açıldığı tarih itibariyle kanun yoluna tabi bir dava olup olmadığı da otomatik olarak sağlanabilir. Bunun gerçekleştirilebileceği kanaatindeyiz. Bu sayede hak kayıpları önleneceği gibi yargı organlarının (özellikle de Yargıtay'ın) iş yüküne de olumlu katkı sağlanmış olacaktır.



5555 SAYILI YENİ VAKIFLAR KANUNU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR**

*Arş. Gör. Senem DEĞER***

*Mertkan UÇKAN****

ÖZET

Son yıllarda çıkarılan “Avrupa Birliği’ne uyum yasaları” ile birçok alanda olduğu gibi, “dernekler” ve “vakıflar hukuku” alanında da, gerek “şekil”, gerekse “esas” açısından, önemli değişiklikler öngörülmüştür. Son olarak, “Avrupa Birliği’nin 9. Uyum Paketi” içinde yer alan, 5555 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu, 09.11.2006 tarihinde, TBMM tarafından kabul edilmiş¹; ancak, Cumhurbaşkanı tarafından, “yeni düzenlemeyle cemaat vakıflarına Lozan Antlaşması ve Medeni Kanun’da çizilen sınırların dışında haklar tanındığı ve ayrıca bu düzenlemenin birçok açıdan ulusal çıkarlarla bağdaşmadığı”² gerekçeleriyle, 29.11.2006 tarihinde meclise geri gönderilmiştir. TBMM Adalet Komisyonu da; Cumhurbaşkanı’nun geri gönderdiği bu Kanunu aynen, hiçbir değişiklik yapmadan tekrar kabul etmiştir³.

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** D.E.Ü. Hukuk Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı ve D.E.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

*** DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Y. Lisans Öğrencisi.

1 5555 Sayılı Vakıflar Kanunu, Kabul tarihi: 9.11.2006, Cumhurbaşkanlığı’na gidiş tarihi: 14.11.2006, Cumhurbaşkanlığı’ndan geliş tarihi: 29.11.2006, Cumhurbaşkanlığınca Yapılan İşlem: Geri Gönderme (<http://www.tbmm.gov.tr>, e.t.3.4.2007).

2 Cumhurbaşkanı’nun iade gerekçeleri hakkında tam metin için bkz: <http://www.cankaya.gov.tr> (e.t.3.4.2007); ayrıca bkz: <http://www.habersutun.com/>; 01.12.2006 tarihli Milliyet Gazetesi; <http://www.milliyet.com.tr> (e.t. 06.12.2006); http://www.tusev.org.tr/userfiles/image/Vak%C4%B1flar_%20Kanunu_veto-matrix. (e.t.2.4.2007).

3 15.3.2007 tarihli Milliyet Gazetesi; öntümüzdeki günlerde, Vakıflar Kanunu, Genel Kurul’da da kabul edildikten sonra tekrar Cumhurbaşkanı’na gönderilecektir: <http://www.haberler.com> (e.t.3.4.2007); “Avrupa Birliği’ne (AB) uyum için yapılacak çalışmaların yer aldığı 2007-2013 dönemini kapsayan 7 yıllık yol haritası tamamlandı. Görüş vermeleri için sivil toplum örgütlerine sunulan yol haritası taslağı, AB’ye uyum için yapılacak yasal düzenlemelerin öngörülen yaşama geçiş tarihlerini ve yapılması planlananları içeriyor...Daha önce Devlet Bakanı ve Başmüzakereci Ali Babacan tarafından hazırlandığı açıklanan AB için 7 yıllık yol haritası çalışmalarında ilk aşama ta-

ANAHTAR KELİMELER

Vakıf, Yeni Vakıflar Kanunu, Mazbut Vakıflar, Mülhak Vakıflar, Yeni Vakıflar, Cemaat Vakıfları, Esnaf Vakıfları, Vakıf Malları, Hayrat Taşınmazlar, Akar Cinsinden Mallar, Taviz Bedeli, Vakıf Eski Eserler, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Vakıflar Meclisi.

GİRİŞ

“*Vakıf*” sözcüğü eski hukukumuzdan gelen bir terimdir. Vakıf, Osmanlı Hukuku’nun en önemli kurumlarından. Eski hukukumuzda, muhtaç kişilere yardım amacıyla meydana getirilen kurumların en başında, vakıf gelmekteydi. Vakıf yolu ile; vakfedilen mal satılmaz, devredilemez, mirasçılara geçmez; artık mal, sahibinin malı olmaktan çıkar ve Allah’ın mülkü kabul edilirdi⁴. Bu şekilde, çok sayıda cami, medrese, aşevi ve hastane gibi yardım kurumları oluşturulmuştur.

2002 tarihli Medenî Kanunumuzdan önceki, 1926 tarihli Medenî Kanunumuz, İsviçre Medenî Kanunu’ndan, hemen hemen aynen tercümeyle çevrilme sureti ile iktibas edilmiştir. İsviçre Medenî Kanunu’ndaki terime uygun olarak; 1926 tarihli Medenî Kanunumuzda, eski hukukumuzdaki “*vakıf*” yerine, “*tesis*” terimine yer verilmiştir (Önceki MK.m.322,292,473). Aynı anlama gelen bu iki terim de, uygulamada 1967 yılına kadar birlikte kullanılmaya devam etmiştir. 13.7.1967 tarihinde çıkarılan ve Medenî Kanunun vakıflarla ilgili hükümlerinde (Önceki MK.m.73 vd.) önemli değişiklikler yapan 903 sayılı Kanun ile, tesis yerine, eskiden olduğu gibi, vakıf terimine yer verilmiş⁵ ve günümüzde de, 2002 tarihli yeni Türk Medenî Kanunu’nda, “*vakıf*” terimi kullanılmaktadır (TMK.m.101 vd.).

2002 tarihli yeni Türk Medeni Kanunu’nun 101. maddesinin I. fıkrasına göre; “*vakıflar*”; gerçek veya tüzel kişilerin, yeterli⁶ mal ve hakları, belirli ve sürekli⁷ bir

mamlandı. Bürokrasi tarafından hazırlanan 7 yıllık yol haritası, sivil toplum örgütlerinin görüşüne sunulmak için dün itibarıyla; AB ile ilgili tüm kurum ve kuruluşlara gönderildi. Edinilen bilgilere göre sivil toplum örgütlerinin görüşüne sunulan taslak metinde, 32 müzakere alanında atılması gereken adımlar için bir takvim yer alıyor. Takvim, yapılması gereken düzenlemeler için uygun zaman aralıkları tavsiyelerini içeriyor. Sivil toplum örgütleri, bu takvime dönlük görüşlerini ilgili kurumlara iletecek. Bu görüş alma sürecinin ardından da yol haritasına son şeklinin verilmesi ve Devlet Bakanı ve Başmüzakereci Babacan’ın nisan ayında nihai şeklini alan metni açıklaması bekleniyor. Taslak metinde ana hatlarıyla yer alan düzenlemeler ve müzakere başlıkları şöyle: **Vakıflar kanunu bu yıl çıkarılacak.** Temel hak ve özgürlükler: Vakıflar kanunu bu yasama yılında çıkarılacak. Demekler Kanunu’nda yoruma açık düzenlemeler uygulamadan kaldırılacak. Bu konudaki yasal düzenleme 2007-2008 döneminde yapılacak.”: <http://www.referansgazetesi.com/> (e.t.3.4.2007); <http://www.haberler.com/> (e.t. 2.4.2007).

4 ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.638 vd.

5 ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.638.

6 “Vakıf kurulurken, vakfedilen malın vakıfla güdülen amacın gerçekleşmesine en azından başlangıç itibarıyla yetecek miktarda olması gerekir...Dava dilekçesinde, vakıf senedinin tescili istenilmiş-

amaca⁸ özgüllemeleriyle oluşan ve tüzel kişiliği olan mal topluluklarıdır. Demekler kişi; vakıflar ise, mal topluluğundan oluşan (müessese-kurum niteliğinde olan)⁹, özel hukuk tüzel kişileridir.

Günümüzde; 17.02.1926 tarihinden önce kurulmuş, yönetimi ve denetimi Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen 41.550 adet "*mazbut vakaf*"; 17.02.1926 tarihinden önce kurulmuş, vakfedenlerin soyundan gelenler tarafından yönetilen ve denetimi Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılan 300 adet "*mülhak vakaf*", 13.03.1936 tarihinden önce verilen beyanname¹⁰ ile vakıf kabul edilen

tir... Vakfın, vakıfnamede belirtilen amacı dikkate alındığında, vakfedildiği bildirilen, bürünün tefrişine yeterli malzeme dışında kalan 100.000.000 TL.'nin bu amaçların gerçekleştirilmesine yeterli olmaktan çok uzak olduğu, bu hususun ise Medeni Kanununun 73. maddesindeki vakfın bir gayeye tahsisine dair yasal şartın tahakkuk etmemiş olduğu anlamına geldiğinden, tescil isteminin bu gerekçe ile reddi gerekir": Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 1996/8977, K. 1996/10547, T. 26.11.1996; aynı doğrultuda: Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 1999/5161, K. 1999/5756, T. 10.5.1999, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E.1996/11548, K. 1997/205, T. 21.1.1997, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2003/3024, K. 2003/4661, T. 2.6.2003, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2002/1368, K. 2002/4544, T. 24.4.2002 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

7 "Malik olduğum evdeki hissenin, ben öldükten sonra satılarak bedelinin caminin onanımı, mefruşat ve bakımına sarfını vasiyet ediyorum" şeklindeki resmi senet, *bir defa için yapılması arzulanan hukuki bir muameleye matuf olup, vakfın esaslı bir unsuru olan devamlı bir gayeye tahsisi göstermediğinden vasiyet yoluyla kurulmuş bir vakıf olarak kabul edilemez...Bu sebeplerle ortada vasiyet yoluyla kurulmuş bir vakfın mevcudiyeti kabul edilemeyeceğinden ve vakıf mevcut olmayınca tescilli düşünilemeyeceğinden ve bu hususun mahkemece re'sen gözönünde bulundurulması zaruri olduğundan, davanın reddine karar verilmek gerekirken, aksinin kabulü ile yazılı şekilde tescile karar verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır": Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 1974/3559, K. 1974/3755, T. 16.9.1974 (Kazancı Hukuk Otomasyon).*

8 "Vakfın, vakıfnamede öngörülen amaçları itibarıyla bazı harcamaları gerektirdiği dikkate alınarak herhangi bir gelir getirdikleri iddia ve tesbit edilmeyen taşınmazların vakfedilmesi ile yetinilmemesi gerekir. Medeni Kanununun 73. maddesine göre vakıf, *başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere malın belli bir gayeye tahsisi* söz konusu olduğundan vakfedilen bu malın *yeterli bir geliri* olması ya da *sarfedilebilir* nitelikte bulunan bir değeri de içermesi gerekir. Bu nedenle öncelikle gerekirse mahalinde keşif de yapılarak vakfedilen taşınmazların değerlerinin saptanması, vakfın amacına ilk aşamada yeterli olacak miktarda paranın vakıf adına bankaya bloke edilmek üzere istemde bulunana mehil verilmesi ve ondan sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken vakfın amacına yönelik faaliyetleri finanse edecek bir asgari kaynak sağlanmadan tescile karar verilmesi doğru görülmemiştir": Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 1995/12669, K. 1996/192, T. 16.1.1996 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

9 ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s.201.

10 "1936 Beyanname: Cemaat vakıflarının 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince verdikleri beyannameyi ifade eder" (YVK.m.3). Vakıflar ile ilgili diğer kavram, terim ve deyimler hakkında bkz: BERKİ, Ali Himmet: Vakfa Dair Yazılan Eserlerle, Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen İstilah ve Tabirler, (Doğuş Matbaası), Ankara 1966, s.1 vd.; BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar (vakıf müessesesi insanların düşünübildikleri hukuki müesseselerin en hayırlısıdır), Bazı ilave ve tashiherle ikinci tab', (Aydınlık Basımevi), İstanbul 1946, s.289 vd.; CEMAL, Ekrem: Vakıflar, (Cihan Kitaphanesi), İstanbul 1935, s.7 vd.

ve cemaatleri tarafından seçilen yönetim kurulları tarafından yönetilen 161 adet “*cemaat vakfı*”, 17.02.1926 tarihinden sonra Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan 4.499 adet “*yeni vakaf*”; bir de “*esnaf vakfı*”¹¹ bulunmaktadır.¹²

Osmanlı İmparatorluğu döneminden Cumhuriyete intikal eden vakıflardan, *mazbut vakıflar*, *mühlhak vakıflar* ve *cemaat vakıfları ile esnaf vakıfları* (eski vakıflar) esas olarak, 1935 tarihli, 2762 Sayılı Vakıflar Kanunu¹³ hükümlerine tâbidir. *Yeni vakıflar* ise, Türk Medenî Kanunu hükümlerine tâbi bulunmaktadır (4722 Sayılı Türk Medenî Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 8.maddesi). Ancak, Yeni Vakıflar Kanunu’nda da, yeni vakıflar ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Yeni Vakıflar Kanunu’ndaki, yeni vakıflar ile ilgili bu düzenlemeler, “yeni ve özel kanun” olması sebebiyle, Türk Medenî Kanunu ve buna dayanarak çıkarılan Tüzük vs.deki hükümlerden önce uygulanacaktır. Böylece; Cumhurbaşkanı tarafından meclise iade edilen¹⁴ Yeni Vakıflar Kanunu’nun (Meclis Genel Kurulu’nda aynen kabul edilip, resmî gazetede yayınlanması ve) yürürlüğe girmesi¹⁵ durumunda, bu hükümler, *zannen yürürlükten kalkmış* ola-

-
- 11 “İstanbul’da ‘yorgancılar esnafı vakfı’ namıyla bir vakıf mevcut olup 21 Rebiulevvel/1313 tarihinde vakfiye makamına kaim olmak üzere kütüğe tescil olunmuştur...”: BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, (İkinci Kitap, Medenî Kanun’da “Tesis” ve Vakıflar Kanunu Hükümleri), I.B., (Nur Matbaası), Ankara 1950, s.63.
- 12 Krş. 5555 Sayılı Yeni Vakıflar Kanunu’nun Genel Gerekçesi.
- 13 İsviçre hukukçularından Prof. Dr. Hans Leemann, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nun projesini meydana getirmiştir. Bu konudaki tarihi gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: KÖPRÜLÜ, Bülent: Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcâretynli Vakıflar, (İsmail Akgün Matbaası), İstanbul 1952, s.61 vd. Ayrıca bu konuda bkz. İlerideki cemaat vakıfları ile ilgili bölümlere.
- 14 TBMM tarafından usulüne uygun olarak görüşülen ve kabul edilen kanunlar, “*onbeş gün*” içinde, Cumhurbaşkanı tarafından, Resmî Gazete’de yayımlanır (Anayasa m.89/II). Ancak; Cumhurbaşkanı, bir kanunun yayımlanmasını, Anayasa’ya aykırılık sebebiyle uygun görmezse, gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmesi için aynı süre içinde *Meclise geri gönderir* (Any.m.89/II). Cumhurbaşkanı tarafından, Meclise geri gönderilen kanun, Meclis tarafından aynen kabul edilirse, artık Cumhurbaşkanı bu kanunu yayımlar. Böyle bir durumda; Cumhurbaşkanı, kanunu yayımladıktan sonra, o kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açabilir. Buna karşın, meclis; geri gönderilen kanunda değişiklik yapacak olursa, bu değişikliği uygun görmeyen Cumhurbaşkanı’nın kanunu geri gönderme yetkisi yeniden doğar (Any.m.89/II): DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I. Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümler, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2005, s.74; GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 5.B., (Ekin Kitabevi), Bursa 2004, s.260.
- 15 1322 Sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun’un (Kabul Tarihi: 23 Mayıs 1928, R.G 4 Haziran 1928, S. 904, 3.T. Düstur, C.9 - S.699); “*Resmî Gazete ile Neşri Mecburi Mevad, Kanunların Ve Nizamnamelerin Meriyet Tarihi*” başlıklı 3.maddesine göre; “*Kanun ve nizamnameler, metinlerinde başka suretle sarahat bulunmadığı takdirde, Resmî Gazete ile neşrinin takip eden günün başlangıcından hesap edilmek üzere kırk beşinci günün hitamından itibaren Türkiye’nin her tarafında aynı zamanda mer’i olur*”. 4.maddesine göre ise; “*Resmî Gazetenin bir sayısına derci kabil olmyan mufassal kanun ve nizamnamelerin ilk mad-*

caktır.

Vakıflar tâbi oldukları hukuk kuralları ve kuruluş tarihine göre; “eski” ve “yeni” vakıf olarak (yukarıdaki şekilde) bir ayırma tâbi tutulabilir. Bunun dışında vakıflar; özellikle, gayeleri (amaçları) göz önüne alınarak¹⁶; kamuya yararlı vakıflar¹⁷, aile vakıfları (TMK.m.372)¹⁸, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları (TMK.m.110, TTK.m.468)¹⁹, dinî vakıflar, eğitim vakıfları (özel amaçlı vakıflar) ve karma vakıflar şeklinde de gruplandırılabilir.

Ayrıca; Alman hukukunda, “kamu vakıfları” (die öffentliche Stiftung), “kamu hukuku vakıfları” (die Stiftung des öffentlichen Rechts) ve “yerel vakıflar” (die kommunalen –örtlichen- Stiftungen) gibi Türk Hukuku’ndan farklı kavramlar da bulunmaktadır. Bunlardan; “kamu vakıfları”, sadece özel değil, ağırlıklı olarak kamu yararı amacını güden özel hukuk vakıflarını ifade eder. Buna karşın, “kamu hukuku vakıfları” ise; devlet veya bir kamu hukuku kurum ve kuruluşu ile organik bir bağ içinde bulunan vakıfları ifade eder. Özel hukuk vakıflarından farklı olarak, kamu hukuku vakıflarının, memurları bulunur ve ayrıca, devletin egemenlik yetkisi-

desinin dercedildiği gün neşir tarihi başlar ve mütaakip dört sayısında neşrin tamamlanması mecburidir. Meriyetin hesabında son neşir tarihine itibar olunur”.

Böylece, kanunda hiç bir hüküm yok ise; kanunun RG’de yayınlanmasını takip eden günden itibaren, kırk beş gün sonra yürürlüğe girecektir. Kanun çok uzun ise, bu halde yayım keyfiyetinin en geç dört sayıda (yaklaşık olarak dört gün içinde) bitirilmesi gerekecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **BİLGE, Necip**: Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, (Turhan Kitabevi), 10.B., Ankara 1995, s.189-190; **DURAL/SARI**, s.79; **GÖZLER**, s.261.

16 **URAL, Engin**: Vakıflar (Türkiye Kalkınma Vakfı Yayını), Ankara 1977, s.39 vd.; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.640-643; **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s.203 vd.; ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **GÜNERİ, Hasan**: Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, (Sevinç Matbaası), Ankara 1976.

17 Mevzuatta, “kamuya yararlı vakıf” hükmü ve ifadesi yoktur. Ancak; 13.07.1967 tarih ve 903 sayılı Kanun’un 4.maddesinde getirilen “kamu hizmetleri gören vakıflara tanınacak vergi muafiyeti prensibi” mevcut vakıflardan bir kısmının kamuya yararlı hizmetler yaptığının “Bakanlar Kurulu kararı”yla tesbit edilebilmesine imkân vermektedir. Bakanlar Kurulu’nca vergi muafiyeti tanınan ve bu suretle kamuya yararlı hizmetler yaptıkları tesbit ve tescil edilen vakıflara doktrinde “kamuya yararlı vakıflar” denmektedir: **URAL**, s.40 vd.; **ÖZTAN**, Bilge: Tüzel Kişiler, 4.B., (Turhan Kitabevi), Ankara 2001, s.115 vd.; **İŞERİ, Ahmet**: Türk Medenî Kanunu’na Göre Vakıf (Tesis), (Sevinç Matbaası), Ankara 1968, s.46 vd.; ayrıca vakıflara vergi muafiyeti tanınması hakkında bkz.: **DOĞAN, Murat**: Vakıflarda Mal Varlığı, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2000, s.199 vd.

903 sayılı Kanun’un “vergi muafiyeti” başlığını taşıyan 4.maddesinden başka ayrıca; TMK.Tüzük m.37’de de vakıfların “vergi muafiyetinden yararlanma ve vergi muafiyetinin kaybı” düzenlenmiştir.

18 Uygulamada pek rastlanılmamakla birlikte, bu vakıflar (TMK.m.372); bir ailenin refahı, aile fertlerinin eğitim ve yetişmeleri, beden ve ruh sağlığı veya iktisadî geleceklerinin güvence altına alınması amacıyla kurulan vakıflardır.

19 TTK. m.468 ve TMK. m.110’da düzenlenen bu vakıflar; çalışanlara ek sosyal güvenlik ve hastalık, sakatlık, doğum, ölüm gibi hallerde yardım sağlamak amacıyla kurulurlar.

ni kullanarak yerine getirilmesi gereken ödevleri vardır²⁰.

I. GENEL OLARAK YENİ VAKIFLAR KANUNUMUZUN ÖZELLİKLERİ

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, "şekil" açısından getirdiği en büyük yeniliğe bakıldığında; Türk Medenî Kanunu'nun 111.maddesinin II.fıkrası yanında; vakıflar ile ilgili hemen hemen, tüm mevzuatı (1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, 227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Karamame vs.) yürürlükten kaldırdığını; ancak, birçok açıdan bu eski mevzuatın bazı hükümlerini değiştirerek bir araya getirdiğini görmekteyiz. Aynı hukukî özelliklere ve aynı hukukî statüye sahip "eski" ve "yeni" vakıflara ve vakıflarla ilgili idarî teşkilata (Vakıflar Genel Müdürlüğü teşkilatına) ait düzenlemeleri tek bir Kanun çatısı altında toplamak, hukuk tekniği ve uygulama açısından birçok sakınca ve güçlük doğuracaktır.

Yeni Vakıflar Kanunu ile, Türk Medenî Kanunu'nun vakıflar ile ilgili, 111.maddenin II.fıkrası dışındaki, diğer hükümleri, (hiç olmazsa açıkça) yürürlükten kaldırılmamıştır. Ancak; Türk Medenî Kanunu'na dayanarak çıkarılan diğer hukukî düzenlemelerdeki (Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük vs.) birçok hüküm, Yeni Vakıflar Kanunu'ndaki hükümler ile çatıştığı için, zımnen yürürlükten kalkmaktadır.

"Esas" açısından bakıldığında ise, 5555 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu; vakıfların ehliyeti, yönetimi ve temsili; vakıf malları ve faaliyetleri; vakıf eski eserler, vakıfların muhasebesi ve denetimi; Vakıflar Genel Müdürlüğü, Genel Müdürlük Teşkilatı ve İstihdam; Vakıflar Meclisi gibi konularda, münferit olarak, oldukça önemli ve yer yer ülke çıkarlarını da ilgilendiren yenilik ve değişiklikler getirmektedir. Çok zor ve hassas bir konu olan vakıflar, özellikle de cemaat vakıfları konusunda, kamuoyundaki lehte ve aleyhteki bazı eleştiriler için, konuyu objektif bir biçimde verebilmek amacıyla, yoğun olarak düşünülmesi ve tartışılması gereken bazı yerlerde görüş bildirmemeye çalıştık.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, özellikle "esasa" ilişkin olarak getirdiği değişiklik ve yeniliklerden en önemli olanları kısaca ele alırsak, şu tespitleri yapabiliriz:

20 HAERTL, Peter: Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, Eine Vergleichende Untersuchung der Landesstiftungsgesetze unter Berücksichtigung der Stiftungspraxis bei den staatlichen Stiftungsgenehmigungs- und -aufsichtsbehörden, 1.Aufl., (Nomos Verlagsgesellschaft) Baden-Baden 1990, s.78 vd. Ayrıca bkz.: SEIFART, Werner: Handbuch des Stiftungsrechts, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987, s.69 vd.; SCHWEIZER, Kurt: Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleitung in der beruflichen Vorsorge, Ermessensleitungen, abaenderbare Leistungen, Sozialplanleistungen un aehnliche Leistungsprobleme (Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universitaet Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1985, s.39 vd.

II. YENİ VAKIFLAR KANUNDAKİ “KARŞILIKLILIK İLKE-Sİ” VE TANIMLAR

Yeni Vakıflar Kanunu’nun 2.maddesinin II.fikrasına (Tasarı’da olmayan bir fıkra eklenerek); tüm kanuna egemen olan genel bir ilke, «**karşılıklılık ilkesi**» getirilmiştir. Bu fıkraya göre; “*bu Kanunun uygulanmasında milletlerarası müttekabiliyet ilkesi saklıdır*». Böylece; kanunun uygulanması sırasında, «yabancı» bir unsur söz konusu olduğunda, daima karşılıklılık ilkesi aranacaktır²¹.

Ancak, Yeni Vakıflar Kanunu; tarafları arasında Yunanistan ve Türkiye’nin yer aldığı, çeşitli devletleri yükümlülük altına sokan, Lozan Antlaşması²² gibi, bir uluslararası sözleşme değildir. Bu nedenle, Vakıflar Kanunu’nun bu hükmü, ancak çok sınırlı olarak (ülkemizde yabancı devlet vatandaşı olanlara, yabancı unsur bulunduğu), uygulanabilecek bir hükümdür. Ayrıca; bu hükmün ve diğer hükümlerin uygulama alanı, iç hukukumuzda yer almaktadır.

Yeni Vakıflar Kanunu’nun, 3.maddesinde, yeni kanunda yer alacak kavramların tanımlarına yer verilmiş ve ayrıca; 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu’nun 2.maddesinde olduğu gibi, vakıfların “*şube ve temsilcilik*” açabilmeleri esası düzenlenmiştir. Şube ve temsilcilik açma hakkı, lafzî olarak sadece “yeni vakıflara” tanınsa da, diğer vakıflar, özellikle Lozan antlaşması sonucu, ayrıcalıklı bir özel ve istisnaî statüye sahip olan cemaat vakıfları; aynı Yeni Vakıflar Kanunu içinde düzenlenmeleri sebebiyle, yeni vakıflar ile aynı statüye getirildikleri için; bunların ileride (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde), Anayasa’nın 10.maddesine vs. dayanarak, hak iddia etmeleri gündeme gelebilecektir²³.

21 Cemaat vakıfları ile ilgili bazı yazılarda; “karşılıklılık kuralının, sadece bir ülkede yaşayan yabancı uyruklu kişilere uygulanabileceği; hiçbir koşulda müttekabiliyet azınlık hakları için uygulanmayacağı; Lozanın 45.maddesinin bir karşılıklılık maddesi olmadığı; aksine bir “paralel yükümlülük” maddesi olduğu ve Yunanistan’a yükümlülük getireceği” belirtilmektedir. <http://www.hyeter.com/yazi.asp?s=1> (e.t. 1.11.2006).

22 Bu konuda, ileride cemaat vakıfları ile ilgili kısımda, daha geniş açıklamalar yapılmıştır.

23 Nitekim; bu görüşte olanlar, yeni vakıflara yönelik birçok düzenlemenin; “cemaat vakıflarına da” uygulanmasını istemektedirler: “...Kapsamı yeni vakıflarla sınırlandırılan hüküm ‘yasa önünde eşitlik’ ilkesine ters düşüyor. Bütün vakıfların benzer sorunlarla karşılaşabileceği göz önüne alınarak, vakıflar arasında ayırmacılığa yol açan hüküm “yeni vakıf” yerine “vakıf” yazılarak değiştirilmeli. Ayrıca, Cemaat Vakıfları’nın vakıf senetlerinin bulunmaması göz önünde tutularak, Cemaat Vakıfları’nın madde kapsamına girmelerini sağlamak amacıyla, vakfın senedi olması şartı kaldırılmalı”: “Vakıflar Kanunu Tasarısı’nın Cemaat Vakıfları’nı İlgilendiren Hükümleri Üzerine, TESEV (Türkiye Ekonomik Ve Sosyal Etüdler Vakfı) Görüşleri, Aralık 2004”: http://www.tesev.org.tr/TESEV_%20vakiflartorus.doc (e.t.1.11.2006).

Burada meselâ; “yeni vakıf organlarının tamamlanması” başlığına taşıyan 8.madde hükmünün, cemaat vakıflarına da uygulanması istenmektedir. Oysa, cemaat vakıfları organlarının seçimi, bunlar özel bir statüye sahip oldukları için, bugüne kadar ayrı ve özel bir Yönetmeliğe tâbi bulunmaktadır.

III.VAKIFLARIN TÜZEL KİŞİLİĞİ, YÖNETİMİ, TEMSİLİ, ŞUBE VE TEMSİLCİLİKLERİ İLE YABANCILARIN VAKIF KURMASI

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 4.maddesine göre; “*vakıflar, özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir*”. Böylece, Kanunu'nun 4.maddesinde; vakıfların, “*özel hukuk tüzel kişiliğine sahip*” olduğu hususu vurgulanmıştır. Bu madde, “cemaat vakıfları”nı, Lozan Antlaşması'na dayanan özel statüsünden çıkarıp, sıradan bir özel hukuk tüzel kişisi görünümünü vermesi ve bu şekilde serbestçe mal edinebilmesi, faaliyette bulunabilmesi açısından, kayda değer önemli bir hükümdür²⁴.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 5.maddesinin ilk iki fıkrasında yer alan hükümler, zaten Türk Medenî Kanunu'nun 101.maddesinde yer alan hükümlerdir; bu nedenle de eleştiri konusu olmuştur²⁵.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 5.maddesinin III.fıkrasına göre; şube ve temsilcilik açma yetkisi, sadece “yeni” vakıflar için öngörülmüştür. “*Birim (şube, temsilcilik ve irtibat bürosu olarak faaliyette bulunan teşkilatı)*” açmak için, yürürlükteki mevzuata (TMK.Tüzük Ek 3.madde, TMK.Tebliğ ve YVBY.m.8'e)²⁶ göre

- 24 “Kanunun amaç ve kapsamı düzenleyen ilk iki maddesi, hukuksal bünyeleri birbirinden tamamen farklı eski ve yeni vakıfları aynı statü içerisine dahil etmektedir. Aynı şekilde, kanunun 4. maddesi de “Vakıflar özel hukuk tüzel kişileridir” demek suretiyle bu karışmayı desteklemektedir. Gerçi, vakıfların özel hukuk tüzel kişisi oldukları elbette doğru olmakla beraber, bu doğrunun böyle bir yaklaşım içerisinde vurgulanması, statülerin eşitlenmesi amacına yönelik olduğundan, isabetli olmamıştır. Türk Medeni Kanununa göre kurulan vakıfların, Medeni Kanunda düzenlendikten başka, çoğunlukla oradaki maddeler tekrar edilerek burada da kısmen tekrar düzenlenmeye çalışılması, bir gereklilikten değil, statü karışmalarını temin etmeyi sağlama amacından kaynaklanmaktadır. Bu sebeplerle, hukuk sistemimizin daha da karmaşıklaşmasına yol açacağından anılan maddelerdeki düzenlemeler isabetli değildir; yeni vakıflara ilişkin düzenlemeler madde metinlerinden çıkartılmalıdır”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).
- 25 «...maddedenin ilk iki fıkrasında yer alan hükümler, zaten Türk Medeni Kanununun 101. maddesinde yer almaktadır. Aşlında ilk fıkra malümü ilan etmekte, ikinci fıkra ise Medeni Kanununumuzun 101. maddesinin ilk fıkrasını başka sözcüklerle tekrarlamaktadır. Aynı düzenlemenin burada tekrar edilmesinin hiçbir anlamı ve gereği yoktur. Bu tür tekrarlar, eski deyimle « abesle iştigal » etmektedir. Yasama organı « abesle iştigal » etmeyeceğine göre, öncelikle bu paragraflar madde metninden çıkartılmalıdır. Çünkü, mevcut yasayı tekrar etmek, yasama faaliyeti sayılamaz. Yasama faaliyeti,yasa yapmak, kaldırmak ya da değiştirmektir. Bu nitelikleri taşımayan bir işlem, yasama faaliyeti sayılamayacağına göre, Yasama Meclisinin yasama faaliyeti adı altında böylesi bir tekrar işlemi yapması, Anayasanın 87. maddesi ile çelişir »: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).
- 26 **Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük Ek 3.maddeye göre** (Ek-19.3.1982-8/4475 K; Değişik 13.8.1991-91/2159 K.); “*Vakıfların, yurt içinde şube, temsilcilik, irtibat bürosu veya benzeri birim açmak için Vakıflar Genel Müdürlüğünden, yurt dışında şube, temsilcilik, irtibat bürosu veya benzeri birim açmak için ise Vakıflar Genel Müdürlüğünün uygun görüşü ve Dışişleri Bakanlığının önerisi üzerine Başbakanlıktan izin almaları gereklidir. Şubelerin, temsilciliklerin, irtibat bürolarının veya birimlerin açılmasında, kapanmasında ve*

Genel Müdürlükçe “izin” koşulu aranırken, yeni düzenlemede, yalnızca “beyan” (bildirme) yeterli görülmüştür²⁷.

Yeni Vakıflar Kanunu’nun 5.maddesinin IV.fıkrası ile yeni bir düzenleme yapılmış ve “yabancı gerçek ve tüzel kişilere” de hukukî ve fiilî “mütekabiliyet” koşulu ile “vakıf kurma” hakkı tanınmıştır.

Yabancıların yönetim organında²⁸ görev alabilmesinde (YVK.m.6/son) ise; mütekabiliyet ilkesi özel olarak değil, genel bir hüküm ile öngörülmüştür

çalışmasında göz önünde bulundurulacak esaslar, Vakıflar Genel Müdürlüğünce çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.” (Kış.DK.m.5, DYön.m.21-30; TMK.m.91, 92).

Yeni Vakıflar Birim Yönetmeliği’nin 8.maddesine göre; “Bu Yönetmeliğin 3, 4, 5 ve 6 ncı maddelerinde belirtilen şartların uygunluğu halinde Genel Müdürlükçe vakfa birim açma izni verilir.”

Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tebliğin (D) maddesine göre ise; “D- Vakıfların Açacakları Birimler ve Bunların Çalışma Usul ve Esasları:

Vakıf; faaliyetlerini merkezle birlikte vakıf senesinde açıkça yer alması kaydıyla açacağı şube, temsilcilik ve irtibat büroları vasıtasıyla yürütebilir.

Şube; vakıf adına gelir getirici faaliyetlerde bulunan, harcama yetkisine haiz müstakil muhasebe sistemi olan ve en az 5 kişi tarafından yönetilen birindir.

Temsilcilik ve irtibat büroları; Vakfı tanıtıcı, vakfın gayesini gerçekleştirmede merkez ve şubeye yardımcı olan, gelir elde etme ve harcama yetkisi olmayan birimlerdir. Bunlar en fazla 2 kişi tarafından faaliyete bulunurlar.

Vakıf merkezi dışında olmak kaydıyla il ve ilçelerde yukarıda sayılan birimlerden yalnızca biri kurulabilir. Birimlerin kurulabilmesi için Vakıflar Genel Müdürlüğünden izin alınması zorunludur. İzin alınmadan şube, temsilcilik ve irtibat büroları açılması halinde yasal hükümler uygulanır.

Şube açılabilmesi için, vakfın amacını gerçekleştirmesi, kuruluşunu takip eden yılbaşından itibaren en az 1 yıl ve vakfın amaçlarına uygun faaliyette bulunması ve herhalükarda Vakıflar Genel Müdürlüğünce denetlenmiş olması şarttır”.

27

« Şube veya temsilcilik adı altında birimler açılmasının sadece beyana bağlanması, Vakıfların, şube veya temsilcilik adı altında ülke çapında örgütlenmeleri konusunda Denetim Makamının tamamen devre dışı bırakılması, örneğini yakın geçmişte gördüğümüz demek bünyeli vakıfların ya da siyasi partilerin yan kuruluşu olarak çalışan tabela vakıflarının alabildiğine çoğalmasına ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açacaktır. Çünkü bu fıkrada idarenin yetkisi, sadece beyannamenin düzenlenmesini belirlemeye indirgenmektedir ki, bunun anlamı idarenin, vakıfların demek benzeri örgütlenmesi ya da siyasal partilerin yan kuruluşu olarak faaliyet göstermelerinin engellenmesi bakımından hiçbir yetkiye sahip olamaması demektir. Esasen bu şekilde bir yasal düzenleme yapılması, vakıf kurumunun niteliğiyle uyuşmamaktadır. Vakıf, belli bir malın yine belirli amaçlara övgülenmesiyle oluşan mal topluluğuna dayalı bir tüzel kişilik türü olduğuna göre, kişi topluluğundan ibaret olan demek tüzel kişiliğine övgü şube şeklinde örgütlenme ve bu şubelerin de ayn tüzel kişiliğe sahip olmaları da belli organlara sahip olmaları, vakıf tüzel kişiliğinin bünyesine uymamaktadır. Bir vakıf, amacına uygun bir faaliyeti yetkilendirdiği kişiler aracılığıyla ülkenin her bölgesinde elbette ki zaten gerçekleştirebilir »: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007)

28

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **AVCI, M. Özgür**: Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı, (Beta Yayınevi), İstanbul 2006.

(YVK.m.2/II). Bu nedenle, “mütekabiliyet ilkesi” tartışma konusu dahi olabilir²⁹.

Bu konu ile bağlantılı olarak; **Yeni Vakıflar Kanunu’nun 12.maddesinin V. (son) fıkrasındaki hükme göre; “kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların, taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi³⁰ uygulanır”** hükmü getirilmiştir.

29 Oysa, vakıf organında görev alabilecek olan yabancılar bakımından karşılıklılık şartı aranmamaktadır. Böylece; bir vakıf Türk vatandaşları tarafından kurulup; yabancılar tarafından yönetilebilecektir. http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

30 2644 sayılı Tapu Kanunu (RG29 Kanunuevvel 1934, S.2892, 3.t.Düster, c.16-s.311). Tapu Kanunu’nun 35.maddesine göre (Yeniden Düzenleme: 5444 - 29.12.2005 / m.1 - Yürürlük m.3); “Yabancı uyruklu gerçek kişiler; karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye’de işyeri veya mesken olarak kullanılmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı aynı hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nüelikle sınırlı aynı hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez. Bu fıkra da belirtilen koşullarla, yüzölçümü miktarını onz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinebilirler.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine Türkiye’de taşınmaz rehni tesisinde birinci ve ikinci fıkralarda yer alan kayıt ve sınırlamalar aranmaz.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakiler Türkiye’de taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynı hak tesis edilemez.

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla intikal eden taşınmazları için birinci fıkrada belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanmaz. Ölüme bağlı tasarımlarda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanır. Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı aynı hakların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir.

Karşılıklılığın tespitinde hukuki ve fiili durum esas alınır. Bu ilkenin kişilere toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı, ülke uyruklarına uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esastır.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanca ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinemeyecekleri alanları, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tescille esas koordinatlı harita ve planları içeren teklifi üzerine belirlemeye ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespite Bakanlar Kurulu yetkilidir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün bağlı olduğu Bakanlık bünyesinde ilgili idare temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından, bu madde uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler dahilinde çalışmalar yapılmak suretiyle kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamındaki teklifleri incelenip değerlendirilerek Bakanlar Kuruluna sunulur.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra belirlenecek askeri yasak bölgeler, askeri ve özel güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 6.maddesinin son fıkrasında; “*vakıfların yönetim organlarında görev alanların çoğunluğunun, Türkiye’de yerleşik bulunması gerekir*” şeklindeki hüküm iki şekilde anlaşılabilir. **Birinci olarak; yabancılar,** sadece azınlık teşkil edecek şekilde, **vakıf yönetim organlarında görev alabilirler.** Ancak, **(ikinci olarak);** bunlar vakıf yönetim organlarında **çoğunluk teşkil edeceklerse,** (tamamının değil!) “**çoğunluğu**”nun Türkiye’de yerleşik olması gerekli ve yeterli olacaktır³¹. Böylece; “**yabancılar**”, Türkiye’de kurulan yeni vakıfların yönetim organlarında, rahatlıkla görev alabileceklerdir.

Hatta; **eski vakıfların yönetim organlarında (özellikle cemaat vakıflarında) görev alanların, Türkiye’de yerleşik olmayan yabancıardan da oluşması mümkün olabilecektir. Çünkü; 6.maddenin V.fıkrasında, sadece “yeni vakıflar”dan bahsedilmektedir.** Böyle bir durumda; kurucu olmayan, ancak yönetim organında görev alan ve idareci olan (eski, özellikle cemaat vakıflarında, Türkiye’de yerleşik de olmayan) yabancılar, bu vakıflar aracılığı ile, vakıflar adına; Tapu Kanunu’nun 35.maddesindeki sınırlamalara (karşılıklılık, yer, büyüklük vs.)³² tâbi olma-

Milli Savunma Bakanlığınca geciktirilmeksizin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlığa verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen bölgeler içerisinde kalması nedeniyle kamulaştırılması gereken ya da tapu sicilinde şerh verilmesine gerek duyulan parsellere ilişkin bildirimler ilgili idarelerince tapu sicil müdürlüklerine yapılır.

Bu madde hükümlerine aykırı edinilen veya kanuni zorunluluk dışında edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ile sınırlı aynı haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir”.

31 **Türkiye’de yerleşik olan yabancılar :** Türkiye’de yerleşik olan yabancılar, Türkiye’de kurulu bir vakfın yönetim organında görev alabilecekler (YVK.m.6).* **Türkiye’de yerleşik olmayan yabancılar :** Türkiye’de yerleşik olmayan yabancılar, Türkiye’de kurulu bir vakfın yönetim organında çoğunluk oluşturmamak kaydıyla görev alabileceklerdir (YVK.m.6): <http://www.tusev.org.tr> (2.4.2007).

32 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **KAPLAN, Yavuz:** “Anayasa Mahkemesinin 2003/70 Esas Sayılı İptal Kararı ve 5444 Sayılı Kanun Işığında Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal ve Sınırlı Aynı Hak Edinmeleri”, Erzincan Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, C.X, S.3-4, Y.2006, Erzincan, Aralık-2006, s.350 vd.; Ayrıca; 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35.maddesinin I.fıkrasının sonundaki (Bu fıkroda belirtilen koşullarla, yüzölçümünü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir) hükmü ile, aynı maddede yer alan (yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespitte Bakanlar Kurulu yetkilidir) hükmünü, Anayasa Mahkemesi iptal edilmiştir: 12 Nisan 2007, Perşembe günlü Cumhuriyet Gazetesi, s.8. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin bu iptal kararı henüz yayınlanmamıştır.

“Anayasa Mahkemesi’nin yabancılara arazi satışı kolaylaştıran yasanın iki maddesini iptal etmesinin, uygulamada önemli bir değişikliğe yol açmayacağı bildirildi. Eski Tapu ve Kadastro Genel Müdür Yardımcısı Orhan Özkaya...5444 sayılı yasanın, Anayasa Mahkemesi’nin benzer içerikteki 4916 sayılı yasayı iptal etmesi üzerine çıkarıldığına işaret eden Özkaya, mahkemenin son kararındaki iptal gerekçelerinin, bir önceki iptal gerekçeleriyle çeliştiğini söyledi. 4916 sayılı yasada ya-

dan taşınmaz edinerek faaliyette bulunabilecekler; böylece, Tapu Kanunu'nun ve Anayasa'nın ilgili maddeleri kolaylıkla dolanulabilecektir. Bunlar dışında; Tapu Kanunu'nun 35.maddesi, gerçek (I.fıkırada) ve tüzel kişileri (II.fıkırada) farklı hükümlere tâbi tutmuştur. Yabancı tüzel kişilerin vakıf kurması durumunda (YVK.m.5/IV) veya birden fazla yabancı gerçek ve tüzel kişinin vakıf kurucusu olması durumunda, birçok sorun ortaya çıkabilecektir. Ayrıca; "karşılıklılık" ilkesinin, uygulama açısından da pek fazla bir yarar getirmeyeceği de söylenebilir. Çünkü; Türk vatandaşlarının, yabancı ülkelerde vakıf kurabilme ve bunların faaliyette bulunabilmeleri, fiili açıdan, Türkiye'deki, yabancıların bu konudaki hukukî durumuna eşdeğer olmayacaktır.

"Yabancıların Türkiye'de *dernek* kurma ve üye olma hakkı" ise; karşılıklılık koşuluna değil; bunların "Türkiye'de *yerleşme hakkına*³³ sahip olmaları" koşuluna bağlanmıştır (TMK.m.93). *Derneklerde* görev alan (kurucu veya normal) üyelerin "*hepsinin*" Türkiye'de yerleşik olmaları gerekmektedir (TMK.m.93). Ayrıca; "Dernek Kurma Hürriyeti"ni düzenleyen Anayasamızın 33.maddesi, vakıflarla ilgili olarak da uygulanır (Anay.m.33/son). Yeni Vakıflar Kanunu'nun 6.maddesinin son fıkrasında; "*vakıfların yönetim organlarında görev alanların çoğunluğunun, Türkiye'de yerleşik bulunması gerekir*" şeklindeki hüküm, demekler ve vakıflar arasındaki bu paralellığe işaret etmektedir³⁴.

bancı gerçek ve tüzel kişilere dönük sınırlama olduğuna dikkat çeken Özkaya, son çıkarılan yasada ise şirketlere "sınırsız" taşınmaz edinim hakkı tanıdığını, ancak Anayasa Mahkemesi'nin buna dokunmadığına işaret etti. 2.5 hektarın üzerindeki satışlar için Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin iptalinin, büyük sahşları etkilemeyeceğini savunan Özkaya, "Zaten yabancı gerçek kişinin tek başına 2.5 hektar arazi alması her şeyi bitiriyor. Çünkü ailesi, çocuk çocuğuyla 25'er dönüm alsa, zaten 30 hektara ulaşır. Artı olarak, arazi üzerine yapılacak binalarda kat sınırlaması yok..." dedi": Cumhuriyet, 13 Nisan 2007, s.4.

33 Yabancıların ikamet (yerleşme) ve seyahat özgürlüğü ve ilgili mevzuat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: ÇELİKEL, Aysel/GELGEL (ÖZTEKİN) Günseti: Yabancılar Hukuku, (BetaB), İstanbul 2004, s.80-95.

34 « Bir vakfın, herhangi bir gerekçeyle yabancı tarafından kurulması uygun görülmebilir, bu takdirde, vakıf Türk vatandaşları tarafından kurulur ; ama yabancılar vakfın yönetiminde yer almak ve bizzat yönetim kurulu başkanlığını da üstlenmek suretiyle vakfın faaliyetini yönlendirmeyi daha akılcı bulabilirler...karşılıklılık ve belli bir süre Türkiye'de yerleşik olmak koşulları birlikte arandığında, belki anlamlı bir sınırlamadan söz edilebilirdi. Bu şekliyle yasanın 5. ve 6. maddelerinin birbiriniyle çeliştiği, diğer bir ifadeyle, madde 6(son) daki düzenlemenin, madde 5/4 hükmünü anlamsız kıldığı görülmektedir. Esasen, yasayla getirilen sınırsız yurt dışı bağış alma (25. madde) imkanı varken, yabancılar bakımından konacak her türlü sınırlamanın anlamsız olacağı da açıktır...Anayasamızın 69. maddesinde « *Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır* » denmektedir. Yabancıların kuracakları vakıflar Türk uyruğunda olacağına göre, bir siyasi partinin böyle bir vakıftan işbirliği görüntüsü çerçevesinde maddi yardım sağlaması hukuken mümkün olabilecektir.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 16. maddesinde dahi, örgütlenme öz-

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin V.fıkrası ile bağlantılı olarak, 6.maddesinde; yeni Vakıflar Kanunu kapsamında olan mazbut, mülhak, esnaf, cemaat ve yeni vakıfların niteliklerine göre yönetim ve temsil usulü belirlenmiştir. Ayrıca; maddede, **“yabancıların”**, Türkiye’de kurulan vakıfların yönetim organlarında görev alabilmelerine imkân verici düzenleme yapılmıştır. Ancak; **“yeni vakıfların”** yönetim organlarında görev alanların **“çoğunluğunun”** Türkiye’de yerleşik olması gerekecektir. Yeni vakıflar dışındaki vakıflar için (esnaf ve cemaat vakıfları, mülhak vakıflar vs.) **böyle bir şart aranmamıştır.** Oysa **derneklerde** görev alan (kurucu veya normal) üyelerin **“hepsinin”** Türkiye’de yerleşik olmaları gerekmektedir (TMK.m.93). **Böyle bir durumda, yukarıda da belirtildiği üzere; eski vakıf yönetim organlarında (özellikle cemaat vakıflarında³⁵) görev alanların, Türkiye’de yerleşik olmayan yabancılardan da oluşması mümkün olabilecektir³⁶.**

Gerçi; **“Cemaat Vakıfları Yönetim Kurulu Seçimlerinin Seçim Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelik”**de, seçmen ve seçilenlerin T.C. vatandaşı olması aranmaktadır; ancak, Yeni Vakıflar Kanunu (m.80), bu yönetmeliğin dayandığı 1935 tarihli Vakıflar Kanunu’nu ortadan kaldıracığı için, yönetmelik de bununla birlikte ilga olacaktır.

Yeni Vakıflar Kanunu’nun 6.maddesinin III. fıkrası, IV. fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde, ortaya daha ilginç bir sonuç çıkmaktadır: Burada, tıpkı cemaat vakıfları gibi Medeni Kanunun kabulü öncesinden Cumhuriyete intikal eden esnaf vakıflarının, mülhak vakıflarla aynı hukuksal statüye sahip oldukları belirtilmişken, cemaat vakıfları bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun anlamı,

gürlüğünün, yabancıların siyasi faaliyetlerine sınırlama getirilmesine engel oluşturmadığı düzenlenmektedir”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

35 Oysa; 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 1.maddesi ile Vakıflar Tüzüğü’ne dayanılarak (Yön.m.3) çıkarılan, **“Cemaat Vakıfları Yönetim Kurulu Seçimlerinin Seçim Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmeliği”** (R.G.16 Eylül 2004), 6. ve 7.maddelerine göre; **seçmenlerin ve seçilenlerin, “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması”** gerekmektedir. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.hyetert.com/yazi.asp?s=1> (e.t. 1.11.2006).

36 Benzer şekilde bkz: «Maddenin 3. fıkrasında yer alan «Cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarının kendi aralarından seçilir» ifadesi yeterli açıklığa sahip değildir. Gerçi, «vakıf yöneticilerinin seçim usul ve esaslarının yönetmelikle düzenleneceği» devam eden cümlede belirtilmektedir ama, seçimi yapacak olan cemaat mensuplarının sınırı burada düzenlenmemiştir. Günümüzde azınlık kurumlarına ilişkin devam eden güncel tartışmalar dikkate alındığında, gerek seçimi yapacak ve gerekse yönetime seçilecek gayrimüslüm Cemaatler mensubu kişilerin **Türk Vatandaşı olması gerektiğinin yasa metninde açıkça belirtilmesi yaşamsal önem taşımaktadır.** Aksi takdirde, bu düzenleme Türkiye’de yerleşik olan ama Türk vatandaşı olmayan cemaat mensupları ve hatta Türkiye’de yerleşik bile olmayan ama aynı cemaata mensup olan yabancı uyruklu cemaat mensupları bakımından tartışmaya açıktır ve yönetmeliğin bu derece hassas sorunlarda bu derece temel konuları düzenleyebileceğinin kabulü kendi iç hukukumuz bakımından bile mümkün değildir. Kaldı ki bu konudaki her tartışmanın İnsan Hakları Mahkemesine taşınması da olasıdır»: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007)

cemaat vakıflarının doğrudan doğruya Türk Medeni Kanununa tabi vakıflarla aynı statüye sahip olmasıdır. Oysa ki, 2762 sayılı kanunda bütün eski vakıflar aynı statüde düzenlenmişlerdir. Bu durumda, yeni düzenlemede cemaat vakıfları lehine bir ayrımcılık yapılmış olmaktadır ki, bunun da eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır. Son fıkrada yer alan «Yeni vakıfların yönetim organı vakıf senedine göre oluşturulur» hükmü, gereksiz bir tekrar niteliğindedir. Çünkü ; Medeni Kanunun 109. maddesinde « Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur. Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilir » hükmü bulunmaktadır ve Medeni Kanundaki düzenleme aslında bu maddede yapılan düzenlemeden daha da kapsamlıdır³⁷.

Sonuç olarak; her ne kadar; YVK.m.12/V ve m.6/V ile, yabancılara, vakıflar konusunda sınırlamalar getirilse de; siyasi ve ekonomik bir güce sahip olmak isteyen yabancı gerçek ve tüzel kişilerin, Türkiye’de vakıf kurma yolu ile faaliyette bulunabilecekleri de göz ardı edilmemesi gereken bir husustur. Özellikle; yabancılardan kurdukları vakıfların, Tapu Kanunu’un 35.maddesi hükmünü dolanarak, taşınmaz mal edinmeleri veya siyasi açıdan örgütlenmeleri bu sa- yede mümkün olabilecektir.

“Kanunun «Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar» başlıklı 7. maddesinde, « On yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mühlak vakıflar, mahkeme kararıyla Genel Müdürlükçe yönetilir ve temsil edilir » düzenlemesi getirilmektedir. Bu düzenlemede, cemaat vakıfları lehine yine ayrımcılık yapılmaktadır. Cemaat vakıflarının hiç cemaatı kalmasa bile Genel Müdürlükçe yönetilmesi imkanı ebediyen elinden alınmaktadır. Eski vakıflar arasında ayırım yapan bu düzenleme, eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır. Maddeye, cemaat vakıfları da dahil edilmelidir. Bu madde, 16. maddeyle birlikte düşünüldüğünde, vakıf türlerinden sadece cemaat vakıflarının sona ermesi kanunda düzenlenmemektedir. Diğer bir ifadeyle, bir cemaat vakfının sona ermesi, hukuken asla mümkün olamamaktadır. Bir tüzel kişiliğin sona ermeden sonsuza dek yaşayacağı, sadece devlet tüzel kişiliği bakımından kabul edilebilir bir düzenlemedir³⁸. Bu sonuçların doğmaması için; Kanuna cemaat vakıflarının, mühlak vakıf olduğuna dair bir hüküm konulabilir.

«Vakıf yöneticisi olamayacaklar» başlığını taşıyan Yeni Vakıflar Kanunu’nun 9.maddesine göre ; «Vakıflarda; hırsızlık, nitelikli hırsızlık, yağma, nitelikli yağma, dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık, zimmet, rüşvet, sahtecilik, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, güveni kötüye kullanma, kaçakçılık suçları ile Devletin güvenliğine karşı işlenen suçların birinden mahkûm

37 http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

38 http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

olanlar yönetici olamazlar.

Vakıf yöneticisi seçildikten sonra yukarıdaki suçlardan mahkûm olanların yöneticiliği sona erer».

Türk Medeni Kanununa Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük md.23/j bendindeki ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tebliğ'in³⁹, "Vakfın Kuruluşunda Aranacak Şartlar" başlığını taşıyan (A) hükmünden farklı olarak; **9.maddedeki** bu yeni düzenleme ile yüz kırtarıcı suçlar dışında kalan, ağır hapis veya taksirli suçlardan gayri suçlar için, altı aydan fazla hapis cezasıyla mahkum olmak şartının kaldırılması, ilgili kişiler *cezalarını çektikleri için ve ömür boyu da çekemeyecekleri için, bu açıdan yerinde bir düzenleme olmuştur.* Yeni Dernekler Kanunu'nun 3.maddesinde de, dernek kurma hakkı için benzer bir yenilik getirilmiştir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 10.maddesi ile; vakıf yöneticilerinin sorumlulukları ayrıntılı olarak düzenlenmiş, *idari kararlar* görevden alınan *mülhak ve cemat vakfı* yöneticileri de dahil olmak üzere, vakıf yöneticilerinin görevden alınma ve uzaklaştırılmaları yetkisi bağımsız *mahkemelere* bırakılmıştır. Yeni Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle mülga olacak olan, 2762 sayılı *Vakıflar Kanununun 33 maddesinin son fıkrasında yer alan; "azline karar verilen mütevellî kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde yazı ile idare meclisine itiraz edebilir"* hükmü yeni düzenlemede yer almamıştır. Böyle bir hükme de gerek kalmamıştır. Mahkemenin kararına karşı temyize gidilebilir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, **11.maddesindeki** yeni düzenleme ile; Tüzük'teki⁴⁰, vakıf yöneticilerinin bazı işlem ve fiilleri nedeniyle "*görevden alınması*" gerektiren yaptırım, "*idari para cezası*"na dönüştürülmüştür. **Yeni Vakıflar Kanunu'nun 11.maddesi ile, Tüzüğün 23.maddesinin f bendinin, zımnem değiştirilmiş olduğunu söyleyebiliriz.**

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, Cumhurbaşkanı tarafından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmesinin gerekçeleri⁴¹ arasında **11.maddeye**

39 Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Kuruluş Esasları Ve Faaliyetleriyle İlgili Uyulması Gereken Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ, (R.G 21 Eylül 1997 T., S.23117). Bu Tebliğ'de; T.C. Anayasa'sının 33. Türk Medeni Kanununun 73 ve devamı maddeleri ile Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğe dayanılarak, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların kuruluş esasları ve faaliyetleriyle ilgili uyulması gereken usul ve esaslar düzenlenmiştir.

40 **Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 23.maddesinin F bendine** göre; "Müfettiş tarafından istenilen belge, kayıt ve defterleri göstermekten veya talep edilen bilgileri vermektan kaçınmış ise, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yapacağı başvuru üzerine yetkili asliye mahkemesince duruşma yapılarak **görevden alınabilirler**".

41 Cumhurbaşkanı'nun, Yeni Vakıflar Kanunu'nu Meclise iade gerekçesinden: "Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun

ilişkin olarak şu gerekçe belirtilmiştir:

“Yasa'nın 11. maddesinde, "Genel Müdürlükçe yapılan tebligata rağmen, bu Kanun uyarınca istenen beyanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen, organların vakfiye veya vakaf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan vakıf yönetimine Genel Müdürlükçe her bir eylem için beşyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. İdari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir". düzenlemesine yer verilmiştir.

Maddeyle gönderme yapılan 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 3. maddesi, itiraz yoluyla açılan dava sonunda, Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 günlü, E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Ancak, doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüş olup, iptal kararı 22.7.2006 günlü, 26236 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen kararında, Kabahatler Yasası'nın "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesinde yer alan, "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." kuralı, .../bulunmaktadır/.

Anayasa'da idari ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayırım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Buna bağlı olarak idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurular da konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin

bulunmayan 5555 sayılı "Vakıflar Kanunu", 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir. T.C. CUMHURBAŞKANLIĞI, SAYI : B.01.0.KKB.01-18/A-10-2006-830 29 / 11 / 2006, TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA, İLGi: 14.11.2006 günlü, A.01.0.GNS.0.10.00.02-12046/35237 sayılı yazınız": http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/29.11.2006-3623.html (e.t.2.4.2007); ayrıca bkz.: <http://www.hyetert.com/yazi3.asp?s=1&AltYazi=Kaynaklar%20%20S%20orunlarımız&Id=266&DilId=1> (e.t.2.4.2007).

idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usul ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nun 125. ve 155. maddelerine aykırıdır." gerekçeleriyle iptal edilmiştir...

Bu nedenle, Yasa'nun 11. maddesinde yer alan idari para cezası, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlem olup, kabahat olarak nitelendirilemez.

Dolayısıyla, bu idari para cezasının yargısal denetiminin, 5326 sayılı Yasa'ya gönderme yapılarak idari yargının görevinden çıkarılıp, adli yargıya bırakılması, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıya alınan kararında ortaya konulan gerekçelerle, Anayasa'nun 125. ve 155. maddelerine aykırı düşmektedir".

IV. VAKIF MALLARI VE ÖZELLİKLE CEMAAT VAKIFLARI-NIN MALLARI İLE İLGİLİ SORUNLAR

A. YENİ VAKIFLAR KANUNU'NDAKİ HUKUKİ DÜZENLEME

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, "Vakıfların mal edinmesi, akar cinsinden olan malların değiştirilmesi » başlığını taşıyan, 12.maddesine göre; « Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait akar mallar ile hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesine, paraya çevrilmesine veya değerlendirilmesine Meclis yetkilidir.

Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflara, başlangıçta özgülünen mal ve haklar, vakaf yönetiminin başvurusu üzerine, haklı kalan sebepler varsa, Denetim Makamının görüşü alınarak mahkeme kararı ile sonradan iktisap ettikleri mal ve hakları ise bağımsız ekspertiz kuruluşlarınca düzenlenecek rapora dayalı olarak vakaf yetkili organının kararı ile daha yararlı olanları ile değiştirilebilir veya paraya çevrilebilir.

Vakıf yöneticileri, iktisap ettikleri veya değiştirdikleri taşınmaz malları tapuya tescil tarihinden itibaren bir ay içerisinde Genel Müdürlüğe bildirirler.

Kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların, taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22/12/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi uygulanır ».

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin, I. fıkrasında; mazbut, mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ve yeni vakıflar olmak üzere, tüm vakıfların, mal edinebilecekleri ve bu malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilecekleri yolunda (şu ana kadar ki mevzuattaki düzenleme, uygulama ve kısıtlamalardan farklı olarak), genel bir hüküm getirilmiştir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin, II.fikrasında; “*Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ve mazbut vakıflara*” ait bazı malların (akar mallar ve hakların) değiştirilmesi ve değerlendirilmesinde yetkili makam olarak, “*Vakıflar Meclisi*” gösterilmiştir. 2762 sayılı **Vakıflar Kanunu'**na göre, “*mazbut ve mülhak vakıflara*” ait malların satımına ve başka mallarla değiştirilmesinde, “*Genel Müdürlük*” yetkili iken; artık yalnızca “*mazbut vakıflar*” için, “*meclis*” yetkili olacaktır. *Mülhak* vakıflarla ilgili olarak ise, Yeni Kanununun 12.maddesinin, III.fikrasına göre; *başlangıçta* iktisap edilen mallar için, *mahkeme kararı; sonradan* iktisap edilen mallar için de, *vakıf yetkili organının kararı* gerekecektir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin III.fikrasında; “*mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ve yeni vakıflara*”, “*başlangıçta*” özgülünen malların, ancak “*haklı kılan sebepler*” var ise ve “*mahkeme*” kararı ile, “*sonradan*” iktisap edilenlerin ise, “*vakıf yetkili organının*” kararı ile değiştirilebileceği veya paraya çevrilebileceği düzenlenmiştir. Burada; yalnızca, *başlangıçta* özgülünen mallar için “*haklı sebep*” unsuru aranmış; *sonradan* edinilen mallar için aranmamıştır. **Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin III.fikrası ile, Türk Medenî Kanunu'nun 113.maddesinin III.fikrası ve Tüzüğü'nün 27.maddesi de zmnmen değişikliğe uğramaktadır.** “*Başlangıçta*” özgülünen malların, “*mahkeme kararı*”yla değişmesi kısmı, yürürlükteki düzenlemeyle benzer olup, “*sonradan*” iktisap edilen mallar için “*ekspertiz kuruluşlarınca rapor*”a dayalı olarak “*vakıf yetkili organının kararı*”nın yeterli görülmesi ve bunun için ayrıca mahkeme kararına gerek görülmemesi, mal ve hakların değişimini kolaylaştırmıştır⁴².

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin V. (son) fıkrasındaki hükme göre; “*kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların, taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi uygulanır*”. Ayrıca; “*yeni vakıfların yönetim organlarında görev alanların*” çoğunluğunun, Türkiye’de yerleşik bulunması gerekir (YVK.m.6/V). Daha önce de; Yeni Vakıflar Kanunu'nun 6.maddesinin V.fikrası ile bağlantılı olarak belirtilen bu hüküm karşısında; “*yabancılar*”, Türkiye’de kurulan yeni vakıfların yönetim organlarında, çoğunluğunun Türkiye’de yerleşik olması şartıyla görev alabileceklerdir. Hatta; eski vakıf yönetim organlarında (özellikle cemaat vakıflarında) görev alanların, Türkiye’de yerleşik olmayan yabancıardan da oluşması mümkün olabilecek ve böyle bir durumda; kurucu olmayan, ancak yönetim organında görev alan ve idareci olan (eski, özellikle cemaat vakıflarında Türkiye’de yerleşik de olmayan) yabancılar, bu vakıflarda; **Tapu Kanunu'nun 35.maddesindeki sınırlamalara tâbi olmadan taşınmaz edinebileceklerdir.**

42 Başlangıçta özgülünen malların, özellikle yeni vakıflarda mahkeme kararı aranması bakımından, TMK.m.101/f’de kuruluşta aranan yeterli malvarlığı durumu ile de bir bağlantısı bulunmaktadır.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin 1.fıkrası ile bağlantılı bir başka hüküm de, GEÇİCİ 7.maddede yer almaktadır. Yeni Vakıflar Kanunu'nun GEÇİCİ 7.maddesine göre, "**Cemaat vakıflarının;**

a) 1936 Beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar,

b) 1936 Beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar, tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescilleri yapılır".

Halen yürürlükte bulunan ve Yeni Vakıflar Kanunu (m.80) ile yürürlükten kalkacak olan "Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufları Bulunmaları Ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmeliğin" 4.maddesine göre ise; "**Cemaat vakıfları; Vakıflar Genel Müdürlüğünün izni ile dinî, hayrî, sosyal, eğitimsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere satın alma, vasiyet, hibe ve sair yollarla taşınmaz mal edinebilirler**". Bu sınırlamaların temelinde; "**ultra vires (tahsis)**" ilkesinin⁴³ bulunduğunu da söyleyebiliriz.

Geçici 7.maddeye göre (lafzî yorum yapıldığında), cemaat vakıfları, Yönetmelikteki sınırlamalar olmaksızın (Genel Müdürlüğün izni veya dinî, hayrî alanlardaki ihtiyaçları vs. sınırlamalar olmaksızın) taşınmaz mal satın alsalar dahi, bu taşınmazları, Meclisin olumlu kararından sonra, cemaat vakıfları adına tescillerinin yapılmasını isteyebileceklerdir.

Kamuoyundan gelen eleştiriler sonucunda, GEÇİCİ 7.maddede; cemaat vakıflarının, taşınmaz edinmelerine, bir sınırlama getirilmiş ve 1936 tarihi esas alınmıştır⁴⁴.

43 "**Ultra vires nazariyesi**"ne (teorisine, prensibine, ilkesine) göre; tüzel kişilerin hak ve/veya fiil ehliyeti, tüzel kişinin statüsündeki gaye (amaç) ile sınırlıdır. Konu içinde yapılan (intra vires) aktitler, tüzel kişiyi bağlar; konunun sınırları dışındaki muameleler ise (ultra vires), tüzel kişiyi bağlamaz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:272), Ankara 1970, s.22 vd.; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, 4.B., (Betabasım), İstanbul 2002, s.558 vd.

44 "...mevzuat gereği el değiştiren taşınmazların tekrar cemaat vakıflarına verilmesi; azınlık hakkı adı altında alt toplum gruplarının siyasallaşmasına ve giderek ayrılmış taleplerde bulunmasına zemin hazırlayacak, bu grupların tüzel kişilikler etrafında örgütlenip, sonuçta belli gruplara tüzel kişilik tanınması anlamına gelebilecek gelişmelere yol açabilecektir. Bütün bunlar birlikte düşünüldüğünde, Lozan Antlaşması ile Müslüman Olmayan azınlıklara tanınan haklar ve bu arada onların vakıflarına

Bu tarihten önceki taşınmazların tescili istenemeyecektir. Ancak, 1936'dan günümüze dek olan bütün taşınmazların, yargı kararları hiçe sayılarak tescili mümkün olabilecektir.

B. YENİ VAKIFLAR KANUNU'NA GELİNCEYE DEK, CEMAAT VAKIFLARI İLE İLGİLİ BAŞLICA HUKUKİ DÜZENLEMELERİN ALDIĞI ŞEKİL

Yeni Vakıflar Kanunu'ndan önce; cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri ile ilgili en son mevzuata baktığımız zaman; 1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nda (m.1'e eklenen fıkralar), 2002 ve 2003 (Geçici 2.madde) tarihlerinde yapılan değişiklikler ile 2002 ve 2003 tarihli "Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik"ler ve "Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları konusundaki, 2002/3 sayılı Vakıflar Genelgesi"⁴⁵ karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu konudaki mevzuattaki değişiklik

tüzel kişilik tanınması uygulaması, Avrupa Birliği ülkelerinde tanınan azınlık hakları kavramının ötesindedir ve kolektif haklar olarak nitelenebilecek hak durumundadır. Nitekim Yunanistan'ın Lozan'ı bunca ihlal eden davranışları, bireysel hakları ihlal etmediği sürece Avrupa Birliği açısından önem taşımamakta, ne Avrupa Konseyi ne de Avrupa Birliği Kurumları bu ihlallere karşı harekete geçmemektedir. Son zamanlarda Yunanistan aleyhine gerçekleşen bazı İnsan Hakları Sözleşmesi ihlal kararları, tamamen bireysel hakların ihlaline yönelik şikayetler üzerine verilmiş kararlardır..." <http://www.memurlar.net/haber/23680/>; "...Buna göre, 1936 beyannamesi ile belirlenen gayri menkulleri bulunan vakıflar, bu tarihten geriye doğru mal talebinde bulunamayacak. 1936 yılından önce nam-ı müstear veya nam-ı mevhum olarak kaydı yapılmamış mallar hakkında talepte bulunamayacak... Öte yandan Komisyonca Dışişleri Bakanlığı yetkililerinin de görüşleri alındı. Dışişleri yetkilileri, cemaat vakıfları sebebiyle AIHM nezdinde yeni davalar açılmaya başlandığını söyledi. Şu ana kadar açılmış iki dava bulunduğunu, bunlardan birinin devam ettiğini belirten Dışişleri Bakanlığı yetkilileri, "Ancak son dönemde 2 vakif tarafından toplam 27 dava açıldı. Bu tasarı ile bu davaların önüne geçilebilecek" uyarısında bulundu. Bunun üzerine söz alan Başbakan Yardımcısı M. Ali Şahin, AHİM'in, İstanbul'daki bir Ermeni Hastanesi için açılan dava sonunda Türkiye'ye ya 2 milyon 300 bin Euro tazminat ya da Beyoğlu'ndaki 86 metre kare ahşap kargir bir binanın verilmesi yönünde uzlaştırma yoluna gittiğini; kendilerinin de ahşap binayı vermeyi tercih ettiklerini açıkladı. ...Şahin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AIHM) 1955 yılında bir Ermeni Hastanesi vakfına bağışlanan ancak 1974'de devletin el koyduğu 86 metre kare bir dükkan için Türkiye'yi 2.3 milyon Euro ödemek veya dükkanı iade etmek ikilemi arasında bıraktığını söyledi...Şahin, Türkiye'nin aleyhine çalışacak vakıflara karşı bu ülkenin "istihbaratı, mahkemesi, polisi" olduğunu belirterek, "Tedbirini alırsın" diye konuştu": <http://www.demekler.gov.tr/Demekler/Web/Gozlem2.aspx?sayfaNo=363> (e.t. 1.11.2006).

45 T.C. BAŞBAKANLIK Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 11/10/2002 tarih ve B.02.1.VGM.012.00.00.156/1 sayılı, Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları Konusundaki, Vakıflar Genelgesi (Genelge 2002/3); bu konuda ayrıca bkz: <http://www.hyetert.com/yazi.asp?s=1> (e.t. 1.11.2006)

çalışmaları, 1980'li yıllara kadar uzanmaktadır⁴⁶.

Tarih sırasıyla bu hukukî düzenlemelere kısaca göz attığımızda, şu sonuçlarla karşılaşmaktayız:

3 Ağustos 2002 tarihli, 4771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik⁴⁷ sonucu, 5.6.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesinin sonuna aşağıdaki fıkralar eklenmiştir: "*Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.*"

"*Bu vakıfların dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması halinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına bağışlanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tabidir.*"

Vakıflar Kanunu'ndaki bu değişiklikten sonra; 4 Ekim 2002 tarihinde, "**Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri Ve Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları Hakkında Yönetmelik**"⁴⁸ çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğin 4.maddesine göre; "*Cemaat vakıfları; dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere Bakanlar Kurulu izni ile taşınmaz mal edinebilirler*".

Daha sonra; 2.1.2003 tarihli 4778 sayılı Kanun ile⁴⁹, 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesinin sonuna eklenen yukarıdaki 1.fıkra değiştirilmiştir.

46 "1936 Beyannamesi uygulaması ile ilgili önemli bir belgeye işaret etmek istiyoruz... Dönemin Başbakanı Turgut Özal imzasıyla hazırlanan 2762 Sayılı Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısını 6/7/1987 tarihinde TBMM'ye sunuyor (Sayı:K.K.Gn.Md. 18/101-2093/04142 6.7.1987). Hükümetin Teklif Ettiği Metin: "2762 Sayılı Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Madde 1-2762 Sayılı Vakıflar Kanununa aşağıdaki madde eklenmiştir: EK MADDE- Cemaat Vakıflarının 1 Ocak 1987 tarihine kadar herhangi bir sebeple edindikleri gayrimenkuller, bir defaya mahsus olmak üzere, 44. maddeye göre verilen beyannamelerine ithal edilir. Bu tarihten sonra mezkur vakıflar, ihtiyaçları ile sınırlı olmak kaydıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile gayrimenkul edinebilirler". Ancak ne var ki bu çalışmalar yürütülürken aşırı dinci ve milliyetçi kesim büyük yaygaralar koparır...Sonuçta Kanun hayata geçirilmez ve hasır altı edilir...": <http://www.agos.com.tr/tr/arshiv/36/turgutozal.html> (e.t.1.11. 2006).

Ancak; daha sonra, AB'ye uyum yasaları (4771, 4778 vs.) çerçevesinde çıkarılan kanunlar ve yönetmeliklerle, cemaat vakıfları adına, taşınmazların tescili sağlanmıştır.

47 "4771 Sayılı, Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 4.maddesi A) bendi, (Kabul Tarihi: 3 Ağustos 2002, R.G. 9 Ağustos 2002 - Sayı: 24841).

Buna göre; "(Değişik 6. fıkra: 4778 - 2.1.2003 / m.3) Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.

4 Ekim 2002 tarihli yönetmelik de, 24 Ocak 2003 tarihli "Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik"⁵⁰ ile yürürlükten kaldırmıştır⁵¹. 2003 tarihli bu yönetmelik, Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde çıkarılan 4778 sayılı yasa paketi içinde yer alan Vakıflar Kanunu'ndaki değişiklik dayanak yapılarak hazırlanmıştır. Yönetmelik, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfların, dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak ve sadece bu alanlardaki amaçlarını sürdüreceği geliri sağlamak üzere taşınmaz mal edinmelerine ilişkin esasları belirlemektedir.

Bu Yönetmeliğin 4.maddesine göre; "Cemaat vakıfları; Vakıflar Genel Mü-

- 48 Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri Ve Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları Hakkında Yönetmelik (Mülga), (Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 2762 - 5.6.1935, R.G. 4 Ekim 2002 - Sayı: 24896).
- 49 "4778 Sayılı, Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" (Kabul Tarihi: 2 Ocak 2003, R.G. 11 Ocak 2003 - Sayı: 24990).
- 50 Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik (Resmî Gazete: 24 Ocak 2003 - S.25003). 2762 sy.Vakıflar Kanunu'na dayanılarak çıkarılan bu Yönetmeliğe göre; "Cemaat vakıfları; Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izni ile dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere satın alma, vasiyet, hibe ve sair yollarla taşınmaz mal edinebilirler" (m.4). "Cemaat vakıfları, taşınmaz malları üzerinde; dinî, hayrî, eğitsel, sıhhi, sosyal ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak ve sadece bu alanlardaki amaçlarını sürdürmek üzere tasarrufta bulunabilir. Aynı haklara ilişkin tasarruflar Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün iznine tabidir" (m.7). "Cemaat vakıfları 9/8/2002 tarihine kadar tasarrufları altına giren taşınmaz malların vakıfları adına tescili için 9/8/2002 tarihinden başlayarak altı ay içinde vakfın bağlı bulunduğu Bölge Müdürlüğüne yazılı olarak başvuruda bulunurlar..." (Geçici m.1). Faaliyette bulunan 160 adet cemaat vakfı da bu yönetmeliğe ek olarak sıralanmıştır.
- 51 Ayrıca bkz.: SUGURBEY, İsmet: Medenî Hukukun Temel Sorunları, (Adalet Yayınevi), Ankara 2003, s.1344 vd.: "...Ermeni Agos Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni Hırant Dink: Şan tiyatrosunu inşa edebileceğiz. Aslında azınlık vakıflarının ellerinden çıkan mülk sayısı abartıldığı kadar fazla değil. Belki de toplam 500 mülk üzerinde fırtına kopanıyor. ...1936'ya kadar ve hatta 1974'e kadar biz istediğimiz mal üzerinde tasarrufta bulunabiliyorduk. Ama 1974'ten sonra vakıflarımızın malları ellerinden alınmaya başlandı. Şimdi bu hakkın iadesi söz konusu. Yani bir nevi eşeği kaybedip bulmanın sevincini yaşıyoruz. Artık okullarımızın, hastanelerimizin kalitesini artırabiliriz..." (s.1344); "Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün denetiminde 159 azınlık vakfı var. Bunların 77'si Rum, 52'si Ermeni, 19'u Musevi, 1 tanesi de azınlıklara mensup esnafa ait. Lozan Anlaşması'nda sayılan resmî azınlık statüsünde olmamalarına rağmen Süryanilere ait 9 vakıf da aynı hukuka tâbi..." (s.1345).

dürlüğünün izni ile dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere satın alma, vasiyet, hibe ve sair yollarla taşınmaz mal edinebilirler”⁵². Görüldüğü gibi, eski Vakıflar Kanunu’nun 1.maddesindeki ve Yönetmelikteki, “Bakanlar Kurulu izni” yerine, Yeni Vakıflar Kanunu’nun 1.maddesinde ve Yönetmelikte, “Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün izni” yeterli görülmüş; ayrıca, eski Yönetmelikte (m.2, m.9), cemaat vakıflarının statüsünün Lozan Antlaşmasına dayandığı belirtilirken, yenisinde bu hüküm çıkarılmış; sıradan bir özel hukuk tüzel kişisi görünümü verilmiştir.

Bu düzenlemelerden sonra; **19 Temmuz 2003** tarihinde, Avrupa Birliği, 6. Uyum Yasaları çerçevesinde, 4928 sayılı Kanun ile, Vakıflar Yasası’nda değişikliğe gidilmiş ve Geçici 2.madde eklenmiştir. “**4928 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun**”un⁵³ 2.maddesine göre; 5.6.1935 tarihli ve **2762 sayılı Vakıflar Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir:**

52 “Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın Vakıflar Genel Müdürlüğü ’nün izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla taşınmaz mal iktisap edinebilirler. Cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinebilmeleri için Vakıflar Genel Müdürlüğü ’ne başvuruda bulunmaları gerekir. Yasal koşulların oluşması halinde vakfa yetki belgesi verilir. Vakıf adına tescile yasal olanak olup olmadığı araştırılmadan yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. ...Davacı Hazine, 527 ada 30 parsel sayılı taşınmazın A.V. adına kayıtlı iken bağış yoluyla davalı ... Hastanesi Vakfı’na temlik edildiğini, bu taşınmazın 1936 tarihli beyannameye yer almadığını ileri sürerek tapu kaydının iptali ile önceki malik mirasçısız öldüğünden Hazine adına tescil isteğinde bulunmuştur. Mahkemece çekişmeli taşınmazın iktisabında vakfın amacını aşan bir durum bulunmadığından söz edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Davada ileri sürülen iddianın ve davalı tarafın savunmasının içeriğine göre, yanlar arasındaki uyumsuzluk Osmanlı İmparatorluğu döneminde kurulmuş, cemaat vakfı tüzel kişiliğini taşıyan vakfın mal edinip edinemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Yasa hükmünde sözü edilen ve 24.01.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan “cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri, bunlar üzerinde tasarrufla bulunmaları ve tasarrufları altında bulunan taşınmaz malların bu vakıflar adına tescil edilmesi hakkındaki yönetmelik” yukarıda izah edilen amaç ve kapsamı belirlemiş, 2762 Sayılı Yasanın 1. maddesine dayanılarak hazırlanan 4. maddesinde edinilebilecek taşınmaz malların kapsamının “... satın alma, vasiyet, hibe ve sair yollar...” biçiminde olacağı; 5. maddesinde “başvurunun Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne yapılacağı belirtilmiştir; a, b, c, d, e bentlerinde istenecek belgeler sayıldıktan sonra 6. maddesinde “başvurunun gerektiğinde ilgili bakanlık, kamu kurum ve kuruluşlarının görüşü alınarak yetkili daire başkanlığının görüşü ile birlikte, Vakıflar Genel Meclisi’nce inceleneceği ve koşulların oluşması halinde vakfa yetki belgesi verileceği” öngörülmüştür. Yönetmeliğin anılan hükümlerinin yerine getirilmesi ve vakfın yetki belgesi alabilmesini sağlayacak olan işlemlerin idari nitelikte bulunduğu açıktır. Hal böyle olunca, mahkemece öncelikle davalı vakfın belirtilen biçimde bir başvurusunun bulunup bulunmadığının saptanması, başvurusu yok ise yukarıda anılan düzenlemeler doğrultusunda başvuru imkanının tanınması, vakıf adına tescilde yasal olanak bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve sonucunun beklenmesi, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir”. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2005/1644, K. 2005/2660, T. 10.3.2005 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

53 “**4928 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun**” (Kabul Tarihi: 15 Temmuz 2003, R.G. 19 Temmuz 2003 - Sayı: 25173).

“GEÇİCİ MADDE 2.- Cemaat vakıfları, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde 1 inci maddenin yedinci fıkrası uyarınca tescil başvurusunda bulunabilirler”. Böylece, cemaat vakıflarının tasarrufları altında bulunduğu belirlenen taşınmaz malların vakıf adına tescili için yapılacak başvurular bakımından, Vakıflar Kanunu’ndaki, (4771 sayılı 2002 tarihli Kanun ile) öngörülen yukarıdaki 6 aylık süre, 18 aya çıkarılmıştır⁵⁴.

Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün 11/10/2002 tarih ve B.02.1.VGM.012.00.00.156/1 sayılı, **“Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları Konusundaki 2002/3 sayılı Vakıflar Genelgesi”**, 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ve 9/8/2002 tarihli Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları Hakkında Yönetmeliğe dayanılarak bunların uygulanmasını göstermek üzere çıkarılmıştır⁵⁵.

C. CEMAAT VAKIFLARININ TALEPLERİ VE BU KONUDAKİ GÖRÜŞLER

1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’na ilk şeklini veren, İsviçre’li hukukçu *“M.Hans Leeman’in hazırladığı 31 Ağustos 1929 tarihli taslakta ‘Azınlıkların kur-*

54 Bazı farklı yönleri ile krş: <http://www.belgenet.com/yasa/k4771-y2.html> (E.T. 1.11.2006).

55 Bu genelgeye göre; “...
1.Cemaat vakıfları ancak dini, hayri, eğitsel, sıhhi, sosyal ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yeni taşınmaz mal edinebileceklerdir.
2.Cemaat vakıfları ancak dini, hayri, eğitsel, sıhhi, sosyal ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla 1936 beyannamesinde olmayan, fiilen kullandıkları taşınmaz malların tescili için başvuruda bulunabileceklerdir.
3.Cemaat vakıfları ancak dini, hayri, eğitsel, sıhhi, sosyal ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bağış veya vasiyet yoluyla taşınmaz mal edinebileceklerdir.
4.Yukarıda belirtilen hususlarla ilgili uygun görülen talepler, Genel Müdürlüğümüz vasıtasıyla Bakanlar Kuruluna sunulacaktır.
5.Lozan ve diğer uluslararası anlaşmalarla azınlık statüsü verilen cemaatlara ait vakıfların yaptığı başvurular, yönetmelikte belirtildiği biçimde değerlendirilecek, red veya kabul işlemi yapılmaksızın, Bölge Müdürlüğü görüşü ile birlikte tüm başvurular Genel Müdürlüğe intikal ettirilecektir.
6.1,2,3 ve 4. maddelerde yer alan hususlarla ilgili talepler, ayrı ayrı ve zaman geçirilmeksizin değerlendirilecektir.
7.Değerlendirmede Yönetmeliğin 6. ve geçici 1. maddesindeki kıstaslar esas alınacaktır.
8.Yönetmeliğin geçici 1. maddesinin (b) bendinde yer alan : “tasdikli irade suretleri ile fermanlar muteber mütevellî, sipahi, mültetim temessük veya senetleri kayıtlı bulunmayan tapu veya mülga hazinesi hassa senetleri veya muvakkat tasarruf ilmuhaberleri, tasdiksiz tapu yoklama kayıtları, mülkname muhasebatı atıka kalemi kayıtları, mübayaa, istihkam ve ihbar hüccetleri, evkaf idarelerinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtları,” belgelerinden birisi yeterli kabul edilecektir.
9.Yönetmeliğin geçici 1. maddesindeki değerlendirme toplantısına, Tapu Sicil veya Kadastro Müdürlüğünden bir temsilcinin katılması mutlaka sağlanacaktır.
10.Değerlendirme sırasında ihtiyaç belirlenirken edinilmek istenilen taşınmaz malların bulunduğu belediye sınırları dahilindeki cemaat nüfusunun ne kadar olduğu hususu da dikkate alınacaktır...”

duğu vakıfların, onların tesis edildikleri amaca göre yönetecek olan devlete geçmesi gerekecektir. Okullar, hastaneler söz konusudur. Devlet son zamanlarda aynı maksadı taşıyan öteki vakıflara el koymuş olduğundan, azınlıkların vakıflarına da aynı yolda işlem yapmanın adalet ve eşitlik prensiplerine uygun olacağı' gerekçesiyle 'Bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren azınlıklar yararına kurulmuş olan vakıflar kaldırılmış olup malları, onları tahsis edildikleri yöne göre yönetecek olan Devlete geçer.' hükmüne yer vermiştir. Ancak, azınlık vakıflarının zaptunun, Lozan Barış Andlaşması'nın ilgili maddelerine ters düşeceği ve sakıncalı olacağı gerekçesiyle, tasarı benimsenmemiştir⁵⁶.

Daha sonra 5 Haziran 1935 tarihinde kabul edilen ve 13 Haziran 1935 tarihli Resmi Gazete ile neşredilen 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile Cemaat Vakıfları tüzel kişilik kazanmıştır ve o güne kadar tasarruf ede geldikleri taşınmazları, beyanname vermek suretiyle bildirmeleri kaydıyla kendi adlarına tescil olanağına kavuşmuşlardır...

Bu hukuki yapı 1974 tarihinde verilmiş bir Hukuk Genel Kurulu Kararına kadar devam etmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun 8 Mayıs 1974 tarihli 1971/2-320 Esas ve 1974/505 K. sayılı kararıyla⁵⁷ 1936 Beyannamesi vakfiye olarak kabul edilmiş ve bu vakfiyede yeni taşınmaz mal iktisabına dair hükmün olmaması nedeniyle cemaat vakıflarının yeni taşınmaz mal edinemeyecekleri hakkındaki içtihat⁵⁸ oluş-

56 REYNA, Yuda/ZONANA, Ester Moreno: Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları, (Gözlem Gazetecilik Basın ve Yayın A.Ş.), İstanbul 2003, s.42 vd.

57 Yarg.HGK. 8.5.1974, E.1971/2-820, K.1974/505 sayılı kararı: "Vakıf niteliği kazanan cemaatlere ait hayrî, ilmi, bedii amaçlar güden kuruluşların düzenlenmiş vakıfnameleri bulunmadığı için az önce belirtilen /VK/ kanununun 44.maddesi gereğince bunların süresinde verdikleri beyannamelerin Vakıfname olarak kabulü zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Nasıl ki, vakıfnamede mal edinme için açıklık olmayan hallerde vakıf tüzel kişiliği mal edinemez ise; beyannamelerin bağış kabul edebilecekleri yolunda açıklık olmayan hallerde vakıf tüzel kişiliği mal edinemez ise; beyannamelerin bağış kabul edebilecekleri yolunda açıklık olmayan hayır kurumları da, gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yoluyla taşınmaz iktisap edemezler. Çünkü vasiyeti kabul, yararına vasiyet yapılarına ait bir haktır. Vakıf (vakfeden), vakıfnamesinde izin vermedikçe onun iradesi dışına çıkılıp mal kabul olunamaz (8.5.1974)...Öyle ise, Balıklı Rum Hastahanesi'nin vasiyet yolu ile taşınmaz mal edinemeyeceği gözetilip Hukuk Genel Kurulun'ca da benimsenen özel daire bozma kararına uyularak Hazinenin itirazının kabulü gerekir". Aynı doğrultuda: Y.1.HD.24.6.1975, E.3648, K.6594; Y.1.HD.25.9.2001, E.7572, K.9660: (REYNA/ZONANA s.554 vd.).

58 "Cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinebilmeleri, buna vakfiyelerinin ya da vakfiye yerine geçen beyannamelerinin irkân vermesine bağlıdır": Y.1.HD. 3.11.1981, E.10994, K.12444; aynı yönde: Y.1.HD. 16.9.1980, E.9266, K.10683; Y.1.HD. 22.2.1993, E.1992/14847, K.1993/2047: (SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Yeni Sorunları, (Yazarın bundan önceki kitaplarına kimi eklerle), (T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, No:11; Hukuk Fak. Yayınları No:3), İstanbul 2001, s.633 vd.). "Vakfın Cemaat Vakfı olduğu bunların da mülhak vakıf kategorisine girdiği ve tüzel kişilikleri bulunmaktadır. Cemaat vakıfları tarafından öngörülen sürede beyanname verilir. Süresinde verilen beyannameler vakfın iradesi kabul edilir ve gösterilen taşınmaz mallar ilgili vakıflar adına tescil olunur. Maddenin açıklığından beyannameye dahil edilmeyenler vakfiye kapsamında değer-

turularak bu cemaat vakıflarının yeni taşınmaz mal edinebilmeleri yolu kapatılmış, 1936 Beyannamelerinde bildirilmemiş gayrimenkullerin de eski sahiplerine iade, eski sahiplerinin ölmüş olması ve mirasçılarının da bulunmaması halinde hazineye intikalleri yolu açılmıştır”⁵⁹.

3 Ağustos 2002 tarih ve 4771 sayılı ve 2 Ocak 2003 tarih ve 4778 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” (ve 19 Temmuz 2003 tarih ve 4928 sayılı Kanun)ların⁶⁰ kabulünden sonra, “cemaat vakıflarına, bu yasalarla birlikte, vakfiyeleri olsun veya olmasın, mülk edinme, edinilen mülklerde tasarrufla bulunma ve uluslararası faaliyette bulunma olanağı tanınmıştır. Kabul edilen bu yasalarla 1936 Beyannamesinin vakfiye yerine geçtiği görüşü zımnen terkedilmiş olmaktadır”⁶¹.

Cemaat vakıfları⁶² açısından bakıldığında; “özet” olarak şu görüşler ve talepler ileri sürülmüştür⁶³:

1) Yargıtay’ın 1974 tarihli kararına dayanılarak tapu kayıtları iptal edilen ve el konulan Cemaat Vakıfları’na ait taşınmazların iadesini sağlayacak değişiklikler yapılması,

2) Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün 2672 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 1(d) maddesine dayanarak mazbataya aldığı Cemaat Vakıfları’nın el konulan taşınmazlarının iadesini sağlayacak değişiklikler yapılması,

3) Mahkeme kararı ile tapu kayıtları iptal edilerek üçüncü kişilere satılan cemaat vakıflarına ait taşınmazların bugünkü vergi değeri üzerinden tazmini sağ-

lendirilemez. . . vakıfların zilyetlikle mal edinmeleri mümkün bulunmamaktadır. Hukuk Genel Kurulunun 08.05.1974 gün, 2/620-505 sayılı kararı da bu doğrultudadır”: Y16.HD. 09.05.2002, E.4873, K.4337 (YDK. Kasım 2002, S.1690-1692); KAÇAK, Nazif: Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu, (Seçkin), Ankara 2004, s.214 vd; cemaat vakıfları ile ilgili diğer kararlar için bkz: HİLMİ, Ömer Karınâbâdîzâde/SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Temel Kitabı, (Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll-Şt.), İstanbul 1978, s.619 vd.

59 REYNA/ZONANA, s.42 vd.

60 REYNA/ZONANA, s.144 vd.

61 REYNA/ZONANA, s.44.

62 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: İMAMOĞLU, M. Altuğ: Azınlık Vakıfları ve Yabancıların Taşınmaz Edinimleri, (Yazıt Yayıncılık), Ankara 2006; HATEMİ, Hüseyin: Cemaat Vakıfları Konusunda Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.

63 İstanbul Rumlarının sorunları ve Türkiye’den talepleri konusunda, Yunan günlük gazetelerinden, 23 Nisan 2005 tarihli Eleftherotipia gazetesinde yayımlanan habere göre bu sorun ve taleplerden bir kısmı:

Türk Devletine intikal eden, kişilere ait mülklerin iade edilmesi ve

Kamulaştırılan vakıf mallarının Türk Devleti tarafından iade edilmesidir.

(Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: CİN, Turgay: “83. Yılında Lozan ve Batı Trakya Gerçeği”, İzmir Barosu Dergisi, Y.71, S.4, Ekim 2006, s.172 vd.).

lanması talepleri⁶⁴ bulunmaktadır⁶⁵.

64 "...1974 Yılında Yargıtay Genel Kurulunun aldığı haksız karara dayanarak, üçüncü şahıslara iade edilen ya da milli emlak ve benzeri devlet kurumlarının eline geçen gayrimenkullerin iadesi, iadesi mümkün olmayan gayrimenkuller için ise ilgili vakıflara tazminat ödenmesi gerekir.": <http://www.hyertert.com/yazi.asp?s=1> (e.t.1.11.2006).

65 "...Şu anda TBMM'de bir Vakıflar Kanunu tasarı var. Kangren olmuş gayrimüslim vakıfları sorununa "geçici" maddelerle "çözüm" getirmeye çalışıyor. Bu sorun, derya. 3 noktadan doğuyor: 1) Bu vakıfların emlakine Hazine ve Vakıflar Genel Müdürlüğü (VGM) tarafından hukuk dışı yollarla el konmuş olmasından; 2) Bu emlakın üçüncü kişilere de satılmış olmasından; 3) Bu vakıflara ait olan ama tapuda gözükmeyen emlakten. Her üçünde de son durum:

1) Bunların geri verileceği taa 3 Ağustos 2002 tarihli 3.Uyum Paketinde yer alan 4774/4 (Yazarların notu:4771/4) sayılı yasada yazılı. Ama bir işin yapılması için Türkiye'de yasa çıkarmak yetmez. Çünkü memur yasayı uygulamaz; yönetmelik ve hatta genelge bekler. Hatta, yukarıdan bir işaret gelirse veya zihniyeti elvermiyorsa bunlara da kulak asmaz. Yaptığını yapmaya devam eder.

4774/4'ün de nasıl uygulanacağına ilişkin bir yönetmelik, arkasından da bir genelge çıkarıldı. Özet söyleyeyim, milliyetçilerimiz bu konunun halledilmesi halinde Türkiye'nin batacağına karar verdikleri için, bizzat bunlar birer hukuk ihlali kurkuması idi. İhlal ettikleri hukuk metinlerinin maddelerini sayayım yalnızca: Anayasa md. 2, 10, 35, 90/5. Vakıflar Kanunu md. 44. Lozan Barış Antlaşması md. 37, 39/2, 40, 42/3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 14, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 60/5. Bu yüzdendir ki 4. ve 6. AB Uyum Paketlerinde de aynı şeyler tekrarlandı. Ama kim aldırır. Yeni tasarıdaki duruma bakalım şimdi:

Geçici Md.5: Son mirasçı sıfatıyla Hazine'ye tescil edilmişler tekrar vakfa tescil edilir, diyor. Ama nasıl, söylemiyor.

G.Md.7: VGM'nin yönetimine el koyduğu (mazbut) vakıfların malları tekrar vakfa tescil edilir, diyor. "*Herhangi bir hüküm veya karar aranmaksızın*" da diyor, ama ilave ediyor: "*VGM'nin talebi üzerine*". Üstelik, Türkiye'de hiçbir tapu müdürü mahkeme kararı olmaksızın bir tescili silip de emlak başkasının üzerine geçirmez! Üstelik yönetimi VGM'nin elinde olduktan sonra, emlak bunlar adına tescil etsen ne olacak, etmesen ne olacak.

G.Md.9: a) 1913'te vakıflara tüzel kişilik verilene kadar mecburen "İsa", "Meryem", "Cebrail" vs. üzerine yapılmış; b) Hazine ve VGM üzerine tescil edilmiş; c) Hâlâ vasiyet eden veya bağışlayan üzerinde gözüken emlak, "*18 ay içinde başvurulursa*" vakıf üzerine tescil edilecek. Bu işi de hiçbir tapu müdürü yapmaz. Sanki kanunu yazarlar bilmiyor. Tam, danışıklı dövüş.

2) Üçüncü kişilere satılmış vakıf emlakinin tazmini konusunda hiçbir hüküm yok. Anlaşıldı: Hükmü, Strasbourg mahkemesinden çıkacak ve o zaman devlet de çatır çatır ödeyecek. Nitekim, "uzlaşma" istedi. bile! (*Radikal*, 22.6.06)

3) Bu emlakın tescili 2002'den beri "devam" edegeliyor, ama ulaşıldığı bilinen en son oran ancak yüzde 27,6 (*Milliyet*, 2.8.2005). Çünkü VGM de vatani kurtarmak için cansiperane direnmeye devam edegeliyor!

Sonuç, 2 noktada özetlenebilir.

a) Bu gayrimüslim vakıfların emlakine el koyma işi, 1915'te başlayan gayrimüslimlerden Müslümanlara sermaye transferi projesinin son baklasıdır. Ama küreselleşme ve Strasbourg mahkemesi dönemindeyiz; artık geçmiş ola. Bu hukuksuzlukta ne kadar direnirsen, Türkiye'yi o kadar perişan edersin.

b) Bu, AB karşısında yasak savma tasarısıdır. Bekleyin yasalasın. Önce Yönetmelik, sonra Genelge çıkartacaklar. Dön baba dönelim, 2002'ye gidelim. Vatan kurtaran milliyetçi aslanlar sayesinde Türkiye'nin ne hale düşeceğini birlikte seyredelim. Ama, umudu kaybetmeden. Bu iki konferans bundan iki yıl önce yapılamazdı. Şu anda bile, hiç olmazsa Çerkezleri duyan şöyle demiştir: "*Hıh! Onlar da mı?!*" Yaa, onlar da. Hukuk'u guguk haline sokar, bir de herkesi "Türk" yapıp çıkarsan ne

Ayrıca; cemaat mallarının bakımsız bırakıldığı da, gündeme getirilmiştir⁶⁶. Bunlar dışında; "TESEV Vakıflar Kanunu Çerçevesinde Lozan'dan Günümüze Azınlık Vakıfları ve Sorunları Konferansı"nda, şu görüş ve sorunlar dile getirilmiştir⁶⁷:

"TESEV'in azınlık vakıflarına ilişkin son toplantısı 26 Mayıs 2006 tarihinde İsveç İstanbul Başkonsolosluğunda gerçekleştirildi. Vakıflar Kanunu çerçevesinde Lozan'dan günümüze azınlık vakıfları ve sorunlarının tartışıldığı toplantıda açılış konuşmasını İsveç İstanbul Başkonsolosu Ingmar Karlsson ve TESEV Başkanı Can Paker gerçekleştirdi.

Açılış konuşmalarının ardından ilk olarak, Yahudi cemaatinden Av. Yuda Reyna ve Ester Zonana söz aldı. Yapılan konuşmalarda 2002 yılında yapılan ilk toplantıdan bu yana cemaat vakıfları ile ilgili yapılan mevzuat değişiklikleri sayesinde sorunların çözülmeye başladığı belirtildi. Bazı alanlarda hâlen sorunlar yaşandığı, örneğin taşınmaz mal edinme ve bunlar üzerinde tasarrufla bulunma, vakıfların yönetim kurulu seçimleri, mezarlık meselesi, nam-ı müstear ve nam-ı mevhum adına kayıtlı yerler meselesi, avukat tutma, bakım ve onarım izinleri gibi sorunların devam ettiği ifade edildi.

Ermeni cemaatinden Av. Diran Bakar, azınlık vakıflarının bugüne dek çare bulunamayan sorunlarının, yasalardaki olumsuzluklardan değil, tatbikattan kaynaklandığını belirtti. Diran Bakar, "Azınlık vakıfları, 1936 yılından günümüze kadar taşınmaz mal edineme sorunu yaşamaktadır. Bugün cemaat vakıfları ile ilgili sorunlardan biri de bu vakıflar arasında koordinasyon sağlanamaması, vakıfların birbirlerine yardımcı olamamalarıdır. Cemaatlerin yaşadığı bir başka sorun, din adamı yetiştirme sorunudur. Bu konuda yıllardır hiçbir ilerleme kaydedilmemiştir." dedi.

Av. Murat Cano sunumunda, yapılan mevzuat değişikliklerinin çok olumlu olduğunu, bu mevzuat değişiklikleri ile Yargıtay içtihatlarının iyileştiğini belirtti. Karşıklı anlayış içerisinde sorunların çözüleceğini vurgulayan Murat Cano, sorunların zaman içinde azaldığını belirtti.

bekliyordun?: "Başkan ORAN, Gayrimüslim vakıflarında son durum", (http://www.diyarbakir.net/cgi-bin/index.pl?mod=news;op=author_id;id=268, e.t.1.11.2006). Ayrıca bkz: "... cemaat vakıfları" için de "zabt etme" (mazbutaya alma) kuralı uygulanarak Doğru Hukuk'a aykırı bir uygulama sürdürülmüştür ve tasarıda da "mazbutaya alma" kuralı devam etmektedir. Oysa cemaatlerden "zabt edilen" özellikle hayrat taşınmazların cemaatlere iadesi Doğru Hukuk'un gereğidir...." <http://www.yenisafak.com.tr/yazarlar/?t=28.09.2006&y=HuseyinHatemi>, HATEMİ, 28.9.2006 (e.t.1.11.2006).

66 Bkz.: SUGURBEY, (Medeni Hukukun Temel Sorunları), s.1344 vd.

67 TESEV Vakıflar Kanunu Çerçevesinde Lozan'dan Günümüze Azınlık Vakıfları ve Sorunları Konferansı III, Osman Ozan Koymath, Sivil Toplum Dergisi, Y.4, S.15, Temmuz-Eylül 2006: <http://www.siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&icerik=70&id=59> | (e.t.2.4.2007).

Rum cemaatini temsil eden Av. Eleni Walinder, özellikle ruhban okulu meselesi üzerinde dururken bu konuda Türkiye Cumhuriyeti resmî makamlarına göre Anayasa'nın 24. maddesi ve Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 3. maddesi olmak üzere iki engelin olduğunu belirtti. Walinder, resmî makamların öne sürdüğü maddele-
rin doğru yorumlanması hâlinde sorunların halledileceğini söyledi.

Fener Rum Patrikhanesi adına söz alan Metropolit Meliton, diğer konuşmacıların aksine, uyum yasalarının da sorunlara ilaç olmadığını, vakıfların sorunlarının hâlen çözülemediğini, Rum cemaatinin sorunlarının da çözümsüz kaldığını belirtti. Meliton, öncelikle çözülmesi gereken sorunların vakıfların yönetimine ve taşınmaz mallarına el konulması, manastırların hukuki durumu ve taşınmazlarının ellerinden alınması, vakıf yöneticilerinin seçimleri, vakıf okulları ve taşınmazları meselesi olduğunu ifade etti.

Katolik Ermeni Cemaati temsilci Greguar Akan, sorunların yıllardır devam ettiğini, kendi cemaatlerinin sayıca az olması nedeniyle seslerini duyuramadıklarını belirtti.

Son olarak söz alan Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, sorunların aslında kolayca halledilebilecek sorunlar olduğunu belirtti. Fakat bunun için siyasi bir iradenin olması gerektiğini vurguladı. Kendisinin de bir vakıflar kanun tasarısı hazırladığını belirten Hatemi, bunu gerekli mercilere iletmesine rağmen şimdilik bir gelişme olmadığını söyledi”.

Ayrıca; Kezban HATEMİ tarafından, “Agos okurları için kaleme alınan” yazıda özet olarak şu görüşler belirtilmiştir⁶⁸:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi’nden kanunlaşarak çıkan ve Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen 5555 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu’nda da yer alan düzenlemeler, mevcut Anayasa ile bağdaşmaz niteliktedirler:

Geçici 7. maddede iade edilecek cemaat vakıfları malları sayılırken önce 1936 beyannamelerinde zikredilen ve halen ellerinden bir yargı kararı ile alınmamış namı-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına kayıtlı mallar zikredilmektedir. “Halen tasarruflarında bulunan mallar” dendiğine göre arada yargı kararı ile vakıfların tasarruflarından çıkartılmış olan bu gibi taşınmazlar 1936 beyannamesinde zikredilmiş olsalar dahi iade edilmeyeceklerdir. Bu da doğru değildir. Haksız olarak alınmış taşınmazların yargı kararı bulursa dahi VGM veya Hazinesinin elinde ise iade edilmeleri, 3. şahıs eline geçmiş iseler de tazmin edilmeleri gerekirdi. Hatta özellikle kilise gibi hayrattan olan ve mübadele mevzuatı dolayısı ile cemaatin elinden çıkmamış bulunan taşınmazların 3. kişi elinde olsa dahi kamulaştırılarak cema-

68 “Kezban HATEMİ, yeni Vakıflar Kanunu hakkında hukuki görüşünü Agos okurları için kaleme aldı”, ‘Düzenlemeler, Anayasa ile bağdaşmaz niteliktedir’, (Haberler Sayı:573-23 Mart 2007): http://www.agos.com.tr/index.php?module=news&news_id=2881&cat_id=1 (e.t.2.4.2007).

ate iadesi uygun olurdu.

Yine yukarıdaki geçici 7. maddenin b bendinde 1936 beyannamesinden sonra satın alınan, vasiyet edilen veya bağışlanan taşınmazların birçoğu da yeni uyum yasaları ve yeni vakıflar kanunu çıkarılması gerektiğinin anlaşıldığı tarihlerden itibaren bizzat VGM tarafından, garip bir şekilde, cemaat vakıflarına dava açılarak satan veya bağışlayan yahut vasiyet eden adına kayıt tashihleri sağlanmıştır. Şimdi maddeden anlaşıldığına göre bunlar hakkında böyle bir kayıt tashihi yapılmış olsa dahi bunların – geçici madde 7/b’de “halen tasarruflarında bulunan” ibaresi yer almadığına göre- kayıt düzeltilmesi ilamlarına rağmen ve zilyedikleri ellerinde olmasa bile iade edilmeleri gerekmektedir. Ancak burada da bu arada 3. şahıslara idare meclisi kararı ile VGM veya hazine tarafından devredilip elden çıkartılmış olanlarının iade veya tazminine dair bir kural yoktur. Belki de bu taşınmazların bir çoğu elden çıkartılmış bulunduğu için bunlar iade veya tazmin edilmeyecektir. Bu da doğru değildir.

Katolik Cemaati’ne ait ve Osmanlı Dönemi ile daha sonra Lozan Andlaşması’nda yine varlıkları kabul edilen ve tapu kanununun 3. maddesinde zikredilen vakıflar ise bunların tüzel kişiliği olmadığı ileri sürülerek hemen tamamen zaptedilmiştir. Bunların iadesine dair de kanunda hiçbir hüküm yoktur. İade edilmeyecekleri anlaşılmaktadır. Bunların durumuna benzer bir durumda olan vakıf taşınmaz da Büyükkada Yetimhanesi’dir. Patrikhane’nin tüzel kişiliği olmadığı gerekçesi ile zaptedilmiştir. Bu kanuna göre iadesi de mümkün değildir.

Heybeliada Ruhban Okulu’nun durumu da bu kanun ile çözüme bağlanmış değildir. Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile de çözüm engellenmiştir. Bir süre sonra şartlar müsait olduğunda artık Heybeliada Ruhban Okulu’nun açılmasına imkân olmadığı ve dolayısı ile Cemaat Vakfı hakkında mazbutaya alma kararının verilmesi gerekmekte olduğu ileri sürülerek okul binası cemaatin elinden alınabilir. Yeni vakıflar kanunu bu açıdan da tatmin edici değildir. İhtilaflara son vermeyecektir. Cemaatin yakınmaları ve AİHM başvuruları önlenmiş olmayacaktır. Bu kanun Prof. Hüseyin Hatemi’nin Dışişleri Bakanlığı AB komisyonu için hazırladığı tasarı teklifinin gözden geçirilerek ve cemaat vakıfları bu kanundan ayrılarak ayrı bir kanun çıkartılmadıkça sorunun çözülmesine imkan görmüyorum

Cemaat vakıfları için mazbutaya alma usulünün devam ettirilmesi, Lozan Andlaşması ve dolayısı ile Anayasa’nın 90. maddesi gereğince, Anayasa’ya aykırı düzenlemedir.

Türk vakıflarından söz eden m. 2’nin son fıkrası; mütekabiliyet ilkesi’ni cemaat vakıfları için kanuna getirmekle, önceki mevzuatta yer almayan açık ve vahim bir Anayasa’ya aykırılığa sebep olmuştur. Cemaat vakıfları için mütekabiliyet şartı aranması görüşü önce Yargıtay içtihadında belirilmiş ise de, cemaat vakıfları “yabancı vakıf” olmadığı için yanlışlığı anlaşılan bu görüş 1974’den itibaren terkedil-

miştir. Şimdi aradan otuz yıldan fazla bir süre geçtikten sonra bu yanlış görüğe yeni kanunda yer verilmesi Anayasa'ya aykırıdır.

Ayrıca, cemaatlerin ellerinden çeşitli vesileler ve gerekçelerle alınmış olan hayrat ve akar taşınmazların iadesi konusunda da Vakıflar Kanunu düzenlemesi yeterli ve açık değildir.

Anayasa m. 90/son'a getirilen ek cümle ile: Bu konuda Milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır kuralına da aykırılık oluşturmaktadır.

Maalesef cemaatlerin sorunlarının çözüleceği ümidi ile kanunlaşmasını beledikleri Vakıflar Kanunu; kısa bir süre önce Anayasa'ya getirilen bu bağlayıcı ve üstün kuralı hiç nazara almayarak Anayasa'ya aykırılık bakımından eski düzenlemeden de aşırı giden bir düzenleme getirmiştir.

Cemaat vakıflarının mazbutaya alınması usulünün devam ettirilmesi ve önceden mazbutaya alınmış olan cemaat vakıfları taşınmazlarının cemaate iade edilmemesi bu kanunun başlıca eksiklik ve yanlışlıklarından birisidir. Mazbutaya alınan cemaat taşınmazları mazbut vakıflar tüzelkişiliğine ait sayılacaktır. Mazbut vakıflar tüzelkişiliğinin de kendine mahsus organları olmadığı için mazbut vakıflar tüzelkişiliğini yeni kanun gereğince de VGM temsil edecektir. Dolayısı ile başka bir ad altında bir nevi müsadere devam edecektir. Cemaatlerin elinden mazbutaya alma yolu ile sadece akar taşınmazlar değil hayrat taşınmazlar bile alınabilecektir.

Bu usulün devam ettirilmesinin uluslararası hukuka, AB Hukuku'na, Lozan Andlaşması'na ve Anayasa'ya aykırılığının açık olarak görülmesi ve bu usulün terk edilmesi gerekirken devam ettirilmesi doğru olmamıştır. AB içinde de ileri de hoşnutsuzlukların ve ihtilafların devam etmesine yol açacaktır. Bu kez de mazbutaya alma kararlarının iptali için Danıştay'a başvurulacak, Danıştay yeni Vakıflar Kanunu hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu itirazlarını Anayasa Mahkemesi'ne göndermeksizin kanuna göre karar verecek, Anayasa Mahkemesi'ne gönderse dahi muhtemelen Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırılık görmeyecek, Anayasa'ya aykırılık bulunmadığını söyleyecek, ihtilaf Avrupa Mahkemesi önüne götürülecek böylece bu yeni kanun yanlışta ısrar ettiği için cemaatleri tatmin etmiş olmayacak ve onların şikayetleri de AB'ye giriş sürecini engelleyebilecektir. Kanundan mazbutaya alma usulünün özellikle cemaat vakıfları için kaldırılması gerekmektedir. Mazbutaya alınan malların da cemaatlere Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'nin tasarımı teklifinde olduğu şekilde iade edilmeleri gerekir”.

Cemaat vakıfları konusu; “Hahambaşılığı ve Patriklik” ile de yakından ilgili ve bunlarla sıkı bir ilişki içindedir. Bu ilişki, REYNA/ZONANA tarafından şu görüş çerçevesinde açıklanmaktadır: “Cemaatler birer insan topluluğudur. Vakıflar ise, belirli ve sürekli bir amaca özgülünen mal topluluklarıdır. ...Günümüzde, cemaat

vakıfları ile cemaat iç içedir. Bunları ayırmak pek mümkün değildir...Eğer azınlık cemaatlerine tüzel kişilik tanınacak olursa, bu vakıflar mensup oldukları dini cemaat tüzel kişiliğine bağlanacak, yani **merkezi bir idare** teessüs edecektir. Böylece bunların idare edilmesi ve devletçe teftiş ve kontrol edilmesi daha kolaylaşacaktır⁶⁹. Bu bağlamda, “Hahambaşılığı bir kişiye has bir mevki olarak görmek yerine, bir makam olarak kabul etmek ve Musevi Cemaatinin temsil yetkisini bu makama (Hahambaşısına) vermek en adil çözüm olacaktır. Aynı görüş, Patriklik için de geçerli olmalıdır”⁷⁰.

D. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN, CEMAAT VAKIFLARI KONUSUNA YAKLAŞIMI

1. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN CEMAAT VAKIFLARI KONUSUNA YAKLAŞIMI

Avrupa Birliği⁷¹; cemaat vakıflarına ve bunların malvarlığına « temel hak ve özgürlükler » bağlamında özel bir ilgi göstermektedir. Bu konu ; «**Katılım Ortaklığı Belgesinde**» ve « **2005 İlerleme Raporu**»nda ayrıca ele alınmıştır⁷².

«**Katılım Ortaklığı Belgesinde**» Kısa Vadeli öncelikler arasında, Genişletilmiş Siyasi Diyalog ve Siyasi Kriterler bölümünde ve Dini Özgürlükler başlığı altında; “*Gayrimüslim azınlıklar ve cemaatlerin karşılaştığı bütün sorunları Avrupa standartları doğrultusunda kapsamlı bir biçimde ele alan bir yasanın kabul edilmesi, Anılan yasanın kabulüne kadar, evvelce ya da halihazırda gayrimüslim dini cemaat vakıflarına ait gayrimenkullerin yetkili kuruluşlar tarafından satışının veya bunlara el konulmasının askıya alınması*” şeklinde,

«**2005 İlerleme Raporunda**» ise; “Dini özgürlüklere ilişkin olarak, Ekim

69 REYNA/ZONANA, s.230-231.

70 REYNA/ZONANA, s.233.

71 “Gerçekte tasarının getirilişinin birkaç nedeni ve amacı vardır. Bunlardan birisi dış baskı; AB'nin azınlık vakıfları ve yabancı vakıflar hususunda yapmış oldukları baskılardır. İç nedenlere gelince, bunlar birkaç tanedir. Birincisi; hiçbir şekilde örgütlenme modeli olmamasına rağmen, anti laik birtakım hareketlerin, vakıfların avantajlarından yararlanmak amacıyla, örgütlenme platformu olarak kullanmak istemeleridir. Böylelikle bu hareketlere bir çeşit dokunulmaz alan sunmaktadır. İkincisi, vakıflar sosyal devletin yerine ikame olunarak, ulus devlet olmanın şartı olan sosyal devleti ortadan kaldırarak, iane devleti haline getirmektedir. Üçüncüsü, kaldırılan Evkaf ve Şeriye Vekaletini fiilen tekrar kurmaktır. Dördüncüsü, Sayın Cumhurbaşkanının veto ettiği “Kanun Yönetimi Temel Yasası”nu taksit taksit yürürlüğe koymaktır. Beşincisi, vakıfların teftiş ve denetimini yok etmektir. Bütün bunlar yapılırken de AB manevila olarak kullanılmıştır”: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, Karşı Oy Yazısı).

72 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu).

2004'ten bu yana, gerek mevzuat gerek uygulama bakımından sadece çok sınırlı gelişme kaydedilmiştir... Uygulamada, gayrimüslim topluluklar önemli sorunlarla karşılaşmaya devam etmektedirler: Bu topluluklar tüzel kişilikten yoksundurlar, sınırlı mülkiyet hakkına sahiptirler, vakıflarının yönetiminde müdahaleyle karşılaşmakta ve bunların kendi din adamlarını eğitmelerine izin verilmemektedir.

Halen Türk Parlamentosunda bulunan Vakıflar Kanununa ilişkin çalışmalar devam etmektedir. Böyle bir yasa gayrimüslim topluluklara vakıflarıyla ilişkin olarak bazı iyileştirmeler sağlama potansiyeline sahip olsa da, mevcut haliyle Avrupa standartlarının gerisinde kalmaktadır. Dini çoğulculuk daha genel olarak, sadece, tüm dini toplulukların faaliyet gösterebilmesi için koşulları sağlayan açık ve kapsamlı bir yasal çerçeve yoluyla garanti edilebilir.

Dini vakıflar, mahkeme kararı olmadan, onları kapatabilen, varlıklarına el koyabilen, mali destekçilerini azledebilen ve varlıklarının ve hesaplarının yönetimine müdahale edebilen Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün müdahalesine maruz kalmaya devam etmektedir.

Haziran 2004'te kabul edilen "Gayrimüslim Dini Vakıfları Kurulları Yöntem ve İlkelerine İlişkin Tüzüğü'nü, Ermeni toplumunun yeni kurallara uygun bir şekilde seçim yapma teleplerinde uygulanmadığı söylenmektedir.

Mülkiyet haklarına gelince, Ocak 2003 Tüzüğüne uygun olarak yapılan 2285 mülkiyet kaydı başvurusundan 341'i kabul edilmiştir. Başvurulan sadece Tüzük'te listelenen 161 azınlık vakfı tarafından yapılabilmektedir. Dini toplulukların yasal statüleri olmayışı nedeniyle, mevcut mülkiyetlerine el konulması riski halen devam etmektedir ve hukuki yollarla mülkiyeti geri alma gayretleri birçok sorunla karşılaşmaktadır. Katolik ve Protestan topluluklar dahil bazı gayrimüslim dini topluluklar hala kendi vakıflarını kurma hakkına sahip değildirdir ve dolayısıyla mülkiyet kaydettirme, elde etme ve elden çıkarma haklarından mahrumdurlar.

Son gelişmeler, Vakıflar Genel Müdürlüğü ve Hazine de dahil olmak üzere Devlet makamlarınca artan bir baskı olduğunu akla getirmektedir. Gayrimüslim dini vakıflardan el konulan mülkiyetin üçüncü taraflara satılmasına yönelik ihaleler düzenlenmiştir. Örneğin, geçmişte Hazine tasarrufuna geçirilen veya Hazineye transfer edilen İstanbul'daki Rum Ortodoks Vakıflarına ait mülklere ilişkin olarak Temmuz 2005'te birkaç ihale başlatılmıştır. Satışla sonuçlanmamış olsa da bu ihaleler, Parla-
mentonun, bu tür mülklerin ilgili topluluklara iadesini öngören, ancak, mevcut haliyle, üçüncü taraflara satılan mülkler için tazminat öngörmeyen Vakıflar Yasası Taslağını ele almasıyla aynı döneme rastlaması nedeniyle özel dikkat çekmektedir" **şeklinde yer almıştır.**

2005 İlerleme Raporundaki saptamalar tümüyle haksız ve yanlıştır. Öncelikle üniter devlet olan Türkiye'de, azınlıkların tüzel kişiliğinin olmasından bahsedilemez. Hiçbir üniter devlette azınlıkların tüzel kişilikleri yoktur. Böyle bir paralel

devletçiğin varlığı üniter devletin inkârıdır. AB'nin önemli üniter devletlerinden Fransa'da ne etnik azınlık olan Gallikler Ligurikler, İberikler, Cimbrikler, Beljikler, Zigarikler, Norman, Bretanyalılar, Korsikalılar, Sajuahılar, Provanslar, Basklar, Auvergneliler, Pikardiyalılar, Arlezyenler, Alzaslılar ne de dini azınlık olan Cezayirli ve Marokların tüzel kişilikleri vardır. Esasen Avrupa'nın pek çok ülkesinde kiliselerin tüzel kişilikleri yoktur. Türkiye'deki azınlıkların tümü Anayasanın 66. maddesine göre Türktür. Hiçbiri arasında ne hukukî ne de fiilî bir ayırım söz konusu değildir. Mülkiyet hakkı bakımından her yurttaş eşittir. Din özgürlükleri bakımından, Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlettir ve her yurttaş eşit bir şekilde din hürriyetine sahiptir. Yine vakıf ve dernek kurma özgürlükleri bakımından, Anayasa'nın 33. maddesine göre herkes eşittir. Hatta vakıf yönünden azınlıklar, müslüman çoğunluğa göre avantajlıdır⁷³.

Dışişleri Bakanlığı temsilcileri tarafından da aynı konu ifade edilerek; «her ülkenin vakıflar konusunda farklı düzenlemelere sahip olduğu; cemaat vakıflarının mülkiyet hakları konusundaki iddialarına ilişkin olarak ise; halihazırda üç davanın (Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı, Yedikule Surp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfı ve Rum Patrikhanesi Büyükkada Yetimhanesi Başvuruları) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine intikal ettiği ve davacıların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin mülkiyet hakkını düzenleyen 1 Numaralı Ek Protokolüne istinaden tazminat talep ettikleri ve kendilerine karşı ayrımcılık yapıldığı iddialarını da gündeme getirdikleri; AB çevrelerinin 1974 tarihli Yargıtay Genel Kurulu Kararından⁷⁴ sonra tapu işlemleri iptal edilen taşınmazlar için el konulmuş mallar ifadesini kullandığı ve ilk iki davanın önümüzdeki aylarda sonuçlanmasının beklendiği ve tahminen sekiz yüz davanın daha açılabileceği »⁷⁵ belirtilmiştir.

Avrupa Birliği Genel Sekreterliği temsilcileri tarafından ise; «AB Komisyonu ile konuya ilişkin diyaloglarının devam ettiği, her şeye rağmen AB çevrelerinin tasarımı olumlu karşıladıkları, vakıflar konusunda AB Müktesebatı olmadığı ve tarama sürecinde ülkemizin karşısına bu konunun doğrudan çıkmayacağı ama konunun Katılım Ortaklığı Belgesi ve İlerleme Raporlarında yer aldığı ve Müktesebatın olmamasından dolayı temel hak ve özgürlükler çerçevesine oturtulduğu, AB Komisyonunun cemaat vakıflarının mülkiyet haklarına özel bir il-

73 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, Karşı Oy Yazısı).

74 Önceki konularda da belirtildiği üzere, Yarg.HGK. 8.5.1974, E.1971/2-820, K.1974/505 sayılı kararı: "Vakıf niteliği kazanan cemaatlere ait...kuruluşların düzenlenmiş vakıfnameleri bulunmadığı için...beyannamelerin Vakıfname olarak kabulü zorunluluğu ortaya çıkmıştır... beyannamelerin bağış kabul edecekleri yolunda açıklık olmayan hayır kurumları da, gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yoluyla taşınmaz iktisap edemezler.": (REYNA/ZONANA, s.554 vd.).

75 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu).

gi gösterdiği ve bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin olası bir olumsuz kararının yargı ve temel haklar konusundaki tarama sürecini de etkileyebileceği, çünkü söz konusu ihtimalde artık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının da, Müktesebatın bir parçası sayılacağı; hatta konunun bir performans denetimine çevrilebileceği hususu belirtilmiştir. Sonuç olarak, Alt Komisyon; konuyla ilgili, AB'ye üye ülkelerin tamamını kapsayan ortak bir düzenlemenin olmadığı ve AB üyesi her ülkenin temel hak ve özgürlükler çerçevesinde kendine özgü düzenleme yapma hakkına sahip olduğu hususu...»⁷⁶ belirtilmiştir.

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN, CEMAAT VAKIFLARI KONUSUNA YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise; son yıllarda, Türkiye'nin azınlık vakıflarının mülkiyet haklarını ihlal ettiğine ilişkin kararlar vermektedir⁷⁷. En son, Fener Rum Lisesi Vakfı'nın açtığı davayı sonuçlandıran AİHM, Türkiye'de Müslüman olmayan dini azınlıklara ait vakıfların mülk edinmeleriyle ilgili mevcut yasaların, bu azınlıkların haklarını kısıtladığına hükmetmiştir.

Henüz daha kesinleşmeyen ve diğer kaynaklarda ulaşamadığımız bu karar ile ilgili olarak, Agos gazetesinin sitesinde, şu şekilde ayrıntılı bir haber bulunmaktadır⁷⁸:

“İşte Hukuk... İşte Adalet!”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'yi mahkum etti... Mahkeme Azınlık vakıflarının mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar verdi Türkiye'deki Azınlık vakıflarına 1970'li yıllardan itibaren yasatılan bir haksızlığa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “Dur!” dedi. Kamuoyunda “36 Beyannamesi davaları” olarak da anılan konuda Türkiye'nin azınlık vakıflarının mülkiyet haklarını ihlâl ettiğine karar verildi.

Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı'nın 1997 yılında yaptığı başvuruyu 9 Ocak 2007

76 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu).

77 “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'nin azınlık vakıflarının mülkiyet haklarını ihlal ettiğine karar verdi. Fener Rum Lisesi Vakfı'nın açtığı davayı sonuçlandıran AİHM, Türkiye'de Müslüman olmayan dini azınlıklara ait vakıfların mülk edinmeleriyle ilgili mevcut yasaların, bu azınlıkların haklarını kısıtladığına hükmetti. ...AİHM, bu kararın uygulanmaması halinde Türk Hükümeti'nin, mahkeme masrafları da dahil olmak üzere toplam 910 bin Euro tazminat ödemesine hükmetti...”: 10 Ocak 2007 tarihli Hürriyet gazetesi. Bu karar, daha önce, AB çevrelerince ifade edilen görüşler doğrultusunda beklenen bir karar olmuştur: “AB, uyum için öncelikli görülen yeni vakıflar yasa tasarısmın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) ihlal edecek düzenlemeler içerdiğini ileri sürdü. Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla hükümete iletilen Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği'nin dört sayfalık bildiriminde, tasarı şöyle eleştirildi:...” <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=156536>; <http://www.turk.hukuksitesi.com/showthread.php?t=7283> (e.t.1.11.2006).

78 http://agos.com.tr/index.php?module=news&news_id=1&cat_id=1 (12.04.2007)

tarihinde karara bağlayan AİHM, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) mülkiyet hakkıyla ilgili 1'inci protokolünün, 1'inci maddesini ihlâl ettiği görüşüne vardı ve Türkiye'nin mağdur Rum vakfının mülklerini iade etmesini, aksi durumda 890 bin Euro ödemesini kararlaştırdı. Karar, Strasbourg Mahkemesi'nde Ankara'ya karşı Müslüman olmayan dini Azınlık vakıfları tarafından açılmış ilk dava hükmü olması bakımından önem taşıyor ve benzer diğer davalar için örnek teşkil ediyor.

Mülkiyet hakkı ihlali

Davacı vakıf, 1997 yılında AİHM'e başvurmuş ve biri Beyoğlu, diğeri Kadıköy'de bağış yoluyla elde ettiği iki ayrı gayri menkul için 1952 ve 1958 yıllarında İstanbul Valiliği tarafından kendisine verilen tapuların Hazine'nin girişimi üzerine 1996 yılında mahkeme kararıyla elinden alınmasını protesto etmişti.

Vakıf, 40 yılı aşkın bir süre söz konusu gayrimenkullerin yasal sahibi olduktan ve bu gayrimenkuller için vergi ödedikten sonra gelen bu kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkı ve ayrımcılıkla ilgili maddelerine aykırı olduğunu savunuyordu.

Türk mahkemeleri, tapuları iptale gerekçe olarak; 1974 yılında Yargıtay'ın Azınlık vakıflarının mülk edinmelerine ilişkin aldığı bir kararı göstermişti.

AİHM'nin açıklanan gerekçeli kararında, 1950'li yıllarda tapular vakıf adına kaydedilirken hiçbir kamu otoritesinin buna karşı çıkmadığı ve kayıt işlemlerinin, dönemin Türk yasalarına uygun şekilde gerçekleştiği belirtildi. Kararda, son yıllarda vakıflar kanununda yapılan değişikliklerle beraber, Türk hukuk sisteminin cemaat vakıflarının gayrimenkul elde edebileceğini kabul ettiğine vurguda da bulunuldu.

Bu tespitlerden yola çıkan AİHM kararında, Ankara'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkıyla ilgili 1 numaralı Protokolü'nün 1'inci maddesini ihlâl ettiği hükmüne yer verdi.

AİHM kararı gereği Türkiye, ayrıca 20 bin Euro mahkeme masrafı ödeyecek.

Türkiye'nin, 7 yargıçtan oluşan 2'inci dairesinin kararına itiraz edip, davayı büyük daireye götürme hakkı bulunuyor...AİHM'nin verdiği bu karar, Türkiye'nin olası itirazıyla büyük dairede bozulmadığı takdirde, iadesi istenen yaklaşık 900 taşınmaza emsal teşkil edebileceği için önem taşıyor..

“Ölüm fermanı çöpe atıldı”

20 yıldan bu yana Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı'nın avukatlığını yapan Gülten Alkan, Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı Başkan Yardımcısı Yordan Yordanoğlu, Kurucu Tanaş Angelidis ve üye Pandeli Vingas'la birlikte yaptıkları basın toplantısında davanın açılma süreci, dava ile ilgili gelişmeler ve davanın sonucunda alınan kararın sonuçları hakkında bilgi verdi. Avukat Alkan, AİHM'nin bu kararı ve Başbakan Yardımcısı Mehmet Ali Şahin'in yapmış olduğu son açıklamalarla birlikte 8

Mayıs 1974 tarihinde alınan ve gayrimüslim vakıflar için ölüm fermanı anlamına gelen kararın çöpe atıldığını ifade etti”⁷⁹.

E. CEMAAT VAKIFLARININ TALEP VE GÖRÜŞLERİNE, BU ARADA AVRUPA BİRLİĞİ İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA KARŞI İLERİ SÜRÜLEN İTİRAZLAR VE GÖRÜŞLER: “KARŞI GÖRÜŞLER”

Bu konuda ileri sürülen başlıca karşı görüşler şunlardır⁸⁰:

Bu gün üzerinde uzlaşmış ve genel kabul görmüş bir “**azınlık hakkı statüsü**” de söz konusu değildir. Uluslararası hukukta; azınlıklar söz konusu olduğunda da, öne çıkan husus yine “**bireysel haklar**”ın korunması olup, azınlıklara “**kolektif haklar**” tanınması değildir. Azınlık hakkı adı altında alt toplum gruplarının siyasallaşmasına ve giderek ayrılıkçı taleplerde bulunmasına zemin hazırlayacak, bu grupların tüzel kişilikler etrafında örgütlenip, sonuçta belli gruplara tüzel kişilik tanınması anlamına gelebilecek gelişmelere yol açar şekilde kullanılması ve onların vakıflarına tüzel kişilik tanınması uygulaması, Avrupa Birliği ülkelerinde tanınan azınlık hakları kavramının ötesindedir ve kolektif haklar olarak nitelenebilecek hak durumdadır. Nitekim **Yunanistan’ın** Lozan’ı bunca ihlal eden davranışları, bireysel hakları ihlal etmediği sürece Avrupa Birliği açısından önem taşımamakta, ne Avrupa Konseyi ne de Avrupa Birliği Kurumları bu ihlallere karşı harekete geçmemektedir. Avrupa Birliği, Türkiye’nin kurucu anlaşması olan Lozan Anlaşmasına taraf olmadığı için, değerlendirmelerinde bu anlaşmayı esas almamakta, kendi müktesebatına uygun olan kavramlardan hareket etmektedir. Bu ise, Lozan anlamında değil, fakat kendini her türlü dinsel, dilsel ve etnik azınlığa mensup sayan kişilerin bireysel haklarının tanınmasıdır. Bu haklar arasında, bu azınlıklara tüzel kişilik tanınması anlamına gelebilecek azınlık temeline dayalı tüzel kişiliklerin kurulması bulunmaktadır⁸¹.

“...ülkeminizin **Lozan anlaşmasıyla** tanımak durumunda kaldığı **Cemaat**(azınlık) kavramıyla, günümüz dünyasında kabul gören, **Avrupa Konseyi** ve buna bağlı olarak da **Avrupa Topluluğu** hukukunda yer bulan azınlık kavramının hemen hiç bir ilgisi bulunmamaktadır. **Lozan Anlaşmasında** yer verilen **Cemaat** kavramı, o dönemdeki dünyada genel kabul gören anlayışa uygun olarak, azınlık haklarının daha ziyade kolektif haklar olarak kabulünü öngörmektedir. Oysa ki günümüzde

79 Ayrıca bkz: “AİHM’nin verdiği bu karar, Türkiye’nin olası itirazıyla büyük dairede bozulmadığı takdirde, iadesi istenen yaklaşık 900 taşınmaza emsal teşkil edebileceği için önem taşıyor”.www.milliyet.com.tr (e.t.12.04.2007).

80 “TBMM Tarafından Kabul Edilen 5555 Sayılı “Vakıflar Kanunu”na İlişkin Görüş ve Değerlendirmelerimiz”: http://www.Denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t. 2.4. 2007).

81 <http://makalearsivi.sitemynet.com/vakiflar/id2.htm> (e.t. 1.11.2006).

kabul gören ve Avrupa Konseyi Bünyesinde imzalanan anlaşmalarda (Ulusal Azınlıklara İlişkin Çerçeve Sözleşme ve Azınlık Dillerine İlişkin Çerçeve Sözleşme) düzenlenen azınlık kavramı, azınlık haklarının da tıpkı insan hakları gibi bireysel haklar olarak düzenlenmesini ve talep edilmesini benimsemektedir. O halde, Avrupa Birliği'nin Türkiye'ye ilişkin ilerleme raporlarında öngörüldüğü şekilde, azınlıklara tüzel kişilik tanınmasını öngören bir azınlık anlayışı, ne Avrupa'da ne de dünyanın başka bir bölgesinde uygulanmamakta, kabul görmemektedir. Hatta bu anlamda bir azınlık anlayışı, Milletler Cemiyeti döneminde dahi tam olarak bulunmamaktadır...⁸².

“Azınlıklara bir bütün olarak tüzel kişilik verilmesi derecesinde olmasa da, Kolektif hak anlayışına dayalı bir azınlık anlayışı, aralarında Sevr anlaşma taslağının ve Lozan Anlaşmasının da bulunduğu iki dünya savaşı arası dönemde Milletler Cemiyeti şemsiyesi altında yapılan birçok anlaşmada öngörülmüş; devletlerin birbirinin iç işlerine karışmasının hukuksal zeminini oluşturan bu anlayışa, biraz da ikinci dünya savaşını hazırlayan koşullara katkı sağlamasından da kaynaklanan gerekçelerle, ikinci dünya savaşı sonrasında oluşan Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen belgelerde yer verilmemiştir.

Fakat, bütün bunlara rağmen, Avrupa Birliğinin ilerleme raporlarında ortaya konulan, Türkiye Cumhuriyetinden azınlıklara tüzel kişilik tanınmasına kadar uzanan talepler hayret vericidir ve hukuksal dayanaktan tamamen yoksundur. Ne Türkiye, ne de Aday statüsüne sahip hiçbir ülke, hiçbir şekilde böyle bir yükümlülük altına girmemiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, hukuksal düzenini alt üst etme sonucunu doğurabilecek nitelikte olan 5555 sayılı yasayı da, ne Uluslar arası yükümlülükler ne de iç hukuk düzenimiz bakımından çıkarmak zorunda değildir; bilakis, farklı bünyedeki kurumları sırf isimlerindeki benzerlikten dolayı aynı hukuksal statü içerisinde düzenlemek suretiyle geri dönülemez zararlara yol açacak olması sebebiyle fülî, açık anayasa ihlallerine yol açacak olması sebebiyle de hukuksal gerekçelerle...bu yasayı çıkarmamak zorundadır...⁸³”.

“Lozan Antlaşması, Türkiye’de yaşayan toplumlardan sadece *din azınlıklarını* kabul etmiş ve milliyet, dil vb. ölçülere dayanan azınlıkları kabul etmemiştir. ...Türkiye, sadece Lozan’da bir laiklik istisnası yapmış ve en azından *üç toplumu* (Ermeni, Rum ve Yahudi) dini toplum, yani cemaat olarak kabul etmiştir⁸⁴.

Statüleri ve yasal dayanakları tamamen farklı olan mazbut, mühlhak ve yeni vakıflar hakkında aynı maddelerin uygulanması, uygulamada birçok aksaklığa

82 “TBMM Tarafından Kabul Edilen 5555 Sayılı “Vakıflar Kanunu”na İlişkin Görüş ve Değerlendirmelerimiz”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

83 http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

84 **BEBİROĞLU, Murat**: “Patrik, Cemaat ve Vakıflar”: <http://www.hyetert.com/> (e.t.1.11 .2006).

sebebiyet vereceği gibi; ulusal güvenlik açısından da sakıncalar doğuracaktır.

“...Çünkü: Her iki kurumun da adının vakıf olması, onların aynı şey oldukları anlamına gelmemektedir. Hukukumuzda 1967 yılında 903 sayılı kanundan sonra ortaya çıkan bu isim benzerliğine rağmen, Türk Medeni Kanunundan önce kurulmuş vakıflarla Türk Medeni Kanununa göre kurulmuş tesislerin (vakıfların) hukuksal bünyeleri bakımından gerçekte hiçbir ilgileri bulunmamaktadır...Türk Medeni Kanununun 101/IV. Maddesinin örtülü olarak yürürlükten kaldırılması sonucuna yol açacak, böylece her türlü ayrılıkçı ve gerici akımların kendilerini vakıf tüzel kişiliği bünyesinde ifade edebilmeleri olanağı hukuksal olarak sağlanmış olacaktır...”⁸⁵

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, Cumhurbaşkanı tarafından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmesinin gerekçeleri⁸⁶ arasında bu konuya ilişkin olarak şu gerekçeler belirtilmiştir:

“...İncelenen Yasa'nın, vakıfları, sosyal devlet olmanın kimi gereklerini üstlenebilecek "ekonomik aktörler" olarak öngördüğü ve yukarıya alınan kuralların bu anlayış ve yaklaşımla kabul edildiği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, vakıflar, sosyal ve siyasal yaşam içinde bir sivil toplum örgütü olarak öngörülmüştür.

Yalnızca hayır için topluma hizmet etme kurumları olan vakıfların, ekonomik aktör, siyasal ve sosyal bir örgütlenme modeli, demokratik kitle örgütü ya da sivil toplum örgütü olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, yasakoyucunun incelenen Yasa'da ortaya koyduğu yaklaşımla oluşturulan yapılanmanın "vakıf" niteliği taşımayacağı açıktır.

Yasa'yla, tüzel kişiliği oluşturan kurucu istence bağlı kalmaksızın, vakfedenin çizdiği konu, amaç, örgütlenme ve yönetim biçiminin dışına çıkılması ya da çıkılmasına izin verilmesi, başka bir anlatımla, vakfın yönetiminin, amacının ve mallarının serbestçe değiştirilmesi ya da değiştirilmesine izin verilmesi durumunda ortaya çıkan yapının, hukukun tanımladığı biçimiyle vakfın özel hukuk tüzel kişiliği olarak nitelendirilmesine olanak kalmayacaktır...

İncelenen Yasa'yla cemaat vakıflarına ilişkin olarak getirilen en önemli değişiklik, bunların mülhak vakıf statüsünden uzaklaştırılarak, Türk Medeni Yasası'na göre

85 “TBMM Tarafından Kabul Edilen 5555 Sayılı “Vakıflar Kanunu”na İlişkin Görüş ve Değerlendirmelerimiz”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

86 Cumhurbaşkanı'nın, Yeni Vakıflar Kanunu'nu, Meclise iade gerekçesinden: “Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 5555 sayılı “Vakıflar Kanunu”, 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir”: http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/29.11.2006-3623.html (e.t.2. 4.2007); ayrıca bkz.: <http://www.hyertert.com/yazi3.asp?s=1&AltYazi=Kaynaklar%20%20Sorunlar%20%20%20&Id=266&DilId=1> (e.t.2.4.2007).

kurulan yeni vakıflara yakınlaştırılmasıdır.

Nitekim, Yasa'nın 5. maddesinin dördüncü fıkrasında, esnaf vakıflarının mühlhak vakıflara ilişkin kurallara bağlı olduğunun belirtilmesine karşılık, cemaat vakıflarına ilişkin benzer bir düzenleme yapılmamıştır.

Yasa'nın ilgili diğer kurallarında da, mazbut, mühlhak ve yeni vakıflardan ayrı olarak cemaat vakıflarından söz edilmektedir. Hatta, Yasa'nın 41. maddesiyle, cemaat vakıflarının, mühlhak vakıflardan ayrı olarak, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün en üst karar organı olan **Vakıflar Meclisi'ne** bir asıl ve bir yedek üye seçmesi esası getirilmiştir.

Bunun sonucunda, **Türk Devrimi'nin tasfiye ettiği "Şer-i Hukuk" düzeni** içinde kurulmuş eski vakıfların tasfiyesini amaçlayan yaklaşımın ve bu yaklaşımın gereği olarak tüm eski vakıflar üzerinde **Vakıflar Genel Müdürlüğü aracılığıyla kurulan oldukça sıkı izin ve denetim sisteminin, neredeyse tümüyle ortadan kaldırıldığı** görülmektedir.

Bu bağlamda, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün, 2762 sayılı Yasa'yla **cemaat vakıfları** üzerindeki sıkı denetimi kaldırılmakta, eski vakıf olmalarına karşın, bu vakıfların, **mazbut vakıflar arasına alınmasının önü kesilmektedir**. Çünkü, Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrasına göre, on yıl süreyle yönetici atanamayan ya da yönetim organı oluşturulamayan mühlhak vakıflar, ancak mahkeme kararıyla mazbut vakıflar arasına alınabilmekte, cemaat vakıfları mühlhak vakıflar arasından çıkarıldığından bu vakıfların yargı kararıyla da mazbut vakfa dönüştürülmesi engellenmiş olmaktadır.

İncelenen Yasa'yla, cemaat vakıflarının, mühlhak vakıflar arasından çıkarılıp yeni vakıflara benzer ayrı bir tür gibi değerlendirilmesinin doğal sonucu olarak, bu vakıfların amaç ve etkinlikleri doğrultusunda giderek gelişmelerine de olanak sağlanmaktadır...."⁸⁷.

"...bir yandan tanınması Lozan anlaşmasının 42. maddesiyle gerçekleşen Müslüman olmayan dini cemaatlere ilişkin vakıflar, öbür yandan eskiden beri şeriat hukuku kuralları çerçevesinde oluşmuş onbinlerce vakıf kurumlarının yeni devlet ve hukuk düzeniyle uyumlaştırılması zorunluluğu bulunmaktaydı. Çünkü, Laik bir hukuk düzeni esasına dayalı Türk Medeni Kanununun vakfa ilişkin hükümlerinde düzenlenen vakıf tüzel kişiliği ile, eski hukuk döneminden devir alınan vakıfların

87 Cumhurbaşkanı'nın, Yeni Vakıflar Kanunu'nu, Meclise iade gerekçesinden: "Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 5555 sayılı "Vakıflar Kanunu", 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir": <http://www.cankaya.gov.tr/tr/html/ACIKLAMALAR/29.11.2006-3623.html> (e.t.2.4.2 007); ayrıca bkz.: <http://www.hyetert.com/yazi3.asp?s=1&AltYazi=Kaynaklar%20%20Sorular%20m%20z&Id=266&Dil=1> (e.t.2.4.2007).

“bünye” itibariyle uyuşmaları mümkün değildi. Bunun üzerine, Türk Medeni Kanununun Tatbik Şekline İlişkin kanununun 8. maddesi ile, Medeni Kanununun Yürürlüğünden önce kurulmuş vakıflar için ayrı bir Tatbikat Kanunu hazırlanması kabul edildi. Sözü edilen kanun, 1935 yılında yürürlüğe giren ve 5555 sayılı iş bu kanunla yürürlükten kaldırılmak istenen 2762 sayılı Vakıflar Kanunudur.

Cumhuriyeti kuran irade, eski vakıflar ile yeni vakıfların kesin surette birbirinden ayrılmasına önem vermekteydi. Öyle ki, Medeni Kanunun vakfa ilişkin bölümü, herhangi bir karışmayı önlemek için “tesis” olarak isimlendirilmişti. Ta ki, 1967 yılında 903 sayılı kanunla Türk Medeni Kanunundaki “tesis” terimi yerine “vakıf” terimi ikame edilene kadar da Medeni Kanundaki “tesis” terimi korunmuştur...

Bütün bu vakıfların ortak yönü; bünyelerinin Şeriat Kurallarına göre oluşturulmuş bulunmasıdır. Bu vakıfların yeni oluşturulan Medeni Hukuk kapsamında varlıklarının ve devamlarının sağlanması ise, kurulmak istenen çağdaş Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kurulamaması anlamına gelecekti...⁸⁸

“...1935 tarihli Vakıflar Kanununun öne çıkan temel özellikleri: kanunun çıktığı tarihte kendi yöneticilerince(mütevelli) yönetilen vakıflardan, sadece yönetimi vakfedenin soyundan gelenlere bırakılanların kendi yöneticilerince yönetilmeye devam edilmelerine olanak tanınması (mülhak vakıf), diğerlerinin Vakıflar Genel Müdürlüğüne yönetilmesinin kurala bağlanması (mazbut vakıf); cemaatler tarafından idare edilen vakıfların ise, ayrı bir statüde değil, mülhak vakıflarla aynı statüde düzenlenmesidir. Böylece, çağdaş hukuk düşüncesine uygun olarak, aynı durumda bulunanların aynı hukuksal statüde düzenlenmesi, yani eşitlik ilkesi gözetilmiş olmaktadır.

Uzun vadede, hak sahiplerinin hakları korunmak koşuluyla mülhak vakıf statüsünün de tasfiyesi öngörülmektedir. Çünkü, mütevelliliği(yöneticiliği) boşalan bir vakıfta 10 yıl süreyle mütevellilik için istekli çıkmaz ve görevlendirme de yapılmazsa, bu vakıf artık Mazbut Vakıflar Tüzel Kişiliğine katılarak Vakıflar genel Müdürlüğü tarafından yönetilecek ve o vakıfta bir daha yönetim için görevlendirme de yapılamayacaktır.

Cumhuriyetin kurucu iradesi, kendi mazimizin özelliklerinden kaynaklanan bu sorunu 71 yıl önce eski vakıfların bünyesel sorunlarını dikkate alarak 9 yıllık bir çalışma sonucunda çağdaş hukuk prensiplerine uygun olarak böylece çözmüşken, bu gün aynı sorunun yeniden Türkiye'nin gündemine taşınması ve üstelik de eski vakıfların hukuksal statülerinin onların bünyesel özellikleri ve istisnailik nitelikleri dikkate alınmaksızın Türk Medeni Kanununa göre kurulan vakıflarla eşitlenmesi,

88 “TBMM Tarafından Kabul Edilen 5555 Sayılı “Vakıflar Kanunu”na İlişkin Görüş ve Değerlendirmelerimiz”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4. 2007).

Cumhuriyetin kurduğu modern hukuk düzeninin inkarı ve giderek tasfiyesi anlamına geleceğinden, kabul edilemez. Bu, yukarıda kısmen izah edildiği ve aşağıda ayrıca izah edileceği üzere, bir yandan ülkenin bölünmez bütünlüğü, öbür taraftan da başta laiklik olmak üzere Cumhuriyetin temel nitelikleri açısından olmak üzere, aykırılık ve tehditler taşıyan, birçok Anayasal ilkelerle açıkça çelişen talihsiz bir düzenleme olur... ”89

İlk fıkrada «Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler » düzenlemesi yer almaktadır. Böylece, cemaat vakıflarının Türk Hukukundaki istisnailik özelliği ortadan kaldırılmakta, Lozan anlaşmasındaki sınırlama anlamsızlaştırılmaktadır. Bu vakıflar, Türk Hukukundaki meşruiyetlerini de zaten Lozan anlaşmasından aldıkları için, müslüman cemaatlere vakıf kurdurulmadığı her türlü hukuksal çözümden eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olur.

Türkiye Devleti, Lozan anlaşmasıyla cemaat vakıflarını tanımayı bu vakıfların o günkü haliyle üstlenmiştir. Bu vakıflar tarafından sadece orada sayılan hususlarda ihtiyaç duyulan yeni mallar edinilmesi de mümkün olabilir ve bunun da ancak devletin yetkili uzman organının izniyle gerçekleşmesi gerekir. Getirilen düzenlemede ise, hiçbir sınır bulunmamaktadır ve hiçbir kamu otoritesinden izin alınması vs. de gerekmemektedir. Bu vakıfların sınırsız mal edinme ehliyetine sahip olmalarını Devlet anlaşmasıyla üstlenmemiştir. Devletin Lozan’da üstlenmediği bir hak yasayla verildiği takdirde, gayrimüslim cemaatler lehine ayrımcılık yapılmış olur ki, bunun da Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olacağı açıktır”90.

“Anayasa Mahkemesi’ne göre, devletin teklifi, ülkenin bütünlüğü ve ulusun tümüğü, ülkede Lozan Anlaşmasıyla kabul edilenin dışında azınlık bulunduğunun benimsenmesine olanak vermemektedir: Lozan Anlaşmasıyla kabul edilen azınlık haklarından yararlananlar sadece gayrimüslimlerdir; irksal ya da dilsel farklılıklara göre azınlık statülerinin kabul edilmesi ülkenin ve ulusun bütünlüğü kavramlarıyla bağdaşmaz; tüm vatandaşlar, yurttaş olmanın getirdiği haklardan eşit olarak yararlanırlar”91.

Hukukumuzda göre, “Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurula-

89 “TBMM Tarafından Kabul Edilen 5555 Sayılı “Vakıflar Kanunu”na İlişkin Görüş ve Değerlendirmelerimiz”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4. 2007).

90 “TBMM Tarafından Kabul Edilen 5555 Sayılı “Vakıflar Kanunu”na İlişkin Görüş ve Değerlendirmelerimiz”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4. 2007).

91 8.5.1980 t., E.1979/1, K.1980/1 (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: REYNA/ZONANA, s.51-54).

maz" (TMK.m.101/IV) hükmü vardır⁹². Bu itibarla ister gayrimüslim, isterse de müslim kim olursa olsun medeni kanun hükümlerine göre, cemaat destekleyen vakıf kuramaz⁹³. Vakfın, "kanuna aykırı olması, ahlâka aykırı olması, milli menfaatlere aykırı olması, ...ırk veya cemiyet mensuplarını desteklemek gayesiyle kurulmuş olması hallerinde mahkemece tescil edilmez"⁹⁴, dolayısıyla böyle bir vakıf, tüzel kişilik de kazanamaz (TMK.m.103/II)⁹⁵. "Kurucuların veya genel olarak vakfın kurulduktan sonra bu şekilde bir faaliyette buldukları tespit edildiği takdirde vakfın, (Önceki) Medenî Kanun'un 81/A maddesinin 3.fıkrası (TMK.m.116/II) uyarınca dağıtılması esasen yasa gereğidir"⁹⁶.

Türk Medeni Kanundaki düzenlemede müslim-gayrimüslim tüm vatandaşlar vakıf kurmada eşittir; yani Anayasa'nın 33. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi açısından bireysel hak ve özgürlükler yönünden tam bir eşitlik mevcuttur⁹⁷. Bütün bunlara rağmen varolan, cemaat vakıfları Lozan Barış Antlaşmasınının 37-44 maddeleri uyarınca gayri müslim azınlıkların dinî, hayrî, sosyal ve eğitsel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulmuş ve istisna niteliğinde olan vakıflardır. Medeni Kanunun yürürlüğünden önce var olan düzene tabidir. Mülhak vakıflar arasındadır. Eski vakıf niteliğindedir. Müslüman çoğunluk için ırk ya da cemaat mensuplarını destekleyen eski vakıf da yoktur; yeni vakıf da Medenî Kanun'un 101.maddesinin IV.fıkrası hükmüne aykırı düşer. *Azınlık vakıflarının hukukî dayanağı bu çerçevede Anayasanın 90 ıncı maddesidir. Yani usulüne uygun yürürlüğe konmuş antlaşmadır. Lozan Barış Antlaşmasıdır. Burada bir ayrımcılık vardır. Bu ayrımcılık azınlıklar lehine pozitif bir ayrımcılıktır. Uluslararası antlaşma ile sağlanmıştır. İstisna niteliğindedir ve bu vakıflar Medeni Kanun anlamında yeni vakıf değildir. Medeni Kanun anlamında vakıf kurma, mülkiyet v.s. haklar yönünden azınlık olan yurttaşlarımızla, çoğunluk arasında hiçbir fark yoktur. Lozan Barış Antlaşması ile düzenlenen konu kollektif haklar meselesidir. Artık günümüzde kollektif haklar (cemaat hakları-kompartman biçiminde haklar) önemini yitirmiştir. Önemli olan bireysel haklardır. Bu konuda bir ayrımcılık yoktur. Medenî Kanun'un*

92 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **DOĞAN, Murat**: "Medenî Kanunun Belli Bir Cemaat Mensuplarını Destekleme Amacıyla Vakıf Kurulamayacağı Hükmü Üzerine Bir Değerlendirme", Erciyes Hukuk Fak.Dergisi, C.1, S.1, (Detay Yayıncılık), Ankara 2006.

93 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, KARŞI OY YAZISI).

94 **DALAMANLI, Lütfi**: Medenî Hukuk Davaları, Ankara 1968, s.55.

95 **ZEVKLİLER/HAVUTÇU**, s.203.

96 18.HD. 3.2.1998 t., E.1997/12859, K.723 (Yarg. D. 1998/Kasım, s.129 vd.; Yasa D. 1998/11, s.1421 vd.; naklen: **UYAR, Talih**: Türk Medenî Kanunu, Gerekçeli-İçtihatlı, Kişiler Hukuku, MK.m.8-117, C.II, Ankara -tarihsiz- s.101 vd.).

97 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, Karşı Oy Yazısı).

101.maddesi de; ne Anayasa'nın 33. maddesine, ne de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesine aykırı bir maddedir. Bu itibarla istisna olan ve uluslararası sözleşme nedeniyle vücut bulan, cemaat vakıflarının mühlhak vakıflar arasından çıkarılarak, (yani vakıfmış gibi düzenlenmesi); hem Anayasanın 10 uncu maddesine aykırıdır, hem de Medenî Kanun'un 101.maddesinin IV.fıkrasını ilga eder niteliktedir⁹⁸.

"...Medeni Yasa'nın 101. maddesiyle getirilen kesin yasak karşısında, azınlık çoğunluk ayrımı yapılmadan cemaat vakfı türünde bir vakfın Türkiye'de kurulması hiçbir biçimde olanaklı değildir.

Bu nedenlerle, eskiden kurulmuş cemaat vakıflarına, bu niteliklerini değiştirmemelerine karşın, ekonomik ve siyasal güç elde edecekleri biçimde yeni haklar ve ayrıcalıklar tanınmasını ve bunların mühlhak vakaf statüsünden çıkarılarak yeni bir vakaf türü biçiminde yaşayan hukuksal varlıklar olarak sosyal yaşama katılmalarını sağlayacak düzenlemeleri, Lozan Antlaşması'yla, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş ilkelerinin ortaya konulduğu anayasal ilkelerle, mevcut hukuk sistemiyle, Anayasa'nın ayrıcalıkları yasaklayan 10. maddesiyle ve ayrıca ulusal çıkarlarla ve kamu yararıyla bağdaştırmak olanaklı değildir..."⁹⁹.

Kamuoyunda; Yeni Vakıflar Kanunu ile, Lozan Antlaşması'nın delinmeye¹⁰⁰ çalışıldığı belirtilmiştir. Şöyle ki, *Lozan Barış Antlaşmasında cemaat vakıfları dinsel, hayırsal, sosyal ve eğütsel amaçlar için mal edinebileceklerdir. Esasen vakfiye yerine geçen 1936 Beyannamesinde belirttikleri ile de sınırlı olmasına rağmen 4771 ve 4778 sayılı yasalarla mal edinme önündeki engeller kaldırılmıştır. Ama sınırlar korunmuştur. Bu tasarının 12 nci maddesi ile Lozan'da öngörülen dinî, hayrî, sosyal ve eğütsel amaçlar kaldırılarak her amaç için mal edinebilmeye inkân tanınmakta ve birtakım düzenlemelerle cemaat vakıfları, yeni vakaf haline dönüştürülmektedir. Bu düzenleme Anayasanın 10 uncu maddesine aykırıdır. Azınlıkların MK'na göre kuracakları vakıflarının her amaç için mal edinebilme olanakları vardır. Yani bireysel hakları çoğunluk gibidir. Çoğunluğun kolektif hakka yoktur. Azınlığın*

98 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, Karşı Oy Yazısı).

99 Cumhurbaşkanı'nın, Yeni Vakıflar Kanunu'nu, Meclise iade gerekçesinden: "Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 5555 sayılı "Vakıflar Kanunu", 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir": <http://www.cankaya.gov.tr/tr.html/ACIKLAMALAR/29.11.2006-3623.html> (e.t.2.4.2007); ayrıca bkz.: <http://www.hyeter.com/yazi3.asp?s=1&AltYazi=Kaynaklar%20-%20Sorunlarımız&Id=266&DilId=1> (e.t.2.4.2007).

100 <http://www.emlakcilarodasi.com/modules.php?name=News&file=article&sid=65> (e . t . 1 . 11 . 2006).

kollektif hakkındaki sınırlama Lozan'ın dışına taşırılmıştır. Lozan ilga edilmiştir¹⁰¹.

Bu düzenlemeyi 25. maddedeki uluslararası faaliyet, 14. maddedeki amaç ve işlev değişikliği, 15. maddedeki hayratın akara tahvili, 16. maddedeki hayrat taşınmazların tahsisi, 26. maddedeki iktisadî işletme ve şirket kurulması v.b. maddelerle değiştirildiğinde nasıl vahim bir sonuç ortaya çıkabilir düşünmek gerekir. Bu tasarrufla bu sakıncaları giderebilme olanağı yoktur. Azınlık vakıfların yurt dışında şube açmaları, yurt dışından hiçbir kontrole tabi olmadan sınırsız yardım alabilmeleri, Lozan'daki mal edinme istisnaları olan dinî, hayrî, sosyal ve eğitsel amaçlar dışında **her amaçla sınırsız mal edinebilmeleri**, uluslararası üst birlik kurabilmeleri ve üye olabilmeleri, iktisadî işletme ve şirket kurabilmeleri, hayratlarını akara çevirebilmeleri, kimi hayrat taşınmazları talep edebilmeleri, hayratların amaçlarını değiştirebilmeleri, hayratı akara tahvil edebilmeleri, vakıf yönetimine yabancı alabilmeleri yanında geriye dönük mal edinme olanakları da sınırsız hale getirilmek istenilmiştir¹⁰².

Esasen, aralarında cemaat vakıflarının da bulunduğu eski vakıflar, Türk Medeni Kanununun getirdiği hukuksal sistemde yeri olmayan ayrıksı kurumlar olarak, mevcut mallarını korumak ve değerlendirmek dışında yeni mal edinme hakkına sahip kılınmamışlardır. Aksi halde bunların ayrı olarak düzenlenmelerinin bir anlamı kalmazdı. Nitekim, 2762 sayılı kanunun 44. maddesine göre;

“Madde 44 – Bu kanunun neşri tarihinden en az on beş yıl evvelindenberi vakıf olarak tasarruf edildikleri vergi kayıtları icar konturatları ve eşhası hükmîyenin gayrimenkule tasarruflarına dair olan 16 Şubat 1328 tarihli kanunun neşrinden sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve buna benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerler o suretle vakıf kütüğüne kaydolunurlar”.

“Vakıflar Kanununun 1935 yılında yürürlüğe girdiği düşünülecek olursa, bütün eski vakıfların bu suretle mal edinmiş olacakları en son tarih, 1920 yılı olmaktadır. Öte yandan, 2762 sayılı kanunun 10. maddesinde hayrat taşınmazların, 12. maddesinde gelir getiren taşınmazlarının satılarak veya değiştirilerek başka bir taşınmaz alınmasına kaynak oluşturmaları mümkündür. Nihayet, Mukataaa veya İcareteyn usulüyle kiraya verilmiş olan vakıf malların tasfiyesi sonucu elde edilecek paralarla (taviz bedeli) da, yeni mal alınması (madde 32/son) mümkündür.

2762 sayılı Vakıflar Kanununun getirdiği sisteme göre, aralarında cemaat vakıfları da bulunan mühlak ve hatta mazbut vakıfların yeni mal edinmesi olanağı, mevcut taşınmaz malların satış veya trampa suretiyle değerlendirilmesi yolu dışın-

¹⁰¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, Karşı Oy Yazısı).

¹⁰² <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, Karşı Oy Yazısı).

da, mevcut değildir. Mühlhak vakıflar bakımından esasen buna sistemin işleyişi de izin vermez. Çünkü, elde edilen gelirlerle öncelikle vakfiye şartları yerine getirilecek, galle fazlası denilen bakiye para da intifa hakkı sahipleri arasında dağıtılacaktır. Taşınmaz satışlarından elde edilecek paralar dışında yeni mal edinmek için kullanılacak bir fon oluşturulması bu sistem içerisinde zaten mümkün değildir.

Mühlhak vakıfların bir türü olan Cemaat vakıflarının ise, dinsel dayanışma duyguları içerisinde, hukuken ehliyetli kılınmadıkları halde özellikle bağış ve vasiyet yoluyla çok miktarda mal edinmeye kalkıştıkları ve böylece Lozan anlaşması ile bu anlaşmanın Türkiye Cumhuriyeti Devletine yüklediği yükümlülük çerçevesinde yürürlüğe konulan 2762 sayılı Vakıflar Kanunuyla getirilen hukuksal düzeni fiilen ihlal ettikleri, Türk yargısının bu vakıfların mal edinemeyeceklerine karar vermesi üzerine bu hukuksal durumun saptandığı ve belirginleştiği, şimdi getirilen bu düzenlemeyle aslında bu yargı kararlarının etkisiz kılınmasının amaçlandığı, bu yönüyle de düzenlemenin anayasanın başlangıç maddesi ile 138. maddelerine aykırılık taşıdığı görülmektedir.

Kaldı ki, bu vakıfların bir yandan yenileri kurulamaz iken, öbür taraftan sınırsız mal edinme yetkisine sahip kılınmaları açık bir çelişkidir. Çünkü, ülke içinden ve dışından sınırsız bağış alma yetkisine de sahip kılınan cemaat vakıflarının, bu kanunun 25. maddesiyle şube açma yetkileriyle¹⁰³ de donatılmanın yanı sıra, serbestçe iktisadi işletme ve ticaret şirketleri de kurabilmeleri mümkün olacağına göre, cemaat kimliğinin çağdaş anlayıştaki bireysel hak kategorisinin aksine kolektif bir hak formunda alabildiğine öne çıkartıldığı devasa yapılara dönüşmesi ve dünyanın hiçbir ülkesinde olmadığı şekliyle devlet içinde devlete dönüşmesinin yolu açılmaktadır. Bunun ise, tetikleyeceği karşı cemaatleşme hareketleriyle¹⁰⁴ birlikte başta

103 Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 25.maddesine göre; "vakıflar, vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla, amaç veya faaliyetleri doğrultusunda, uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında şube ve temsilcilik açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve yurt dışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilirler..." . Ancak, 5555 Sayılı Vakıflar Kanunu'nda yer alan, "vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla" ibaresi, Tasarı'da yer almamaktadır. Böylece; burada, söz konusu olan vakıflar, "yeni vakıflar"dır. Çünkü; Tasarı'da bulunmayan ve Yeni Vakıflar Kanunu'na sonradan eklenen, "vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla" ibaresi, bir sınırlama getirmektedir. Vakıf senedinde hüküm bulunması da, ancak "vakıf senedi" bulunan, "yeni vakıflar" için mümkündür. Tasarı'da olmayan bir ifade, sonradan kanun koyucunun bilinçli bir eklemesi ile, uluslararası faaliyet konusunda, vakıf türlerine bir sınırlama getirmiş ve Kanun'da diğer vakıfların, "vakfiye"leri için böyle bir imkan tanınamamıştır. Ancak böyle bir düzenlemenin sonucu, AİHM'ne kadar gidebilecektir. Çünkü eski vakıflar ile yeni vakıflar aynı Kanun içinde, eşit statü taşıyormuş gibi bir konumda ele alınmışlardır.

104 Nitekim bu konuda bkz: "CEVAT AYHAN:..Deprem bölgesinde -üç yıl yaşadık- devletin arşivlerine intikal eden raporlar var. O deprem bölgesinde, biz, cemaat vakıflarının -cemaat vakıfları diyelim; ama, Müslüman cemaatin vakıflarıdır kastettiğim- oralarda çalışmalarını engelledik -o günleri hatırlayan arkadaşlarımız vardır- hükümet adına engelledik, devlet adına engelledik, irtica vehmi korkusuyla engelledik. O bölgelerde misyoner teşkilatları kol geziyor ve bu, devletin raporlarında dir. İslamî faaliyetler zayıflatıldığı, baskı altına alındığı için, burada misyoner faaliyetleri canlandı.

devletin bütünlüğü ve laiklik ilkesi olmak üzere, Anayasal düzenimizin toptan tehdit edilmesine yol açacağı açıktır....

Üçüncü fıkrada, başlangıçta edinilen mal-sonradan edinilmiş mal ayrımının objektif bir dayanağı bulunmamaktadır. Bir mal, sonradan da edinilse, sonuçta vakfın mal varlığına eklenmektedir. Bunların farklı statülere tabi tutulması anlamlı değildir...¹⁰⁵.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, Cumhurbaşkanı tarafından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmesinin gerekçeleri¹⁰⁶ arasında bu konuya ilişkin olarak şu gerekçeler getirilmiştir:

"...günüümüzde, 04.10.1926 gününden önce kurulan tüm vakıflar ile cemaat vakıfları 2762 sayılı Vakıflar Yasası kurallarına bağlı olup, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından denetlenmektedir.

Vakıflar Yasası'nın 44. maddesine göre, vakıf olarak tasarruf ettikleri, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve Yasa'nın yayınlanmasından sonra tapuya verilmiş defterler ve kuruluşların hesap defterleri ve buna benzer belgelerle anlaşılacak yerler "vakıf kütüğü"ne kaydedilmiş; ayrıca, geçici madde uyarınca, sahip oldukları tüm taşınır ve taşınmaz malların envanterini gösteren "beyannameler" verilmiştir.

Böylece, 2762 sayılı Yasa uyarınca "vakıf kütüğüne" kaydedilen ve 'Türk Vakfı' statüsü kazanan cemaat (azınlık) vakıfları, aynı Yasa'nın 1. maddesi gereği, ilgili cemaatlerce seçilen kişi ya da kurullarca yönetilmektedir.

Bu vakıfların taşınmaz mal edinmesi, bağış ve vasiyet kabul etmesi konularında açık kurallar olmadığından, konu yargıda yıllarca tartışılmıştır. 08.05.1974 günlü, E.1971/2-820, K. 1974/505 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ile, cemaat vakıflarının 2762 sayılı Yasa'ya göre verdikleri "beyanname"ler, "vakıfname" olarak kabul edilmiş; ancak, bu vakıfnamede mal edinmeye ilişkin bir düzenle-

Misyoner faaliyetleri, tabii, manevi bakımdan güçsüz gördükleri insanları birtakım menfaatlar vadediyle de kendi şeylerine çekebilmektedir. İnsan fitradır bu.... Bugünkü idarecileri de, gelecekteki idarecileri de, bu cemaat vakıflarına, azınlık vakıflarına bakarken, kendi millî değerlerimizin vakıflarına da, İslamî vakıflara da, anlayışla, destekleyici, geliştirici, önlerini açıcı bir üslupla bakmaları gerektiğini ifade ediyorum.": <http://www.hyeter.t.orn/yazi.asp?s=1> (e.t.1.11.2006), (TBMM'de Azınlık Vakıfları düzenlenmesi ile ilgili tartışmalar, TBMM. Genel Kurul Tutanağı, 21.Dönem, 4.Yasama Yılı, 125.Birleşim, 02/Ağustos/2002 Cuma).

¹⁰⁵ http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

¹⁰⁶ Cumhurbaşkanı'nun, Yeni Vakıflar Kanunu'nu, Meclise iade gerekçesinden: "Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 5555 sayılı "Vakıflar Kanunu". 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir": <http://www.cankaya.gov.tr/html/ACIKLAMALAR/29.11.2006-3623.html> (e.t.2.4.2007); ayrıca bkz.: <http://www.hyeter.t.orn/yazi3.asp?s=1&AltYazi=Kaynaklar%20%20Soranlarymz&ld=266&Dilld=1> (e.t.2.4.2007).

menin bulunmaması durumunda bu vakıfların mal edinemeyeceklerine, bağış ve vasiyet kabul edemeyeceklerine hükmedilmiş; böylece, bu yöndeki tartışmalar sona erdirilmiştir.

Öte yandan, 2762 sayılı Yasa kapsamındaki cemaat vakıflarının sayısı 160 dolayında olup, Medeni Yasa'yla yeni cemaat vakfı kurulması da yasaklanmıştır. Ancak, uygulamada, uluslararası hukuk kuralları gereğince azınlık tanımı yapılırken Türkiye'nin imzaladığı antlaşmalardaki azınlıkların esas alındığı görülmektedir ki, bu bağlamda Türkiye'deki azınlıklar "gayrimüslüm azınlıklar" olarak tanımlanmakta ve kaynağı da Lozan Antlaşması'na dayanmaktadır.

Daha sonra, 03.08.2002 günlü, 4471 sayılı Yasa ile 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın 1. maddesinin sonuna eklenen fıkralarla, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmelerine olanak sağlanmıştır.

Açılan dava üzerine, Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 günlü, E.2002/146, K.2002/201 sayılı kararı ile, cemaat vakıflarının, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın dini, hayri, sosyal, eğüsel, sağlık ve kültürel alanlardaki gereksinimlerini gidermek üzere Bakanlar Kurulu'nun izniyle taşınmaz mal edinmelerine ve bunlar üzerinde tasarrufla bulunmalarına, ayrıca daha önce 2762 sayılı Yasa'nun 44. maddesi uyarınca vakıf kütüğüne tescil edilmişler dışında, 4771 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği güne kadar tasarruflarında bulundurdıkları taşınmazlar ile bağış ve vasiyet yoluyla edindikleri taşınmazları da mülk edinmelerine olanak tanınmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Ancak, incelenen Yasa'yla cemaat vakıfları için getirilen düzenlemelerin ortaya çıkardığı hukuksal tablonun, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında değinilen tablodan oldukça farklı olduğu tartışmasızdır.

Çünkü, incelenen Yasa'yla getirilen düzenlemelerle, yukarıda da belirtildiği gibi, cemaat vakıflarının mülhak vakıflar arasından çıkarılıp yeni vakıflara benzer ayrı bir tür gibi değerlendirilmesinin doğal sonucu olarak, bu vakıfların amaç ve etkinlikleri doğrultusunda giderek gelişmelerine ve etkinliklerini artırmalarına olanak sağlanmaktadır....¹⁰⁷

Bunun dışında geçici 9. madde ile (şimdi geçici 7 olmuştur) nam-ı müstear (takma ad demektir) ve nam-ı mefhum (kavram adına demektir) adlarına bulunan tapu kayıtlarını (ve pek tabiidir ki, eski kayıtları da) azınlık vakıflarına talep

107 Cumhurbaşkanı'nın, Yeni Vakıflar Kanunu'nu, Meclise iade gerekçesinden: "Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 5555 sayılı "Vakıflar Kanunu", 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir": <http://www.cankaya.gov.tr/tr/html/ACIKLAMALAR/29.11.2006-3623.html> (e.t.2.4.2007); ayrıca bkz.: <http://www.hyetert.om/yazi3.asp?s=1&AltYazi=Kaynaklar%20%20Sorunlarımız&Id=266&Dill=1> (e.t.2.4.2007).

etme hakkı verilmektedir¹⁰⁸. **Bu durumda tapudaki her gayri müslim adını nam-ı müstear (takma ad) olarak ileri sürerek taşınmazı isteme hakkı doğmaktadır.** Bu madde ilk haliyle 1453'e kadar geriye yürüyebilecekti. TBMM'indeki muhalefet gruplarınca yapılan itirazlar üzerine sınır koyulmaya çalışılmıştır. Bu dahi dava konusu olabilecektir¹⁰⁹.

“...Öte yandan, bir mühlhak vakfın mazbut vakıflar arasına alınması tüzelkişiliğinin sona erdirilerek, varlığının mazbut vakıflar tüzelkişiliği içinde eritilmesi, temsiline ve yönetiminin de Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devredilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Türk Medeni Yasası'na göre kurulan vakıfların nasıl sona erdirileceği ise, Medeni Yasa'nın 116. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, amacının gerçekleşmesinin olanaksız duruma gelmesi ve değiştirilmesine de olanak bulunmaması durumunda, vakfın kendiliğinden sona ereceği mahkeme kararıyla sicilden silineceği; yasak amaç güttüğü ya da yasak etkinliklerde bulunduğu sonradan anlaşılan ya da amacı sonradan yasaklanan vakfın amacının değiştirilmesine olanak bulunmaması durumunda da, vakfın denetim makamının ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine duruşma yapılarak dağıtılacağı belirtilmiştir. Bu kuralların, "yeni vakaf" olmadığı için cemaat vakıflarına uygulanamayacağı ortadadır.

Buna karşılık, incelenen Yasa'yla cemaat vakıfları mühlhak vakaf statüsünden uzaklaştırılarak yeni vakaf statüsüne yakınlaştırıldığından, bunların yönetim organının oluşturulamaması durumunda mazbut vakıflar arasına alınmasına olanak bulunmadığı gibi, cemaat vakıflarının tüzelkişiliklerinin sona ermesine ilişkin herhangi bir düzenlemenin de bulunmadığı, başka bir anlatımla, bu konunun boşlukta bırakıldığı görülmektedir.

Bu nedenlerle, incelenen Yasa'nın 12., 14., 16., 25., 26. ve 41. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 3., ve 5. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

En üst karar organı olan ve Yasa'yla önemli görevler verilen Vakıflar Meclisi'nde, cemaat vakıflarınca seçilecek bir üyenin bulunması, bu vakıfları, Lozan Anlaşması'ndaki konumlarının çok ötesine çıkarmanın aracı durumuna getirecektir”. 110

108 http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

109 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, KARŞI OY YAZISI).

110 Cumhurbaşkanı'nın, Yeni Vakıflar Kanunu'nu, Meclise iade gerekçesinden: “Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 5555 sayılı "Vakıflar Kanunu", 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir”: http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/

Tüm bunların yanı sıra Lozan Barış Antlaşmasınının 45. maddesine göre İstanbul'daki Rum azınlıklara verilen haklar ile Batı Trakya Türklerinin hakları arasında bir paralellik olması gerekirken bu durum gözetilmemiştir.

Ermeni, Rum ve Yahudi kökenli vatandaşlarımızın, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre, yeni vakıfları kurmalarına hiçbir engel yoktur. Türkiye'deki, cemaat vakıflarına mensup; Türk Ulusu'nun¹¹¹ bir parçası ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olanların, yeni vakıf kurma yanında; dilediği şekilde birey olarak, taşınmaz mal edinme hakkı da bulunmaktadır¹¹².

Oysa; "Ortodoks Hıristiyan Yunanlılar (hatta, İstanbul Rumları dahi, Yunan kökenli oldukları için)¹¹³, istedikleri yerlerden, hiçbir engel ile karşılaşmadan, yerel validen ve Batı Trakya'daki Dördüncü Ordudan izin almadan taşınmaz mülk satın alırken, Avrupa Birliği üyesi Yunan uyruklu Batı Trakya Müslüman Türkleri, yerel validen ve Batı Trakya'daki Dördüncü Ordudan – ki Dördüncü Ordunun Merkezi İskeçe'dir-yani askeri makamlardan izin almak zorundadırlar. Bir zamanlar -1990'dan önce- AB üyesi Yunanistan uyruğundaki Batı Trakya Müslüman Türkleri araba ehliyeti, traktör ehliyeti, para kazanabilmek ve ailelerini geçindirebilmek için çalışma izni dahi alamıyorlardı, evlerini tamir ettirmek ve temelden ev inşa ettirmek için izin alamadıkları

29.11.2006-3623.html (e.t.2.4.2007); ayrıca bkz.: <http://www.hyetert.com/yazi3.asp?s=1&AltYazi=Kaynaklar%20%20Sorunlar%20&Id=266&Dilld=1> (e.t.2.4.2007).

- 111 "...Ulus, tarihsel ve sosyolojik yönden belirli aşamaları geçmiş ve belirli nitelikleri kazanmış bir topluluktur. Türk Ulusu, Kurtuluş savaşının kazanılmasıyla sınırları çizilmiş "Vatan" kavramına dayanır. Ulus, vatan üzerinde yaşayan, geçmişten geleceğe doğru bir zaman akışı içinde, ortak yaşam istek ve amacına bağlanan kültür ve ülkü birliğine dayanır": RG 22.11.2001 t., Siyasî parti kapatma davasıyla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesinin 997/2 E., 991/1 K. Sayılı ve 26.2.1999 tarihli kararında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iddianamesinden (naklen: REYNA/ZONANA, s.31).
- 112 "Antakya Hıristiyan Kilisesi Cemaat Vakfı Başkanı Jozef Naseh: Birey olarak mülk alıyorum ama vakıf olarak engelle karşılaşıyorum... Bizim Hıristiyan olmamızdan kaynaklanan sorunlar var. Bunu aşmak için hoşgörü yerine toplumsal uzlaşma kavramını koymak gerekiyor. Ben birey olarak istediğim yerde, istediğim malı alıp satabiliyorum. Ancak vakıf olarak yaptığımızda engelle karşılaştık...": SUGURBEY, (Medenî Hukukun Temel Sorunları), s.1345.
- 113 CİN, Turgay: "Batı Trakya Türklerinin Türkiye'de Acil Çözüm Bekleyen En Önemli Sorunları", <http://bomova.ege.edu.tr/~cin/eser.html> (e.t.13.12.2006): "Batı Trakya'da gayrimenkul satın almak istemeyen veya Yunanistan'ın engellemelerinden dolayı gayrimenkul satın alamayan Yunan uyruklu Batı Trakya Türkleri, Türkiye'de gayrimenkul satın almak istedikleri zaman Türkiye'de de engellerle ve sorunlarla karşılaşmaktadırlar. Bu durumun kolaylaştırılması gerekmektedir. Gayrimenkul alım ve satımlarında Yunanistan Gümülüne Türk Başkonsolosluğundan alınan etabli (ki bu Türkük Belgesi diye de alınır) ile yapılmalıdır. Etabliye sahip olan kişi tapuda işlemlerini hemen yaptırabilmelidir. Etabliye sahip olan ile sahip olmayan farklı muameleye tabi tutulmalıdır. Çünkü Türk vatandaşı İstanbul Rumları da Yunan kökenli olduklarını belgeleyen belge sahibi oldukları için, Yunanistan'da gayrimenkul satın almada veya satmada, şirket kurmada, mesleklerini icra etmede aynen Yunan vatandaşmışçasına haklara sahip olup, hareket etmektedirler".

gibi, taşınmaz mal da satın alamıyorlardı...¹¹⁴ Batı Trakya'daki Türkler, "Yunan asıllılığını"¹¹⁵ kazanamadıkları, 1923 tarihli Lozan antlaşmasından sonra, yani "sonradan", Yunanistan uyruğunu kazandıkları için, "Yunan uyruklu yabancı" olarak algılanmaları sonucu, Türklerle ilgili kararlar, "Siyasi İşler Bürosu" tarafından ve İçişleri Bakanlığı ile birlikte sıkı ve çifte bir denetime ve ayırma tabi tutularak verilmektedir¹¹⁶.

Ayrıca **Batı Trakya Türk azınlığı vakıflarının da sorunları** bulunmaktadır. Bu sorunların başlıcaları şunlardır¹¹⁷:

114 Ayrıntılı bilgi için bkz: **CİN, Turgay**: "83.Yılında Lozan ve Batı Trakya Gerçeği" (*Lozan*), İzmir Barosu Dergisi, Y.71, S.4, Ekim 2006, s.163-164.

115 **CİN, Turgay**: "Yunan Vatandaşlık Yasasına Göre Yunan Asıllılığının (Vatandaşlığının) Kazanılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, İzmir 2003; ayrıca: <http://bornova.ege.edu.tr/~cin/eser.html> (e.t.13.12.2006): "Türk Vatandaşlık Hukuku ile Yunan Vatandaşlık Hukuku arasında anlayış ve kavram farklılıkları vardır. Yunan hukukunda, Türkçe'deki vatandaşlık kavramı yerine "asıllılık", "köken" kavramı tercih edilmekte olup, ırkçı bir anlayış benimsenmektedir... Yunan Asıllılık Hukukunda iki kavram dikkat çekmektedir: Bu kavramlar bakımından uygulamada bir kargaşa da yaşanmaktadır. Yunan hukukunda "ithagenis: asıllılık" ve "ipikootita: uyruklu" olmak üzere iki kavram kullanılmaktadır. "Asıllılık" kavramı ulus (millet) kavramı ile ilgili olup, "uyruklu" kavramı da devlet ile yakından ilgilidir. Asıllılık, ilk kökeni (orijini), doğumla hak ve sorumlulukların kazanılmasını anlatmaktadır. Oysa uyruk, doğumdan sonra hak ve sorumlulukların kazanılmasını, başka bir deyişle hak ve sorumlulukların doğumla ilk olarak kazanılmamasını, daha sonra kazanılmasını anlatmaktadır. Yunanlı yazar *Karayanni*, buna örnek olarak Kıbrıslıları göstermektedir. Buna göre, "Kıbrıslılar, Kıbrıs Cumhuriyeti uyruğudur ve Yunan asıllıdırlar (kökenlidirler, 'Elliniki ithagenia'). Afrikalı zenciler ve Asyalılar, Yunanistan'da Yunan uyruğunu kazanırlar, ancak Yunan asıllılığını (kökenini, 'ithagenia') kazanamazlar. Yunanistan'da sınır bölgelerinde taşınmaz menkul kazanma hakkına 'Ellines ithagenis': Yunan asıllılar (kökenliler) sahiptir. Yunanistan'da sınır bölgelerinde taşınmaz mülk edinme hakkına 'Ellines ipikoi': Yunan uyrukular sahip değildir. Uyruklu kaybedilir, değiştirilebilir, ancak asıllık (köken) değiştirilemez."...1923 Lozan Barış Andlaşması gereği Batı Trakya Müslüman Türkleri Yunan uyruğunu kazanmışlardır. Yunan asıllılığını (kökenini, "ithagenia'yı") kazanamamışlardır. Yunan uyruğunu sonradan kazanmışlardır ve Yunan hukukuna göre, Yunan kökenli değildirler. Bu nedenle de sınır bölgelerinde halen "ithagenis" başka bir deyişle Yunan asıllı (kökenli) olmadıkları için gayri menkul satın alamazlar. Ancak valilikten (Batı Trakya'daki 4. Ordudan) izin alarak, eğer izin alabilirlerse, İskeçe'de, Gümülüne'de ve Dedeağaç'ta taşınmaz mülk satın alabilirler ve tapuya tescil ettirebilirler... Ayrıca Yunan Asıllılık Yasasında "omogenis: soydaş" ve "allogenis: yabancı kökenli" ayırımı da yapılmaktadır"; ayrıca bkz. **CİN, Turgay**: "Yunanistan'da Millî Kimlik Anlayışının Hukukî Boyutları ve En Temel Bir İnsan Hakları İhlali Örneği", İzmir Barosu Dergisi, Y.71, Temmuz 2006, Sayı: 3, s.142 vd.: "Bu konuda yani ırkdaş ve ırkdaş olmayan ayırımı, yürürlükteki (2006) Yunanistan Anayasası'nın 31.maddesinde bir kimsenin Yunanistan'da Cumhurbaşkanı olabilmesi için diğer koşulların yanında '...baba veya ana tarafından Yunan ırkından gelmesi...' şartının da arandığını belirtmeliyiz".

116 **CİN, (Lozan)**, s.188.

117 "Batı Trakya Daki Vakıfların Statüsü", <http://www.mustafadundar.gen.tr/default2.asp?indict=2&catID=97> (e.t. 1.11.2006); Ayrıntılı bilgi için bkz: **CİN, Turgay**: "83.Yılında Lozan ve Batı Trakya Gerçeği", İzmir Barosu Dergisi, Y.71, S.4, Ekim 2006, s.153 vd.; **CİN, Turgay**: Yunanistan-

- Yunanistan'da; Lozan Antlaşması'nın, Batı Trakya Türk azınlık vakıflarına kazandırmış olduğu **özerk yapı** zamanla ortadan kaldırılarak; önce valiye, sonra da Bölge Genel Sekreteri'ne geniş yetkiler verilerek basit birer kurum haline getirilmiştir.

- Çıkarılan **yasalarla**; vakıf kurumunun örgütlenme ve İdari yapısında değişiklikler yapılmış, vakfın icra etmesi gereken dini, sosyal, eğitim, ekonomik ve vakıf yönetimine ilişkin faaliyetlerine, ya sınırlamalar getirilmiş, ya da bir kısmı uygulama sahasından kaldırılmıştır.

- Vakıflara ait mülklerin bir kısmı Yunanlı kiracılar tarafından sahiplenilerek, vakıf heyetinin kullanımından çıkmış durumdadır.

- Şehir plânının uygulanması ve yol çalışmaları sonucunda birçok tarihi eser, çeşme tahrip edilmiş, yıkılmış; cami bahçeleri de yol açma gerekçeleriyle daraltılmıştır. Gümülcine'de ne kadar vakıf mülkü, cami, bunların hepsine bir şekilde, kenarına, köşesine ya yol veya park bahanesiyle bir şekilde kamulaştırma uygulanmıştır¹¹⁸.

- Şehir plânı gerekçesiyle birçok cami ve tarihi eserlerin onarılması için izinler verilmemektedir.

- Ayrıca, Batı Trakya'da Türk azınlığa ait camiler ve müştemilatıyla, gayrimenkulleri, okul binaları da belediyelerin **mülkü olarak kayıtlı** bulunmaktadır. Böylelikle; oradaki, vakıf malları belediyenin mülkü gibi tescil edilmiş, belki bundan sonraki süreçte, bunlar vakıfları değil, belediyelerin veya özel idarenin denilerek yeni bir uygulamayla karşılaşılabilecektir.

- Yine vakıf malları; mal beyanında bulunmamak ve vergi borçlarını¹¹⁹ ödememek gibi bahanelerle haciz ve ipotek altına alınmaktadır. Vakıf mallarının vergisi ödenmek istenmesine rağmen ödeme talebi vergi dairesi tarafından kabul edilmemekte ve vergi borcu, faiz ve gecikme tazminatı karşılığı olarak vakıf mallarına ipotek tesis edilmektedir.

- Vakıf İdarelerine hâlâ heyetler atanmaya devam etmektedir.

- Bugün Batı Trakya Müslüman-Türkleri, vakıfların antlaşmalardaki statüsü-

tan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din ve Vicdan Özgürlüğü, (Başmüftülük ve Müftülükler Sorunu), (Seçkin), Ankara 2003, s.195-207.

118 CİN, Turgay: "83.Yılında Lozan ve Batı Trakya Gerçeği", İzmir Barosu Dergisi, Y.71, S.4, Ekim 2006, s.153 vd.

119 "Yunanistan Dışişleri Bakanı Dora Bakoyanni, dün Batı Trakya'daki Türk köyü Hemitli'yi (Organ) ziyaret etti... Batı Trakya Türk azınlığı vakıflarına da değinen Bakoyanni, bu vakıfların vergi borçlarının silineceğini ve vakıf malları üzerindeki borçlardan kaynaklanan ipoteklerin de yeni yasal düzenlemeler yapılarak kaldırılacağını söyledi. Bakoyanni, vakıfların bundan böyle gayrimenkulleri için vergiden muaf olacaklarını da kaydetti.": 06.02.2007, Salı günlük Milliyet Gazetesi, s.18.

ne kavuşturularak vakıf yönetimini, yasaların kendilerine verdiği hür iradeleriyle seçecekleri günü beklemektedir.

Ayrıca; **Kıbrıs'taki Türk Vakıflarının da önemli sorunları** bulunmaktadır. 1974 Barış Harekâtı'ndan sonra Vakıflar İdaresi'ne ait emlâkin büyük bir kısmı Kıbrıs Rum kesiminde, yani Güney Kıbrıs'ta kalmıştır¹²⁰.

Bunun dışında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Arestis isimli Rum kadının, elinde orijinal bir tapu kaydı ya da belgesi olmaksızın Maraş'taki mülkünü Türkiye'nin askerî müdahalesi nedeniyle kullanamadığı gerekçesiyle 1998'de açtığı dava ile ilgili olarak; 22 Aralık 2005'te açıkladığı kararında Türkiye'yi suçlu bulmuş, 7 Aralık 2006 tarihli kararında ise 885 bin euro tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Arestis'in KKTC makamlarının elinde olan tapu kaydında dava konusu mülkün "Abdullah Paşa Vakfı'na ait olduğu" açıkça yer almaktadır¹²¹.

Kararın 3 aylık temyiz süresinin 7 Mart'ta dolacak olması, Türkiye'nin temyiz yoluna başvurup başvurmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir¹²². Türkiye, daha önce de Louzidu isimli Rum kadına Girne'de bıraktığı mülkünü 1974'ten bu yana kullanamadığı gerekçesiyle Aralık 2003'te 1.1 milyon euro tazminat ödemişti. Her iki dava da, birer mülkiyet davası olmaktan öte, yalnız hukuki değil çok önemli siyasi sonuçlar doğuracak niteliktedir. Türkiye, bu davalarda 1974'teki müdahalesi ve Ada'daki askerî varlığı gerekçe gösterilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) ihlal etmekle suçlanmış; dolayısıyla, bu davalarda taraf konumuna getirilip, 1974 Harekâtı nedeniyle Kıbrıs sorunundan ve bu bağlamda mülkiyet sorunundan sorumlu olduğunu ve sonuçlarına katlanacağını kabul eder pozisyona sokulmak istenmiştir¹²³.

120 Ankara Ticaret Odası Başkanı Aygün'ün, Cumhurbaşkanı Sezer'e Sunduğu, Vakıflar Yasa Tasarısı'na İlişkin Raporu'ndan (<http://www.atonet.org.tr/turkce/bulten/bulten.php3?sira=474>, e.t.1.11.2006).

121 **SEZER, Sema**: "Belgeleriyle Arestis Davası ve Kıbrıs'ta Yağmalanan Türk Vakıf Malları", <http://www.asam.org.tr/temp/temp302.pdf>. (e.t.25.05.2007); **SEZER, Sema/ATUN, Ata**: "Maraş'ı Artık Kimse Veremez..."(Cumhuriyet Strateji – 20 Şubat 2005), www.ulit.org, ULİT (Ege Üniv. Uluslar arası İlişkiler Topluluğu), Y.2, S.5, Uluslar arası İlişkiler Dosyası, Mart-Nisan 2006.

122 "Mira Ksenidi Arestis adlı Güney Kıbrıslı kadının, Maraş'taki taşınmaz malının iadesi ve tazminatıyla ilgili davayı Aralık 2006'da sonuçlandıran AİHM, nihai kararını geçen hafta içinde verdi. Güney Kıbrıs'ta yayınlanan Politis gazetesine göre, Türkiye'nin 1 milyon Avro tutarındaki tazminata yönelik itirazını ve Maraş kentinin Kıbrıs Türk Vakıflar İdaresi'nin (Evkaf) malı olduğuna dair argümanı reddeden mahkeme, davacı Arestis'in 2006 yılındaki kararda yer alan KKTC Tazmin Komisyonu'na ilişkin değerlendirmelere karşı yaptığı itirazları da kabul etmedi. Mahkemenin bu tavn, KKTC Tazmin Komisyonu'na onay vermesi şeklinde değerlendirildi. AİHM, 23 Mayıs 2007'de, 1 milyon Avro'luk tazminatın yanı sıra Arestis'in mülküne geri dönmemesinin Türkiye tarafından garantiye alınmasını ve diğer insani haklarının çiğnendiği yönündeki değerlendirmeyi de onayladı...": 31 Mayıs 2007, Perşembe günlü Cumhuriyet Gazetesi.

123 **SEZER**, <http://www.asam.org.tr/temp/temp302.pdf>. (e.t.25.05.2007).

Türkiye'nin Avrupa Birliği (AB) ile müzakere sürecinde ise Katılım Ortaklığı Belgesi ve İlerleme Raporlarına dahil edilen şekilde "AİHM'nin kararlarının uygulanması dahil AİHS'ye bütünüyle uyması" beklenmektedir. "Ahkamul Evkaf" kurları çerçevesinde vakıf malları "hiçbir şekilde devredilemez, satılamaz" nitelikte olmalarına rağmen, Türk tarafının elinde bulunan tapu belgesine, "mülkün Şubat 1974'te annesi tarafından Arestis'e hediye edildiği" kaydı düşülmüştür. Bu kayıt, aynı zamanda Rumların Kıbrıs Cumhuriyeti'ni ele geçirdikleri dönemde vakıf malları konusunda yaptıkları usulsüzlüklerin ve gasp olaylarının da kanıtı niteliğindedir. Ancak, AİHM'nin 22 Aralık 2005 tarihli kararında "Türkiye'nin mülkün vakıf malı olduğunu iddia etmekle birlikte kendisine tanınan yasal sürede bunu kanıtlayacak belgeleri Mahkeme'ye sunmadığı" ifadesi yer almaktadır. Arestis'in avukatının açıklamasına göre, Maraş'ta benzer durumda olan 5000 taşınmaz daha bulunmaktadır. AİHM 7 Aralık 2006 tarihli Arestis kararında Türkiye'yi tazminata mahkum ederken, TMK'nın "iç hukuk" yolu olarak kabul edilmesine şartlı onay vermiştir. Ancak, dava açılan ve suçlu bulunan tarafın "Türkiye" olması, "Kuzey Kıbrıs"ın AİHM içtihatlarında "Türkiye'nin yerel alt otoritesi" olarak tanımlanması nedeniyle, bu iç hukuk yolu KKTC'nin değil "Türkiye'nin iç hukuk yolu" olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, Rumlara mal iadesi yöntemine başvurulması, 1974 öncesi duruma dönülmesi ve Türk tarafının kırmızı çizgilerinden olan "iki kesimlilik" ilkesinin ihlali anlamına gelebilecektir¹²⁴.

Arestis davasında bu olumsuz gidişatı değiştirmek için neler yapılabilir? KKTC Kurucu Cumhurbaşkanı Rauf Denktaş'a göre; yukarıda sıralanan durumlarla karşılaşmamak için, daha önce yasal süresi içinde AİHM'ye teslim edilmeyen ve mülkün vakıf taşınmazı olduğunu belgeleyen kayıt ve hukuki görüşleri vermek suretiyle, sadece mülkiyet ile ilgili hususu temyiz etmek gerekmektedir. Böylece, karardaki diğer hususlar, yani "iç hukuk" yolu ile ilgili kazanımlar etkilenmeyecektir. Ayrıca, KVI'nin, Gazimagosa Mahkemesi'nin 27 Aralık 2005 tarihli tespit kararına da dayanarak, Arestis'in dava konusu ettiği mülkün Abdullah Paşa Vakfı'na ait olduğuna ilişkin bir "tespit kararı" ve bu "vakfa teslim edilmesi için bir emir" çıkarılmasına yönelik dava açması gerekmektedir. Keza, KVI tarafından Arestis ve Kapalı Maraş'taki diğer işgalciler aleyhinde Magosa Kaza Mahkemesi'nde kullanım kaybından kaynaklanan haklar için "tazminat davaları" da açılmalıdır¹²⁵.

Yukarıda belirtilen bütün karşı görüşler ve sebeplerle; Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, cemaat vakıfları konusuna yaklaşımı, maalesef **hukuksal değil; siyasidir ve haksızdır** sonucuna varılmaktadır¹²⁶.

124 ŞEZER, <http://www.asam.org.tr/temp/temp302.pdf>. (e.t.25.05.2007).

125 ŞEZER, <http://www.asam.org.tr/temp/temp302.pdf>. (e.t.25.05.2007).

126 Benzer yönde bkz.: AKYILDIZ, s.4 vd.

F. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

AB üyesi Yunanistan'daki Türklerin sorunları ile AB üyesi olmak isteyen Türkiye'deki gayrimüslimlerin (özellikle de Rumların) sorunları ve talepleri **"paralellik"** arz etmektedir. Bu bakımdan, Türkiye ile Yunanistan bu sorunları karşılıklı olarak, **"denk, paralel ve eşit"** bir biçimde, adil bir çözüme kavuşturmalıdır¹²⁷. Böylece; **"Lozan dengesi"**nden, Avrupa Birliği'ne yönelik, kısaca **"AVRUPA BİRLİĞİ DENGESİ"** çerçevesinde, adil bir çözüm yolu bulunabilir.

Görüşmeler yoluyla bir çözüm bulunamaması durumunda; Türkiye tarafından, İstanbul Rumlarının Vakıfları ile İstanbul Rum Başpiskoposunun seçimini, görev ve yetkilerini düzenleyen ve Batı Trakya Türklerinin vakıf ve müftülerine uygulanan iki ayrı mevzuatın benzeri yasaları (bu konulardaki Yunan mevzuatı tercüme edilecek), hazırlanabilir¹²⁸. Böylece; AB üyesi, olan Yunanistan'daki Vakıflar ve Müftülükler ile ilgili yasalar da, AB müktesebatına uygun olmak zorunda olacağından; AB de, artık karşımıza bu yolda bir taleple çıkamamalıdır¹²⁹.

Bütün bunlardan, CİN'in de belirttiği gibi; **"...dost olmak istemiyoruz, Avrupa Birliğine üye olmak istemiyoruz, anlamı çıkarılmasın. Anlatmak istediğimiz, devletin yani toplumun, milletin menfaatleri doğrultusunda, iyi pazarlık yapılmasıdır. Türkiye, taviz veren ve karşı tarafın taleplerini yerine getiren büyük bir devlet görünümünü yaratmasın, hep Türkiye kaybetmesin, küçük bir devlet iyi diplomasisi ile ve iyi ittifaklar kurarak, Türkiye'ye karşı başarılı olması ortadan kaldırılsın, önlensin istiyoruz...**

Her şey devletten beklenilmemelidir. Herkes üzerine düşeni, en iyi şekilde yap-

127 CİN, (Lozan), s.177.

128 CİN, (Lozan), s.177, 187 vd.

129 "...Eski Vakıflara gelince; sadece Cemaat Vakıfları konusunda Avrupa Birliği ilerleme raporlarında ve özellikle de 2005 yılına ilişkin olanında bazı tenkitler yer almış bulunmaktadır. Ancak, Avrupa Birliği ilerleme raporunda yer alan bu tenkitlerin **hukuksal değil siyasi nitelikli ve haksız tenkitler** olduğu açıktır. **Çünkü:** Avrupa Birliği'nin ortaya koyduğu ölçüte göre, "siyasi ölçütlere ilişkin konular, Avrupa Birliği ülkelerinden hangisinde en üst düzeyde gerçekleştirilmekteyse, aday ülkeden de o düzeyde bir düzenleme istenecektir". Avrupa Birliğinin ilerleme raporlarında ortaya koyduğu bu temel ölçüt esas alınsa bile, ülkemizden bu şekilde bir yasa yapılması istenemez: Bir defa, Avrupa Birliği ülkelerinde zaten Cemaat Vakfı bulunmamaktadır ki, bu konuda bir ölçüt oluşturulabilir. Cemaat Vakfı bulunan yegane Avrupa Birliği ülkesi, bizimle ortak mazi ve benzer uluslar arası yükümlülüklere sahip bulunan Yunanistan'dır. O halde, Avrupa Birliği açısından Cemaat Vakıfları bakımından en iyi uygulama olarak bir ölçüt aranacaksa, bu ölçüt Yunanistan'ın bu konudaki düzenlemesi olabilir. Yunanistan'ın, ülkesindeki Türk Cemaate ait vakıflara ilişkin yaptığı düzenleme, 1980/1091 sayılı yasadır. Bu yasanın, bizim eski vakıfları ve bu arada Cemaat vakıflarını da düzenleyen 1935/2762 sayılı yasanın çok gerisinde bir sistem öngördüğü açık bulunduğuna göre, Avrupa Birliğinin ülkemize Cemaat Vakıfları konusunda tenkitler yönelmesinin hukuksal bir dayanağı da bulunmamaktadır": http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

malıdır. Artık günümüzde top, tüfek savaşları sona ermiştir. Kalem (bilgi) savaşları başlamıştır. ...Türkler, Yunanca öğrenmeyi gerekli görmedikleri için, Atina'daki birçok Türk gazetecisinin tercümanları da Yunanlıdır. Oysa Yunanistan'ın Türkiye'deki bütün muhabirleri Türkçe bilmektedir.... Oysa, Türkiye'nin, Atina Büyükelçisi'nin hâlâ Sekreteri Atina Vulgari adlı bir Yunanlıdır... Yunanistan'da yaşayan, Yunan uyruklu bir Batı Trakyalı Türk, Atina Türk Büyükelçisi ile görüşmek ve Batı Trakya'da yaşadığı sorunları anlatmak isterse, hangi konuda görüşmek istediğini söyleyerek, randevuyu herhalde Atina Vulgari'den, başka bir deyişle bir Yunanlıdan alacaktır. İşte bu çok düşündürücüdür...”¹³⁰

Rum cemaati dışında; Türkiye’de, Lozan Antlaşması ile kendilerine azınlık, cemaat statüsü tanınmış, diğer (Ermeni ve Yahudi) cemaatleri için de; Avrupa Birliği üyesi Yunanistan’daki cemaat vakıfları ve dinî kurumlara ilişkin belirtilen kurallar örnek teşkil edebilecektir.

V. YENİ VAKIFLAR KANUNU’NDA; TESCİL, AMAÇ, ŞART VE İŞLEV DEĞİŞİKLİĞİ, HAYRAT TAŞINMAZLAR, ESKİ ESERLER, KİRA SÜRESİ, SİGORTA GİBİ KONULAR

« Taşınmazların vakıfları adına tescili » başlığını taşıyan, Yeni Vakıflar Kanunu’nun, 13.maddesine göre; “Mazbut vakıfların tescil görmemiş hayrat taşınmazları, Genel Müdürlüğün isteği üzerine tapu idaresince vakıfları adına tescil edilir.

Mazbut ve mühlak vakıflara ait akar taşınmazların satış ve taviz bedelleri ile satın alınacak, trampa ile edinilecek veya yeniden yaptırılacak taşınmazlar, vakıfları adına hisseleri oranında tapuya tescil ettirilerek kayıtlara işlenir”.

Kanunun 13. maddesinde, eski vakıflara ilişkin bir düzenleme getirilmekte, fakat cemaat vakıfları bu düzenlemeden muaf tutulmaktadır. Buraya cemaat vakıflarının da dahil edilmesi eşitlik ilkesinin gereğidir¹³¹.

“Amaç ve işlev değişikliği” başlığını taşıyan, Yeni Vakıflar Kanunu’nun, 14.maddesine göre; “Vakıfların, vakfiyelerindeki¹³² şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mühlak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakaf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakaf gelirlerine uyarlamaya Meclis yetkilidir”.

130 CİN, Turgay: “Türk-Yunan İlişkilerinde Ege Sorunları Ve Avrupa Birliği”, <http://bomova.ege.edu.tr/~cin/eser.html> (e.t.13.12.2006).

131 http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.24.2007).

132 “Vakfiye: Mazbut, mühlak ve cemaat vakıflarının malvarlığını, vakıf şartlarını ve vakfedenin isteklerini içeren belgeleri ifade eder” (YVK.m.3).

Bu hüküm ile; mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarının, ihtiyaç halinde veya vakfiyelerindeki yerine getirilmesi fiilen veya hukuken imkansızlaşan şartların değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu değişiklik; mazbut vakıflarda, Genel Müdürlüğün, diğer vakıflarda vakıf yönetiminin teklifi, Vakıflar Meclisinin kararıyla yapılabilecektir. Böylece; vakıfların tüzel kişiliklerinin devamının sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca cemaat vakıflarının amaç ve işlevlerinin de aynı prosedür izlenerek; vakıf yönetiminin teklifi üzerine, Meclis kararı ile yeniden düzenlenebileceği ve ihtiyaçlara uygun hale getirilebileceği belirtilerek, cemaat vakıflarının faaliyetlerinin de devamının sağlanması amaçlanmıştır.

Ancak, “Cemaat vakıfları”nın vakfiyeleri olmadığı (yalnızca, 1936 tarihli beyannameleri olduğu) için, vakfiyelerindeki şartların değiştirilmesi vs. konusunun söz konusu olmayacağı gerekçesiyle bu hüküm eleştirilmiştir¹³³. Bu eleştirilerde dikkat çeken nokta; “cemaat vakıfları”nın gerçek anlamda bir “vakıf” olmadıkları ve “dini kurum” oldukları şeklindeki yaklaşımdır. Bu mantık çerçevesinde; cemaat vakıfları, gerçek anlamda bir vakıf değil ve dini bir kurum ise; o halde, cemaat vakıflarının bir tüzel kişi olarak, yeni vakıflarla birlikte, yeni Vakıflar Kanunu’nda birlikte düzenlenmesi de yanlıştır, sonucu ortaya çıkar.

“Yeni vakıflar” ile ilgili bir çok konu, Yeni Vakıflar Kanunu’nda düzenlenirken, bu hususta, yeni vakıflarla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Çünkü; yeni vakıfların da (cemaat vakıflarında olduğu gibi), vakfiyeleri yoktur; vakıf senetleri vardır¹³⁴. Bu nedenle, Yeni Vakıflar Kanunu’nun 14.maddesinde, “yeni vakıflar” düzenlenmediği için, amaç ve işlev değişikliği konusunda, Türk Medenî Kanunu’nun ilgili

133 “...Ancak, “Cemaat Vakfı” olarak adlandırılan **dini kurumlar, gerçek anlamda “vakıf” olmadıkları gibi vakfiyeleri de yoktur.** Bu nedenle, Cemaat Vakıfları’nın olmayan vakfiyelerindeki şartların değiştirilmesi, güncelleştirilmesi ve yükümlülüklerinin kaldırılması da söz konusu olamaz. Cemaat Vakıfları’nın yönetimlerine el konulması ve mallarının elden çıkarılması gibi hukuksuz uygulamaların devamına fırsat yaratan bu madde değiştirilmeli ve tasarı metninden “cemaat” ibaresi çıkartılmalı. Ancak, üyelerinin sayısı azalmış ve dini, hayri ve eğitimsel işlevlerini yerine getiremeyecek durumda olan Cemaat Vakıfları’nın varlığı da bir gerçektir ve Tasarı’da ayrıca ele alınması gereken önemli bir sorundur. İşlevlerini yerine getiremeyecek hale gelen Cemaat Vakıfları’nın, kendi yöneticilerinin teklifi üzerine ve yine onların belirleyeceği aynı cemaate ait, aynı nitelikteki bir başka vakıfla birleşebilmesi sağlanmalı...”: “Vakıflar Kanunu Tasarısı’nın Cemaat Vakıfları’nı İlgilendiren Hükümleri Üzerine, TESEV (Türkiye Ekonomik Ve Sosyal Etüdler Vakfı) Görüşleri, Aralık 2004”: http://www.tesev.org.tr/TESEV_%20vakiflargoqus.doc (e.t.1.11.2006).

134 Ancak; bu konuda farklı yorumlar getirilebilecektir: «Amaç ve işlev değişikliği» başlıklı **14. madde**, hukuk tekniği bakımından sorunlu bir maddedir... Burada, amacın eski vakıfları düzenlemek olduğu anlaşılacaktır. Fakat madde, bir ayırım yapmaksızın « vakıfların » diye başlamaktadır. Uygulamada, Türk Medeni Kanuna tabi vakıfların da madde kapsamında olduğu, Türk Medeni Kanununun 113. maddesinin sonraki kanun tarafından değiştirildiği öne sürülebilecektir. Bu karışıklığın önlenmesi bakımından maddenin başına «Yeni Vakıflar dışındaki» ibaresi eklenmelidir”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

hükümleri (TMK.m.113, m.116)¹³⁵ geçerliliğini devam ettirecektir¹³⁶.

Böylece; *yeni vakıflarda*, (YVK.m.14' de yer alan), *eski vakıflardan farklı* olarak, vakfın yönetim organu veya denetim makamının (Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün ve üst kuruluşların -TMK.m.111; TMK.VHT.m.19, m.21) başvurusu üzerine, diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra, vakfın amacını değiştirmeye, "meclis" değil, "mahkeme" (vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesi) yetkili olmaktadır.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun "*Hayrat taşınmazların nitelikleri ve değerlendirilmesi*" başlığını taşıyan 15.maddedeki hüküm ile; Genel Müdürlük ile mazbut ve mühlak vakıflara ait doğrudan toplumun istifadesine sunulan hayrat taşınmazlardan kısmen veya tamamen hayrat olarak kullanılması mümkün olmayanların, vasıf değişikliği yapılarak kullanılabilmesi imkânı getirilmiştir. Ayrıca, hayrat vakıf taşınmazlarının toplumun doğrudan ve bedelsiz istifadesine sunulduğu dikkate alınarak hayrat taşınmazlarda koruyucu tedbirler alınmıştır.

135 "*Amacın ve malların değiştirilmesi*" başlığını taşıyan, **Türk Medenî Kanunu'nun 113.maddesine göre**; "*Durum ve koşullardaki değişmeler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınması vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hale gelmiş ise mahkeme, vakfın yönetim organu veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın amacını değiştirebilir.*

Amacın gerçekleşmesi önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşulların ve yükümlülüklerin kaldırılmasında veya değiştirilmesinde de aynı hüküm uygulanır.

Amaca özgül mal ve hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesini veya paraya çevrilmesini haklı kılan sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organu veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra gerekli değişikliğe izin verebilir".

136 **Türk Medenî Kanunu'nun 116. maddesine göre**; "*Amacın gerçekleşmesi olanaksız hâle geldiği ve değiştirilmesine de olanak bulunmadığı takdirde, vakıf kendiliğinden sona erer ve mahkeme kararıyla sicilden silinir. Yasak amaç güttüğü veya yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılan veya amacı sonradan yasaklanan vakfın amacının değiştirilmesine olanak bulunmazsa; vakıf, denetim makamının ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine duruşma yapılarak dağıtılır.*

Bu hüküm ile ilgili Yargıtay Kararları: "Vakıflar Genel Müdürlüğünce açılan davada, bazı fakir kişilere nakdi yardım dışında hiçbir faaliyette bulunmadığı gibi mal varlığının gayesini gerçekleştirmesi için yetersiz olduğu belirtilerek davalı İ. Vakfının dağılmış sayılmasına ve tespit edilen mal varlığının Mazbut Vakıflar Tüzel Kişiliğine devrine karar verilmesi istenilmiştir. 4721 Sayılı Türk Medenî Kanununun vakfın sona ermesi başlığını taşıyan 116/1. maddesinde, amacının gerçekleşmesi olanaksız hale geldiği ve değiştirilmesine de olanak bulunmadığı takdirde vakfın kendiliğinden sona ereceği ve mahkeme kararı ile sicilden silineceği hükmü yer almaktadır. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarında, vakfın ekonomik gücünün amacın gerçekleşmesine olanak vermeyecek bir düzeyde olduğunun anlaşılması dağılmış sayılması için yeterli görülmektedir. Bu şekilde bir ekonomik zaafiyet içinde bulunan vakfın, kurulduğu 1994 yılından bu yana verimli bir şekilde faaliyette bulunmamasının da yeterli mal varlığı olmadığından kaynaklandığı aşikar olup bu husus mahkemeye de tespit edilmiştir. Hal böyle iken, mahkemeye vakfın sona erdiğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, uygun bulunmayan gerekçelerle davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiştir". **Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2003/551, K. 2003/1315, T. 25.2.2003**; aynı doğrultuda: **Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2004/10197, K. 2005/141, T. 31.1.2005** (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 16.maddesine göre; “mazbut vakıflara ait hayrat taşınmazlara, Genel Müdürlük tarafından öncelikle vakfiyeleri doğrultusunda işlev verilir. Genel Müdürlükçe değerlendirilemeyen veya işlev verilemeyen hayrat taşınmazlar; fiilen asli niteliğine uygun olarak kullanılıncaya kadar kiraya verilebilir.

Bu hayrat taşınmazlar; Genel Müdürlükçe işlev veri' nek amacıyla, vakfiyesinde yazılı hizmetlerde kullanılmak üzere Genel Müdürlüğün denetiminde onarım ve restorasyon karşılığı kamu kurum ve kuruluşlarına, benzer amaçlı vakıflara veya kamu yararına çalışan derneklere tahsis edilebilir.

Mülhak vakfa ait hayrat taşınmazın tahsisinde Genel Müdürlük görüşü alınır.

Tahsis edilen taşınmaz; ticari bir faaliyette kullanılamaz, tahsise aykırı kullanımın tespiti halinde Genel Müdürlüğün talebi üzerine taşınmaz, bulunduğu yerin mülki amirliğince tahliye edilir.

Cemaat vakıflarına ait, kısmen veya tamamen hayrat olarak kullanılmayan taşınmazlar, vakaf yönetiminin talebi halinde Meclis kararıyla; aynı cemaate ait başka bir vakfa tahsis edilebilir veya vakfın akarına dönüştürülebilir.”

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 16.maddesindeki hüküm ile; halen kullanılabilir durumda olan eski eser hayrat taşınmazların yaşatılmalarını ve geleceğe intikalini sağlamak için amacına uygun hizmetlerde kullanılmak, aslına uygun onarım ve restorasyonunu yapmak, güvenlik tedbirlerini almak ve ticari amaçla kullanılmamak şartı ile kamu kurum ve kuruluşlarına ve benzer amaçlı vakıflara ve /kamu yararına çalışan derneklere/, bedelli veya bedelsiz kullanılmak üzere tahsisi ile tahsis imkanı olmayanların fiili olarak asli niteliğine uygun kullanımına kadar kiralanması sağlanmıştır. Yeni Vakıflar Kanunu'nun bu maddesinde, belli bir kullanım süresi değil, yalnızca, “fiili olarak asli niteliğine uygun kullanımına kadar” şeklinde, duruma göre değişen bir kavram öngörülmüştür. Burada; kanımızca, “hayrat taşınmazın tekrar asıl amacına uygun kullanımı mümkün oluncaya kadar” geçecek olan süre kastedilmektedir. Ayrıca; kamuoyunda, 16. maddenin son fıkrası ile, cemaat vakıfları lehine açık bir eşitsizlik getirildiği de ileri sürülmüştür¹³⁷.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun “Taşınmazların vakfına dönmesi” başlıklı 17.maddesindeki hüküm ile; tapu kayıtları üzerinde vakıf şerhi bulunan taşınmazları tasarruf edenlerin mirasçısız ölümleri, kaybolmaları veya terk ve mübadil gibi

137 “Hayrat Taşınmazların Tahsisi” başlıklı 16. maddenin son fıkrası, yine cemaat vakıfları lehine açık bir eşitsizlik getirmektedir. ...Burada, cemaatlere tüzel kişilik tanınmasına yol açacak bir düzenleme getirilmektedir. Devletin Lozan anlaşmasıyla üstlendiği yükümlülüğün açıkça ötesinde olan bu fıkra madde metninden çıkartılmalıdır. Aksi halde, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne ilişkin tehlikeler bir yana, Uluslararası Anlaşmalarla üstlenilmeyen kayırmacı bir düzenleme yapılmış ve eşitlik ilkesine aykırı hareket edilmiş olur”: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

durumlara düşmeleri halinde, bu taşınmazların mülkiyetlerinin hiçbir hükme gerek olmaksızın serhte belirtilen vakfı adına tescili sağlanmıştır.

A. ... « Tasarruf edenlerin veya maliklerin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk veya **mübadil gibi** durumlara düşmeleri halinde icareteynli ve mukataalı taşınmaz malların mülkiyeti vakfı adına tescil edilir » hükmünde, « mübadil » teriminin, 1936 öncesi dönemi tartışmaya açabilecek nitelikte olduğu; 1936 yılındaki beyannemelerle ve Vakıflar Kanununun diğer hükümleriyle evvelki yıllara ilişkin hukuksal durumlara istikrar kazandırılması amaçlandığı; yeniden bir hukuksal istikrarsızlığa yol açabilme potansiyeline sahip « mübadil » terimi yasa metninden çıkartılması gerektiği ve aynı sonuca yol açabilecek « gibi » terimine de madde metninde yer verilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür¹³⁸.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun **18.maddesindeki** hüküm ile; **taviz bedellerinin**¹³⁹ dayanağı olan vakıf şerhlerinin çerçevesi belirlenerek yargının bu konudaki kökleşmiş içtihatları da dikkate alınarak, **gayrisahih vakıflarla**¹⁴⁰ ilgili mülkiyet ve tasarruf sahipleri ile Genel Müdürlük arasındaki ihtilafların ortadan kaldırılması amacıyla düzenleme yapılmıştır. Ayrıca, taviz bedellerinin hesaplanmasında **rayiç bedelin** baz alınması uygulaması yerine **emlak vergisi** değerinin esas alınması ve ödeme

138 http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

139 “**Taviz bedeli:** Mukataalı ve icareteynli taşınmazların serbest tasarrufa terki için alınan bedeli ifade eder”.

“**Mukataalı vakıf:** Zemini vakfa, üzerindeki yapı ve ağaçlar tasarruf edene ait olan ve kirası yıllık olarak alınan vakıf taşınmazlarını ifade eder”.

“**İcareteynli vakıf:** Değerine yakın peşin ücret ve ayrıca yıllık kira alınmak suretiyle süresiz olarak kiralanan vakıf taşınmazlarını ifade eder” (YVK.m.3).

140 **Gayrisahih vakıf:** Padişahın kendisi veya onun izni ile başkaları tarafından yapılan ve konusu hazineye ait (vergi, resim gibi) gelirler veya arazi sahibinin elde edeceği ürünler olan vakıf çeşidi; bu vakıf çeşidinde, vakfedilen malın rakabesi (çıplak mülkiyeti, mala hâkim olabilme kudreti) devlete atılmaz, vakfedende kalır.

Sahih vakıf: Vakfedilen taşınmazın rakabesinin ve ondan doğan kullanma ve yararlanma haklarının, vakıf tüzel kişiliğine ait olduğu vakıf: (YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 6.B., (Yetkin), Ankara 2001, s.306, 729, 753).

“...burada ‘gayrisahih’, ‘hukukî açıdan geçersiz’ anlamına değildir. Gerçek anlamda ‘vakıf’, vâkıfın malvarlığına (mülküne) dahil olan ve ...vakfa elverişli bir malın vakfedilmesi ile gerçekleştiği halde, aslında *özel mülkiyet alanına dahil olmayan* ve olmaması gereken bir *malın* veya *kamu hukuku* alanında söz konusu olabilen bir *gelir* kaynağının sürekli bir amacı ‘tahsis’ işlemine de ‘tahsis kabîlinden vakıf’, ‘irsad kabîlinden vakıf’, veya ‘gayrisahih vakfı’ adı verilmiştir. Özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki ayırım –hiç değilse terimler konusunda- kesin olmadığı ve ‘vakıf’ teriminin sağlayabildiği dokunulmazlık ve kutsallık güvencesinden kamu hukuku tahsislerini de yararlandırmak ve ‘tahsis’i gerçekleştiren Devlet reisinden sonra gelen Devlet reislerinin bu ‘tahsis’i bozmasını mümkün olduğu kadar önlemek için bu yola başvurulduğu söylenebilir”: (HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, C.I, (Sulhi Garan Matbaası Koll.Şti.), İstanbul 1979, s.672 vd.).

“...gayrisahih veya tahsisat kabîlinden vakıfların bir kısmında, arazinin ‘tasarruf’ hakkı değil, sadece sağladığı bazı kamu gelirleri bir cihetle vakf (tahsis) edilmiş idi...”: HATEMİ, s.687.

kolaylığı getirilerek, maliklerinin serbest tasarrufuna bırakılması amaçlanmıştır.

Yeni Vakıflar Kanunu'ndaki **19.maddede**ki yeni hüküm ile; taviz bedelinin, taksitle ödenmesi durumunda, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 28.maddesinden farklı olarak; taksit sayısı için öngörülen sürenin yeni düzenlemeyle 3 yıldan 1 yıla *düşürülmesi* tahsilatın daha kısa sürede sağlanması açısından yerinde olmuştur. *Taksit sayısı da; üçten, beşe yükseltilmiştir.* Taksitler için, "yasal faiz" de yürütülemeyecek; yalnızca, tahakkuk ettirilen taviz bedelleri, ödenmez ise, "gecikme zammı" ile birlikte tahsil edilecektir. Ayrıca yeni düzenlemede eşdeğer bir taşınmazla "takas" edilebilmesi imkânı da getirilmiştir. Bundan başka; peşin ödemenin, altmış gün içinde olacağı da belirtilmiştir. Yani, tebligat üzerine ödeme, altmış gün içinde yapılıyorsa, bu ödeme peşin ödeme sayılacaktır.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun **20.maddesi** ile, yalnızca Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ve mazbut vakıflara ait olan taşınmazların "kira süresi"ne ilişkin (duruma göre; üç yıl, yirmi yıl ve kırk dokuz yıl olmak üzere) bir sınırlama getirilmiştir. Yeni ve mühlhak vakıflar ile esnaf ve cemaat vakıfları için böyle bir kira süresi sınırlaması, Yeni Vakıflar Kanunu'nda öngörülmemiştir. Zira; Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin I.fıkrasına göre; "vakıflar... malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler". O halde; mazbut vakıflar dışındaki vakıfların, mallarını kiraya vermesi, genel hükümlere tâbi olacaktır.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun **24.maddesinde**ki düzenlemeyle, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 15.maddesinden¹⁴¹ farklı olarak; kiraya verilen taşınmazlar için, yalnız "yangın" açısından değil, buna ek olarak "hırsızlık ve doğal afetlere karşı" doğacak zararlardan yararlanana (kullanana), genel müdürlük adına sigorta yapma yükümlülüğü yüklenmesi, Genel Müdürlüğün yükünün hafifletilmesi ve vakıf mallarının korunması açısından yararlı olmuştur. Ayrıca, yeni düzenlemede; 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'ndan farklı olarak, "mühlhak vakıflar"ın mallarının (Genel Müdürlük tarafından) sigortalanması öngörülmemiş; yalnızca "mazbut vakıf" malları için (kullanıcılar tarafından) sigortalanması zorunluluğu getirilmiştir.

VI. VAKIFLARIN YURTİÇİ VE YURTDIŞI (ULUSLARARASI) FAALİYETLERİ VE VAKIFLARDA YARDIM KONUSU

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 25.maddesine göre; "vakıflar; *vakıf senetlerinde*

¹⁴¹ 2762 Sayılı Vakıflar Kanunu'nun 15.maddesine göre; "İdare Meclisi, bir milyon lira oluncaya kadar her yıl Umum Müdürlüğünün bütçesinden yirmi bin liradan aşağı olmamak üzere para ayıracak ve bunu nemalandıracaktır. Bu para vakıflara ait binalarda yalnız yangından doğacak zararları kapamağa karşılık tutulacaktır. Böyle zararlar yüzünden eksilen miktar aynı suretle yerine konur. Bu suretle toplanacak paralar mühlhak vakıfların da mallarını sigorta etmeğe yetecek miktara varınca, o mallar da Umum Müdürlük tarafından sigorta edilir. Bu miktar, idare meclisi tayin eder. O vakte kadar idare meclisince tayin olunacak mühlhak vakıflar mallarını bir kumpanyaya sigorta ettirmeğe ve işi her yıl mahallindeki vakıflar idaresine bildirmeğe mecburdurlar."

yer almak kaydıyla¹⁴², **amaç veya faaliyetleri doğrultusunda**, uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında **şube ve temsilcilik** açabilirler, **üst kuruluşlar** kurabilirler ve yurt dışında kurulmuş kuruluşlara **üye** olabilirler.

Vakıflar; **yurt içi ve yurt dışındaki** kişi, kurum ve kuruluşlardan **aynî ve nakdî bağış ve yardım** alabilirler, yurt içi ve yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere aynî ve nakdî bağış ve **yardımda bulunabilirler**. *Nakdî yardımların yurt dışından alınması veya yurt dışına yapılması banka aracılığı ile olur ve sonuç Genel Müdürlüğe bildirilir*¹⁴³. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikle düzenlenir.”

“*Uluslararası Faaliyet*” başlığını taşıyan, Yeni Vakıflar Kanunu’nun; 25.maddesinde, yalnızca, vakıfların uluslararası faaliyet yanında, vakıfların yardım alması veya yardım yapmaları da düzenlendiği için, bu maddenin başlığı eksiktir ve “**yardım**” konusunun da başlıkta yer almasında yarar vardır.

Yeni Vakıflar Kanunu’ndaki bu hüküm ile; “**(yurt içi ve yurt dışında kurulan vakıf ayırımı yapılmaksızın tüm yeni) vakıflar**”ın amaç ve faaliyetleri doğrultusunda hiçbir makam ve merciden izin almaksızın, **uluslararası faaliyet ve işbirliğinde** bulunabilecekleri, yurtdışında şube ve temsilcilik açabilecekleri, üst kuruluşlar kurabilecekleri, kuruluşlara üye olabilecekleri hususu Dernekler Kanununa “*kısmen*” paralel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, vakıfların yurt içi ve yurt dışındaki kişi ve kuruluşlardan aynî ve nakdî “yardım” almaları ve yardım yapmalarına ilişkin hususlar da, Dernekler Kanununa paralel olarak düzenlenmiştir. Burada, söz konusu olan vakıflar, “*yeni vakıflar*”dır. Çünkü; Tasarı’da bulunmayan ve Yeni Vakıflar Kanunu’na sonradan eklenen, “*vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla*” ibaresi, bir sınırlama getirmektedir. Vakıf senedinde hüküm bulunması da, ancak “*vakıf senedi*”¹⁴⁴ bulunan, “yeni vakıflar” için mümkündür. Tasarı’da olmayan bir ifade, sonradan kanun koyucunun bilinçli bir eklemesi ile, uluslararası faaliyet konusunda, vakıf türlerine bir sınırlama getirmiş ve Kanun’da diğer vakıfların, “*vakfiye*”leri için böyle bir imkan tanınmamıştır. Ancak böyle bir düzenlemenin sonucu, AİHM’ne kadar gidebilecektir. Eski vakıflar ile yeni vakıflar aynı Kanun içinde, eşit statü taşıyormuş gibi bir konumda ele alınmışlardır. Oysa, özellikle cemaat vakıfları, Lozan Antlaşması’na dayanan özel statülü ve istisnai nitelikteki, ayrıcalıklı vakıflardır. Bu nedenle, eski vakıfların ayrı bir mevzuat ile düzenlenmesi daha uygundur.

Şu ana dek yürürlükteki kurallar açısından da, uluslararası faaliyetler, yeni va-

142 Kanun’da yer alan, “*vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla*” ibaresi, Tasarı’da yer almamaktadır.

143 Tasarı’daki; “yurt dışı nakdî yardımların banka aracılığıyla alınması ve Genel Müdürlüğe bildirilmesi zorunludur” ifadesi Kanun’daki şekilde değiştirilmiştir.

144 “*Vakıf senedi*: Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, malvarlığını ve vakıf şartlarını içeren belgeyi ifade eder” (YVK.m.3).

kıflar için düzenlenmiştir. Bu konuda; Yeni Vakıflar Kanunu'nun 25.maddesinin I.fıkrasını karşılayan ve yürürlükte bulunan, başlıca düzenlemeler; **227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin EK 3.maddesi, Türk Medeni Kanunu'nun 117.maddesinin II.ve III.fıkraları, Türk Medenî Kanunu'nun 91 ve 92.maddeleri, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü, Ek 3.maddesi ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tebliğ**'dir. Ayrıca; vakıfların uluslararası faaliyetleri konusunda, **Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun'un (UNTKHK) 1. vd. maddeleri, Dernekler Yönetmeliği'nin 21 vd. hükümleri**¹⁴⁵ gibi hukukî düzenlemeler de göz önünde tutulmalıdır.

Sayılan bu düzenlemelere göre; vakıfların uluslararası faaliyetleri için, çeşitli makamlardan **görüş ve izin** almaları gerekmektedir. Oysa, Yeni Vakıflar Kanunu'ndaki hüküm ile; **"tüm (yurt içi ve yurt dışında kurulan)"** vakıfların, hiçbir makam ve merciden izin almaksızın, uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilecekleri, yurtdışında şube ve temsilcilik açabilecekleri, üst kuruluşlar kurabilecekleri, kuruluşlara üye olabilecekleri düzenlenmiştir. Böylelikle; Yeni Vakıflar Kanunu'nun 25.maddesi ile, 227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin EK 3.maddesi, Türk Medeni Kanunu'nun 117.maddesinin¹⁴⁶ II.ve III.fıkraları, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü, Ek 3.maddesi ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tebliğ, UNTKHK ve Dernekler Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri, zımnen ilga edilmektedir.

Yabancı vakıfların Türkiye'ye açtıkları şubelerin, Dışişleri ve İçişleri Bakanlık-

¹⁴⁵ Dernekler Yönetmeliği'nin (RG 31.3.005 t., S.25772), **"Uluslararası Faaliyetler"**, **"Türkiye'de kurulu vakıfların yurt dışı faaliyetleri"** başlığını taşıyan **21.maddesine** göre; **"Türkiye'de kurulan vakıflar amaçları doğrultusunda uluslararası faaliyette bulunabilmek için (EK- 5)'de belirtilen Türkiye'de Kurulu Vakıfların Yurtdışında Faaliyette Bulunma İzin Başvuru Formunu dört nüsha olarak merkezlerinin bulunduğu valiliğe verirler. Valilik, formu incelenmek üzere il dernekler müdürlüğüne havale eder. Form alındıktan sonra, varsa eksiklikleri tamamlattırılır.**

Bakanlığa gönderilir.

Dışişleri Bakanlığının konu ile ilgili görüşü alındıktan sonra, Bakanlıkça gerekli Alınan belgelerin üçer adedi valilik görüşleri ile birlikte gereği için yedi gün içinde değerlendirme yapılır. Sonuç, ilgili valiliğe bildirilir ve valilik tarafından başvuru sahiplerine on gün içinde bilgi verilir".

"Yabancı vakıfların izin alma yükümlülüğü" başlığını taşıyan, **22.maddesine** göre ise; **"Yabancı vakıflar, uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde, karşılıklı olmak koşulu ile Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, Bakanlığın izniyle Türkiye'de doğrudan faaliyette bulunabilir, temsilcilik kurabilir, şube açabilir, üst kuruluşlar kurabilir, kurulmuş üst kuruluşlara katılabilir veya kurulmuş vakıflarla işbirliği yapabilirler.**

Bu vakıflar, Medeni Kanun hükümlerine göre kurulan vakıflar hakkında uygulanan mevzuata tabidir".

¹⁴⁶ Aynı görüş için bkz: http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

larının izni ve bilgisi dahilinde olmaları ve yapılan ekonomik transfer ve faaliyetlerinin kontrol altına alınması gerekir. Aksi halde Gürcistan, Kırgızistan vb. örnekleri de bu vakıfların neler yapabildiği görülmüştür¹⁴⁷. Sınırsız ekonomik olanaklar ve ulus-

¹⁴⁷ <http://www.unyeyibf.com/modules.php?name=News&file=article&sid=12> (e.t.17.5.2007): "Mesleği spekülâtörlük, para sihirbazlığı... Ancak o, sadece ekonomiyle değil, iktidarlarla da oynuyor. Ukrayna ve Gürcistan'ın ardından, Kırgızistan'daki sivil darbenin gerisinde de yine o ve kurduğu vakıflar var... 60 ülkede kurduğu vakıflara 5 milyar dolar aktaran Soros'un Türkiye'de harcadığı para ise 5 milyon dolar. Ukrayna, Gürcistan ve Kırgızistan'daki gelişmeler sonrası eski Sovyet cumhuriyetlerinde endişeli bekleyiş hâkim. GEORGE Soros.. Mesleği "spekülâtörlük". Bir başka deyişle "para sihirbazlığı". Eli dünyanın her yerine uzanıyor. 2000 yılında Yugoslavya'da Miloseviç'in devrilmesinde etkin rol oyanayan Soros'un, Gürcistan'daki 'Kadife Devrim' ve Ukrayna'daki 'Turuncu Devrim'in ardından son olarak Kırgızistan'da yapılan sivil darbenin arkasında da olduğu iddia edildi. Yine geçtiğimiz nisan ayında Özbekistan'ın ulusal kaygılarla 'gölgesini dahi sınır dışı ettiği' Soros, 4 yıldır da Türkiye'de âdeta "kök" salıyor. Soros, 1979 yılından bu yana, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 60 ülkede vakıflar kurarak sivil inisiyatiflere ve projelere 5 milyar doların üzerinde para aktardı. Soros'un vakıflarının 2005 yılı bütçesi ise 429 milyon dolar. Bazı kaynaklara göre Soros, servetinin üçte ikisini bu vakıflara aktardı. 2001 yılında Türkiye'de kurulan Açık Toplum Vakfı destekledikleri projelere bugüne kadar 5 milyon dolar para harcadı...Macaristan'da yoksulluk içinde doğan Yahudi asıllı George Soros, sözünü ettiği hedefe ulaşalı yıllar oldu. Dünyanın sayılı zenginleri gibi bir cenaze töreni olacağı kesin. Ancak O, para kazanma dışında başka idealleriyle de gündemde: "Dünyada demokrasiye katkıda bulunmak". Bu amaçla kurduğu vakıflar üzerinden yaptığı faaliyetler Soros'un gerçekte ne istediğinin sorgulanmasına sebep oluyor...GEORGE Soros'un vakıflarının Türkiye'deki temsilcisi Açık Toplum Vakfı Genel Müdürü Hakan Altınay, vakfın Türkiye'de bugüne kadar 5 milyon dolar harcadığını ifade etti. Altınay, "Bize gelen projeyi olgunlaştırdıktan sonra Danışma Kurulu'nun önüne koyarız. Kurul kendi arasında tartışır, projeye destek verip vermeyeceğimizi bize bildirir. Eğer destek vereceksek biz de durumu derhal genel merkeze bildiririz" dedi...Soros'un danışmanları: Dr. Can Paker (Başkan-İşadamı-Tesev), Nebahat Akkoç (Sivil Toplum-Diyarbakır Kadın Merkezi), Özlem Dalkıran (Uluslararası Af Örgütü), Neşe Düzel (Gazeteci), Ömer Madra (Açık Radyo'nun sahibi), Nadire Matel, Prof. Dr. Ahmet Insel (Akademisyen - Yazar), Prof. Dr. Eser Karakaş (Akademisyen-Yazar), Osman Kavala (İşadamı), Öğüz Özerden (Bilgi Ün. Mtevelli Heyeti Başkanı), Salim Uslu (Hak-İş Konfederasyonu Başkanı)... <http://arsiv.sabah.com.tr/2005/03/25/dun107.html> (e.t. 17.5.2007): "...Ve dün de Kırgızistan...Polis ve asker de destek verince Başkan Akayev ülkeden kaçtı. Devrim de aynı Sırbistan, Gürcistan ve Ukrayna'daki gibi kansız bitti. Ve üç ülkedeki gibi bu halk hareketinin ardında da aynı kişinin gölgesi var: George Soros.... Soros'un bu ülkelerdeki muhalefete her türlü yardımı yaptığı öne sürülüyor...Sırbistan, Ukrayna, Gürcistan'dan sonra Kırgızistan'daki muhalif hareketin destekçisi de ABD'li yatırımcı George Soros çıktı. Soros'un ülkedeki vakfının başkanı "Destegimizi sivil topluma yönelttik" dedi....

Halk hareketi ve yine Soros'un adının geçmesi üzerine vakfın Kırgızistandaki kolunu aradık. On yılı aşkın süredir ülkede hizmet veren Açık Toplum Enstitüsü (OSİ) Başkanı Medet Tiulegenov, "ülke içinde yaşanan gelişmelerle doğrudan bağlantılan olmadığını" belirtti. Desteklerini sivil topluma yönelttiklerini vurgulayan Tiulegenov, seçimlere güven duyulmaması ve şeffaflığın olmaması nedeniyle halkın mutsuz olduğunu ileri sürdü. Kırgızistan'da enstitü olarak medyanın bağımsızlığını desteklediklerini, sivil toplum örgütlerine yardımcı olduklarını, insan hakları projelerini ve yasal reformlarının gelişmesini sağladıklarını söyledi. 3-4 milyon dolarlık bütçe ile çalışmalarını sürdürdüklerini belirten Tiulegenov şöyle devam etti: Toplam 40 kişiyiz. Biz burada eğitime önem veriyoruz. Öğretmenlere de eğitim veriyoruz. Kitaplar basıyoruz. Gazetecilerle ortak çalışıyoruz. Azınlıklara yardımcı oluyoruz...

lararası ilişkiler nazara alındığında düzenlemenin ne kadar yetersiz olduğu açıktır¹⁴⁸.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun getirdiği bu değişiklikler yanında dikkatimizi çeken bir husus da şudur: Yeni Vakıflar Kanunu'nun 25.maddesinde; sadece, vakıflardan (yurt içi ve yurt dışında kurulan tüm vakıflardan) bahsedilmesine ve aynı hükümlere tâbi tutulmasına karşın; Dernekler Kanunu'nda, "*Türk dernekleri ve yabancı dernekler*" farklı hükümlere tâbi tutulmuştur. "*Türk dernekleri*"nin uluslararası faaliyetleri için, *görüş veya izin şartı aranmazken*; "*yabancı dernekler*" için, yerinde bir düzenleme ile, Dışişleri Bakanlığı'nın *görüşü* ve İçişleri Bakanlığı'nın *izni* aranmıştır.

"*Türk ve yabancı dernekler*" ayırımını getiren, Dernekler Kanunu'nun 5.maddesinin (Türk derneklerini düzenleyen) I.ve (yabancı dernekleri düzenleyen) II.fıkrasına ve Türk Medenî Kanunu'nun 91 ve 92.maddelerine benzer bir ayırımın, vakıflar için de yapılmasının; Türk ve yabancı vakıfların, aynı şekilde, farklı koşullara tâbi tutulmasının yerinde olacağı görüşündeyiz.

Ayrıca; yabancı vakıfları düzenleyen Dernekler Yönetmeliği'nin 21-30. maddelerindeki hükümlere paralel hükümler de, Yeni Vakıflar Kanunu'nda ve Yeni Vakıflar Kanunu'na ek olarak çıkarılacak Yönetmeliklerde düzenlenmelidir. Ayrıca **Türk Medeni Kanunu'nun 117. maddesinin II.fıkrasına** göre de; "*derneklerin uluslararası faaliyette bulunmalarına ve üst kuruluş kurmalarına ilişkin hükümler kıyas yoluyla vakıflar hakkında da uygulanır*" hükmü göz önünde tutulmalıdır.

Tasarı'da bulunmayan ve sonradan Kanuna eklenen, Yeni Vakıflar Kanunu'nun **2.maddesinin II.fıkrasındaki**; tüm kanuna egemen olan genel bir ilke, «*karşılıklık ilkesi*», vakıfların uluslararası, özellikle yabancı vakıfların, Türkiye'deki faaliyetlerinde dikkat edilecektir. 2.maddenin II. fıkrasına göre; "*bu Kanunun uygulanmasında milletlerarası mütekabiliyet ilkesi saklıdır*». Böylece; kanunun uygulanması sırasında, «yabancı» bir unsur söz konusu olduğunda, daima karşılıklık ilkesi aranacaktır. Türk Medenî Kanunu'nun 92.maddesinde kaldırılan, "*karşılıklık*" ilkesini, dernekler açısından da aranmasında yarar vardır.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun **25.maddesinin II.fıkrasına göre**; "*vakıflar, yurt içi ve yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdi bağış ve yardım alabilirler, yurt içi ve yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere aynı ve nakdi bağış ve yardımda bulunabilirler. Nakdi yardımların yurt dışından alınması veya*

Açık Toplum Vakfı'nın 2004'te Türkiye'de desteklediği projeler arasında, Bağımsız Türkiye Komisyonu'nun Avrupa'da Türkiye Çalışması; Batman Kadın Merkezi'nin Kadın İnsan Hakları Eğitimi Projesi; Bilgi Üniversitesi'nin Avrupa'lı Türkler Araştırması; Boğaziçi Üniversitesi'nin çeşitli Araştırma Projeleri; Diyarbakır Barosu'nun, Herkes için Adalet Projesi bulunuyor".

¹⁴⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t. 17.11.2006), (Adalet Komisyonu Raporu, Karşı Oy Yazısı).

yurt dışına yapılması banka aracılığı ile olur ve sonuç Genel Müdürlüğe bildirilir¹⁴⁹. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikle düzenlenir.” Vakıfların yardım alması ve yardımda bulunması konusunda da; 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun 10. ve 21. maddeleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararlar göz önüne alınmalıdır.

5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun 10. maddesinin I. fıkrasıyla; 13.maddesinin I.fıkrası ve 21. maddesinin, Anayasa’nın 2., 10., 11., 13., 33. ve 69. maddelerine aykırılığı ileri sürülmek suretiyle, anılan maddelerin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1.12.2004 tarihli ve E: 2004/107, K: 2004/12 sayılı yürürlüğün durdurulması istemine ilişkin kararında, 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun 10. maddesinin¹⁵⁰ birinci fıkrasında yer alan “...adı geçen kurumlara maddî yardımda bulunabilirler” ibaresinin siyasi partiler yönünden, Anayasa’ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğabileceği gözetilerek yürürlüğünün durdurulmasına;

Yasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasının kalan bölümünün ve 21. maddesinin yürürlüklerinin durdurulması isteminin ise reddine karar vermiştir¹⁵¹.

Daha sonra, Anayasa Mahkemesi bu davayı, 05.04.2007’de bu davayı karara bağlamış ve kısmî durdurma ve kısmî red kararı vermiştir¹⁵².

149 Tasan’daki; “yurt dışı nakdi yardımların banka aracılığıyla alınması ve Genel Müdürlüğe bildirilmesi zorunludur” ifadesi Kanun’daki şekilde değiştirilmiştir.

150 “Yardım ve işbirliği” başlığını taşıyan 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun 10.maddesine göre; “Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklerden, siyasi partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve meslekî kuruluşlardan maddî yardım alabilir ve adı geçen kurumlara maddî yardımda bulunabilirler. 5072 sayılı Demek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, dernekler kamu kurum ve kuruluşları ile görev alanlarına giren konularda ortak projeler yürütebilirler. Bu projelerde kamu kurum ve kuruluşları, proje maliyetlerinin en fazla yüzde elli oranında aynı veya nakdî katkı sağlayabilirler”.

151 Anayasa Mahkemesi’nin 01.12.2004 T., e.2004/17, K.2004/112 sayılı Kararı (RG.07.12.2004, S.25663).

152 Anayasa Mahkemesi’nin, 05.04.2007 tarihli kararı, E.2004/107, K.2007/15, (RG 18.04.2007, s.26497): “A- 1- 10. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “... ve adı geçen kurumlara maddî yardımda bulunabilirler” bölümünün siyasi partiler yönünden, 2- 13. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Üye sayısının 100 kişiden çok olması şartıyla ...” ibaresi, 5.4.2007 günlü, E. 2004/107, K. 2007/44 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölüm ve ibaresinin, uygulamalarından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

Ayrıca; TBMM Üyeleri tarafından, 5253 sayılı Demekler Kanunu'nun **10. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... siyasi partilerden, ..."** sözcükleri ile **13. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Üye sayısının 100 kişiden çok olması şartıyla..."** ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 11., 13., 33. ve 69. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek, iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi isteminde bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi de, 29.12.2004 tarih ve E: 2004/108, K: 2004/15 sayılı kararında; belirtilen bu hususların Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğabileceği gözetilerek **yürürlüklerinin durdurulmasına karar vermiştir**¹⁵³.

Ayrıca, **Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair Kanun'un 2/G maddesine göre;** "Kamu kurum ve kuruluşlarının bütçelerinden bu Kanun kapsamındaki¹⁵⁴ dernek ve vakıflara ödenek, yardım veya herhangi bir kaynak aktarılamaz"¹⁵⁵.

VII. YENİ VAKIFLAR KANUNU'NDA, VAKIFLARIN İKTİSADİ

*B- 1- 10. maddesinin birinci fıkrasının "Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı demeklerden, siyasi partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve mesleki kuruluşlardan maddi yardım alabilir" bölümüne,
2- 21. maddesine,yönelik iptal istemleri, 5.4.2007 günlü, E. 2004/107, K. 2007/44 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde ve bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 5.4.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi."*

- ¹⁵³ Anayasa Mahkemesi'nin, 29.12.2004 tarih ve E: 2004/108, K: 2004/15 sayılı yürütmeyi durdurma kararı 31.12.2004 tarihli, 25687 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanmıştır. Ayrıca bu konuda bkz. **ÖZDAMAR/ERTÜRK/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN/DEĞER: 5253 Sayılı Yeni Demekler Kanunu ve İlgili Mevzuat**, (Kartal Yayınevi), Ankara 2006, "Okuyucunun Dikkatine" kısmı.
- ¹⁵⁴ 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun'un (RG 29 Ocak 2004 t., S.25361) uygulanmasına yönelik olarak, İçişleri Bakanlığı Demekler Dairesi Başkanlığı'nın, 10.02.2004 t., B050DDB0000074/4-96 sayılı Genelgesi.
- ¹⁵⁵ "Dava, vakıf senedindeki değişikliğin tescili talebine ilişkindir. Değişiklik ile vakfın kamu kurum ve kuruluşlarından yardım alması öngörülmüştür. Kanunla kurulanlar hariç, vakıflar kamu kurum ve kuruluşlarından yardım alamazlar. Senette yapılan değişiklik yasaya aykırı olduğundan tescil talebinin reddi gerekir... Davalı, K. Hizmet Vakfının vakıf senedinin, Beyoğlu 21. Noterliğinin 27.01.2000 gün ve 03112 yevmiye nolu düzenleme şeklindeki vakıf resmi senedinin vakfın amacını gerçekleştirmek için yapabileceği iş ve işlemleri düzenleyen 4. maddesine getirilen değişiklikle "vakfın, kamu kurum ve kuruluşlarından nakti ve aynı yardım alması" öngörülmüştür. Böyle bir düzenlemenin yapılmasında mahkemenin hüküm tarihi itibari ile yasal bir engel bulunmamakta ise de karar henüz kesinleşmeden temyiz aşamasında yürürlüğe giren 5072 Sayılı Yasanın 2. maddesinin (g) bendinin "Kamu kurum ve kuruluşlarının bütçelerinden bu yasa kapsamındaki demek ve vakıflara ödenek yardım veya herhangi bir kaynak aktarılamaz" buyurucu hükmü karşısında sözü edilen değişikliğin bu yasa kuralına aykırılık oluşturduğu anlaşılmakta hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir": **Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2005/6510, K. 2005/7706, T. 20.7.2005**; aynı doğrultuda: **Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2005/1056, K. 2005/966, T. 21.2.2005** (Kazancı Hukuk Otomasyon).

İŞLETME VE ŞİRKET KURMALARI HUSUSU

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 26.maddesine göre; “*vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadî işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler.*”

Genel Müdürlük; Bakanlar Kurulu kararıyla Genel Müdürlük ve mazbut vakıfların gelirleri ve akar malları ile iktisadi işletme veya şirket kurmaya yetkilidir. Şirket hisseleri ve hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesi, paraya çevrilmesi, değerlendirilmesi ve bunlara bağlı her türlü hakkın kullanılması ile ortaklık paylarına bağlı hakların kullanılması Genel Müdürlük tarafından yürütülür.”

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 26.maddesinin gerekçesinde; “*günümüz koşullarında bir tüzel kişinin gelir elde edebilmesi için şirket veya iktisadi işletme kurması gerekliliği realitesi ile...*” vakıflara iktisadî işletme ve şirket kurabilme yetkisinin verildiği belirtilmektedir. Yine gerekçede; “*Mevcut mevzuatta yeni vakıfların iktisadi işletme ve şirket kurmaları izne tabi iken*”, yeni düzenlemeyle, Genel Müdürlüğe **bilgi** vermek şartı yeterli görülerek, iktisadi işletme ve şirket kurma kolaylaştırılmıştır. Ayrıca; bu hak, sadece yeni vakıflara değil, diğer vakıflara da sağlanmıştır. Buna karşın; **Genel Müdürlük ve mazbut vakıfların gelirleri ve akar malları ile iktisadi işletme veya şirket kurulabilmesinde ise, Bakanlar Kurulu'nun kararı** öngörülmüştür (YVK.m.26/II) denmektedir.

Oysa; “**mevcut mevzuatımızda**” “**yeni**” vakıfların, iktisadî işletme ve şirket kurmalarını ve hatta; vakıfların iktisadî amaçlarla kurulmalarını engelleyen ve izne bağlayan bir hüküm mevcut değildir. Yalnızca; **Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 76.maddesinin c bendine**¹⁵⁶ göre; “*mülhak vakıflar*”¹⁵⁷, “*Vakıflar İdaresinin*

156 **Ticaret Sicili Tüzüğü**, (Bakanlar Kurulu Kararnamesi: No.4/8604 - 2 Şubat 1957, R.G: 8 Şubat 1957 - Sayı: 9530, 3.t. Düstur, c.38 - s.300). TST'nün (sekizinci kısımda yer alan), 76.maddesine göre;

“A) Vakıflar Umum Müdürlüğünün kuracağı ticari işletmeler, hususi kanun hükümleri mahfuz kalmak üzere, tescil bakımından ârme hükmü şahısların kurduğu işletmelerin hükümlerine tabidir.

B) 2762 sayılı *Vakıflar Kanununun* 6 uncu maddesi hükmünce *mülhak vakıflardan olan bir vakfın gerektiği takdirde Vakıflar İdaresinin müsaadesiyle kuracağı işletmelerin tescilinde aşağıda yazılı cihetler dahi gösterilir*

I - *Vakfın adı ve eğer mümkünse meydana geliş tarihi,*

II - *İşletmenin kurulmasına ait mütevellî veya mütevellî heyetince verilmiş olan karar ve bunun tasdikına ihtiyaç olan hallerde Vakıflar İdaresinin tasdik tarihi ve numarası,*

III - *Mütevellînin veya mütevellî heyet âzasının adı, soyadı, tâbiyet ve adresleri,*

(29 Temmuz 1998 tarih ve 98/11598 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konulan Tüzüğün 24-c maddesi hükmü gereğince, Sekizinci Kısım ana başlığı ve A alt ayırımında yer alan “Tesisler” ibaresi “Vakıflar” olarak değiştirilmiştir).

müsaadesiyle” işletme kuracağı belirtilmektedir. Bunun dışındaki diğer (özellikle, yeni) vakıflar için, bu şekilde bir izin şartı öngörülmemektedir.

Yeni Vakıflar Kanunu’nda; eski-yeni vakıf ayırımı yapılmadan, tüm vakıflar için, iktisadî işletme ve şirket kurma imkânı getirilmiştir. Ancak; kamuoyunda, bu düzenlemeden, eski vakıflardan sadece cemaat vakıflarının yararlanabileceği; çünkü, diğer mühlak vakıfların, “iktisadî işletme kurma yahut şirketlere katılmaya bünyeleri elverişli olmadığı; sadece **galle fazlası**¹⁵⁸ malı paylaşma nihai amacına göre kuruldukları” belirtilmiştir¹⁵⁹.

Vakıflar esas itibariyle; manevî amaçlı olan tüzel kişilerdir ve dernekler gibi, “*kazanç paylaşma amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişileri*”¹⁶⁰ arasında sayılmak-

IV - İşletmeyi idare ve temsil ile vazifelendirilmiş olan kimse veya kimselerin adı, soyadı, tabiiyeti ve adresleri (İşletmenin idare ve temsili mütevellî veya mütevellî heyeti tarafından deruhte edildiği takdirde bu cihetin ayrıca bildirilmesi lâzımdır).

C) Medeni Kanun hükümlerine tabi tesislerin kurdukları işletmelerin tescilinde aşağıdaki cihetler dahi gösterilir

I - Tesisin adı, merkezi, tesis senedinin tarihi ve mahkemece tescili tarihi ve mahkeme sicilinin sayfa numarası ve tescil eden mahkemenin adı,

II - Tesisin gayesi,

III - Tesisin idare ve temsil ile vazifelendirilmiş olanların adı soyadı tâbiyeti ve adresleri ve tesis namına imzaya salâhiyetli bulunanların nasıl imza atacakları,

IV - İşletmenin kuruluşuna ait salâhiyetli uzuv tarafından verilmiş kararın noterce tasdikli örneği ve ihtiyaç olan hallerde teftiş makamının izin veya tasdikine ait vesikanın tarihi ve varsa numarası,

V - Medeni Kanununun 77 inci maddesi hükmünce tesisin teftişi ile vazifeli makam hangi makam olduğu”.

157 Mühlak vakıflar içine, cemaat vakıfları da girmektedir.

158 **Galle fazlası:** Mazbut ve mühlak vakıflarda, vakfın hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerin ifasından sonra kalan miktarı ifade eder (YVK.m.3).

159 “...mühlak vakıflar, aile fertlerine nesilden nesile gelir dağıtılması amacına yönelik olarak kurulmuşlardır ki, batı hukukunda « aile fideikomisi » olarak adlandırılan ortaçağ kökenli bu sistem, miras hukuku anlayışla uyumlanmayan yapısı sebebiyle çağdaş hukuk düzenlerince benimsenmemiş ve yasaklanmıştır. Aslında bu sistemin, bu vakıfların kurulduğu dönemdeki hukuk düzeni ile de bağdaşmadığı bilinmektedir. Hal böyle iken, tamamen istisnai nitelik taşıyan bu vakıflara ve bu vakıfların bir türü olan ve yine Yunanistan dışındaki batı dünyasında örneği bulunmayan cemaat vakıflarına sürekli gelişme, büyüme ve sanki hukuk düzenine uygun kurulumlanmış gibi her türlü hak ve fiil ehliyetine sahip olma olanağı verdiği için, en azından Cumhuriyetin nitelikleriyle bağdaşır değildir...Aslında, « bu düzenlemeden istifade edebilecek eski vakıflar, sadece cemaat vakıflarıdır... Mühlak vakıfların iktisadî işletme kurma yahut şirketlere katılmaya bünyeleri elverişli değildir. Sadece galle fazlası malı paylaşma nihai amacına göre kurulmuş bu vakıflar bağış da alamazlar. Bu vakıfların uluslararası ilişkileri de söz konusu olamaz. Öyleyse, bu fikranın yegane hedefinin, güya eşitlik görüntüsü içerisinde tamamen cemaat vakıflarına Medeni Kanuna tabi vakıflarla aynı hak ve yetkilerin tanınması amacını güttüğü, böylece eski vakıflar arasında cemaat vakıfları lehine kayırmacı sonuçlar doğuracağı açıktır...» :http://www.denetde.org.tr/gorus_de_gerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

160 ÖZTAN, (Tüzel Kişiler), s.13 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/ OKTAY, Saibe/ SELİÇİ, Özer: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 7.B., (Filiz Kitabevi), İstanbul 2002, s.174.

ta ve amaçlarını gerçekleştirmek için ticarî işletme işletebilecekleri, iktisadî faaliyette bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Bu durumda, vakfın amacı ticarî işletme işletmek değildir. Buna karşılık; kanunda bir açıklık olmadığından, baştan itibaren, (iktisadî bir amaçla) ticarî işletmek amacı ile vakıf kurulup kurulamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır¹⁶¹.

Bazı yazarlar bu tür bir amacı reddetmektedirler. Baştan itibaren iktisadî amaç güden vakıf kurulamayacağı görüşünde olan yazarlar, bu düşüncelerini şu gerekçelere dayandırmaktadırlar: Öncelikle; vakıf kavramının özünden, tarihsel kökeninden, tüzel kişiler hukukuna egemen olan tipe bağlılık¹⁶² ve hukukî görünüşe güvenin korunması ilkelerinden, vakfın ticarî bir amaçla kurulamayacağı sonucu ortaya çıkar¹⁶³. Aynı şekilde; Türk Hukukunda, vakfa benzer bir kurum, mal topluluğu türünde bir ticaret kuruluşunun kabul edilmediği için¹⁶⁴, vakfın ticarî bir amaç güdemeyeceği belirtilmektedir¹⁶⁵.

Kabulü lehinde olan yazarlar; mevzuatımızda, vakıfların iktisadî amaçlarla kurulmalarını engelleyen bir hüküm olmadığından, Türk Medenî Kanunu'nun 101.maddesinin IV.fikrasında ve Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 6.maddesinde belirtti-

161 OĞUZMAN/ OKTAY/ SELİÇİ, s.274.

162 "Numerus clausus der Gesellschaften, der juristischen Personen, der Stiftungen": Şirketler, tüzel kişiler ve vakıflarda numerus clausus (sınırlı sayı ve tipe bağlılık) ilkesi hakkında bkz.: WIGET, Niklaus: Gläubigerschutz bei nichtigen Familienstiftungen, (Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich), (Schulthess Polygraphischer Verlag AG), Zürich 1972, s.18 vd.

163 SEROZAN, s.91 (naklen: OĞUZMAN/ OKTAY/ SELİÇİ, s.274).

164 "...olan hukuk bakımından bakıldığında, vakıfların sırf ekonomik amaca yönelik olarak kurulmasına bir engel yoktur. ... Olması gereken hukuk bakımından ise, tarihî süreç içerisinde hep Türk Milleti'nin güçlü dayanışmasının, insan sevgisinin bir simgesi olan vakıfların sırf ekonomik bir amaç ile kurulmaları imkanının kapatılması fikrindeyim. Bu ulvî düşüncelerden başka, alınması gereken önlemler ile, esasında bir şirket aracılığı ile gerçekleştirilebilecek ekonomik amacın, -Türk Hukuku bakımından caiz olmayan "tek kişilik şirketin vakıf kurarak kanuna karşı hile yoluyla gerçekleştirilmesinin önlenmesi- fikri de bu kanaatimi desteklemektedir. Ayrıca ekonomik amaç güden vakıf görünümündeki bir işletmenin, 903 sayılı Kanunla getirilen vergi muafiyetini bu şekilde elde edebilmesi tehlikesi, görüşümüzü daha da kuvvetlendirmektedir.": OCAK, Nazmi: "Vakıf Çeşitleri ve Ticarî İşletme İşleten Vakıfların Tacir Sıfatı", Selçuk Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Şakir Berki'ye Armağan, C.5, 1996, S.1-2, s.247.

165 HATEMİ, (Kişiler Hukuku), s.148 (naklen: OĞUZMAN/ OKTAY/ SELİÇİ, s.274); DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2006, s.342: "Kanaatimce de, tüzel kişiler alanındaki sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesinin vakıfların ticarî işletme işletmek amacıyla kurulmasına engel olduğu kabul edilmelidir. Nitekim, hukuk sistemimizde mal topluluğu niteliğinde kazanç paylaşma amacına yönelik tüzel kişi tipi düzenlenmiş değildir...Ayrıca vakıfların hukukumuzda öteden beri ifa ettiği sosyal işlev göz önünde tutulursa, vakıf tüzel kişiliğinin ekonomik amaçlara kapalı bir tüzel kişi olduğu sonucuna varılması yerinde olacaktır".

len yasak amaçlar arasında, ekonomik amacın yer almamış olmasından dolayı¹⁶⁶, vakıfların iktisadî amaçla kurulabileceğini kabul etmektedirler¹⁶⁷. Bu görüşte olan yazarlara göre; vakfın temel unsurlarından birisi de; yeterli malın, belirli bir amaca özgülenmesidir. Amaç, vakfın faaliyetlerinin yöneldiği ve kendisine ulaşılmak üzere vakfın mallarının harcandığı hedeftir. Vakfı kuran kişi, amacı dilediği gibi belirleyebilir. Vakfı kuran, ideal (manevî) bir amaç seçebileceği gibi, ekonomik bir amaç da seçebilir. Çünkü; vakıfların, dernekler gibi ideal amaç gütmesi zorunlu olmayıp, ekonomik amaçlar da güdebilirler. Buna bağlı olarak, ticarî bir işletmeyi işletmek üzere faaliyette bulunan vakıflara, “işletme vakıflar”¹⁶⁸ ya da “tacir vakıflar” da denilmektedir¹⁶⁹.

Vakıfların iktisadî amaçla kurulabileceğini kabul eden bir kısım yazar ise; (belli şartlar dahilinde), ticari işletme sahibinin ticari işletmenin devamlılığını sağlamak için, vakıf kurma yoluna başvurulabilmesine cevaz vermektedirler. Bu halde; ticarî işletmeden elde edilen kazancın tahsisi yönü vakıf senedinde belirtilecektir. Vakıf senedinde, mirasçıların kazançtan pay talep etmeleri, kazancın ticari işletmede çalışanlara tahsis olunması veya sermayeye eklenmesinin kabul edilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Ancak; bu durumda, kazancı sarf biçimi de, vakfın bir amacını meydana getirmektedir¹⁷⁰.

Vakıfların, sosyal amaçlarının yerine getirilmesi için gelir kaynaklarının en uygun şekilde işletilmesi zorunluluğu, vakıfların iktisadî yönünü oluşturur. Vakıf malları ne kadar iyi ve verimli şekilde işletilirse, güdülen amaç da o denli uygun bir şekilde gerçekleşmiş olur. Vakıfların emlakinin kiralanması, Vakıf Paralar Sandığı¹⁷¹, Zeytinlik ve Ormanlıkları, Sularının İşletilmesi de hep bu iktisadî yön ile

166 DURAL/ÖĞÜZ, s.342.

167 “Nitekim kamu iktisadî teşebbüsleri Türk Hukukunda da iktisadî amaçlarla vakıf kurulabileceğinin en güzel örneğini vermektedir”: AKİPEK/AKINTÜRK, s.535; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.640 vd.; “Vakıf kuran kişi, amacı dilediği gibi belirleyebilir Vakıf kuran ideal (manevî) bir amaç seçebileceği gibi, ekonomik bir amaç da seçebilir. Çünkü vakıfların, ille de dernekler gibi ideal amaç gütmesi zorunlu olmayıp, ekonomik amaçlar da güdebilirler.”: ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s.202. Ayrıca bu konu ile ilgili olarak bkz. ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 7.B., (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:404), Ankara 2004, s.118, dipnot:4’deki yazarlara.

168 “Unternehmensstiftungen”: Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SEİFART, s.269 vd.

169 ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.640 vd.

170 OĞUZMAN/OKTAY/SELİÇİ, s.274, dipnot 302-303’de belirtilen yazarlar.

171 Üzerinde vakfın adı yazılı torbalar içinde bulunan bu paralar, mütevelliler nezdinde bir sandığa konularak muhafaza edilir ve şer’i mahkemelerin emri ve idaresi altında bulunurdu. Bu paralar; gerektiğinde ödünç verilebilirdi. Bu paralar ile ilgili (ödünç verme, işletme gibi) işlemler, “Vakıf Paralar İdaresi” tarafından yerine getirilmiştir: (20 Cumhuriyet Yılında Vakıflar, T.C. Vakıflar Umum Müdürlüğü), (Başvekâlet Devlet Matbaası), Ankara 1943, s.9 vd.

ilgilidir¹⁷². Vakıflar; Osmanlı ekonomisi içinde, büyük bir rol oynuyordu ve Osmanlı ekonomisinin *beşte biri*, vakıfların elinde idi. Vakıflar özellikle, zirai işletmecilik imalat sanayi, ticaret merkezi, konut sektörü, istihdam, para ve sosyal hizmetler konularında ülke ekonomisinde belirli ve önemli bir paya sahipti¹⁷³.

Uygulamada ise; vakıfların çeşitli iktisadî işletmeleri bulunmaktadır¹⁷⁴:

1) Bir ticarî işletme, vakfın kuruluşunda “*malvarlığı*” olarak tahsis edilebilir. Örnek “Misbah Muhayeş Vakfı”. İstanbul’da Pera Palas Otelinin sahibi olan Misbah Muhayeş, sahibi olduğu otel işletmesini kurduğu vakfa tahsis etmiştir.

2) Vakıf, işletmeden elde edeceği “*geliri gayesini gerçekleştirici çalışmalarında kullanmak üzere*” bir ticari işletme kurabilir. Örnek Ankara’daki “Ziraat Bankası Personeli Yardımlaşma Vakfı”nın kurduğu “Zerbank Personeli Yardımlaşma Vakfı İşletmesi” sigortacılık ve hayvan ithalâtı ile uğraşmaktadır. Sosyal yardımlaşma kavramı ile işletmenin uğraşma konuları arasında bir yakınlık yoktur. Maksat, işletmenin bağlı olduğu vakfa gelir sağlamaktır.

3) Vakıf, gayesini gerçekleştirici çalışmalar yaparken “*bazı ticari işlemlere ihtiyaç duyacağı için*” ticari işletme kurabilir. Çalışma alanı çok geniş olan modern vakıflarda bu sistem görülmektedir. Ankara’da, “Türkiye Kalkınma Vakfı”, kırsal bölgelerde yürüttüğü çalışmaları ve tarımsal projelerinde; hayvan yemi, damızlık hayvan ve pazarlama ihtiyaçlarını karşılamak üzere, “Türkiye Kalkınma Vakfı Zirai, Sınai ve İktisadî İşletmeler Döner Sermaye Müessesesi”ni kurmuştur.

Türk Ticaret Kanunu’nda “*ticarî işletme*” özel olarak tanımlanmamış, sadece hangi müesseselerin ticarî işletme sayılacağı belirtilmiştir (TTK.m.11,12 ve13). Türk Ticaret Kanunu’nun 28.maddesine dayanılarak çıkarılmış olan, Ticaret Sicili Tüzüğü’nün (TST) 14.maddesinin II.fıkrasına göre; “*bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17 nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz*”¹⁷⁵. Bu tanımdan ve doktrindeki görüşlerden de yola çıkarak; gelir sağlamak amacıyla, devamlı ve bağımsız bir şekilde işletilen ve esnaf faaliyetinin sınırlarını aşan faaliyetler, ticarî işletme sayıldığını söyleyebiliriz. Ticarî işletmenin hukukî niteliğine gelince; ticarî organizasyon ve kazanç imkânlarında ifadesini bulan bir faaliyet çevresi ile, buna bağlı hak, mal ve borçlardan teşekkül eden *iktisa-*

172 Cumhuriyetten Önce ve Sonra Vakıflar, (Vakıflar Umum Müdürlüğü Neşriyatından), (Tarih Kongresi ve Sergisi Münasebete Türk Tarih Kurumuna takdim edilen rapor), İstanbul 1937, s.50 vd.

173 Dünden Bugüne Vakıflar, (Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınlarından), s.23.

174 URAL, s.51-52.

175 ARKAN, s.18 vd.; ayrıca bu konuda bkz: PEMBEÇİÇEK, Fuat: Türk Hukukunda Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar, (Adalet Yayınevi), Ankara 1999.

*dî bir bütünlüktür*¹⁷⁶. Bu tanımdan; *ticarî işletmenin, bir tüzel kişiliği olmadığı* sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁷⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nun 14.maddesinin I.fıkrası uyarınca; "bir ticarî işletmeyi kısmen dahi olsa, kendi adına işleten kişiye *tacir* denir". Buna göre; tacir sıfatının kazanılabilmesi için, öncelikle bir ticarî işletme mevcut olmalı ve bu işletme kısmen dahi olsa, belli bir kişi adına işletilmelidir¹⁷⁸.

Ticarî işletme işleten bir "**dernek**", TTK'nun 18.maddesinin I.fıkrası¹⁷⁹ uyarınca, "*tacir*" sayılır ve bu derneğe ait ticarî işletmenin TST 72-73'e göre, ticaret siciline "*tescil*" edilir. Ticaret siciline tescil edilecek husus, dernek olmayıp, derneğe ait ticarî işletmedir. İşletmenin tescili sırasında, derneğe ait bilgiler de, sicile geçirilir (TST.m.72)¹⁸⁰. Kamuya yararlı derneklere (Afyonkarahisar Maden Suyu İşletmesini işleten Kızılay Derneği gibi derneklere) gelince; bunlar, tacir sayılmazlar (TTK.m.18/II). Ancak; kamuya yararlı derneğin de ticarî işletmesini, ticaret siciline kaydettirmesi gerekir (TST m.75). **Bu durum karşısında, kamuya yararlı derneğin işletmesi, tüzel kişiliği olmasa da tacir sayılır. Böylece ortaya tüzel kişiliği olmayan ve dolayısıyla taraf olma ehliyeti de bulunmayan¹⁸¹ bir tacir grubu çıkmıştır¹⁸².**

Türk Ticaret Kanunu'nun 18.maddesinin I.fıkrası uyarınca; ideal (manevî) gayesini gerçekleştirmek için, ticarî işletme işleten "**vakıflar**" da tacir sayılır¹⁸³. Tica-

¹⁷⁶ ARKAN, s.33.

¹⁷⁷ Aksi görüş için bkz. URAL, s.52: (Yukarıda belirtilen her üç örnek için de şu ifade kullanılmaktadır): "Her üç şekilde de; ticarî işletmeler, bağlı oldukları vakıflardan ayrı tüzel kişiliği ve yönetime sahip bulunmaktadırlar". Ayrıca; vakfın değil, vakfa ait tüzel kişiliği bulunmayan ticarî işletmenin tacir sayılması yolundaki görüş için bkz. İŞERİ: Vakıflar ve Sorunları, s.82 (naklen: ARKAN, s.119, dipnot:1).

¹⁷⁸ ARKAN, s.108 vd.

¹⁷⁹ Türk Ticaret Kanunu'nun 18.maddesine göre; "Ticaret şirketleriyle, gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilâyet, belediye gibi âmme hükmi şahıslar tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler dahi tacir sayılırlar. Devlet, vilâyet ve belediye gibi âmme hükmi şahıslar ile umumi menfaate hadim cemiyetler, bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya, ister âmme hukuku hükümlerine göre idare edilen ve işletilen bir hükmi şahıs eliyle işletsinler kendileri tacir sayılamazlar".

¹⁸⁰ ARKAN, s.117 vd.

¹⁸¹ ARKAN, s.118.

¹⁸² Acaba böyle bir işletmenin (tacir) iflâsı istenebilir mi? Tüzel kişiliği olmayan bu işletmelerin taraf ehliyetleri bulunmadığından, aleyhlerine iflâs takibi yapılamayacağı, bunları kuran ve tacir sayılmayan kamuya yararlı demek aleyhine haciz yoluyla takip yapılabileceği ifade edilmiştir (KURU, **Ba-ki**: İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, s.30 vd.- naklen: ARKAN, s.118).

¹⁸³ ARKAN, s.118. OCAK ise, bu noktada bir ayırım yapmaktadır: "Kamu tüzel kişisi niteliğindeki vakıflar (mülhak ve mazbut vakıflar) ile Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün ticari işletmeleri durumun-

ret Sicili Tüzüğü'nün 76.maddesi uyarınca da; vakfa ait işletmelerin ticaret siciline "tescili" gerekir¹⁸⁴.

Gelirlerinin önemli bir kısmı, kamu hizmeti niteliğindeki hizmetlerin yerine getirilmesine tahsis olunan vakıfların (4962 sayılı Kanun m.20), ticarî işletme işlemele-ri halinde, açık bir yasal hüküm bulunmaması karşısında, bunların da kamuya yararlı vakıf sayılıp sayılmayacağı ve tacir sıfatları tartışılabilir. Eğer, kamuya yararlı derneklerin tacir sayılmamasını hükme bağlayan, TTK.m.18/II'nin kıyasen ve bu tür

da tacir sayılmaları mümkün değildir. Oysa MK. Hükümlerine göre kurulan ve kurulacak olan vakıflar, bu durumda tacir sıfatını kazanırlar ve tacir olmanın sonuçlarına muhatap kabul edilirler. Buna karşılık 903 sayılı Kanuna göre kamu görevi niteliğindeki işleri gören vakıflar ticarî işletme işletmeler dahi tacir sayılmaz. TK.m.18/II'ye kıyasen bunların işlettikleri işletmeleri tacir kabul etmek, demeklerle ilgili düzenlemeyle eşitsizlik ortaya çıkmasını önlemeye yöneliktir": OCAK, s.251, ayrıca s.247 vd.

184 Türk Hukuku'na göre; "**vakıflar**", asliye mahkemesi nezdinde tutulan sicile kayıt ile tüzel kişilik kazanırken (TMK.m. ...); İsviçre Hukuku'na göre; (ticarî bir işletme işletsin işletmesin) bütün "**vakıflar**", "**ticaret siciline**" kaydedilmekte ve bu şekilde tam olarak hak ehliyetine (tüzel kişiliğe) sahip olmaktadır (Art.81 ZGB): **EBERLE, Robert**: Die Behandlung der Stiftungen im schweizerischen Recht, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universitaet Bern), (Gedruckt bei Staempfli&Cie), Bern 1929, s.66 vd.

"**Dernekler**" açısından konuya bakıldığında; İsviçre Hukuku'na göre; "ticarî işletme işleten dernekler", "**ticaret sicili**"ne kaydolmak zorundadır (Art. 61, Abs.1 ZGB). Diğer (ticarî işletme işletmeyen) dernekler ise, bu konuda (ticaret siciline tescil konusunda) serbesttir (Art. 61, Abs.2 ZGB). Ancak; ticaret siciline, zorunluluk sonucu değil de, ihtiyarî olarak (istekleri sonucu) kaydolan dernekler, bir ihtilaf durumunda, yazılı tüzükleri olmadığı veya hukuka aykırı amaç güttükleri gibi iddialara karşı ispat yükünden kurtulurlar. İhtiyarî şekilde, ticaret siciline kayıt; defter tutma dışında, zorunlu olarak ticaret siciline kayıt ile aynı hukukî sonuçları (iflâs vs.) doğurur: **HEINI, Anton/PORTMANN, Wolfgang/SEEMANN, Matthias**: Das Schweizerische Vereinsrecht, Band II/5 der Buchreihe Schweizerisches Privatrecht, hrsg von **TERCIER, Pierre**, 3. Aufl., (Helbing, & Lichtenhahn Verlag), Basel 2005, s.68 vd.

Alman Hukuku'na göre ise; ticarî işletme açısından "**dernekler**", iktisadî amaç güden ve iktisadî amaç gütmeyen (ideal) dernekler olarak gruplandırılmıştır. Alman Hukuku'nda, derneğin ekonomik (iktisadî) amaç gütmemesi, kazanç paylaşma amacına sahip olması mümkündür. Ancak, bu durumda, ekonomik amaç takip eden ve takip etmeyen dernekler farklı hükümlere ve şartlara tâbi kılınmıştır. Alman Hukuku'na göre; eğer derneğin ekonomik bir amacı yoksa, tüzel kişiliği (hak ehliyetini) kazanması (BGB §21) "**normatif**" sistemin bir çeşidi olan tescil sistemine; ekonomik bir amaç takip eden bir dernek söz konusu ise, devletten alınacak izne, yani "**izin sistemi**"ne (BGB §22) tâbi kılınmıştır.

"**Ekonomik Amaç Gütmeyen Dernek**" başlığını taşıyan Alman Medeni Kanunu (BGB) §21'e göre; "Ekonomik amaç gütmeyen bir dernek; yetkili sulh mahkemesi nezdindeki dernek siciline kayıtlı tüzel kişilik (hak ehliyetini) kazanır."

"**Ekonomik Amaç Güden Dernek**" başlığını taşıyan Alman Medeni Kanunu (BGB) §22'e göre ise; "Ekonomik amaç güden bir dernek; özel hükümler yoksa, devletin vereceği izinle tüzel kişilik kazanır.

Bu izin yetkisi, derneğin yerleşim yerinin bulunduğu Federe Devlete aittir."

Uygulamada bu iki dernek tipini ayırt etmek oldukça güçtür: **REICHERT, Bernhard**: Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 10. Aufl., München, (Neuwied Luchterhand) 2005, s.6-7.

dernek ve vakıflar arasında eşitsizlik yaratmamak gerekçesi ile; kamuya yararlı vakıflara uygularsak, bunlar da tacir sayılmayacaktır. Buna karşı ortaya çıkan argümanlara baktığımız zaman; 4962 sayılı Kanun'un bu vakıfları, sadece vergi muafiyeti bakımından, özel bir statüye soktuğu, bu itibarla tacir olup olmama açısından, kamuya yararlı vakıfların, diğer vakıflardan ayrı değerlendirilmesini haklı gösterecek bir gerekçenin bulunmadığı da söylenebilir. Kaldı ki, kamuya yararlı dernekleri tacir saymayan TTK.m.18/II hükmü dahi eleştiri konusu yapılmaktadır¹⁸⁵.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 1.maddesine göre¹⁸⁶; *dernek ve vakıflara ait iktisadî işletmeler, kurumlar vergisine tâbidir*¹⁸⁷. Cemaat vakıflarının kendileri, kurumlar vergisi mükellefi değildir¹⁸⁸. Ancak; bu vakıfların iktisadî işletmeleri varsa, bu işletmeler, kurumlar vergisi mükellefi olmaktadır (KVK.m.4, m.5). Dernek veya vakıflara ait iktisadî işletme sayılabilmek için¹⁸⁹; faaliyetin ticarî, smâî, zirâî olması ve devamlı bulunması ve bu faaliyetin anonim, limited veya kooperatif şirket şeklinde yapılmaması gerekir¹⁹⁰. Meselâ; cemaat vakfına bağlı bir

¹⁸⁵ Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz: ARKAN, s.119.

¹⁸⁶ **5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun** (Kabul Tarihi: 13 Haziran 2006, R.G. 21 Haziran 2006 - Sayı: 26205) 1.maddesi 1.bendine göre; "Aşağıda sayılan kurumların kazançları, kurumlar vergisine tâbidir:

a) Sermaye şirketleri.

b) Kooperatifler.

c) İktisadî kamu kuruluşları.

ç) Dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler.

d) İş ortaklıkları. ...".

¹⁸⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan, "Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)".

¹⁸⁸ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin açıklamaların yer aldığı, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan, "Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin (Seri No:1)" 1.2.4. hükmüne göre; "... demek veya vakıflar (tüzel kişiliği itibarıyla) kurumlar vergisinin konusu dışında olup bunlara ait iktisadî işletmelerin kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunmaktadır. ..."

¹⁸⁹ Kurumlar Vergisi Kanunu'nun, "Mükellefler" başlığını taşıyan, 2.maddesinin b.5 ve b.6 hükümlerine göre; "(5) Demek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler: Demek veya vakıflara ait veya bağlı olup faaliyetleri devamlı bulunan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları dışında kalan ticarî, smâî ve zirâî işletmeler ile benzer nitelikteki yabancı işletmeler; dernek veya vakıfların iktisadî işletmeleridir. Bu Kanunun uygulanmasında sendikalar demek; cemaatler ise vakıf sayılır.

(6) İktisadî kamu kuruluşları ile demek veya vakıflara ait iktisadî işletmelerin kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya iş yerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerini etkilemez. Mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması, kâr edilmemesi veya kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi bunların iktisadî niteliğini değiştirmez".

¹⁹⁰ "Eğer, bu işletme, sermaye şirketi veya kooperatif statüsünde kurulacak olursa, başka bir şart aranmadan 1.maddeye göre, kendiliğinden kurumlar vergisi mükellefi olacaktır": REYNA/ZONANA, s.216.

hastane, okul veya sosyal tesis bu yönüyle iktisadî işletme kabul edilmekte ve kurumlar vergisine tâbi tutulmaktadır¹⁹¹.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun, "İstisnalar" başlığını taşıyan, 5.maddesine göre; " (1) Aşağıda belirtilen kazançlar, kurumlar vergisinden müstesnadır: ...

1) Okul öncesi eğitim, ilköğretim, özel eğitim ve orta öğretim özel okulları ile **Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti**¹⁹² tanınan **vakıflara** veya kamu yararına çalışan demeklere bağlı rehabilitasyon merkezlerinin işletilmesinden, ilgili Bakanlığın görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığının belirleyeceği usuller çerçevesinde beş hesap dönemi itibarıyla elde edilen kazançlar (İstisna, belirtilen okulların ve rehabilitasyon merkezlerinin faaliyete geçtiği hesap döneminden itibaren başlar.)...".

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 4.maddesindeki "muafiyetler"den¹⁹³, (okul,

¹⁹¹ REYNA/ZONANA, s.216.

¹⁹² **903 sayılı Kanun'un, "vergi muafiyeti" başlıklı 4.maddesine göre;** "Bakanlar Kurulunca, gelirlerinin en az %80'ini, nevi itibarıyla genel, özel ve katma bütçeli idareler bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini istihdaf etmek üzere tahsisan kurulacağı kabul edilen vakıflara, tahsis edilen miktar için, vergi muafiyeti tanınabilir".

Ayrıca TMK. Tüzüğü'nün "Vergi Muafılığından Yararlanma Ve Muafılığın Kaybı" başlığını taşıyan 37.maddesine göre; (Değişik: 8/4475 - 19.3.1982) "**Bakanlar Kurulunca, gelirlerinin en az yüzde seksenini, nevi itibarıyla genel, özel ve katma bütçeli idareler içinde yer alan bir hizmet veya hizmetlerin yerine getirilmesini istihdaf etmek üzere tahsisan kurulacağı kabul edilen Vakıflara, bunlara tahsis edilen miktar için vergi muafılığı tanınabilir...**".

Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında 4962 Sayılı Kanun'un (Kabul Tarihi: 30 Temmuz 2003, Resmi Gazete ile Neşir ve İlân: 7 Ağustos 2003 - Sayı: 25192)

20.maddesine göre, "**Gelirlerinin en az üçte ikisini nevi itibarıyla genel, katma ve özel bütçeli idarelerin bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini amaç edinmek üzere kurulan vakıflara, Maliye Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınabilir.**

Bunların vergi muafiyetinden yararlanması ve muafiyetlerinin kaybedilmesine ilişkin şartlar, usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.

Olağan denetimler sırasında veya yaptırılacak özel denetimler sonucunda vergi muafiyeti tanınmasına ilişkin şartları kaybettilerini tespit edilen vakıfların vergi muafiyetleri, birinci fıkrada öngörülen yöntemle kaldırılabilir". Ayrıca bkz.: <http://www.verginet.net/Standarticerik.aspx?ID=51> (e.t.2.4.2007).

Maliye Bakanlığınca, Vakıflara, 4962 sayılı Kanunun 20 inci Maddesi Uyarınca Vergi Muafiyeti Tanınmasına İlişkin Usul ve Esaslar, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, Seri No.83 (RG. 2.9.2003 t., S.25217); ayrıca bu konuda bkz.: **DEMİR, İlhan:** Yeni Vakıfların Temel Kitabı, (Matsa Basımevi), Ankara 2005, s.715 vd.

¹⁹³ **Kurumlar Vergisi Kanunu'nun, "Muafiyetler" başlığını taşıyan, 4.maddesine göre;** "(1) Aşağıda sayılan kurumlar, kurumlar vergisinden muafur: a) Kamu idare ve kuruluşları tarafından tarım ve hayvancılığı, bilimi, fenni ve güzel sanatları öğretmek, yaymak, geliştirmek ve teşvik etmek amacıyla işletilen okullar, okul atölyeleri, konservatuvarlar, kütüphaneler, tiyatrolar, müzeler, sergi-

hastane, tiyatro gibi işletmelerdeki vergi muafıllarından), dernek ve vakıflar (bu arada cemaat vakıfları) yararlanamamaktadırlar. Kısacası; kurumlar vergisi muafiyeti, vakıfların iktisadî işletmelerini kapsamamaktadır¹⁹⁴. Ancak; Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflara bağlı rehabilitasyon merkezlerinin işletilmesinden elde edilen kazançlar için, o da ilgili Bakanlığın görüşü alınmak suretiyle istisna tanınmaktadır. Ayrıca; vergi matrahının tayininde de diğer bazı indirimler yapılmaktadır (KVK.m.10)¹⁹⁵.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, "Muafiyet ve istisnalar" başlığını taşıyan **77.maddesinde** Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazların tüm iş ve işlemlerinin, her türlü vergi, resim, harç ve katılım payından istisna olduğu; yurt içi veya yurt dışında vakıf kültürünü araştırmak, geliştirmek ve desteklemek amacıyla gerçek ve tüzel kişilerin sponsorluk yapabilecekleri ; vakıflar adına kayıtlı taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının; bakım, onarım ve restore edilmesi, yaşatılması, çevre düzenlemesi ve kamulaştırılması dahil, Genel Müdürlüğün kontrolünde gerçek ve tüzel kişilerin kendileri tarafından yapılacak harcamalar, bağış ve yardımlar ile sponsorluk harcamalarının tamamının, Gelir ve Kurumlar Vergisi matrahından düşüleceği; kuruluşunda veya kurulduktan sonra vakıflara bağışlanan taşınır ve taşınmaz malların, Veraset ve İntikal Vergisinden istisna olduğu hususu düzenlenmiş-

ler, numune fidanlıkları, tohum ve hayvan geliştirme ve üretme istasyonları, yanş yerleri, kitap, gazete, dergi yaynevleri ve benzeri kuruluşlar.

b) *Kamu idare ve kuruluşları tarafından genel insan ve hayvan sağlığını korumak ve tedavi amacıyla işletilen hastane, klinik, dispanser, sanatoryum, huzurevi, çocuk bakımevi, hayvan hastanesi ve dispanseri, hayvan bakımevi, veteriner bakteriyoloji, seroloji, distofajin kuruluşları ve benzeri kuruluşlar...*

194 REYNA/ZONANA, s.216-217.

195 *Kurumlar Vergisi Kanunu'nun, "Matrahın Tayini", "Diğer indirimler" başlığını taşıyan 10.maddesine göre;* "(1) Kurumlar vergisi matrahının tespitinde; kurumlar vergisi beyannamesi üzerinde ayrıca gösterilmek şartıyla, kurum kazancından sırasıyla aşağıdaki indirimler yapılır:

c) *Genel ve özel bütçeli kamu idarelerine, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflara ve kamu yararına çalışan dernekler ile bilimsel araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunan kurum ve kuruluşlara makbuz karşılığında yapılan bağış ve yardımların toplamının o yıla ait kurum kazancının %5'ine kadar olan kısmı.*

ç) *(c) bendinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarına bağışlanan okul, sağlık tesisi, 100 yatak (kalkınmada öncelikli yörelerde 50 yatak) kapasitesinden az olmamak kaydıyla öğrenci yurdu ile çocuk yuvası, yetiştirme yurdu, huzurevi ve bakım ve rehabilitasyon merkezi inşası dolayısıyla yapılan harcamalar veya bu tesislerin inşası için bu kuruluşlara yapılan her türlü bağış ve yardımlar ile mevcut tesislerin faaliyetlerini devam ettirebilmeleri için yapılan her türlü nakdî ve aynı bağış ve yardımların tamamı.*

d) *Genel ve özel bütçeli kamu idareleri, il özel idareleri, belediyeler ve köyler, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler ile bilimsel araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunan kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan veya Kültür ve Turizm Bakanlığınca desteklenen ya da desteklenmesi uygun görülen; ..."*

tir¹⁹⁶.

VIII. SONA EREN VEYA DAĞITILAN YENİ VAKIFLARIN MAL VE HAKLARI

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 27.maddesine göre; "sona eren yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar; vakıf senedinde yazılı hükümlere göre, senetlerinde özel bir hüküm bulunmayanlarda ise Genel Müdürlüğün görüşü alınarak mahkeme kararıyla benzer amaçlı bir vakfa; dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar ise Genel Müdürlüğe intikal eder."

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 27.maddesinde; vakfın, "*kendiliğinden*" sona ermesi halinde, tasfiyeden arta kalan mal ve haklar, vakıf senedinde başka bir hüküm bulunmaması halinde, "*benzer amaçlı vakfa*" intikal etmesine karşın; Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 33.maddesinde, "*gayece aynı olan vakfa*" intikal etmektedir. Ayrıca; Yeni Vakıflar Kanunu'nda, intikal "*Genel Müdürlük*" tarafından değil, "*mahkeme kararı*" ile olmakta, Genel Müdürlüğün sadece görüşü alınmaktadır.

Bunun yanında, Türk Medenî Kanunu'nun 54.maddesinin I. fıkrasına göre; "*Tüzel kişinin malvarlığı,...en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna geçer*". Türk Medenî Kanunu'nun 54.maddesinin I. fıkrasındaki "*en yakın amaç*", TMK. Tüzüğün 33.maddesinde; "*gayece aynı*"; Yeni Vakıflar Kanunu'nun 27.maddesinde ise, "*benzer amaç*" şeklinde düzenlenmiştir. Malvarlığının intikal edeceği yer olarak; Türk Medenî Kanunu'nda; "*kamu kurum ve kuruluşu*" gösterilmiş iken, TMK. Tüzüğün 33.maddesinde ve Yeni Vakıflar Kanunu'nda "*vakıf*" olarak gösterilmiştir.

Bu durumda, TMK. Tüzüğün 33.maddesinin, Türk Medenî Kanunu'nun 54.maddesinin I. fıkrası ile zımnen yürürlükten kalktığı söylenebilir. Bu durumda, Yeni Vakıflar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, vakıflar açısından, Türk Medenî Kanunu'nun 54.maddesinin I.fıkrası geçerli olacaktır. Ancak; Yeni Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, yeni ve özel hüküm olması nedeni ile, yeni vakıflar açısından, Yeni Vakıflar Kanunu'nun 27.maddesi öncelikle uygulanacak; bu vakıfların malvarlığı, "*benzer amaçlı vakfa*" intikal edecektir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nda "*dağıtılma*" hali ise; TMK.Tüzüğün 33.maddesinin II.fıkrasına ve Türk Medenî Kanunu'nun 54.maddesinin III.fıkrasına paralel (benzer şekilde) düzenlenmiştir. Dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne intikal edecektir.

196 Ayrıca bkz: <http://www.tusev.org.tr> (e.t.2.4.2007).

Yeni vakıflar dışındaki diğer vakıflarda tasfiye (m.53) ve özgülleme (m.54) konusunda, kendi özel düzenlemelerinde (vakfiye, ilgili Yönetmelik vs.de) hüküm bulunmaması durumunda, uygun olduğu ölçüde, Türk Medenî Kanunu'ndaki genel hükümler (TMK.m.53, m.54) uygulanacaktır. Ancak; daha önce de belirtildiği üzere, cemaat vakıflarının tüzel kişiliklerinin sona ermesine ilişkin olarak Yeni Vakıflar Kanunu'nda, herhangi bir düzenlemenin de bulunmaması sebebiyle, Cumhurbaşkanını'nın iade gerekçesinde, bu konu eleştirilmiştir¹⁹⁷.

IX. VAKIFLARIN MUHASEBESİ, DENETİMİ, YÖNETİM VE TEMSİL MASRAFI

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 33.maddesine göre; "*Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflarda iç denetim esastır. Vakıf; organları tarafından denetlenebileceği gibi, bağımsız denetim kuruluşlarına da denetim yaptırabilir.*

Vakıf yöneticileri, en az yılda bir defa yapılacak iç denetim raporları ile sonuçlarını, rapor tarihini takip eden iki ay içerisinde Genel Müdürlüğe bildirir.

Vakıfların amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadî işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetimi Genel Müdürlükçe yapılır.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 33.maddesindeki hüküm ile; "*vakıflarda*" iç dene-

197 "... Öte yandan, bir mülhak vakfın mazbut vakıflar arasına alınması tüzelkişiliğinin sona erdirilerek, varlığının mazbut vakıflar tüzelkişiliği içinde eritilmesi, temsilinin ve yönetiminin de Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devredilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Türk Medeni Yasası'na göre kurulan vakıfların nasıl sona erdirileceği ise, Medeni Yasa'nın 116. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, amacının gerçekleşmesinin olanaksız duruma gelmesi ve değiştirilmesine de olanak bulunmaması durumunda, vakfın kendiliğinden sona ereceği mahkeme kararıyla sicilden silineceği; yasadaki amaç güttüğü ya da yasadaki amaç güttüğü sonradan anlaşılabilir ya da amacı sonradan yasaklanan vakfın amacının değiştirilmesine olanak bulunmaması durumunda da, vakfın denetim makamının ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine duruşma yapılarak dağıtılacağı belirtilmiştir. Bu kuralların, "yeni vakıf" olmadığı için cemaat vakıflarına uygulanamayacağı ortadadır.

Buna karşılık, incelenen Yasa'yla cemaat vakıfları mülhak vakıf statüsünden uzaklaştırılarak yeni vakıf statüsüne yakınlaştırıldığından, bunların yönetim organının oluşturulamaması durumunda mazbut vakıflar arasına alınmasına olanak bulunmadığı gibi, cemaat vakıflarının tüzelkişiliklerinin sona ermesine ilişkin herhangi bir düzenlemenin de bulunmadığı, başka bir anlatımla, bu konunun boşlukta bırakıldığı görülmektedir.

Bu nedenlerle, incelenen Yasa'nın 12., 14., 16., 25., 26. ve 41. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2., 3., ve 5. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır": (Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 5555 sayılı "Vakıflar Kanunu", 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha götüşülmesi için, Anayasa'nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na geri gönderilmiştir": <http://www.cankaya.gov.tr/tr.html/ACIKLAMALAR/29.11.2006-3623.html> (e.t.2.4.007); ayrıca bkz.: <http://www.hyeter.com/yazi3.asp? =1&AltYazi= Kaynaklar %20>%20 Sorunlarımız &Id =266&Dilld=1> (e.t.2.4.2007).

timin esas olduğu belirtilerek, kendi organları veya bağımsız denetim kuruluşları tarafından denetletirelebilmeye esas getirilmiştir. Ayrıca, vakıfların amaca ve yasalara uygunluk, iktisadi işletmelerinin ise, faaliyet ve mevzuata uygunluk denetiminin Genel Müdürlükçe yapılacağı düzenlenmiştir.

Vakıflar ile ilgili mevzuat hükümleri içinde en tartışmalı hususlardan birisi de; vakıfların, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün teftiş ve denetleme masraflarına (safi gelirlerinin %5'ini geçmemek üzere ödeyecekleri) "katılma payı"dır¹⁹⁸.

Bu konudaki **eleştirilerin** gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir: Her konuda toplumda disiplini sağlama ve denetleme görevini yüklenen devletin, kamu düzenini koruma çalışmalarının bir parçasını teşkil eden "vakıfları denetleme" hizmeti karşılığında, denetlediği vakıflardan "hizmete katkı" adı altında para alması, devletin "kamu düzenini koruma" kavramına ve vakıf müessesesinin ruhuna ters düşen, vakıfların gayelerine uygun çalışmalara tahsis ettikleri miktarlardan zorla kesinti yapan bir uygulamadır. Türkiye'de mevcut binlerce tüzel kişiyi, yani dernekleri, kooperatifleri ve diğer şirketleri denetleyen ve bu denetleme hizmeti karşılığında o tüzel kişilerden hiçbir "denetleme ücreti" almayan devletin, vakıflardan bu şekilde bir talepte bulunmasını mümkün kılan kanun hükmü yerinde olmayan, yanlış bir hükümdür¹⁹⁹.

Farklı bir görüş olarak da; vakıfların özel konumları gereği, devletin bunlar üzerindeki denetim yükününün (derneklere oranla) çok daha ağır olduğu, bu nedenle böyle bir katkı payının, (hiç olmazsa, yıllık geliri belli bir miktardan aşan vakıflar için) haklı olduğu da söylenebilecektir²⁰⁰.

Vakıfların, denetimi ve denetim masraflarına katılma payı ile ilgili olarak yürürlükteki mevzuata baktığımız zaman karşımıza şu hükümler çıkmaktadır:

Türk Medeni Kanunu'nun "Denetim" başlığını taşıyan 111.maddesine göre; "Vakıfların, vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmedikleri, vakıf mallarını amaca uygun biçimde yönetip yönetmedikleri ve vakıf gelirlerini amaca

198 Bu konudaki tartışmalar ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **İŞERİ, Ahmet:** Türk Medeni Kanuna Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük ve İlgili Hazırlık Çalışmaları, (Sevinç Matbaası), Ankara 1972, s.34 vd.

199 **URAL,** s.65-66.

200 Benzer şekilde; Alman Hukuku'nda da, bir vakfın kuruluşu için daima, "devletin izni" gereklidir ve vakfın kuruluşundan sonra, vakıf oldukça geniş bir "devlet denetimi" altındadır. Bütün vakıflar; bir yandan, devletin etki ve denetiminden korkmak zorundadır; ancak diğer yandan da, günlük vakıf işlemlerinde yardımcı olacak şekilde, devletin korumasından yararlanabilir. Hatta bundan da öte; bir vakıf, denetim makamının görevini lâyık ile yerine getirmemesi sebebi ile, malvarlığındaki olumsuz gelişmelerden dolayı, bu makama karşı tazminat talebinde dahi bulunabilir. (**HAERTL,** s.18 vd, s.156 vd.). **Kural olarak, devlet denetimi paralıdır.** Bu hem, **izin** prosedürü; hem de **diğer denetim işlemleri** için geçerlidir. Bununla birlikte, vergiden muaf olan vakıflar, birçok denetim masraflarından da muaf tutulmuşlardır. (**SEİFART,** s.191 vd., özellikle s.221).

uygun olarak harcayıp harcamadıkları Vakıflar Genel Müdürlüğüne ve üst kuruluşlarınca denetlenir. Vakıfların üst kuruluşlarınca denetimi özel kanun hükümlerine tabidir.

Denetimin nasıl yapılacağı, sonuçları ve bu Kanuna göre kurulmuş olsun veya olmasın bütün vakıfların Vakıflar Genel Müdürlüğüne ödeyecekleri denetim giderlerine katılma payı, **vakfın safi gelirinin yüzde beşini** geçmemek üzere tüzükle belirlenir”.

Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 22.maddesine göre ise; “*Vakıflar Genel Müdürlüğü, 903 sayılı Kanun²⁰¹ hükümlerine göre kurulmuş olsun veya olmasın bütün vakıflardan safi gelirlerinin %5’ini* teftiş ve denetleme giderlerine katılma payı olarak alır. Katılma payının yıllık tutarı şubeler hariç bir vakaf için 10.000.000,- lirayı geçemez...”

“Bu hükmü iki şekilde anlamak mümkündür: **Birincisi**, 903 sayılı Kanundan önce veya sonra **Medenî Kanun** hükümlerine göre kurulmuş olan bütün vakıflar, teftiş ve denetleme masraflarına katılma payı ödemekle yükümlüdürler. **İkincisi**, bu **yeni vakıflar ile birlikte**, Medenî Kanun’un kabulünden önce kurulmuş olan ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile düzenlenmiş bulunan mülhak vakıflar ile 5404 sayılı kanun ile düzenlenmiş bulunan cemaatlere ve esnafa mahsus **bütün eski vakıflar da** teftiş ve denetleme masraflarına katılma payı ödemekle yükümlüdürler.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, teşkilâtına gönderdiği 18 Ocak 1971 tarihli ve 903 K.1 sayılı Tamim’in 4. maddesinde ‘...tüzüğün 22.maddesinde yalnız 903 sayılı Kanunla müesses vakıfların değil; **tekmil** vakıfların teftiş ve denetleme masraflarına katılma payına tabi tutulduğu açıklanmış olduğuna göre, gerek mütevellileri tarafından, gerek niyabeten ve emaneten idare edilen mülhak vakıflardan ve gerek 5404 numaralı Kanun hükümlerine göre seçilen yönetim kurulu ve yöneticileri marifetiyle idare edilen vakıflardan da %5 teftiş ve denetleme masraflarına katılma payı alınması icap ettiğini...’ belirtmekle **ikinci fikri benimsemiştir**. Buna karşılık; almış kadar cemaat vakfı, birinci fikri savunarak, kendilerinden talep edilen teftiş ve denetleme masraflarına katılma payının ödenmesine ilişkin işlemin iptali için, ayrı ayrı **Danıştay’a** başvurmuşlardır”. **Danıştay ise, bu başvuruyu oybirliği ile reddetmiştir**: Danıştay 12.HD. (17.11.1972 t.ve E.1971/1590, K.1972/2822 sayılı) kararında; “*vakıflar denetime tabi olacaklarına göre, bu denetim giderlerine muayyen bir pay ile iştirakleri adalete uygun olacaktır*” denmiştir. Ayrıca kararda; 5404 sayılı Kanun’un 2.maddesiyle, 2762 sayılı Kanun’un 24.maddesinde belirtilen

201 Türk Kanunu Medenisinin Birinci Kitabının İkinci Babı Üçüncü Faslına Değiştirilmesi, Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesi, Bazı Vakıfların Vergi Muafiyetinden Faydalandırılması Hakkında 903 sayılı Kanun, (Kabul t.:13.07.1967). 903 sayılı Kanun’un getirdiği yeniliklerin en önemlisi, “vergi muafiyeti” kavramı olmuştur. Bu konuda ve 903 sayılı Kanun’un getirdikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: URAL, s.37, 52, 56, 139 vd.

(Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün %5 katkı payı ile ilgili) hükmün kaldırılmasının nedeni, vakıfların iradının tespitindeki güçlüktendir. Yoksa, ilânihaye denetleme masraflarına iştirak payı alınmayacak demek değildir, görüşüne yer verilmiştir²⁰².

“**Vakıflar Kanunu'nun**, 2.3.1981 tarih ve 2437 sayılı Kanunla değişik 1.maddesinin 4/b maddesine göre; (Ek fıkra: 2437 - 24.3.1981) “*Cemaat vakıflarının Türk Kanunu Medenisinin 78 inci maddesi gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğüne ödeyecekleri teftiş ve denetleme masraflarına katılma payının, genel bütçeden karşılanmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu karar anılan vakıfların teftiş ve denetimini etkilemez*”. Bakanlar Kurulu bu maddeye dayanarak, 13.9.1999 tarih ve 13323 sayılı kararıyla “...*her yıl tahakkuken bağlanacak olan cemaat vakıfları ile ilgili teftiş ve denetleme masraflarına katılma payı karşılıklarının genel bütçeden karşılanması*”nu hüküm altına almıştır. Böylelikle cemaat vakıflarının vermekte oldukları %5 oranındaki teftiş ve denetleme payı bu kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren” ödenmemektedir²⁰³.

202 İŞERİ, Ahmet/AKÜNAL, Teoman/TEZEL, Adnan/BAYRAKERİ, Ferudun: Türkiye’de Medeni Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, (Vehbi Koç Vakfı Yayınları, No:1), 1975, s.54-56.

203 REYNA/ZONANA, s.98; aynı doğrultuda: <http://www.tusev.org.tr/content/news.aspx?n=22> (e.t.2.4.2007):

“Vakıflar Genel Müdürlüğünün 17.01.2007 tarih ve 424/753 sayılı Genelgesine göre; **Türk Medeni Kanunu** hükümlerini tabi vakıfların, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün ilgili maddeleri gereğince: 1.6. 2006 yılına ait %5 teftiş ve denetleme payının da 31.3.2007 tarihine kadar ödenmesi gerektiğinden, ödenmediği takdirde geciken süre için temerrüt faizi alınacaktır.

Anılan Tüzüğün değişik 22.maddesi gereğince, tahsil olunacak teftiş ve denetleme masraflarına katılma paylarının tavanı her yıl Devlet İstatistik Enstitüsünün belirlediği enflasyon oranına göre artırıldığından, Devlet İstatistik Enstitüsünce 2006 yılı için toptan eşya fiyatları genel indeksi için tespit edilen enflasyon oranı esas alınarak, 2006 yılı %5 teftiş ve denetleme payı olarak vakıflardan alınacak payın üst sınırı vakıf merkezleri için **5426.-**(Beşbindörtiyüzirmialtı).-YTL bu vakıflara bağlı olarak faaliyet gösteren birimlerden alınacak payın üst sınırı ise **542.-** (Beşyüzkırkkiki).-YTL dir.

Vakıflara bağlı olarak şubelerin %5 teftiş ve denetleme payları, şubelerce hesaplanıp, vakıf genel merkezince bu paylar ve Damga Vergisi Kanunu gereğince, bilançolar için 16.40.-(Onaltı-YTL. Kırk-YKR) gelir-gider cetveline ve işletme hesabı özeti için **8.10.-**(Sekiz-YTL, On-YKR) tutarında damga pulu bedellerinin Bölge Müdürlüğümüz veznesine nakden ödenmesi veya banka aracılığıyla ödemek isteyen vakıfların, **TEFTİŞ PAYI** ile **DAMGA PULU** bedellerini ayrı ayrı olmak üzere Vakıfbank Salıpzararı Şubesindeki 2003262 nolu İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü Bölge Saymanlık hesabına yatırılarak, ödemeye ilişkin dekontların bilanço ekinde gönderilmesi gerekmektedir.

Ayrıca, Vakıfların her yıl eksiksiz doldurarak vermesi gereken **İLEMOD**'ların (İllerde İl Envanterinin Modernizasyonu) 28.02.2007 tarihine kadar göndermeleri gerekmektedir...”

farklı yönde: **ZEVKİLİLER/HAVUTÇU**, s.209: “Teftiş ve denetimden doğan giderlere, Medeni Kanuna göre kurulmuş olsun ya da olmasın tüm vakıflar katılmak zorundadır. Vakıflar safi gelirle-

Tüzüğü'nün 22. maddesindeki, vakıfların teftiş ve denetleme giderlerine "katkı payı"na ilişkin bir hüküm, **Yeni Vakıflar Kanunu'nda bulunmamaktadır**. Ayrıca; yeni vakıflarda da, TMK.m.111/II, Yeni Vakıflar Kanunu'nun 80.maddesi ile kaldırıldığı için²⁰⁴ dolayısıyla Tüzüğü'nün 22. maddesi de yürürlükten kaldırılmaktadır. **Böylece, (YVK'nu yürürlüğe girerse) yeni vakıflardan ve diğer vakıflardan, katkı payı alınmayacaktır**²⁰⁵. Oysa, Yeni Vakıflar Kanunu'nun 33.maddenin III.fıkrası ile, 36.maddesinin e bendi gereği, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün; yeni vakıflar yanında, mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarının denetimini yapmak görevi, etkisi azaltılarak da olsa, devam etmektedir. Vakıflara "devletin müdahalesinin en mühim sebebi, tesislerin (vakıfların), kaideten, kamu iyiliğine ve menfaatine yöneltmiş gayeler gütmesi vakıasıdır. Orta çağda daha ziyade dinî ve fukaraperverce maksatların ve emellerin (=piae causa) tahakkukunu gaye edinen tesisler bugün artık, daha başka, daha değişik ve kamu menfaatına hâdim gayeler için kurulmaktadır. Binaenaleyh devlet, kamunun temsilcisi ve kamu selâmetinin ve iyiliğinin koruyucusu sıfatıyla tesislerin hakikaten gayelerine erişmelerine dikkat etmek, onların kudretsiz bir hale düşmelerini önlemek ve hususî maksat ve menfaatlara âlet olmalarına mâni olmak vazifesiyle mükelleftir. Bu maksatların istihali için devlete üç vazife düşer ki, şunlardır: teftiş ve murakabe, itmam ve ikmal, değiştirme"²⁰⁶. 1954 yılında, GÖKTÜRK tarafından dile getirilen bu düşünceler, bugün de, tüm "vakıflar" için birçok bakımdan geçerliliğini sürdürmektedir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 33.maddesi ve özellikle "katkı payı" ile bağlantılı

rinin yüzde beşini geçmemek üzere teftiş ve denetleme masraflarına katılma payı öderler (MK.m.111/II)".

204 **Yeni Vakıflar Kanunu'nun 80.maddesi ile;** "5/6/1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, 27/6/1956 tarihli ve 6760 sayılı Vakıflar Umum Müdürlüğü Vazife ve Teşkilâtı Hakkında Kanunun 16 ncı maddesi hariç diğer maddeleri, 20/4/1936 tarihli ve 2950 sayılı Vakıf Malların Taksitle Satılması ve Kiraya Verilmesi ve Satış Paralarının Kullanılması ve Emaneten İdare Edilen Mülhak Vakıflardan İdare ve Tahsil Masrafı Alınması Hakkında Kanun, 10/9/1957 tarihli ve 7044 sayılı Aslında Vakıf Olan Tarihi ve Mimari Kıymeti Haiz Eski Eserlerin Vakıflar Umum Müdürlüğüne Devrine Dair Kanun, 22/2/1926 tarihli ve 748 sayılı Emvalı Milliye ve Metrukeden veya Mazbut Vakıflardan, Bazı Müessesat ile Belediyelere Satılabilecek Arazi ve Arsalar Hakkında Kanun, 1/7/1953 tarihli ve 6092 sayılı Vakıf Zeytinlik, İncirlik, Fındıklık, Narenciye ve Meyvalıkların Satış Şekli Hakkında Kanun, 8/6/1984 tarihli ve 227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Karamame ve bu kanunların ek ve değişiklikleri ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 111 inci maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. 23/2/1995 tarihli ve 547 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 20 ncı maddesinde ve 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Vakıflar Genel Müdürlüğü" ibareleri madde metinlerinden çıkarılmıştır" (YVK.m.80).

205 "Vakıfların her yıl Vakıflar Genel Müdürlüğüne ödedikleri, Teftiş ve denetleme payı kaldırılmıştır (madde 39)": <http://www.tusev.org.tr> (e.t.2.4.2007).

206 **GÖKTÜRK, Hüseyin Avni:** Türk Medenî Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), 3.B., Ankara 1954, s.222.

bir hüküm de, 78.maddede bulunmaktadır. Bu maddeye göre; “Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazlar Devlet malı imtiyazından yararlanır, haczedilemez, rehnedilemezler. Tüm iş ve işlemleri, her türlü vergi, resim, harç ve katılım payından istisnadır”. Burada da, Genel Müdürlüğe ait ve mazbut vakıflar dışında, diğer vakıflar açısından bir düzenleme getirilmemiştir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun, 34.maddesine göre; “**intifa hakkına konu mazbut vakıflar ile Genel Müdürlük tarafından geçici olarak yönetilen vakıfların yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde yirmisi yönetim ve temsil masrafı olarak Genel Müdürlük bütçesine gelir kaydedilir**”.

Yönetim ve temsil masrafları ve oranı konusunda, Yeni Vakıflar Kanunu, mazbut vakıflar ve Genel Müdürlükçe geçici olarak yönetilen vakıflarla sınırlı olmak üzere, mevzuattaki düzenlemelerden farklı bir düzenleme getirmektedir.

Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 37.maddesinin II.fıkrasına göre; “Vakıf idare uzvu elde ettiği gelirlerini yönetim ve idame masraflarına, ihtiyata veya vakıf mal varlığını artıracak yatırımlara sarf veya tahsise de mezundur. Ancak, bu harcamalar Vakıf gelirinin üçte birini geçemez”.

Vakıflar Tüzüğü'nün 62.maddesine göre ise; “Mütevellinin azli hakkındaki karar Şurayı Devletçe (Danıştayca) ref oluncaya veya yerine başkası tayin edilinceye kadar **mülhak** vakıfların işleri emanet yoluyla vakıflar idaresi tarafından görülür. Bu suretle emaneten idare müddetinin devamınca bu vakıflar tahsilatından **%10'u (idare masrafı)** olmak üzere alınarak vakıflar idaresince irat kaydolunur”.

*Ayrıca, Vakıflar Tüzüğü'nün 63.maddesine göre; “Orman, zeytinlik gibi fenni idareye muhtaç olmalarından veya başkaca hususiyete haiz olmalarından dolayı şimdiye kadar mahallerindeki vakıflar idaresinin manevi şahsiyeti tarafından idare edilmekte bulunan ve bundan sonra da Vakıflar Kanununun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre niyabetle idare olunacak olan vakıflar tahsilatından dahi yukardaki maddede yazılı **%10 idare masrafı alınarak aynı suretle irat kaydolunur**”.*

Bu düzenlemelerden sonra diyebiliriz ki; Türk Medenî Kanunu'na ilişkin düzenlemeler (TMK.Tüzük), yeni Kanun'dan sonra da, (çatışmadığı oranda) geçerliliğini devam ettirmektedir. 2762 sayılı, 1935 tarihli Vakıflar Kanunu'na dayanan Tüzük ise, YVK.m.80, geçici m.2 ile açıkça yürürlükten kalkmaktadır. Bu durumda artık mülhak (cemaat) vakıflarından değil; yalnızca, mazbut vakıflar ile Vakıflar Genel Müdürlüğünce geçici olarak yönetilen vakıflarda, %10 değil; %20 yönetim ve temsil masrafı alınacaktır²⁰⁷.

²⁰⁷ Alman Hukuku'nda farklı eyaletlerde, farklı miktarlarda, yönetim ve kamu makamlarının çeşitli giderleri için vakıflardan para alınmaktadır. Eyaletlerde genellikle; kamuya yararlı vakıflardan, dinî

X. VAKIFLAR GENEL MÜDÜRLÜĞÜ VE VAKIFLAR MECLİSİ

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 35-73.maddeleri arasında; "Vakıflar Genel Müdürlüğü, Vakıflar Meclisi, Genel Müdürlük Teşkilatı ve İstihdam" konuları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, özellikle, "6750 sayılı Vakıflar Umum Müdürlüğü Vazife ve Teşkilatı Hakkında Kanun" ve "227 Sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"deki hükümlerin yerini almış bulunmaktadır.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 35-73.maddeleri arasındaki bu kısımda özellikle, "siyasi yönü ağır" olduğu eleştirileri alan, "Vakıflar Meclisi"nin oluşumu (YVK.m.41) dikkat çekicidir. Kamuoyunda, meclisin oluşumunda, "siyasi yönü ağır" olduğu eleştirileri²⁰⁸ yapılmıştır²⁰⁹.

Bu maddeyi karşılayan, **227 Sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesine göre;** Vakıflar Meclisi, "beş" kişiden, yeni düzenlemede ise, "onbeş" kişiden oluşmaktadır. Bu sayı, karar alma mekanizmasını yavaşlatacak, kararlarına karşı, denetimin

(kilise) vakıflarından bu paralar alınmamaktadır. HAERTL, s.156 vd.; ayrıca bkz.: FAESSLER, s.40 vd.

208 "... Vakıflar Meclisi'nin 15 üyesi incelendiğinde,

- Başkan, üç Başkan Yardımcısı ve I. Hukuk Müşaviri,
- Başbakanca atanacak beş üye, ile birlikte **10 üyenin kamu kesimi ve siyasi otoriteyi,**
- Yeni Vakıflarca seçilecek üç üye,
- Mühlak ve Cemaat Vakıflarınca seçilecek birer üye, ile birlikte beş üyenin sivil toplum kuruluşlarını temsil ettiği görülecektir": <http://www.suatballar.av.tr/VakiflarKanunuTasarisiUzerineDusunceler.html>; "...Ayrıca, Tasarının 44 üncü maddesinde yer alan Vakıflar Meclisi'nin 13 üyeden oluşumunda da, Kurum mensubu ve Başbakanca atanacakların sayısı, vakıfları temsil edenlerin sayısından fazla olduğu, böylece idarenin hakimiyeti içerisinde bir kurul haline getirildiği görülmektedir...": http://www.darendehaber.com/a_article_view.php?id=74; "...Buna göre Fener Rum Patriği Bartholomeos'un bile Vakıflar Genel Müdürlüğü yönetimine seçilmesinin yolu açılıyor. Vakıflar Meclisi siyasal iktidarın güdümüne giriyor...": <http://www.atonet.org.tr/turkce/bulten/bulten.php3?sira=474>; ayrıca bkz.: <http://makalearsivi.sitemynet.com/vakiflar/id2.htm> (e.t.1.11.2006).

209 "...eski ve yeni vakıflara ilişkin teknik bilgi ve hükümlerin bir araya getirilmesi suretiyle **elmalarla armutların toplanmasına çalışıldığı**, bu arada en önemlisi Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün temel yapısını oluşturan unsurların gözardı edilerek ileride asıl hüviyetini ve fonksiyonunu yitirmiş bir devlet mekanizmasının oluşturulacağı sezilenmektedir. Bu bağlamda, tüm atamalarda Cumhurbaşkanının devre dışı bırakılarak Vakıflar Kurumunun daha da **siyasi otoriteye** bağımlı hale getirildiği, objektif uygulamalardan kaçınılmak istendiği, üst düzey atamalardan Kurum Başkanı ve Başkan Yardımcılarının hiç birinin atanması ile ilgili nicelik ve niteliklerinin belirtilmediği, eskiden olduğu gibi **İstanbul Belediyesi Ekmek Fabrikası Müdür Yardımcısının Başkan** olarak seçilmesi kapısının açık bırakıldığı...": <http://www.suatballar.av.tr/VakiflarKanunuTasarisiUzerineDusunceler.html> (e.t.1.11.2006).

nasıl yapılacağı konusu sorun yaratacaktır²¹⁰.

«*Meclisin toplantı şekli ve karar nisabı*»m düzenleyen Yeni Vakıflar Kanunu'nun 45. maddesinin de; Türk Medenî Kanunu'nun 82. maddesi ile karşılaştırılmalı olarak ve dernekler ile paralel şekilde tekrar düzenlenmesinde yarar vardır. Çünkü; Türk Medenî Kanunu'nun 82. maddesinde; dernek üyesi, dernek ile "kendisi, eşi, üstsoyu ve altsoyu" arasındaki bir hukuki işlem veya uyumsuzluk konusunda alınması gereken kararlarda oy kullanamaz. Oysa; Yeni Vakıflar Kanunu'nun 45.maddesinin II. fıkrasında, meclis üyelerinin, «*kendilerini ve üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile evlatlıklarını*» ilgilendiren toplantı ve oylamaya katılmayacakları düzenlenmiştir. Böylece;

1) TMK.da «*tüm kan hısımları, (evlatlık da açıkça belirtilmese de, kan hısımları gibi bir hukukî statüye sahip olduğundan)*» yasaklama içinde iken; YVK.ndaki sınırlama, kan hısımları açısından, yalnızca «*üçüncü dereceye kadar olan kan*» hısımları içindir.

2) TMK.da «*kayın*» hısımları için bir yasaklama söz konusu değildir. Buna karşın, YVK.nda «*üçüncü derece kayın hısımları*» için bir yasaklama söz konusudur. Bu yasaklama; altsoy-üstsoy kayın hısımları ve yan soy kayın hısımlarını da kapsayan genel bir ifadedir.

3) TMK.da «*eş*» için de bir yasaklama söz konusudur. Oysa, YVK.nda, «*eş*» için bir yasaklama söz konusu değildir. Derneklere paralel olarak (TMK.m.82), «*eş*» ile ilgili hususlarda da, meclis üyelerinin, toplantı ve oylamaya katılmamaları gerekir. Eş, kan ve kayın hısımları değildir; eşler arasında hısımlık bağı yoktur²¹¹; bu se-

210 «...getirilen düzenlemeyle, halen beş olan üye sayısı onaltıya çıkartılırken, en vahimi de, bu onaltı üyenin beşi Genel Müdür ve onun disiplin ve sicil amirliğini yaptığı kişilerden oluşmaktadır. Yani Genel Müdürlük bu kurulda 5 blok oyu bulunmaktadır. Kurul, çoğunlukla (yani dokuz kişiyle) toplanıp, toplananların çoğunluğuyla (yani beş kişiyle) karar alabileceğine göre, 5 kişilik blok oyunu her toplantıda hazır tutabilme olanağına sahip Genel Müdürlük, istediği her kararı hiçbir zorlamayla karşılaşmaksızın kolaylıkla Meclise dikte ettirebileceği ortadadır... Yeni Vakıflardan seçilecek üç üye ile Mülhak ve Cemaat Vakıflarından seçilecek birer üyenin de bu kurula alınmasının ne haklı bir gerekçesi bulunmadığı gibi, Anayasaya uygun da değildir. Vakıflar Genel Müdürlüğü, en üst karar organı olan bu Meclis aracılığıyla düzenleme ve denetleme faaliyetlerinin esaslarını oluşturma işlemlerini yapmaktadır. Denetim, kamu düzeninin sağlanmasına yönelik bir kamu faaliyetidir ve Devlet olmanın vazgeçilmez asli işlevi işte bu kamu düzeninin sağlanması faaliyetidir. Bu asli Devlet faaliyeti, Anayasamızın 128. maddesine göre, asli ve sürekli bu kamu görevi, Genel İdare Esaslarına göre memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmek zorundadır. Bu sebeple, kamusal kararlar alan Vakıflar Meclisine kamu görevlisi olmayan kişilerin karar verici sıfatıyla alınmaları Anayasamızın 128. maddesiyle çelişmektedir. Vakıf temsilcilerinin kendilerini ilgilendiren ilgilendirmeyen her toplantıya katılmalarına ilişkin düzenleme madde metninden çıkartılmalıdır. Bunların oy kullanılmaları; sadece temsil ettikleri vakıf grubunu ilgilendiren konularda oy hakkı olmaksızın Meclise bilgi sunmalarının usulü düzenlenmelidir...» http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).

211 AKİPEK/AKINTÜRK, s.481; DURAL/ÖĞÜZ, s.178.

beple “eşin” de maddeye, ayrıca eklenmesi gerekir.

4) TMK.da, yalnızca, “oy kullanılmayacağı”; YVK.nda ise, “hem toplantıya, hem de oylamaya katılmayacağı” kuralı getirilmiştir.

Böylelikle; Yeni Vakıflar Kanunu’nundaki düzenleme (meselâ, kayın hısımları için de bir sınırlama getirilmesi) **bazı bakınlardan daha yararlı iken; diğer bazı yönlerden ise (meselâ, eşin de bu hükme alınmaması sebebiyle), sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir.**

Yeni Vakıflar Kanunu’nun, Cumhurbaşkanı tarafından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na geri gönderilmesinin gerekçeleri arasında **68. maddeye** ilişkin olarak da, başta üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili olarak; yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’nca yerine getirileceğinden, bu yöneticilerin atanmasında söz konusu olan karnamelerin hukuksal geçerliği için, her iki tarafın da katılımı gerektiği şeklinde çeşitli eleştiriler yapılmıştır²¹².

212 “Yasa’nın 68. maddesinde, “Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, I. Hukuk Müşaviri ile Bölge Müdürü ortak karnameyle, Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkan, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla, diğer personel ise Genel Müdür tarafından atanır.”, düzenlemesine yer verilmiştir. Düzenlemede, Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı’nın, Vakıflar Genel Müdürü’nün önerisi üzerine Başbakan’ın ya da görevlendirdiği Devlet Bakanı’nın onayıyla atanması öngörülmüştür. . . Buna karşılık incelenen Yasa’da, sözü edilen kadroya yapılan atamada Cumhurbaşkanı’nın imzasını gerektirmeyen bir yöntem getirilmektedir. Aynı yöndeki düzenlemeleri nedeniyle, 5394 sayılı “Türkiye İstatistik Kanunu”nun 56. maddesinin birinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi’nin 19.12.2005 günlü, E.2005/143, K.2005/99 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. . . Anayasa’nın 8. maddesinde ‘Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.’ denilmekte, 104. maddesinde de ‘karnameleri imzalamak’ Cumhurbaşkanı’nın yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. Anayasa’nın 104. maddesinde sözü edilen ‘karnameler’, Kanun Hükmünde Karnameler ile Bakanlar Kurulu’nun çeşitli karnamelerinin yanında üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek karnameleri de kapsamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’nca yerine getirileceğinden, söz konusu karnamelerin hukuksal geçerliği için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir. . . Bu nedenle, incelenen Yasa’yla, üst düzey yönetici olarak düzenlenen “Rehberlik ve Teftiş Başkanı”nın, ortak karname yerine Genel Müdür’ün önerisi üzerine Başbakan’ın ya da görevlendirdiği Devlet Bakanı’nın onayıyla atanmasını öngören 68. madde kuralının, parlamenter demokratik sistemle, Anayasa’nın 8., 104. ve 105. maddeleriyle, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle bağdaşmadığı sonucuna varılmaktadır. Yayınlanması yukarıda açıklanan gerekçelerle uygun görülmeyen 5555 sayılı “Vakıflar Kanunu”, 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa’nın değişik 89 ve 104. maddeleri uyarınca ilişikte geri gönderilmiştir”. “Tarih: 29.11.2006, Konu: 5555 sayılı kanun, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 5555 sayılı “Vakıflar Kanunu”, 5, 11, 12, 14, 16, 25, 26, 41 ve 68. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa’nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na geri gönderilmiştir: <http://www.cankaya.gov.tr/tr/html/ACIKLAMALAR/29.11.2006-3623.html> (e.t.2.4. 2007); ayrıca bkz.: <http://www.h.yetert.com/yazi3.asp?s=1&AltYazi=Kaynaklar%20%20Sonunlar%20m%20&Id=266&DilId=1> (e.t.2.4.2007).

SONUÇ

Osmanlı Hukukunda bir ikilem vardı. Devletin Müslüman tebaasına İslâm Hukuku, Müslüman olmayan tebaaya da, bağlı olduğu dinin hukuk kuralları uygulanmakta idi. Bu “ikilem” devletin “zayıf halkası”nı oluşturmuştur. Gerçi durum, Osmanlı'nın farklı din ve milletlere o tarihlerde “hoşgörüsüne” örnek gösterilmiştir. Halbuki, yasama ve yargı erki bir devletin egemenliğinin temel unsurunu oluşturur, bunun bir şekilde parçalanması, hatta kapitülasyon yoluyla bir kısmının yabancılara temlik, devletin hukuk bütünlüğünü ve zaman içinde fizikî bütünlüğünü bozmuştur²¹³. Günümüzde; başka bir devlete müdahaleler çoğunlukla bu şekilde, açıkça gözükmemekte; ancak, daha ustalıkla, kalem savaşı ve beyin gücü ile yapılmaktadır.

İşte bu şekilde; ülkeler ve devletler arasındaki etkileşimleri; son yıllarda çıkarılan “*Avrupa Birliği’ne uyum yasaları*”nda görmekteyiz. Bu uyum yasaları ile; birçok alanda olduğu gibi, “dernekler” ve “vakıflar hukuku” alanında da önemli değişiklikler öngörülmüştür. Son olarak, “*Avrupa Birliği'nin 9. Uyum Paketi*” içinde yer alan, 5555 sayılı *Yeni Vakıflar Kanunu* 09.11.2006 tarihinde TBMM. tarafından kabul edilmiş; ancak, Cumhurbaşkanı tarafından, “*yeni düzenlemeyle cemaat vakıflarına Lozan Antlaşması ve Medeni Kanun'da çizilen sınırların dışında haklar tanıdığı ve ayrıca bu düzenlemenin birçok açıdan ulusal çıkarlarla bağdaşmadığı*”²¹⁴ gerekçeleriyle meclise geri gönderilmiş; TBMM Adalet Komisyonu da bunu kabul ederek, tekrar Cumhurbaşkanı'na göndermiştir. Ancak; henüz, “Meclis Genel Kurulu”nda kabul edilmemiştir. Meclis Genel Kurulu'nda tekrar aynen kabul edilip, Cumhurbaşkanı'na gönderilirse, yeni Kanun, Resmî Gazete'de yayınlanacak ve (başka bir tarih kabul edilmezse), yayımından itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girecektir.

Cumhurbaşkanı'nın meclise bir kere daha görüşülmek üzere gönderdiği maddeler ve geri gönderme gerekçelerinin başlıcaları şu noktalarda toplanabilir²¹⁵:

- Yeni vakıfların, vakıf senedindeki amaçları gerçekleştirmek üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bildirimde bulunmak koşuluyla şube ve temsilcilik açabilmesi (m.5/III),
- Vakıfların vakıf senedinde veya vakıfnamesinde kural bulunmadan yeni taşınmaz mal edinebilmesi (m.12),

²¹³ ERTAŞ, Şeref: “Osmanlı'da Mülkiyet, Yaşama ve İnanç Özgürlüğü”, Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Armağanı, (Yayınlayan: Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK), (Seçkin Yayınları), Ankara 2001, s.59 vd.

²¹⁴ <http://www.habersutun.com/>; ayrıca bkz: 01.12.2006 t.li Milliyet Gazetesi; www.milliyet.com.tr (e.t. 06.12.2006); Cumhurbaşkanı'nın iade gerekçeleri hakkında tam metin için bkz: <http://www.cankaya.gov.tr> (e.t.3.4.2007).

²¹⁵ <http://www.cankaya.gov.tr>; http://www.tusev.org.tr/userfiles/image/Vak%C4%B1flar_%20Kanunu_veto-matrix.doc (e.t. 2.4.2007).

- Mülhak vakıfların hayrat niteliğindeki taşınmazlarının özgülenebilmesi (m.16/III),

- Cemaat vakıflarına ilişkin, kısmen ya da tümüyle hayrat olarak kullanılmayan taşınmazların, vakıf yönetiminin istemi üzerine Vakıflar Meclisi kararıyla, aynı cemaate ilişkin başka bir vakfa özgülenebilmesi ya da vakfın akarna dönüştürülebilmesi (m.16/VI),

- Vakıfların, yurt içi ve yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdi bağış ve yardım alabilmesi; yurt içi ve yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere aynı ve nakdi bağış ve yardım yapabilmesi (m.25/II),

- Vakıfların, amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir sağlamak için, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bilgi vermek koşuluyla iktisadi işletme ve şirket kurabilmesi ya da kurulmuş şirketlere ortak olabilmesi (m.26),

- Cemaat vakıflarının mülhak vakıf statüsünden uzaklaştırılarak yeni vakıf statüsüne yakınlştırılması, yönetim organının oluşturulamaması durumunda mazbut vakıflar arasına alınmaması, cemaat vakıflarının tüzelkişiliklerinin sona ermesine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması (m.12,14, 16, 25, 26 ve 41),

- Kanunda yer alan idari para cezasının, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlem olması nedeniyle, kabahat olarak nitelendirilemeyeceği (m.11).

- Rehberlik ve Teftiş Başkanının, ortak kararname yerine Genel Müdür'ün önerisi üzerine Başbakan'ın ya da görevlendirdiği Devlet Bakanı'nın onayıyla atanmasını öngören düzenlemenin anayasaya aykırı olması (m.68).

Ayrıca kamuoyunda Yeni Vakıflar Kanunu uyarınca, yabancıların vakıf kurabilmesi konusu da eleştirilmiştir. **Yeni Vakıflar Kanunu'nun 5.maddesinin IV.fıkrası** ile yeni bir düzenleme yapılmış ve "yabancı gerçek ve tüzel kişilere" de hukukî ve fiili "mütekabiliyet" koşulu ile "vakıf kurma" hakkı tanınmıştır.

Yabancıların yönetim organında görev alabilmesinde (YVK.m.6/son) ise; mütekabiliyet ilkesi özel olarak değil, genel bir hüküm ile öngörülmüştür (YVK.m.2/II). Bu nedenle, "mütekabiliyet ilkesi" tartışma konusu dahi olabilir²¹⁶.

Bu konu ile bağlantılı olarak; **Yeni Vakıflar Kanunu'nun 12.maddesinin V. (son) fıkrasındaki** hükme göre; "*kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların, taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi uygulanır*" hükmü getirilmiştir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nun 6.maddesinin son fıkrasında; "*vakıfların yönetim organlarında görev alanların çoğunluğunun, Türkiye'de yerleşik bulunması*

²¹⁶ Oysa, vakıf organında görev alabilecek olan yabancılar bakımından karşılıklılık şartı aranmamaktadır. Böylece; bir vakıf Türk vatandaşları tarafından kurulup; yabancılar tarafından yönetilebilecektir: http://www.denetdc.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t. 2.4. 2007).

gerekir” şeklindeki hüküm iki şekilde anlaşılabilir. **Birinci olarak**; Türkiye’de yerleşik olmayan yabancılar, azınlık teşkil edecek şekilde de, vakıf yönetim organlarında görev alabilirler. Ancak, **(ikinci olarak)**; bunlar vakıf yönetim organlarında çoğunluk teşkil edeceklerse, (tamamının değil!) “çoğunluğu”nun Türkiye’de yerleşik olması gerekli ve yeterli olacaktır. Böylece; “yabancılar”, Türkiye’de kurulan yeni vakıfların yönetim organlarında, rahatlıkla görev alabileceklerdir.

Hatta; eski vakıf yönetim organlarında (özellikle cemaat vakıflarında) görev alanların, Türkiye’de yerleşik olmayan yabancılardan da oluşması mümkün olabilecektir. Çünkü; 6.maddenin V.fikrasında, sadece “yeni vakıflar”dan bahsedilmektedir. Böyle bir durumda; kurucu olmayan, ancak yönetim organında görev alan ve idareci olan (eski, özellikle cemaat vakıflarında, Türkiye’de yerleşik de olmayan) yabancılar, bu vakıflarda; Tapu Kanunu’nun 35.maddesindeki sınırlamalara (karşılıklılık, yer, büyüklük vs.) tâbi olmadan taşınmaz edinebileceklerdir.

Vakıflar konusu; gerek şekil, gerekse esas bakımından, eskiden beri zor bir konu olarak kabul edilmektedir²¹⁷. Yeni Vakıflar Kanunu, eski mevzuata göre, nisbeten daha sade bir dil ile yazılmıştır. Ancak; bu konuda uygun terimler kullanılmadığı eleştirisi de yapılmıştır.

“Şekil” açısından getirdiği en büyük yeniliğe bakıldığında; Yeni Vakıflar Kanunu’nun, Türk Medenî Kanunu’nun 111.maddesinin II.fikrası yanında; vakıflar ile ilgili hemen hemen, tüm mevzuatı (1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, 227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname vs.) yürürlükten kaldırdığını, birçok açıdan bu eski mevzuatın bazı hükümlerini değiştirerek bir araya getirdiğini görmekteyiz. Aynı hukukî özelliklere ve ayrı hukukî statüye sahip “eski”, “yeni” vakıflara ve vakıflarla ilgili idarî teşkilata (Vakıflar Genel Müdürlüğü teşkilatına) ait düzenlemeleri tek bir Kanun çatısı altında toplamak, hukuk tekniği ve uygulama açısından birçok sakınca ve güçlük doğuracaktır.

Yeni Vakıflar Kanunu ile; Türk Medenî Kanunu’nun vakıflar ile ilgili, 111.maddenin II.fikrası dışındaki, diğer hükümleri, (hiç olmazsa açıkça) yürürlükten kaldırılmamıştır. Ancak; Türk Medenî Kanunu’na dayanarak çıkarılan diğer hukukî düzenlemelerdeki (Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük vs.) birçok hüküm, Yeni Vakıflar Kanunu’ndaki hükümler ile çatıştığı için, zımnen yürürlükten kalkmaktadır.

“Esas” açısından bakıldığında ise, 5555 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu; vakıfların ehliyeti, yönetimi ve temsili; vakıf malları ve faaliyetleri; vakıf eski eserler, vakıfların muhasebesi ve denetimi; Vakıflar Genel Müdürlüğü, Genel Müdürlük Teşkilatı

ve İstihdam; Vakıflar Meclisi gibi konularda, münferit olarak, oldukça önemli ve yer yer ülke çıkarlarını da ilgilendiren yenilik ve değişiklikler getirmektedir. Bu nedenlerle; Yeni Vakıflar Kanunu'nun üzerinde önemle durulması gerekmektedir.

Yeni Vakıflar Kanunu'nda; en çok "**cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri**" konusu, kamuoyunda birçok yönden tartışılmış ve eleştirilmiştir. Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri ile ilgili olarak yürürlükteki son mevzuata baktığımız zaman önemli bir hüküm olarak; **2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1. maddesinin** sonuna eklenen değişik 6.fıkra karşımıza çıkar. Buna göre; "*(Değişik 6. fıkra: 4778 - 2.1.2003 / m.3) Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufla bulunabilirler.*

24 Ocak 2003 tarihli "Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufla Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmeliğin" 4.maddesine göre; "*Cemaat vakıfları; Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izni ile dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere satın alma, vasiyet, hibe ve sair yollarla taşınmaz mal edinebilirler*"²¹⁸.

218 Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla taşınmaz mal iktisap edinebilirler. Cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinebilmeleri için Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne başvuruda bulunmaları gerekir. Yasal koşulların oluşması halinde vakfa yetki belgesi verilir. Vakıf adına tescile yasal olanak olup olmadığı araştırılmadan yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. ...Davacı Hazine, 527 ada 30 parsel sayılı taşınmazın A.V. adına kayıtlı iken bağış yoluyla davalı ... Hastanesi Vakfı'na temlik edildiğini, bu taşınmazın 1936 tarihli beyannameye yer almadığını ileri sürerek tapu kaydının iptali ile önceki malik mirasçısız öldüğünden Hazine adına tescil isteğinde bulunmuştur. Mahkemece çekişmeli taşınmazın iktisabında vakfın amacını aşan bir durum bulunmadığından söz edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Davada ileri sürülen iddianın ve davalı tarafın savunmasının içeriğine göre, yanlar arasındaki uyuşmazlık Osmanlı İmparatorluğu döneminde kurulmuş, cemaat vakfı tüzel kişiliğini taşıyan vakfın mal edinip edinemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Yasa hükmünde sözü edilen ve 24.01.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan "cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri, bunlar üzerinde tasarrufla bulunmaları ve tasarrufları altında bulunan taşınmaz malların bu vakıflar adına tescil edilmesi hakkındaki yönetmelik" yukarıda izah edilen amaç ve kapsamı belirlemiş, 2762 Sayılı Yasanın 1. maddesine dayanılarak hazırlanan 4. maddesinde edinilebilecek taşınmaz malların kapsamının "... satın alma, vasiyet, hibe ve sair yollar..." biçiminde olacağı; 5. maddesinde "başvurunun Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne yapılacağı belirtilmiştir; a, b, c, d, e bentlerinde istenecek belgeler sayıldıktan sonra 6. maddesinde "başvurunun gerektiğinde ilgili bakanlık, kamu kurum ve kuruluşlarının görüşü alınarak yetkili daire başkanlığının görüşü ile birlikte, Vakıflar Genel Meclisi'nce inceleneceği ve koşulların oluşması halinde vakfa yetki belgesi verileceği" öngörülmüştür. Yönetmeliğin anılan hükümlerinin yerine getirilmesi ve vakfın yetki belgesi alabilmesini sağlayacak olan işlemlerin idari nitelikte bulunduğu açıktır. Hal böyle olunca, mahkemece öncelikle davalı vakfın belirtilen biçimde bir başvurusunun bulunup bulunmadığının saptanması, başvurusu yok ise yukarıda anılan düzenlemeler doğrultusunda başvuru imka-

Yeni Vakıflar Kanunu (m.80) ile bu hüküm (1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu) tümden mülga olacak ve buradaki taşınmaz mal edinme ile ilgili (izin ve amaca yönelik) sınırlamaların hepsi kalkacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği üzere; Lozan Andlaşması'ndaki azınlıklara ilişkin hükümler, (haklar ve ayrıcalıklar)²¹⁹ belli durumdaki "gayrimüslim" kişilere özgü bulunduğundan, "bunlar dışındaki Türk vatandaşlarının onlara eşit olduğu söylenemez"²²⁰. Görüldüğü üzere; cemaat vakıfları tarafından, "eşitlik ilkesi"ne dayanılması bu açıdan yerinde değildir. Zira; (Rum, Ermeni ve Yahudi) tüm vatandaşlarımızın, **Türk Medenî Kanunu** hükümlerine göre vakıf kurma, bu vakıflar aracılığı ile veya bir vatandaş olarak şahsen dilediği yerde, dilediği büyüklükte taşınmaz edinme hakkı vardır. Ayrıca; cemaat vakıfları da amaçları ile sınırlı olarak ve izin ile taşınmaz mal edinebilirler. Buna karşın; cemaat mensubu olmayan diğer Türk vatandaşlarının, din veya etnik kökene dayanan cemaat mensubu olmaları ve bu alanda faaliyette bulunmalarına olanak bulunmamaktadır.

AB üyesi Yunanistan'daki Türklerin sorunları ile AB üyesi olmak isteyen Türkiye'deki gayrimüslimlerin (özellikle de Rumların) sorunları ve talepleri "paralellik" arz etmektedir. Bu bakımdan, Türkiye ile Yunanistan bu sorunları karşılıklı olarak, "denk, paralel ve eşit" bir biçimde, adil bir çözüme kavuşturmalıdır. Böylece; "Lozan dengesi"nden, Avrupa Birliği'ne yönelik, kısaca "AVRUPA BİRLİĞİ DENGESİ" çerçevesinde, adil bir çözüm yolu bulunabilir. Yeter ki; "uzlaşma" niyeti ve kararlılığı gösterilsin...

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G/AKINTÜRK, Turgut.:** Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, 4.B., (Betabasım), İstanbul 2002.
- AKYILDIZ, Ali:** "Vakıflar Kanununun Getirdikleri ve Götürdükleri", Türk Hukuk Dergisi, Kasım 2006, S.116, s.4 vd.
- ARKAN, Sabih:** Ticarî İşletme Hukuku , 7.B., (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:404), Ankara 2004.

nmin tanınması, vakıf adına tescilde yasal olanak bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve sonucunun beklenmesi, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2005/1644, K. 2005/2660, T. 10.3.2005 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

219 Ayrıca; cemaat vakıflarının vermekte oldukları %5 oranındaki teftiş ve denetleme payı, "Vakıflar Kanunu'nun, 2.3.1981 tarih ve 2437 sayılı Kanunla değişik 1.maddesinin 4/b maddesine dayanarak; 13.9.1999 tarih ve 13323 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırılmıştır (REYNA/ZONANA, s.98).

220 Anay. Mah. 8.5.1980 t., 1979/1E., 1980/1K. (REYNA/ZONANA, s.51-52).

- AVCI, M. Özgür:** Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı, (Beta Yayınevi), İstanbul 2006.
- BERKİ, Ali Himmet:** Vakfa Dair Yazılan Eserlerle, Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen İstilah ve Tâbirler, (Doğuş Matbaası), Ankara 1966.
- BERKİ, Ali Himmet:** Vakıflar (vakıf müessesesi insanların düşünebildikleri hukukî müesseselerin en hayırlısıdır), Bazı ilave ve tashihlerle ikinci tab'ı, (Aydınlık Basımevi), İstanbul 1946.
- BERKİ, Ali Himmet:** Vakıflar, (İkinci Kitap, Medenî Kanun'da "Tesis" ve Vakıflar Kanunu Hükümleri), I.B., (Nur Matbaast), Ankara 1950.
- BİLGE, Necip:** Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, (Turhan Kitabevi), 10.B., Ankara 1995.
- CEMAL, Ekrem:** Vakıflar, (Cihan Kitaphanesi), İstanbul 1935.
- CİN, Turgay:** "83.Yılında Lozan ve Batı Trakya Gerçeği", İzmir Barosu Dergisi, Y:71, S:4, Ekim 2006, s.163 vd. (*Lozan*).
- CİN, Turgay:** "Batı Trakya Türklerinin Türkiye'de Acil Çözüm Bekleyen En Önemli Sorunları", <http://bornova.ege.edu.tr/~cin/eser.html> (e.t.13.12.2006).
- CİN, Turgay:** "Yunan Vatandaşlık Yasasına Göre Yunan Asıllılığının (Vatandaşlığının) Kazanılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, İzmir 2003; ayrıca: <http://bornova.ege.edu.tr/~cin/eser.html> (e.t.13.12.2006).
- CİN, Turgay:** "Yunanistan'da Millî Kimlik Anlayışının Hukukî Boyutları ve En Temel Bir İnsan Hakları İhlali Örneği", İzmir Barosu Dergisi, Y:71, Temmuz 2006, Sayı: 3, s.142 vd.
- CİN, Turgay:** "Türk-Yunan İlişkilerinde Ege Sorunları Ve Avrupa Birliği", <http://bornova.ege.edu.tr/~cin/eser.html> (e.t.13.12.2006).
- CİN, Turgay:** Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din ve Vicdan Özgürlüğü, (Başmüftülük ve Müftülükler Sorunu), (Seçkin), Ankara 2003.
- ÇELİKEL, Aysel/GELGEL (ÖZTEKİN) Günseli:** Yabancılar Hukuku, (BetaB), İstanbul 2004.
- DALAMANLI, Lütfi:** Medenî Hukuk Davaları, Ankara 1968.
- DEMİR, İlhan:** Yeni Vakıfların Temel Kitabı, (Matsa Basımevi), Ankara 2005.
- DOĞAN, Murat:** Vakıflarda Mal Varlığı, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2000.
- DOĞAN, Murat:** Medenî Kanunun Belli Bir Cemaat Mensuplarını Destekleme Amacıyla Vakıf Kurulamayacağı Hükmü Üzerine Bir Değerlendirme, Erciyes Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, (Detay Yayıncılık), Ankara 2006.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan:** Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2006.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat:** Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümler, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2005.
- EBERLE, Robert:** Die Behandlung der Stiftungen im schweizerischen Recht, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universitaet Bern), (Gedruckt bei Staempfli&Cie), Bern 1929.
- ERTAŞ, Şeref:** "Osmanlı'da Mülkiyet, Yaşama ve İnanç Özgürlüğü", Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Armağanı, (Yayımlayan: Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK), (Seçkin Yayınları), Ankara 2001, s.59 vd.
- FAESSLER, Franz:** Die Stiftung Ried in Appenzell, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universitaet Bern), (Druck der

- Genossenschaft-Buchdruckerei), Appenzel 1927.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni:** Türk Medenî Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), Ankara 1964.
- GÖZLEK, Mustafa:** Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 5.B., (Ekin Kitabevi), Bursa 2004.
- GÜNERİ, Hasan:** Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, (Sevinç Matbaası), Ankara 1976.
- HAERTL, Peter:** Ist das Stiftungsrecht reformbedürftig?, Eine Vergleichende Untersuchung der Landesstiftungsgesetze unter Berücksichtigung der Stiftungspraxis bei den staatlichen Stiftungsgenehmigungs- und -aufsichtsbehörden, 1.Aufl., (Nomos Verlagsgesellschaft) Baden-Baden 1990, s.78 vd.
- HATEMİ, Hüseyin:** Medenî Hukuk Tüzel Kişileri, C.I, (Sulhi Garan Matbaası Koll.Şti.), İstanbul 1979.
- HATEMİ, Hüseyin:** Cemaat Vakıfları Konusunda Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004.
- HEINI, Anton/PORTMANN, Wolfgang/SEEMANN, Matthias:** Das Schweizerische Vereinsrecht, Band II/5 der Buchreihe Schweizerisches Privatrecht, hrsg von **TERCIER, Pierre;** 3. Aufl., (Helbing,&Lichtenhahn Verlag), Basel 2005.
- HİLMİ, Ömer Karinâbâdîzâde/SUNGURBEY, İsmet:** Eski Vakıfların Temel Kitabı, (Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.-Şt.), İstanbul 1978.
- İMAMOĞLU, M. Altuğ:** Azınlık Vakıfları ve Yabancıların Taşınmaz Edinimleri, (Yazıt Yayıncılık), Ankara 2006.
- İŞERİ, Ahmet:** Türk Medenî Kanunu'na Göre Vakıf (Tesis), (Sevinç Matbaası), Ankara 1968.
- İŞERİ, Ahmet:** Türk Medenî Kanuna Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük ve İlgili Hazırlık Çalışmaları, (Sevinç Matbaası), Ankara 1972.
- İŞERİ, Ahmet/AKÜNAL, Teoman/TEZEL, Adnan/BAYRAKERİ, Ferudun:** Türkiye'de Medenî Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, (1926-1973), (Vehbi Koç Vakfı Yayınları, No:1), 1975.
- KAÇAK, Nazif:** Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medenî Kanunu, (Seçkin), Ankara 2004.
- KAPLAN, Yavuz:** "Anayasa Mahkemesinin 2003/70 Esas Sayılı İptal Kararı ve 5444 Sayılı Kanun Işığında Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal ve Sınırlı Aynî Hak Edinmeleri", Erzincan Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, C.X, S.3-4, Y.2006, Erzincan, Aralık-2006, s.350 vd.
- KÖPRÜLÜ, Bülent:** Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcareteynli Vakıflar, (İsmail Akgün Matbaası), İstanbul 1952.
- OCAK, Nazmi:** "Vakıf Çeşitleri ve Ticarî İşletme İşleten Vakıfların Tacir Sıfatı", Selçuk Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Şakir Berki'ye Armağan, C.5, 1996, S.1-2, s.247 vd.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ OKTAY, Saibe/ SELİÇİ, Özer:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 7.B., (Filiz Kitabevi), İstanbul 2002.
- ÖZDAMAR/ERTÜRK/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN/DEĞER:** 5253 Sayılı Yeni Demekler Kanunu ve İlgili Mevzuat, (Kartal Yayınevi), Ankara 2006.
- ÖZTAN, Bilge:** Tüzel Kişiler, 4.B., (Turhan Kitabevi), Ankara 2001.
- ÖZTAN, Bilge:** Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:272), Ankara

1970.

PEMBEÇİÇEK, Fuat: Türk Hukukunda Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar, (Adalet Yayınevi), Ankara 1999.

REICHERT, Bernhard: Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 10. Aufl., München, (Neuwied Luchterhand) 2005.

REYNA, Yuda/ZONANA, Ester Moreno: Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları, (Gözlem Gazetecilik Basın ve Yayın A.Ş.), İstanbul 2003.

SCHWEİZER, Kurt: Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleitung in der beruflichen Vorsorge, Ermessensleitungen, abaenderbare Leistungen, Sozialplanleistungen un aehnliche Leistungsprobleme (Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultäet der Universitaet Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1985.

SEIFART, Werner: Handbuch des Stiftungsrechts, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987.

SEZER, Sema: "Belgeleriyle Arestis Davası ve Kıbrıs'ta Yağmalanan Türk Vakıf Malları", <http://www.asam.org.tr/temp/temp302.pdf>. (e.t.25.05.2007).

SEZER, Sema/ATUN, Ata: "Maraş'ı Artık Kimse Veremez..."(Cumhuriyet Strateji – 20 Şubat 2005); www.ulit.org, ULİT (Ege Üniv. Uluslar arası İlişkiler Topluluğu), Y.2, S.5, Uluslar arası İlişkiler Dosyası, Mart-Nisan 2006.

SUNGURBEY, İsmet: Medenî Hukukun Temel Sorunları, (Adalet Yayınevi), Ankara 2003.

SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Yeni Sorunları, (Yazarın bundan önceki kitaplarına kimi eklerle), (T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, No:11; Hukuk Fak. Yayınları No:3), İstanbul 2001.

URAL, Engin: Vakıflar (Türkiye Kalkınma Vakfı Yayını), Ankara 1977.

WIGET, Niklaus: Gläubigerschutz bei nichtigen Familienstiftungen, (Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultäet der Universitaet Zürich), (Schulthess Polygraphischer Verlag AG), Zürich 1972.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 6.B., (Yetkin), Ankara 2001.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir/ GÖKYAYLA, Emre: Medeni Hukuk, 6.B., (Seçkin), Ankara 2000.

ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe: Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 5.B., (Seçkin), Ankara 2005.

DİĞER KAYNAKLAR:

20 Cumhuriyet Yılında Vakıflar, T.C. Vakıflar Umum Müdürlüğü), (Başvekâlet Devlet Matbaası), Ankara 1943.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, 2006 Vakıf Medeniyeti Yılı ve Vakıflar Haftası Etkinlikleri Kitabı, Ankara 2007.

Cumhuriyetten Önce ve Sonra Vakıflar, (Vakıflar Umum Müdürlüğü Neşriyatından), (Tarih Kongresi ve Sergisi Münasebile Türk Tarih Kurumuna takdim edilen rapor), İstanbul 1937.

İNTERNET ADRESLERİ:

- <http://www.agos.com.tr/tr/arshiv/36/turgutozal.html> (e.t.1.11.2006).
- http://www.agos.com.tr/index.php?module=news&news_id=2881&cat_id=1 (e.t.2.4.2007).
- http://agos.com.tr/index.php?module=news&news_id=1&cat_id=1 (12.04.2007).
- <http://arsiv.sabah.com.tr/2005/03/25/dun107.html> (e.t.17.5.2007).
- <http://www.atonet.org.tr/turkce/bulten/bulten.php3?sira=474>. (e.t.1.11.2006).
- <http://www.belgenet.com/yasa/k4771-y2.html> (e.t.1.11.2006).
- http://www.darendehaber.com/a_article_view.php?id=74. (e.t.1.11.2006).
- http://www.denetde.org.tr/gorus_degerlendirme.htm (e.t.2.4.2007).
- http://www.dernekler.gov.tr/_Dernekler/Web/Gozlem2.aspx?sayfaNo=363 (e.t.1.11.2006).
- http://www.diyarbakir.net/cgi-bin/index.pl?mod=news;op=author_id;id=268, (e.t.1.11.2006).
- <http://www.emlakcilarodasi.com/modules.php?name=News&file=article&sid=65> (e.t.1.11.2006).
- <http://www.habersutun.com/> (e.t.3.4.2007).
- <http://www.haberler.com> (e.t.3.4.2007).
- <http://www.habersutun.com/>. (e.t.3.4.2007).
- <http://www.hyert.com/yazi.asp?s=1> (e.t.1.11.2006).
- <http://www.cankaya.gov.tr> (e.t.3.4.2007).
- <http://makalearsivi.sitemynet.com/vakiflar/id2.htm> (e.t.1.11.2006).
- <http://www.memurlar.net/haber/23680/>. (e.t.1.11.2006).
- <http://www.milliyet.com.tr> (e.t.06.12.2006).
- <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=156536> (e.t.1.11.2006).
- <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=7283> (e.t.1.11.2006).
- <http://www.referansgazetesi.com/> (e.t.3.4.2007).
- <http://www.siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&icerik=70&id=591> (e.t.2.4.2007).
- <http://www.suatballar.av.tr/VakiflarKanunuTasarisiUzerineDusunceler.html>. (e.t.1.11.2006).
- <http://www.tbmm.gov.tr>, (e.t.3.4.2007).
- <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1239m.htm> (e.t.17.11.2006).
- http://www.tesev.org.tr/TESEV_%20vakiflargorus.doc (e.t.1.11.2006).
- http://www.tusev.org.tr/userfiles/image/Vak%C4%B1flar_%20Kanunu_veto-matrix. (e.t.2.4.2007).
- <http://www.unyeiibf.com/modules.php?name=News&file=article&sid=12> (e.t.17.5.2007).
- <http://www.yenisafak.com.tr/yazarlar/?t=28.09.2006&y=HuseyinHatemi>, (e.t.1.11.2006).

“HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISI” TASLAĞI’NA DAİR DEĞERLENDİRME

*Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN**

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” Taslağının Gerekçe kısmında da ifade edildiği üzere, uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Bunun nedeni, bu ülkelerde yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlardır.

Mahkemelerin iş yükünün azaltılması çerçevesinde kanunlarda var olan mevcut düzenlemelerin işlevsel hale getirilmesinin yanında bir takım yeni araçların da devreye sokulması gerekmektedir. Son zamanlarda gündeme gelen çekişmesiz yargı işlerinin yargılama makamları dışında bir takım kurumlara (noterler gibi) devrinin gerçekleştirilebilmesine yönelik arayışların yanında, uyuşmazlıkların uzlaşma yoluyla çözülmesi de yargılama organlarının iş yüklerinin azaltılabilmesi anlamında, diğer ülkelere paralel örnek gelişmeler olarak değerlendirilebilir. Bu tarz çözümlerin, faydalı olması beklenen bir gelişme olmakla birlikte altyapısı iyi hazırlanmamış, iyi kurgulanmamış olması durumunda da yargılama makamlarının işlerini artıracılabilecek, kişilerin hukuka olan güvenlerini zedeleyebilecek bir sonuca yol açabilir. Arabuluculuğun avantajlarının çok olmasının yanında, uygulamadan ya da düzenleme eksikliğinden kaynaklanan birtakım olumsuzluklarının da bulunması olasıdır. Bir tarafın arabuluculuk sürecinde aldatılabilmesi, üçüncü kişilerin haklarının tam olarak korunamaması, güçlü olan tarafın isteklerini kabul ettirme anlamında sahip olduğu avantajlar ve uzlaşılan sonucun her zaman için adil olmaması gibi olumsuz uygulama örnekleri bu kuruma olan güveni zedeleyebilse de, bu sorunların zamanla aşılacağına inanıyoruz. Belki de arabuluculuk tarzı düzenlemeler kültürümüze hiç de yabancı olmayan uzlaş bilincinin yeniden yeşertilmesi noktasında bir adım olarak kabul edilebilir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” Taslağı, Adalet Bakanlığı Kanunlar Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından gerek Web¹ adresinde gerekse kurumlara görüşe gönderilerek duyurulmuştur. Taslağın yayımlanmış olmasını genel gerekçede bahsedilen hususların gerçekleştirilmesi bakımından faydalı bulduğumuzu baştan belirtmeliyiz.

Taslağa ilişkin önerilerimizi ve bunların gerekçelerini aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

A-Şekil Bakımından

1- Taslağın Tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde geçen “uzman eğitimi almış” ibaresi, “uzmanlık eğitimi almış” olarak değiştirilebilir.

2- Taslağın 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen “Ancak” sözcüğü devam eden cümleye olumsuzluk katan “rağmen” sözcüğünün de kullanılması nedeniyle metnin anlaşılabilirliğini azaltmaktadır. Diğer taraftan “Ancak” sözcüğünün çıkarılmasıyla da anlam nihayetinde değişmemektedir.

3- Taslağın 16. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları ayrı bir madde olarak düzenlenebilir.

B- İçerik Bakımından

1- Kanunun 1. maddesinde geçen “Bu Kanun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır” kuralı temel alınarak, bu kuralın istisnai bazı durumlar için (öneminden dolayı) sayılarak yumuşatılması yoluna gidilebilir. Örnek olarak, Aile Mahkemeleri Kanununun 6 ve 7, Medeni Kanunun 195. maddesiyle aile sorunlarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilmesinin önü buraya konulacak bir istisna düzenleme ile açılabilir. Eğer taraflar boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin (eşlerin ortak mallarının paylaşımı; malvarlığının tasfiyesi; maddi ve manevi tazminat miktarı; nafaka miktarı; velayetin kimde kalacağı; velayetin bırakılmadığı eşin çocukla kişisel ilişki kurması; kadının eşinin soyadını taşımasına izin verilmesi gibi) konularda taraflar arabuluculuğa gitme konusunda anlaşılırsa ve sonrasında bir uzlaşmaya varabilirlerse bu geçerli olabilmeli; hakim tarafından onaylanması şartıyla (TMK m.184/5) hakim de bunu hükme esas alabilmelidir. Gerçekte bunu yapmaya bu düzenleme bakımından veya diğer mevcut düzenlemeler bakımından bir engel

¹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>.

gözükmesi de, kuralda bu hususun belirtilmesi, uygulamada bu yola başvurunun gerçekleşmesi bakımından faydalı olabilir.

2- Taslak gerekçesinin “genel gerekçe” kısmında, değişik sistemlerden bahsedilerek, arabuluculuğun ihtiyari olması üzerinde durulmuş ve buradan yola çıkılarak tarafların hiçbir zorlama olmaksızın kendi iradeleriyle bu yola başvurmaları genel kabul görmüştür. Buna uygun olarak Tasarının 12. maddesi tarafların bu konuda anlaşabileceklerini belirtmektedir. Buna ilave olarak, Tasarının 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi de, mahkemenin arabuluculuk konusunda tarafları aydınlayabileceğinden ve ayrıca tarafları arabuluculuğa başvurma noktasında teşvik edebileceğinden bahsetmektedir. Tarafların uyuşmazlık konusunda uzlaşmalarıyla (sulhle) yargılamanın sona erdirilebilmesi amacına yönelik düzenleme HUMK’un 213. maddesinin birinci fıkrasında da bulunmaktadır. Ancak, söz konusu düzenleme hakime bu noktada bir zorunluluk yüklediğinden yargılamanın sulhle sona erdirilebilmesine yönelik anlamlı bir işlevi yerine getiremediği de bilinmektedir.

Tasarının, arabulucuya başvurunun zorunlu olmaması, ancak tarafların istemesiyle başvurulması gibi temel esprisini de zedelememek koşuluyla, hakime tarafların arabulucuya başvurabilme haklarının bulunduğu, bu yol işletildiğinde ve özellikle bir sonuca ulaşıldığında Taslakta söz konusu olablen bir takım haklara aleni yargılama yapılmaksızın gizlilik içerisinde ulaşılabileceği; bunun ucuzluk ve çabukluk sağlayacağı, ayrıca, bir sonuca ulaşılamaması durumunda da hak kaybının bulunmayacağı noktasında hatırlatma yapma yükümlülüğünün getirilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Bu amaçla, Taslağın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir” şeklindeki cümlenin “Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik eder” şeklinde değiştirilmesiyle anılan sonuca ulaşılabilir.

Buna yönelik bir düzenleme ve uygulama hukukumuzda yabancı da değildir. Aile Mahkemeleri Kanunu’nun 7. maddesinin birinci fıkrası da tarafları sulhe teşvik anlamında hâkime yükümlülük yüklemektedir. Yine Hukuk Muhakemeleri Tasarısının Ön İncelemeye yönelik 142. maddesinde de hakimin sulhe veya arabulucuya gitmeye teşvik yükümü düzenlenmiştir.

Belirtilen şekilde yapılacak düzenleme ile, hâkim tarafından arabulucuya gidilmesinin hatırlatılması ve arabuluculuğa yönelik özel düzenlemelerden bahsedilerek bu yolun işletilmesinin teşvik edilmesi yükümü ile yargılması devam edilen bir takım davaların tarafların iradeleriyle arabulucuya giderek çözümlenmesini sağlayabilir; mahkemelerin iş yükünün azalmasına sebep olabilir.

3- Taslağın 12. maddesinin üçüncü fıkrasında arabulucuya başvurma teklifine olumlu cevap verme süresi 30 gün olarak öngörülmüştür. Belirtilen sürenin sırf teklife olumlu cevap verme bakımından öngörülmüş olması karşısında uzun bir süreyi kapsadığı da gerçektir. Arabuluculuğa gitme yargılama makamlarının iş yükünün hafifletilmesine katkı sağlayacak ise, karşı tarafın düşünme süresinin 15 gün gibi ya da daha az olmasının bir takım yararları da olabilecektir. Zira karşı tarafın kabul etmesi ile yargılama süreci adeta askıya alınacağından mahkemece askı süresinde yapılması gereken bir takım işlemlerin yapılmaması nedeniyle mahkemelerin iş yükünde nisbi azalmalar olabilir. Taraflar arasında uzlaşmaya varılması durumunda da artık mahkemenin bu işlemleri yapmasına gerek kalmaz. Diğer taraftan arabulucuya başvuru teklifinde bulunan tarafın karşı tarafın düşünme süresinin uzun olmasını arzulamaktaysa, işin özelliği gerektirmekteyse 15 günlük süreyi arttırabilmesine de imkan verilebilmelidir.

4- Aidat ödeme yükümünü düzenleyen 11. maddesinin üçüncü fıkrasında toplanan aidatlar ile nemalarının “görev alanında” kullanılmak üzere Daire Başkanlığına tahsis edileceği düzenlenmektedir. Gereğe Başkanlığın kullanım kalemleriyle ilgili “görev alanı” kavramını açıklayan örnekler konulması, toplanan miktarların efektif harcanmasına katkı sağlayabilir.

5- Önemli bir diğer husus ise, arabuluculuğun daha cazip kılınabilmesinin sağlanabilmesi bakımından, eğer bu süreçte taraflar uzlaşırsa devam eden (ya da askıya alınan) dava bakımından yargılama giderlerinden sorumlu ol(nup)p olunmayacağı noktasındadır. Taslakta buna yönelik bir düzenleme göze çarpmamaktadır. Sadece, arabulucuya ödenecek olan ücretin aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit olarak katlanılacağı belirtilmektedir (m.7,II). Buna karşılık asıl davanın uzlaşma sonrası bitirilmesi neticesinde taraflara yüklenilecek yargılama harçları ve masraflarının nasıl yüklenileceği ve dağıtılacağı noktasında Taslakta bir düzenleme yer almamaktadır. Sulhle (uzlaşmayla) davanın sona erdirilmesi durumunda, taraflar, aralarında yargılama giderlerine yönelik de bir düzenleme yapabilirler. Ancak bunu yapmadıklarında uzlaşma tutanağındaki tutara göre yargılama giderlerinden sorumlu tutulabileceklerdir. İşte bu noktada yargılama makamları önündeki iş yükünün azaltılabilmesinin sağlanması bakımından uzlaşma ile neticelenen ve icraya elverişli uzlaşma tutanakları bulunduğu taktirde tarafların yargılama harçlarından (başvurma harcı, karar ve ilam harcı, oturum harcı ve saire) sorumlu tutulamayacakları; diğer yargılama masraflarından (tebligat masrafları, bilirkişi ücretleri, keşif ve delil tespiti masrafları, tanıkların ulaşım giderleri gibi) ve vekalet ücretinden uzlaşma tutanağında aksi kararlaştırılmamışsa mevcut düzenlemeler çerçevesinde sorumlu olacakları kurala bağlanabilir. Bu yönde

yapılacak bir düzenleme, tarafları arabulucuya gitme ve uzlaşma anlamında teşvik edebilir.

6- Arabuluculuğun süresi Taslakta belirli değildir. Tarafların arabulucuya gitme konusunda anlaşmaları ile bu faaliyetin ne kadar bir süre içerisinde belirginleşeceği noktasında belirsizlik yaşanmamalıdır. Kısacası, Arabulucuya gitme noktasında tarafların anlaşmaları üzerine davanın ne kadarlık süreler içerisinde bekleyeceği belirli ya da belirlenebilir olmalıdır. Bu yönde olmak üzere 14. maddenin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenecek bir fıkra ile bu sürenin normal olarak 30 gün olacağı; bu sürenin bitiminden sonra 30 gün uzatılabileceği gibi bir formülle ya da toplamda üç ayı geçemez şeklinde benzer bir formülle düzenleme yapılabilir.

7- Arabuluculuk sonrası düzenlenen tutanağın ilam niteliğinde bir belge olması dolayısıyla, arabulucuların her dört yıllık lisans mezunlarından seçilmesi ilamların icrasında yeni sorunlara da yol açabilecek nitelik taşımaktadır. Bilindiği üzere ilam niteliğinde belge düzenleme yetkisi çok sınırlı şartlarda verilmektedir. Noterlik ve Avukatlık Kanununda buna yönelik düzenleme örnekleri bulunmaktadır. Bu nedenle, Taslağın 19. maddesinin c bendinde yer alan “Dört yıllık lisans eğitimi” almış olmaya yönelik aranan şart çok geniş; düzenlenen belgenin ilamlı icraya konu olabilmesi bakımından da tehlikeli sonuçlara, yeni sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Gerçi, hukuk mezunu olmayanlar bakımından 100 saatlik bir temel hukuk eğitimi ile bu açığın, eksikliğin kapatılabileceği düşünülebilse de, özellikle hukuk fakültelerinde bile tam anlamıyla verilemediği kabul edilen yargılama usullerine yönelik derslerin kararlaştırılan program içerisinde verilerek, kişiden ilam niteliğinde bir belge düzenlenmesini beklemek olası değildir. Ülkemizde hukukçuların bile bu konuda yeterli donanımına sahip olmadığı düşünüldüğünde (Taslakta bu eksikliğin tamamlanabilmesi için ayrıca iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi gibi ilave derslerin alınması da şart koşulmaktadır) arabuluculuğun belli meslek gruplarıyla sınırlı tutulması, gerekçe kısmındaki amacın gerçekleştirilebilmesi ve tarafların bu usule olan güvenleri bakımından faydalı olabilir. Bu çerçevede dört yıllık lisans mezuniyeti yerine bu kavramın içeriği sınırlandırılarak, arabuluculuğun ülke çapında sorunsuz uygulanabilmesinin sağlanabilmesi bakımından başlangıçta hukuk fakültesi mezunları, noterler, avukatlar; ya da bu kapsam genişletilerek siyasal bilgiler fakültesi mezunları, iktisadi idari bilimler fakültesi mezunları ve belki de sosyologlar ve psikologlar ile sınırlı tutulması yerinde olabilir. Bunun kabul edilmemesi durumunda ise, arabulucunun düzenlediği belgenin ilamlı icraya dayanak belge olarak kabul edilmemesi, ancak mahkeme denetiminden geçtikten sonra ilam niteliğinde belge olarak kabul edilmesi yerinde olabilir.



ANONİM ORTAKLIKLARDA ETKİN DENETİM

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA**

GİRİŞ

Anonim ortaklıklar modern ekonomilerin önemli yapı taşlarından birisi olarak kabul edilmektedir. Çok sayıda küçük yatırımcı¹ bu şirket türü sayesinde birikimlerini bir araya getirebilmekte ve böylece üretime katkı sağlayabilmektedir². Bu tür ortaklıklarda, şirketin uzman kadrolar tarafından yönetilmesi ne kadar gerekliyse, denetlemenin de aynı şekilde etkin ve profesyonelce yapılması zorunludur.

Ortak sayısının çoğu zaman bir elin parmaklarını geçmediği şahıs şirketlerinde denetim görevi doğrudan doğruya ortaklar tarafından yapılabilirken, anonim ortaklıklarda ortak sayısının çokluğundan ve ortakların genelde iş hakkında yeterli bilgiye sahip olmamalarından dolayı, denetimin bizzat ortaklarca yerine getirilmesi mümkün gözükmemektedir. Esasında bu tür bir şirkete giren küçük tasarruf sahiplerinin asıl amacı, ortaklıktan belli dönemlerde gelecek kâr payını almaktır. Yönetime girmenin bir hak ve görev olarak kabul edildiği şahıs şirketlerindeki ortakların aksine, anonim şirketin ortakları, şirketin sermayesini meydana getirmeleri cihetiyle, ortaklığın sahibi olmalarına karşın, bu bilinci genelde taşımadıkları gözlemlenmektedir. Dolayısıyla şirketin kim tarafından ve başarıyla yönetilip yönetilmediği gibi hususlara ortakların yeterli derecede ilgi gösterdikleri söylenemez³.

Son yıllarda gerek yurt içinde gerekse yurtdışında rastladığımız şirket iflas-

* Niğde Üniversitesi İ.İ.B.F. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Gerçekten de çok sayıda küçük tasarruf sahibinin ekonomik işleyiş hakkında yeterli bilgisi olmadan bir araya toplanmaları, pratikte bunları, kanunun amacının aksine, „ortak“ niteliğinden uzaklaştırarak adeta „yatırımcı“ haline dönüştürmekte ve affectio societatis zayıflamaktadır. Bkz. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 226, N 441.

² Bkz. aynı görüş için Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 226, N 441.

³ Bundan dolayıdır ki; ortaklara, her ne kadar kanun tarafından genel kurulda yönetim kurulunu seçme yetkisi tanınmış olsa da, uygulamada, genel kurula katılma zahmetine katılmak istemeyen ortaklar yüzünden, şirket yönetimi belli bazı azınlık grupların eline geçebilmektedir.

ları veya şirketlerin ekonomik kriz yaşamalarında, yönetim kurullarının beceriksizlikleri hatta bazen kötünietli yönetimleri, anonim ortaklıkların daha etkin denetlenmesi zorunlulu- ğunu ortaya çıkarmıştır.

TTK, denetim organına çok sayıda görev yüklemiş olmasına karşılık, organın bu görevlerin altından kalkabilmesi için hiç bir önlem almamıştır. Kanun, AO'da, özellikle de halka açık ve çok sayıda ortağı bulunan AO'larda, şirket yönetiminin daha etkili denetlenmesi için, zorunlu organ olan denetim kurulu dışında, ortaklığın gerek Sanayi Bakanlığı gerekse Sermaye Piyasası Kurulu tarafından denetlenmesini sağlamak ve böylece oluşabilecek olumsuzlukların önüne geçebilmek için hükümler öngörmüştür. Ortak sayısı çok olan AO'larda, işlerin gittikçe daha teknik hale gelmesinden dolayı, denetleme ve gözetleme görevinin dışarıdan çağrılacak yeterli teknik bilgi ve tecrübeye sahip kişi ve kuruluşlara yaptırılmasının çağın gereklerine daha uygun düşeceği kanaati de doktrinde çok uzun bir süreden beri savunulmaktadır⁴.

Uzun yıllardan beri üzerinde çalışılan ve TBMM'de yasalaşmayı bekleyen TTK Tasarısı'nın anonim ortaklıklarla ilgili getirdiği önemli yeniliklerden birisi, denetleme ile ilgili olanıdır. Mevcut Kanun'da denetim kurulu, anonim ortaklıklarda genel kurul ve yönetim kurulu ile birlikte zorunlu organlardan birisi iken, TTK Tasarı'sında denetim kurulunun zorunlu organ olma vasfı kaldırılmıştır. Tasarı'da, özellikle şirketin ve ortakların menfaatine olabilecek bir denetimin yapılabilmesini sağlamak amacıyla, denetimi yapacak kişilerin daha nitelikli olmaları ve bağımsız hareket edebilmeleri için önlemler alınmıştır.

Diğer ülkelerdeki, özellikle Almanya'daki, gelişmelere bakıldığında, özel denetçi tayini ve dış denetimin varlığı yanında, asıl denetim organı olarak kabul edilen denetleme organının (Aufsichtsrat) daha etkin hale getirilmeye çalışıldığı görülmektedir. TTK Tasarısı, denetleme organını anonim ortaklığın zorunlu organlarından saymamakta, kabul ettiği yeni hükümlerle, denetlemenin bağımsız ve uzman kuruluşlarca yapılmasını ve denetimin sonuçlarının, açık anlaşılabilir ve kamuyu aydınlatma ilkeleri uyarınca düzenlenmiş bir raporla, pay sahipleri başta olmak üzere ilgililere sunulmasını öngörmektedir. Böylece, özellikle Avrupa Birliği ile müzakere sürecine başlayan bir ülke olarak, hukuk sisteminin Birlik Hukuku ile uyumlaştırılması amaçlanmaktadır.

TBMM'de yasalaşması bekleyen TTK Tasarısı'nın, daha etkili bir denetlemenin yapılabilmesi için kabul ettiği hükümler irdelenmeden önce, mevcut hukuki durum ana hatlarıyla incelenecektir. Ayrıca, özellikle son yıllarda Alman hukukunda AO'ların kontrol ve gözetilmesi konusunda yaşanan büyük tartışmalar sonunda kabul edilen bazı kanunlarla reforme edilen Alman POK'daki

⁴ Bkz. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 336, N 635a.

(Paylı Ortaklıklar Kanunu) gelişmeleri de gözönüne alarak reform önerilerinde bulunulacaktır.

I. Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler

1. Denetçilerin Sayısı, Seçimi Ve Görev Süreleri

TTK'nın 347-359 maddeleri AO'da denetçileri düzenlemiştir⁵. Buna göre; her AO'da en az bir, en fazla 5 olmak üzere denetçi bulunması gerekir⁶. Denetçilerin sayısı birden fazla olduğu takdirde bunlar bir heyet oluştururlar⁷. Bu kurula denetim kurulu denir⁸.

Kural olarak denetçileri genel kurul en fazla 3 yıl için seçer (TTK. m. 347/2). Bunun dışında denetçilerin esas sözleşme ile tayin edilmesi de mümkündür. Ani kuruluşta, denetçiler şirket esas sözleşmesi ile atanırlar. Buna karşılık tedrici kuruluşta, ilk denetçilerin atanmaları kuruluş GK tarafından yapılması gerekir (TTK m. 297/2).

Bunun dışında denetçilerin seçimi, denetim kurulunca da yapılabilir. TTK m. 351 hükmüne göre „bir murakıbn ölümü, çekilmesi, bir maniden dolayı vazifelerini yapamayacak durumda bulunması, iflası veya hacir altına alınması gibi“ durumlarda ilk GK toplantısına kadar bu yer, diğer denetçilerin seçimi ile doldurulur. Denetçinin tek kişi olması ve bunun yerinin boşalması halinde ise, seçimi münferit pay sahibi veya YK üyelerinden her birinin talebi üzerine, AO merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesi yapar (TTK m 351/son).

Son olarak TTK m. 275'e göre denetim kurullarına kamu tüzel kişileri de

5 AO ile denetçileri arasındaki hukuki ilişkinin niteliği literatürde çoğunlukla vekalet ilişkisi olarak kabul edilirken, yargıtay verdiği iki ayrı kararda da, denetçi için ücret öngörülmüş olması halinde, ilişkinin hizmet ilişkisi olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. 9. HD. 5.6.1972, E. 32457/ K. 19496; 10. HD. 14.9.1973, E. 180 K. 209.

6 TTK m. 347/1, birden fazla denetçi olması halinde bunların bir „heyet“ teşkil edeceğini söylemesine karşılık, bu heyetin nasıl çalışacağına ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Karş. için bkz. yönetim kurulunun “kurul” halinde çalışmasını düzenleyen TTK m. 330.

7 Birden fazla denetçinin varlığı halinde oluşan heyetin birlikte hareket etme zorunluluğu genel olarak kabul edilmesine karşın, yargıtay, mecburi ve acele hallerde denetçilerden herhangi birinin tek başına hareket edebileceğini, yani böyle durumlarda heyet halinde hareket etmek zorunluluğu bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. 11. HD, 8.11.1978, E. 1978/4527, K. 1978/5066 – YKD S. 3 C. V, s. 377.

8 Literatürde denetleme ve gözetleme görevi olan bu organ için en çok denetçi kavramı kullanılmasına karşılık, denetim organı ve nadir de olsa denetim kurulu olarak adlandırılmasına da rastlanmaktadır. Denetçi kavramının daha çok kullanılmasının en önemli nedeni, TTK'ya göre denetim görevinin sadece bir denetçi tarafından da yapılabilmesidir.

üye seçebilirler. Buna göre; devlet, il, belediye gibi kamu tüzel kişilerinden birisine, esas sözleşmeye dercedilecek bir kayıtlı, pay sahibi olmasa dahi, konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında temsilci bulundurmak hakkı verilebilir.

2. Denetçilerin Görevleri

TTK m. 353 vd. incelendiğinde, Kanun'un denetim kuruluna, Alman POK sisteminde olduğu gibi, geniş idare ve gözetim yetkilerine sahip „Aufsichtsrat“ ve hesap kontrol yetkisine sahip „Bilanzprüfer“ yetkilerini verdiğini görmekteyiz⁹. TTK m. 353 denetçilerin görevlerini 10 bent halinde çok ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Özellikle 10. bentte ifadesini bulan „yönetim kurulu üyelerinin kanun ve esas mukavele hükümlerine tamamiyle uymalarını denetlemek“ hükmü ile TTK'nın denetleme kuruluna, Alman hukukunda olduğu gibi, yönetim kurulunu gözetleme ve denetleme yetkisini verdiği ve adeta „aufsichtsrat“ benzeri, yönetim kurulu üstü bir organ öngördüğü söylenebilir.

Buna karşılık Türk sistemi açısından bakıldığında, denetleme kurulunun kendisine verilmiş bütün bu görevleri yerine getirebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmadığını görmekteyiz. Halbuki AO'nun zorunlu organlarından biri olan denetleme kurulunun, TTK m. 353/1 10. bendi gözönüne alındığında, şirket yönetiminin kanun ve esas sözleşme hükümlerine tamamiyle uymasını sağlayarak, şirket ve ortaklarının menfaatleri için çalışması sağlanabilir. Bunun için yönetim kurulunun yaptığı işlemlerin kontrol edilmesi ve gözetlenebilmesi için

9 TTK'ya göre denetçilerin görevleri öncelikle şirketin iş ve mukavelelerini murakebe etmektir. Denetçiler özellikle şu işleri yapmak zorundadırlar:

- Yönetim kurulu üyeleriyle işbirliği ederek bilançonun tanzim şeklini tayin etmek.
- Şirket muamelelerinden bilgi edinmek ve lüzumlu kayıtların intizamlı tutulmasını sağlamak maksadıyla hiç olmazsa altı ayda bir defa şirketin defterlerini incelemek.
- Üç aydan fazla ara vermemek kaydıyla sık sık ve ansızın şirket veznesini teftiş etmek.
- En az ayda bir defa şirketin defterini inceleyerek rehin veya teminat, yahut şirketin veznesinde saklanmak üzere vedia (emanet) olarak teslim olunan her nevi kıymetli evrakın mevcut olup olmadığını tahkik ve kayıtlara tatbik eylemek.
- Esas mukavelede pay sahiplerinin GK toplantılarına iştirakleri için gerekeceği bildirilen şartların yerine getirilip getirilmediğini incelemek.
- Bütçe ve bilançoyu murakebe etmek.
- Tasfiye muamelelerine nezaret etmek.
- YK'nın ihmali halinde adi ve fevkalade olarak GK'yı toplantıya davet etmek.
- GK toplantılarında hazır bulunmak.
- YK üyelerinin kanun ve esas mukavele hükümlerine tamamiyle riayet etmelerine nezaret etmek.

etkili ve iyi işleyen bir denetim organına ihtiyaç duyulduğu açıktır.

3. Denetçilerin Nitelikleri

Hukukumuzda denetçi olarak seçilebilmek için öncelikle fiil ehliyetine sahip olmak gerekir. Pay sahipleri de denetçi seçilebilirler. Fakat seçilecek denetçi bir tane ise onun, birden fazla ise yarısından bir fazlasının, T.C uyuşunda olmaları şarttır¹⁰.

Bunun dışında şirketin yönetim kurulu üyelerinin ve memurlarının denetçi seçilmesi mümkün olmadığı gibi (TTK m.347/4), yönetim kurulu üyeleri ile yakın akraba olanların da denetçi seçilmesi mümkün değildir¹¹. Denetçilerin taşınmaması gereken diğer olumsuz şartlar; iflas etmemiş olma, hacir altında olmama, ağır hapis gerektirici veya haysiyet kırıcı bir suçtan mahkum olmama ve devlet memuru olmama şeklinde sıralanmıştır. Ayrıca 2547 sayılı YÖK Kanunu'nun 36. maddesine göre, üniversite ve yüksekokullarında tam gün çalışan öğretim üyeleri de denetçi seçilemezler.

II. TTK Tasarısı'nda Yer Alan Düzenlemeler

1. Genel Olarak

TBMM'de yasalaşmayı bekleyen TTK Tasarısı, şirketlerin denetimi için tamamen yeni bir sistem öngörmektedir. Buna göre; mevcut kanunda şirketlerin zorunlu organları arasında sayılan ve konuyla ilgili uzmanlığı bulunması gerekmeyen murakıplık müessesesi kaldırılmakta, şirketin¹² mali denetimi, bağımsız denetim şirketlerine veya yeminli mali müşavirlere (YMM) ve serbest muhasebeci mali müşavirlere (SMMM) bırakılmaktadır¹³. Tasarı'da, şirketin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları ve/veya konsolide finansal tabloları ve yıllık raporunun denetçi tarafından denetleneceği, bu denetimden geçmeyen finansal tablolar ve yıllık raporun düzenlenmemiş hükmünde olacağı kabul edilmekte-

10 Bkz. 11 HD. 5. 5 1981, e. 1267/K. 2213 sayılı kararı için Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 334, N 633.

11 Yönetim kurulunun usul ve furuundan biri ile eşi ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhrî hısımları dahi denetçi olamazlar, seçilmişlerse derhal çekilmeye mecburdurlar (TTK m. 349).

12 Denetime, büyük, küçük ve orta ölçekli (Tasarının 1523 üncü maddesi); halka açık olan veya olmayan, hisse senetleri borsada işlem gören ya da görmeyen özel ve kamu sektörüne dahil tüm anonim şirketler dahildir.

13 TTK sisteminde, murakıplı(lar) için öngörölmüş bulunan, genel kurulun toplantıya çağırılması gibi, yönetime ilişkin görev ve yetkiler de TTK Tasarıyla sistemden çıkarılmıştır.

dir¹⁴. Ayrıca denetimin Uluslararası Denetim Standartlarına uygun olması gerekmektedir. TTK Tasarısı bu olağan denetimin yanında, işlem bazlı denetim¹⁵

- 14 Tasarı'nın gerekçesinde, denetim işlevine ilişkin yetkilerin tamamının devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte olduğu; başka bir organ tarafından doğrudan ya da dolaylı kullanılmayacağı söylenmiştir.
- 15 TTK Tasarısı aşağıdaki hallerde işleme taraf olanlar veya işlemi yapanlar tarafından işlem denetimi yaptırılmasını zorunlu kılmıştır:
- 1) Şirket birleşmelerinde; birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşmeye esas bilançoların işlem denetçisine denetletirilmesi zorunlu kılınmıştır. Ancak bu zorunluluk sadece büyük ölçekli şirketler için olup, küçük veya orta ölçekli şirketler için aşağıdaki dört hal dışında ihtiyari bırakılmıştır (TTK Tasarısı m. 148).
 - A. Şirket birleşmelerine katılan bir şirketin tasfiye halinde olması halinde, birleşmenin gerçekleştirilmesi için henüz mallarının dağıtımına başlanılmamış olması ve sadece devrolan şirket konumunda olması gerekmektedir. Bu hususların kanıtlanması ancak işlem denetçisi raporunun varlığı koşuluna bağlanmıştır (TTK Tasarısı m. 138).
 - B. Şirket birleşmelerinde birleşen şirketlerden birinin sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısını zararla yitirmiş olması veya borca batık olması halinde, birleşmenin gerçekleştirilmesi için diğer şirketin bu zararları giderecek ölçüde serbestçe tasarruf edebileceği özvarlığa sahip olduğu ancak işlem denetçisi raporu ile kanıtlanabilecektir (TTK Tasarısı m. 139).
 - C. Birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılara hakları için yapacakları üç ilan yükümlülüğünden kurtulmak istiyorlarsa işlem denetçisi raporu almaları zorunludur (TTK Tasarısı m. 157).
 - D. Birleşmeye katılan şirketler, alacaklılara güvence verme yükümlülüğünden kurtulmak istiyorlarsa onların haklarının zaten güvencede olduğunu işlem denetçisi raporu ile kanıtlamaları gerekmektedir (TTK Tasarısı m. 157/3).
 - 2) Tür değişikliklerinde; tür değiştirme planı, tür değiştirme raporu ve tür değiştirmeye esas bilançonun işlem denetçisine denetletirilmesi Tasarı ile zorunlu kılınmıştır. Ancak bu zorunluluk sadece büyük ölçekli şirketler için olup, küçük veya orta ölçekli şirketler için ihtiyaridir (TTK Tasarısı m. 187).
 - 3) Anonim şirkete sermaye olarak bir alacağın konulması halinde bu alacağın varlığı ve değerinin bir yeminli veya serbest mali müşavir tarafından raporla saptanması gerekmektedir (TTK Tasarısı m. 343/2).
 - 4) Tasarı'nın 351. maddesinde anonim şirketlerin kuruluş işlemlerinin de işlem denetçisine denetletirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Ancak burada bu denetimi yapabilecek kişiler, küçük ölçekli ve halka açık olmayan şirketlerde en az iki yeminli mâlî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir olarak belirlenmiştir.
 - 5) Anonim şirketlerde sermaye artırım denetimi: Tasarı'nın 458, 462/2 ve 469, 470 ve 472. maddeleri ile anonim şirketlerin sermaye artırım işlemlerinin ve artırımın iç kaynaklardan

ve özel denetim¹⁶ müesseselerini de kabul etmiştir.

2. Denetçilerin Sayısı, Seçimi ve Görev Süreleri

TTK Tararısı m. 400/1'e göre denetçi, ancak yeminli malî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir sıfatını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir. Bununla birlikte küçük anonim şirketler, en az iki yeminli malî müşaviri veya serbest muhasebeci malî müşaviri denetçi seçebilirler.

Tasarı'nın 399/1 maddesine göre; denetçinin, şirket genel kurulunca; topluluk denetçisinin, ana şirketin genel kurulunca her faaliyet dönemi için ve her hâlde görevini yerine getireceği faaliyet dönemi bitmeden seçilmesi şarttır. Aynı maddenin 6. fıkrasına göre; faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar denetçi seçilememişse, denetçi, yönetim kurulunun, her yönetim kurulu üyesinin veya herhangi bir pay sahibinin istemi üzerine, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından atanır. Aynı hüküm, seçilen denetçinin görevi red veya sözleşmeyi feshetmesi, görevlendirme kararının iptal olunması, bütlanı veya denetçinin kanunî sebeplerle veya diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi veya görevini yapmaktan engellenmesi hâllerinde de uygulanır.

3. Denetçilerin Görevleri

TTK Tasarısı'na göre denetçinin en temel görevi; anonim şirketin ve şirketler topluluğunun finansal tablolarını uluslararası denetim standartlarına göre denetlemektir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da denetim kapsamı içindedir. Şirketin ve

yapılması halinde artırılan tutarın şirkette var olduğunun bir işlem denetçisine denetletirilmesi zorunlu kalmıştır.

6) Anonim şirketlerde sermaye azaltımının denetimi: Tasarı'nın 473. maddesi ile anonim şirketlerde sermaye azaltımı, azaltıma rağmen alacaklıların haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette kalacağına dair işlem denetçisi raporunun varlığı koşuluna bağlanmıştır.

7) Anonim şirketlerde menkul kıymet ihracı: Tasarı'nın 505. maddesi ile anonim şirketlerin her hangi bir menkul kıymet ihracının da işlem denetçisinin denetiminde yapılması kabul edilmiştir.

¹⁶ TTK Tasarısı'nın 438. maddesine göre; her pay sahibi, pahasıplığı haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir. Genel kurul istemi onaylarsa, şirket veya her bir pay sahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir.

topluluğun finansal tablolarının ve yönetim kurullarının yıllık raporlarının denetimi, ayrıca Türkiye Muhasebe Standartları ile kanuna ve esas sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığının incelenmesini de içerir. Denetleme, denetçilik mesleğinin gerekleri ile meslek etiğine ve uluslararası denetim standartlarına uygun olarak ve özenle yapılır. Denetleme, şirketin veya topluluğun, durumunun dürüst resim ilkesine¹⁷ uygun olarak yansıtılıp yansıtılmadığını; yansıtılmamışsa bunun sebeplerini açıkça ortaya koyacak şekilde yapılır ve gerçeği dürüstçe belirtir.

Denetçinin yasal görevlerinden biri de, denetim raporu hazırlamasıdır. Denetçi denetimin sonucunda, yapılan denetimin türü, kapsamı, niteliği ve sonuçları hakkında, gereken açıklıkta, anlaşılır, basit bir dille yazılmış ve geçmiş yıllla karşılaştırmalı olarak hazırlanmış, finansal tabloları konu alan bir rapor düzenler ve bunu yönetim kuruluna sunar. Bundan başka ayrı bir rapor hâlinde, yönetim kurulunun, şirketin veya topluluğun durumu hakkındaki yıllık faaliyet raporunda yer alan irdelemeleri, denetçi tarafından, finansal tablolar ile tutarlılığı ve gerçeğe uygunluğu açısından değerlendirilir (m. 402/1, 2)¹⁸.

Denetçi değerlendirme yaparken şirketin; denetliorsa ana şirketin ve topluluğun, finansal tablolarını esas alır. Şirketin ve topluluğun varlığını sürdürebilmesinin şartları ile gelişmesi hakkında yönetim kurulunun yaptığı irdelemeleri, uluslararası denetim standartlarında öngörölmüş bulunan ilgili çalışma ve raporlama standartlarının gösterdiği çerçevede değerlendirir; meğerki, denetlenen belgeler buna olanak tanımasın. Raporda ayrıca denetim sırasında;

a) Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulanmasına ilişkin yanlışların bulunup bulunmadığı,

b) Şirketin, uluslararası denetim standartları arasında yer alan işletmenin devamlılığı ile ilgili standartta öngörölmüş bulunan gereklilikler çerçevesinde saptanan belirsizlikler ve işletmenin sürekliliğini tehlikeye atan olgular,

¹⁷ Burada Tasarı'nın 515. maddesinde öngörülen ve bir üst hukuk kuralı olan dürüst resim ilkesine gönderme yapılarak, denetlemenin nitelik ve özelliği tanımlanmaktadır.

¹⁸ Denetçinin yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporuna ilişkin denetimi ayrı bir rapora bağlanacaktır. Tasarı'nın gerekçesine göre bunun sebebi, denetçinin, kural olarak, yıllık faaliyet raporunu denetlememesi, denetleyebilecek olanaklara sahip bulunmamasıdır. Çünkü, yıllık faaliyet raporunda sadece finansal tablolar hakkında bilgiye yer verilmemekte bu rapor aynı zamanda, plân ve projeksiyonları, istihdam durumunu, pazar payını, pazarlamayı ve saireyi de içermektedir. Finansal tablolara ilişkin kısımların veya bütünüyle raporun denetçi tarafından denetlenmesine olanak yoktur. Bu sebeple, fıkra, yıllık faaliyet raporunun hangi noktalara özgülüneceğini açıkça belirtmektedir.

açıklanır.

Denetim raporunun esas bölümünde,

a) Defter tutma düzeninin, finansal tabloların ve topluluk finansal tablolarının, kanun ile esas sözleşmenin finansal raporlamaya ilişkin hükümlerine uygun olup olmadığı,

b) Yönetim kurulunun denetçi tarafından denetim kapsamında istenen açıklamaları yapıp yapmadığı ve belgeleri verip vermediği, açıkça ifade edilir.

Ayrıca, finansal tablolar ile bunların dayanağı olan defterlerin,

a) Öngörülen hesap plânına uygun tutulup tutulmadığı,

b) Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde şirketin malvarlıksal, finansal ve kârlılık durumunun resimini gerçeğe uygun olarak ve dürüst bir şekilde yansıtıp yansıtmadığı, belirtilir (m. 402/3, 4, 5).

Tasarı'nın 398/4 maddesine göre; denetçi, yönetim kurulu tarafından, 378 nci madde gereğince şirketi, finansal tabloların, gerçek resmî, dürüstçe göstermemesi dolayısıyla tehdit eden veya edebilecek nitelikteki riskleri zamanında belirlemeye uygun bir sistem kurulup kurulmadığını, kurulmuşsa bu sistemin yapısını ve uygulamalarını açıklayan ayrı bir rapor düzenleyerek, denetim raporuyla birlikte yönetim kuruluna sunar.

Denetçi, denetimin sonucunu, bir görüş yazısıyla belirtir. Denetçi olumlu görüş¹⁹ verebileceği gibi, çekinceleri varsa, olumlu görüş yazısını sınırlandırabilir²⁰ veya olumsuz görüş yazısı verebilir²¹.

19 Denetçi, herhangi bir itiraz ileri sürmediği takdirde, verdiği olumlu görüş yazısında, 398 inci madde uyarınca yapılan denetimde herhangi bir aykırılığın belirlenmediğini; şirketin veya topluluğun finansal tablolarının, denetçinin denetim sırasında oluşan bilgilerine ve Türkiye Muhasebe Standartları yönünden yaptığı değerlendirmeye göre doğru olduğunu ve ortaya konulan, şirketin malvarlıksal, finansal ve kârlılık durumuna ilişkin resminin gerçeğe uygun bulunduğunu ve gerçeği dürüst bir şekilde yansıttığını açıklar. Olumlu görüş yazısında, denetimin sonucu, yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirecek bir durumun mevcut olup olmadığını ortaya koyacak, sorunlara işaret edecek ve herkes tarafından anlaşılacak tarzda belirtilir (md. 403/1,2).

20 Sınırlandırılmış görüş, düzeltilebilir ve düzeltilmese bile etkisi sınırlı olan aykırılıklara işaret eden olumlu bir görüştür. Sınırlamanın ve olumsuz görüşün gerekçesi verilir. Sınırlamanın konusu, amacı ve kapsamı belirli ve açık olmalıdır (md. 403/3).

21 Denetçi, olumlu, sınırlı olumlu veya olumsuz görüş yazısını yer ve tarih koyarak imzalar. Olumlu, sınırlı olumlu veya olumsuz görüş yazısından hangisinin verildiğine denetleme raporunda işaret olunur (md. 403/3).

4. Denetçilerin Nitelikleri

Mevcut Kanun'da denetçilerin herhangi bir özel nitelik taşımaları şart olmamasına karşın, TTK Tasarısı'nın getirdiği en önemli yenilik, denetçilerin bağımsız, uzman ve tarafsız olmak zorunda olmalarıdır. Bunu sağlamak için, TTK Tasarısı'nın 400/1 maddesi, büyük ve orta ölçekli anonim şirketler bakımından denetçi olabilecek bağımsız denetim kuruluşlarının pay sahipleri/ortaklarının yeminli malî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir sıfatı taşımaları gerektiğini hükme bağlamıştır. Aynı maddede, küçük anonim şirketler bakımından, bağımsız denetim kuruluşlarının (BDK) yerine yeminli en az iki malî müşavir (YMM) veya serbest muhasebeci malî müşavirin (SMMM) denetim yapabileceklerini öngörmüştür.

Denetçilerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını garanti altına alabilmek amacıyla, Tasarı, denetçi olamayacakları da saymıştır. Buna göre bir anonim şirkette denetçi olamayacaklar şunlardır:

- a) Denetlenecek A.Ş'de pay sahibi olan (md. 400/1,a);
- b) Denetlenecek A.Ş'nin yöneticisi, çalışanı ve denetçi olarak atanmasından önceki üç yıl içinde bu sıfatı taşıyan (md. 400/1,b);
- c) Denetlenecek A.Ş ile bağlantısı bulunan bir kurumun temsilcisi, YK üyesi ya da sahibi veya %20'den fazla paya sahip olan (md. 400/1,c);
- d) Denetlenecek A.Ş ile bağlantısı olan bir şirkette çalışan veya böyle bir şirkette %20'den fazla paya sahip olan bir işletmede çalışanlar ya da A.Ş'de %20'den fazla paya sahip olan bir gerçek kişinin yanında çalışan (md. 400/1,d);
- e) Denetlenecek A.Ş'nin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının düzenlenmesi sırasında katkıda bulunan (md. 400/1,e);
- f) Denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının çıkarılmasında denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunduğu için beşinci bende göre denetçi olamayacak gerçek veya tüzel kişinin veya onun ortaklarından birinin kanunî temsilcisi, temsilcisi, çalışanı, yönetim kurulu üyesi, ortağı, sahibi ya da gerçek kişi olarak bizzat kendisi (md. 400/1,f);
- g) Birinci ilâ altıncı bendlere yer alan şartları taşıdığı için denetçi olamayan bir denetçinin nezdinde çalışanlar (md. 400/1,g);
- h) Son beş yıl içinde meslekî faaliyetinden kaynaklanan gelirinin %30'undan fazlasını A.Ş'ye veya ona %20'den fazla payla iştirak etmiş olan şirketlere verilen denetleme ve danışmanlık faaliyetinden elde eden ve bunu carî yılda da elde etmesi beklenenler (md. 400/1,h).

Ayrıca Tasarı'da, denetçinin belirli süre sonunda rotasyona tabi tutulması²² ve denetçinin vergi danışmanlığı hariç başka hizmet sunamayacağı öngörülmektedir²³.

III. TTK Tasarısı'nın Değerlendirilmesi

TTK Tasarısı'nın denetim ile ilgili hükümleri incelendiğinde, mevcut kanunda yer alan murakıplık sisteminin kaldırıldığını ve mali denetimin dış denetçilere bırakıldığı görülmektedir. Tamamen yeni bir sistem benimseyen TTK Tasarısı ile şirket denetiminde yepyeni bir dönemin başlayacağı söylenebilir. Bu yeni düzenlemenin ülkemizin ticaret hayatı ve iş dünyasında ne tür sorunlara yol açacağını söylemek için Tasarı'nın yasalaşmasını beklemek gerekecektir.

Her ne kadar mevcut TTK'nın denetim ile ilgili kurallarının yetersiz ve eksik kaldığı kabul edilse bile, Tasarı'nın anonim şirketin iç denetiminden sorumlu olan denetim kurulunu tamamen kaldırarak yerine yalnızca mali denetimden sorumlu sözleşmeli hesap denetçilerini görevlendirmesi eleştiri konusu yapılabilmektedir²⁴. Esasında denetçinin görevi, şirketin hesaplarını ve mali tablolarını denetlemenin yanında, ortaklık yönetimini denetleme, özellikle yönetim kurulu üyelerinin kanun ve esas sözleşme hükümlerine tamamiyle uymalarına nezaret etmek olmalıdır²⁵.

-
- 22 Bir bağımsız denetleme kuruluşu, bir şirket için altı yıl arka arkaya denetçi raporu vermişse, söz konusu bağımsız denetleme kuruluşu veya o şirketin denetimi için özgülediği denetçi ile onunla birlikte çalışan denetim takımı en az dört yıl için değiştirilir (md. 400/2).
- 23 Denetçi, denetleme yaptığı şirkete, vergi danışmanlığı ve vergi denetimi dışında, danışmanlık veya hizmet veremez, bunu bir yavru şirketi aracılığıyla yapamaz (md. 400/3).
- 24 Özellikle Türkiye'deki şirket yapısı incelenmeden böyle radikal bir sistem değişikliği uygun olmayan sonuçların doğmasına yol açacaktır. Ticaret sicili kayıtlarına göre, Türkiye'de yaklaşık olarak 95 bin AŞ ve 640 bin Ltd. Şti. olduğu anlaşılmaktadır. Halka açık şirketlerin toplam sayısı ise 607 adet olup; bunlardan 330 anonim şirketin hisse senetleri İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda işlem görmekte; 277 anonim şirketin ise hisse senetleri borsada işlem görmemekle beraber, 250'nin üzerindeki ortak sayıları ile SPK mevzuatına göre hisse senetleri halka arz edilmiş ve halka açık şirket niteliğinde bulunmaktadır. Dolayısıyla, toplam anonim şirket sayısı içinde, hisse senetleri borsada işlem gören ve halka açık şirket niteliğinde olan anonim şirket sayısı oldukça cılız kalmakta, bu şirketlerin büyük çoğunluğunu az ortaklı veya aile şirketleri oluşturmaktadır. Özellikle küçük AO bakımından TTK'daki sistemin muhafaza edilmesi daha faydalı olacaktır. Bkz. aynı görüş için, Arkan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans (13-14 Mayıs 2005) s. 43, 54.
- 25 Tasarı'nın 402/2 maddesi, yönetim kurulunun, şirketin veya topluluğun durumu hakkındaki yıllık faaliyet raporunda yer alan irdelemeleri, denetçi tarafından, finansal tablolar ile

TTK Tasarısı'nın 378. maddesinde düzenlenen ve pay senetleri borsada işlem gören şirketler ile denetçinin bunu gerekli görüp yönetim kuruluna bildirmesi halinde, diğer şirketlerde de kurulması öngörülen risklerin erken teşhisi komitesinin, etkili bir iç denetimden umulan tüm faydaları sağlaması beklenebilir²⁶. Öncelikle, Tasarı'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu komitenin üyelerinin kimlerden oluşacağı bile yönetim kurulunun insiyatifine bırakılmaktadır. Tehlikelerin erken teşhisi komitesinin, bazı yönetim kurulu üyelerinin görevlendirilmeleri suretiyle kurulabileceği de göz önüne alındığında, bu komitenin bağımsız hareket etmesinin mümkün olmadığı ve şirket yönetiminin becereksizliğinden veya kötü niyetli davranışlarından dolayı meydana gelen şirket krizlerini önleme konusunda yetersiz kalacağı söylenebilir.

TTK Tasarısı'nın etkinliğine özel bir önem verdiği ve bu amaçla da çok ayrıntılı bir şekilde düzenlediği bağımsız dış denetimin istenen sonucu yaratabilmesi için, mali denetimin yanında, şirket yönetimini denetlemekle görevli iç denetim organı ile ilgili düzenlemelerin de TTK Tasarısı'na girmesi gerektiği kanısındayız.

IV. AO'da İç Denetimin Gerekliliği

İç denetim, bir işletmenin faaliyetlerini geliştirmek ve bu faaliyetlere değer kazandırmak amacıyla güden, bağımsız ve objektif bir güvence ve danışmanlık aktivitesidir. İç denetim, risklerin erken saptanması ve risk yönetimi süreçlerinin etkinliğini değerlendirmek ve geliştirmek amacıyla yönelik sistemli ve disiplinli

tutarlılığı ve gerçeğe uygunluğu açısından değerlendirilir, ifadesini kullanarak denetlemenin sınırlarını göstermiştir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun bütünüyle denetlenip değerlendirilmesine uygun herhangi bir mekanizma Tasarı'da düzenlenmemiştir. Tasarı'nun gerekçesi de, bunu bir eksiklik olarak değerlendirmesine karşılık, halka açık şirketlerde iç denetim komitesinin bu boşluğu doldurabileceğini, kapalı veya aile şirketi niteliğini taşıyan şirketlerde ise böyle bir mekanizmaya gereksinim duyulmadığının örtülü bir şekilde kabul edildiğini söylemektedir.

- 26 TTK Tasarısı, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde ve diğer şirketlerde, denetçinin gerekli görmesi halinde, yönetim kuruluna, riskin erken saptanması komitesi kurma görevi vermiştir. Tasarı'nın 378. maddesine göre; pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketlerin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken tanısı, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhal kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir. Bu komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yollanır.

bir yaklaşım getirerek bir işletmenin amaçlarına ulaşmasına yardımcı olur.

İç denetim organının özellikle, şirket yönetiminin düzenli olarak işleyip işlemediğini, yönetimin kanunlara, esas sözleşme hükümlerine, iş hayatında geçerli olan kurallara uyup uymadığını ve yönetim kurulunun şirket politikalarının verimliliğini denetlemesi gerekir. Dolayısıyla, denetleme sadece yönetim kurulunun yapmış olduğu işleri kontrol etmek değil, aksine ileriye yönelik yapacağı işlerin de ortaklık menfaatine olmasını sağlamak için, yönetim kuruluna yol göstermeyi de içerir²⁷. Bu kapsamda denetleme kurulu, yönetim kurulu üleriyle işbirliği yaparak bilançonun tanzim şeklini tayin etmek, bütçe ve bilanço muhasebe etmek gibi görevlere sahip olduğu gibi, şirketin geleceğini ilgilendiren ve TTK'da aslında yönetim kuruluna verilen çok önemli kararların doğru alınıp alınmadığını kontrol etmek yetkisine de sahip olmalıdır. Özellikle yönetim kurulunun geleceğe yönelik şirket politikalarını belirlerken denetleme kurulunun bunların ortaklık menfaatlerine uygun olup olmadığı konusunda görüş belirtmesi, hatta bu planlamaların yapılması esnasında yol göstericilik yapması, şirketin geleceği açısından faydalı olacağı kanısındayız. Bu bağlamda; şirketin yatırım, finans ve istihdam politikası gibi önemli konularda denetleme kurulunun kontrol görevinin olması gerekir. Dolayısıyla denetleme kurulunun kontrol yetkisi, şirket yönetiminin geçmişteki faaliyetlerine yönelik olabileceği gibi, şimdiki zaman için ve geleceğe yönelik planlamaları da kapsamalıdır. Yapılan ve yapılması planlanan bütün faaliyetlerin hukuka uygun olup olmadığı, şirketin iktisadi gelişimine katkı sağlayıp sağlayamayacağı ve dolayısıyla amaca uygunluğu açısından denetlenmesi, şirketin ve ortaklarının menfaatlerinin korunması bakımından yerinde olacaktır.

Yönetimin geçmişle ilgili işlemlerinin denetlenmesi sadece hataların tespit edilmesi ve bunların tekrarlanmasının önlenmesi açısından önemli iken, geleceğe yönelik denetim ve yol göstericilik, şirketin özellikle zor ekonomik koşullarda büyük bir krizle karşılaşmadan yolunda devam etmesini sağlayabilir. Burada ifade edilmesi gerekir ki; denetim kurulunun geleceğe yönelik planlamaları kontrol etmesi, yönetim kuruluna kanun tarafından verilmiş olan yönetim yetkisini gasp anlamına gelmez. Dolayısıyla yönetim yetkisi yine yönetim kurulundadır. Denetleme kurulu yönetim kurulunun yerine geçerek kararlar alma yetkisine sahip değildir. Kurulun burada yaptığı, şirketin ve ortaklarının menfaatlerini korumak ve işletme için oluşabilecek risklerden ortaklığı koruyabilmek amacıyla yönetim kuruluna danışmanlık yapmak, ona bilgi ve tecrübesini aktarmakla

²⁷ TTK Tasarısı'nın 378 maddesinde düzenlenen riskin erken saptanması için kurulması öngörülen komitenin de temel görevi, geleceğe yönelik risk teşhisi yapması ve geleceği yorumlamasıdır.

sınırlıdır. Dolayısıyla yönetim kurulunun hazırlamış olduğu raporları veya proje taslaklarını dikkatli ve özenli bir şekilde kontrol edip gerekli müdahaleleri yapmak suretiyle görevini büyük ölçüde yerine getirmiş olacaktır. Yönetim kurulu, bu düzeltmelere ve önerilere uyup uymama konusunda serbest olmalıdır²⁸, çünkü yukarıda ifade edildiği üzere, AO'yu yönetme yetkisi yönetim kurulundadır.

V. Denetim Kurulunun Etkinliğini Artırmak İçin Bazı Öneriler

1. Genel Olarak

AO'nun zorunlu organlarından birisi olarak kalması gereken²⁹ denetim kurulunun daha etkin çalışabilmesi ve kendisine verilen görevleri daha iyi bir şekilde yapabilmesi için her şeyden önce denetçilerin belli bazı özelliklere sahip olmaları gerekir³⁰. Özellikle çok sayıda ortağı olan veya halka açık AO'lar, bu işlerde uzmanlaşmış ve iktisadi yaşamda belli tecrübeye sahip kişiler tarafından yönetilmektedir. Bunun böyle olması ne kadar doğalsa, karmaşık ekonomik ilişkilerin yaşandığı böyle bir ortamda denetlemeyi yapacak kişilerin de belli bir düzeyde uzmanlaşmış olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla denetçi olarak seçilecek kişilerin gerekli bilgi birikimi, tecrübe ve altyapıya sahip olmaları, denetlemenin etkili bir şekilde yapılabilmesi için en önemli koşul haline gelmektedir.

Denetçilerin nitelikli olmaları, üniversite mezunu olmak, belirli alanlarda eğitim görmüş olmak veya bu alanlarda çalışmış olmak gibi şartlarla her zaman sağlanamayabilir³¹. Bu tür önkoşulların denetçi seçimini zorlaştırması ve dolayısıyla uygulamada sorunlara yol açması da mümkündür³². Çeşitli ülkelerde

-
- 28 Fakat yönetim kurulu bu önerilere neden uymadığını ortaklara ve kamuoyuna açıklamalıdır. İleride ortaya çıkabilecek olumsuzluklarda sorumlu tutulacağını gözönüne alarak yönetim kurulunun bu önerileri dikkatle incelemesi onun faydasına olacaktır.
- 29 Ayrıca ortak sayısı az olan küçük anonim şirketler bakımından, TTK Tasarısı'nın öngördüğü denetçi seçiminin pahalı bir yöntem olduğu ve en azından bu tür şirketler açısından TTK'daki sistemin bazı değişikliklerle korunmasının amaca daha fazla hizmet edeceği kabul edilmektedir. Bkz. Arkan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans (13-14 Mayıs 2005) s. 43, 54.
- 30 Aynı görüş için Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 334, N 633.
- 31 Doktrinde, esas sözleşmeye bir hüküm konarak seçilecek denetçi için belli bazı mesleki niteliklerin aranabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Tekil, Anonim Şirketler Hukuku, s. 241; karşı. Arkan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans (13-14 Mayıs 2005) s. 43, 54.
- 32 TTK'nın 1951 Tasarısını 1956 yılında gözden geçiren Komisyon, benzer gerekçelerle denetçi seçiminde bu tür şartların kanuna girmesine izin vermemiştir. TK'nın 1951 Tasarısınının 347.

denetim kuruluna giren kişilerin en azından bir kısmı belirli bazı listelerden seçilip gelmektedir³³. Bu da bu listelerden denetçi olanların belli niteliklere sahip olmasını sağlamaktadır³⁴.

2. Denetçilerin Bağımsızlığı

İç denetim organının etkinliğini artırmak için, denetçilerin bağımsız hareket edebilmeleri sağlanmalıdır. Denetim kurulu kendi seçiminde etkili olan belli bazı grupların menfaatlerinin temsil edildiği, bu gruplarla olan ilişkilere göre, denetimin yapıldığı veya yapılmadığı bir yer olmamalıdır.

Mevcut TTK sisteminde denetçilerin seçimi incelendiğinde, denetçilerin kendilerini seçen kişi ve gruplardan bağımsız bir şekilde, şirketin menfaatlerini korumayı ön planda tutarak görevini yapması için hiç bir önlem alınmadığı görülmektedir. Şöyle ki; denetçileri genel kurul seçiyor, esas mukavelede belirlenmediyse, ne kadar ücret alacaklarını tayin ediyor (TTK m. 369/1, b.3) ve onları her vakit azledip yerlerine yenilerini atayabiliyor (TTK m. 350). TTK'nın denetçi seçimini düzenleyen bu maddeleri gözönünde tutularak şu sonuçları çıkarmak mümkündür:

- Genel kurulda oy üstünlüğüne sahip olan hisse sahibi veya sahipleri istedikleri kişi veya kişileri denetçi olarak seçtirebileceklerdir.

- Denetçi seçiminde etkili olan bu pay sahibi veya sahipleri, şirket yönetiminde de aynı şekilde söz sahibi olduklarından, yönetim kurulunun denetlenmesi gibi bir kaygıyı taşımayacaklardır, çünkü yönetim kurulunun denetlenmesini istemek kendi kendilerinin denetlenmesini istemek gibi bir sonucu ortaya çıkarmaktadır³⁵.

maddesinin 4. fıkrasında denetçi seçilebilmek için, İktisat Fakültesi veya Yüksek İktisat ve Ticaret okullarından mezun bulunma veya en az beş yıl tacirlik veya ticari bir işletmede müdürlük veya muhasiplik yapmış olma şartlarını taşıması gerektiğini öngörmüştü.

33 Almanya'da işletmede çalışan işçileri temsil amacıyla denetleme kuruluna bir denetçi seçilmektedir. Bu konuda bkz. Edenfeld/Neufang, die Haftung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, AG 1999, s. 49 vd.

34 TTK m. 275/1'e göre; devlet, il, belediye gibi kamu tüzel kişilerinden birisine, esas sözleşmeye bir kayıtla, pay sahibi olmasa dahi konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında temsilci bulundurmamak hakkı verilebilir. Dolayısıyla kamu tüzel kişilerince denetim kuruluna seçilen bu kişilerin belli bazı niteliklere sahip olmaları sağlanarak denetim kurullarındaki nitelikli üyelerin sayısı artırılabilir.

35 TTK m. 356 her pay sahibi, şirketin idare meclisi azası veya müdürleri aleyhine murakıplara müracaat edebilir diyor. Maddenin ikinci fıkrasına göre, şikayette bulunanların esas sermayenin onda birine muaddil paylara sahip olmaları halinde, denetçiler bu müracaat hakkındaki fi-

- Denetçi seçilenlerin, bu iş için ehil olmaları, yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmaları yasal olarak gerekli görülmediği için, bu nitelikleri taşıyan kişilerin seçilmesi için çaba sarfedilmeyecektir.

- Bu denetçilerin görevlerini yerine getirirken bağımsız ve tarafsız hareket etmelerini beklemek hayalcilik olur.

İç denetimden sorumlu olacak kişilerin, görevlerini yerine getirirken kendi seçiminde etkili olmuş belli bir becerikli azınlığın menfaatlerini değil, aksine şirketin menfaatlerini ön planda tutarak hareket etmesini sağlamak amacıyla, öncelikle denetçinin seçimi konusu özenle ele alınmalıdır. Denetçinin genel kurul tarafından seçilmesi ve azledilmesi için gerekli olan oy nisapları ağırlaştırılmalı ve böylece denetçiler genel kurulda oy üstünlüğünü sağlamış olan pay sahiplerinin kontrolünden çıkarılmalıdır³⁶.

Son yıllarda başta Almanya olmak üzere çok sayıda Avrupa ülkesinde, şirket yönetiminin etkili denetlenebilmesi için, bağımsız denetim kurullarına gerek duyulduğu literatürde çok tartışılmakta³⁷ ve bunun sonucu olarak da mevcut yasalar sürekli gözden geçirilmektedir³⁸. Özellikle Almanya'da bu konunun bu denli yoğun tartışmalara yol açmasının en önemli nedeni, denetim kurullarına (Aufsichtsrat) bankalar tarafından gönderilen üyelerin (Bankenvertreter) çoğu

kir ve müalaalarını raporlarında bildirmeye ve lüzum gördükleri takdirde genel kurulu olağanüstü toplantıya davet etmeye mecburdurlar. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere azınlık pay sahipleri bu tür şikayetlerle denetçileri harekete geçirme hakkına sahip olsalar da, onların seçiminde etkili olamamaktadır.

36 Bkz. aynı görüş için Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 334 vd, N 633a.

37 Bkz. Lutter, ZHR 145 (1981), s. 224, 232 vd.; Dreher, JZ 1990, s. 896, 900; Heermann, WM 1997, s. 1689; Werner, ZHR 145 (1981), s. 252, 257; Roth, Das Treuhandmodell des Investmentrechts, 1972, s. 289; Merkt, ZHR, 159 (1995), s. 423, 437; Roth/ Wörle, ZGR 2004, s. 565, 610; Wardenbach, AG 1999, s. 74 vd.

38 Uzun süren tartışmalar sonucunda Almanya'da 1998 tarihinde kabul edilen şirket yönetiminin daha iyi kontrol edilmesi ve şeffaflığın artırılması amacını taşıyan KonTraG (Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich) yasası ile Alman POK (Paylı Ortaklıklar Kanunu) büyük bir reform geçirdi. Banka temsilcilerinin denetleme kurullarında (aufsichtsrat) kendilerini oraya gönderen bankalardan bağımsız bir şekilde, şirket menfaatlerini ön plana çıkararak hareket etmelerini sağlamak için bazı önlemler alındı. Kanun'un en önemli amaçlarından birisi; denetim kurulunda görev alacak kişilerin, kendilerini seçen kişi, grup veya kurumlardan bağımsız hareket ederek, şirketin ve ortaklarının menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır. Bkz. Herkenroth, AG 2001, s. 34 vd; Feddersen, AG 2000, s. 385 vd.; Wardenbach, AG 1999, s. 74 vd.; Forster, AG 1999, s. 193 vd.; Neufang, AG 1999, s. 49 vd.

zaman bir menfaatler çatışmasının içinde bulunmalarıdır³⁹. Bu üyelerin şirket menfaatleri ile banka menfaatlerinin çatışma halinde olduğu bazı durumlarda, bankanın menfaatlerini üstün tutarak görevlerini ihlal ettikleri ileri sürülmekte ve bunun önlenmesi için kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir⁴⁰.

Almanya ve diğer ülkelerde denetçinin bağımsız-olması gerektiği konusunda fikir birliğine varılmasına karşılık, bundan tam olarak ne anlaşıldığı noktasında değişik görüşler ileri sürülmektedir. Son olarak Brüksel'deki Avrupa Birliği Komisyonu, yayınladığı bir raporla, denetçilerin „bağımsızlığı“ kavramından ne anladığını ortaya koydu. Buna göre, bir denetim kurulu üyesi şu durumlarda bir menfaatler çatışması içinde bulunmayıp bağımsız olarak kabul edilebilir:

- Şirketin şu anki yönetim kurulunda bulunmadığı gibi, son 5 yıl içerisinde de şirketin yönetim kurulunda görev almadıysa⁴¹;

- Denetçilere ödenen normal ücretleri dışında, kendisine herhangi bir menfaat sağlanmıyor veya sağlanmadıysa;

- Bizzat kendisi şirkete hakim olan pay sahibi veya bu pay sahibinin temsilcisi değilse⁴²;

- Şu an olduğu gibi son yıllarda da şirketle yoğun iktisadi ilişkileri yoksa,

- Şirketin hesaplarını incelemekle görevli bir hesap teftiş şirketinde son üç yıl içerisinde ortak veya işçi olarak bulunmadıysa;

- Şirketin yönetim kurulu üyelerinden birisinin denetçi olduğu bir şirkette kendisi yönetim kurulu üyesi değilse;

- Yönetim kurulu üyelerinden birisinin yakın akrabası değilse⁴³.

Avrupa Birliği Komisyonu'nun denetçilerin bağımsız sayılabilmesi için gerekli saydığı bu şartların TTK Tasarısı'nın hazırlanması esnasında dikkate alın-

39 Bkz. Herkenroth, AG 2001, s. 34 vd.

40 KonTraG ile literatürde istenen değişikliklerin bir kısmı yapılmıştır. Bkz. Feddersen, AG 2000, s. 385; Wardenbach, AG 1999, s. 74, 76; Herkenroth AG 2001, s. 35.

41 TTK m. 347/4'e göre de; YK üyeleri denetçi olamazlar ve görevleri bitmiş olsa dahi GK'ca ibra edilmiş bulunmadıkça denetçi olarak seçilemezler.

42 Türk sisteminde denetçinin GK'da oy üstünlüğü sağlamış olan pay sahibinin bizzat kendisi veya temsilcisi olmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. Tekil, Anonim Sirketler Hukuku, s. 241; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 335, N 633a.

43 Bu TTK'nın denetçilerin bağımsızlığını sağlamak için öngördüğü nadir şartlardan birisidir. TTK m. 349 göre; YK üyelerinin usul ve furuundan biri ile eşi ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları murakıplığa seçilemezler; seçilmişlerse dahi çekilmeye mecburdurlar.

dığı ve şirketin mali denetimini yapmak üzere görevlendirilecek dış denetçilerin bağımsız olmaları için büyük çaba sarfedildiği görülmektedir⁴⁴. Hatta denilebilir ki, TTK Tasarısı'nın denetçiler açısından önemsedığı en önemli husus, onların tam bağımsız olmalarıdır.

3. Denetim Kurulu Tarafından Hesapların İncelenmesi Amacıyla Hesap Uzmanı Atanması

Daha önce denetim kurulu üyelerinin görevlerini tam olarak yapabilmeleri için yeterli niteliklerle donatılmış olmaları, yani belli düzeyde ekonomi bilgisine sahip olmaları gerektiğini ifade etmiştik. Fakat günümüzdeki yoğun ekonomik ilişkileri ve özellikle belli büyüklükteki şirketlerdeki karmaşık muhasebe işlemleri gözönüne alındığında, denetim kurulu üyelerinin hesapları doğru bir şekilde incelemeleri ve böylelikle denetim görevlerini eksiksiz yerine getirmeleri olanaklı gözükmemektedir⁴⁵. Bundan dolayı oluşan denetim zaafiyetini ortadan kaldırmak için TTK Tasarısı, denetim organını ortadan kaldırarak, şirketin hesaplarının bağımsız, uzman ve tarafsız olan dış denetçiler tarafından denetlenmesini öngörmektedir. Mevcut TTK sisteminin aksaklıkları giderilmeye çalışılarak, iç denetim organının muhafaza edilmesi ve bu organa, Alman hukukunda olduğu gibi, hesap uzmanı atama yetkisi ve görevi verilmesi yoluna gidilebilir.

Alman hukukunda son yıllarda Corporate Governance-Reform çalışmaları sırasında çok sayıda kanun yürürlüğe girdi⁴⁶. Bunların en önemlisi, şüphesiz son yıllara damgasını vuran işletme krizlerini engelleme düşüncesiyle, işletmelerin daha iyi kontrol edilmesi ve denetlenmesi amacını taşıyan KonTraG⁴⁷ oldu. Alman POK'da büyük değişikliklere yol açan bu Kanun'un getirdiği önemli yeniliklerden birisi, hesap denetçileri ile denetim organının daha sıkı işbirliği içerisinde birlikte çalışmalarını sağlaması oldu⁴⁸. Bu işbirliğini gerçekleştirmek

44 Bkz. TTK Tasarısı m. 400.

45 TTK m. 353/1 b. 3'deki „üç aydan ziyade ara verilmesi caiz olmamak üzere, sık sık ansızın şirket veznesini teftiş etmek“ hükmü dikkate alındığında, Kanunun şirket hesaplarının denetim organı tarafından yapılmasını istediği anlaşılmaktadır. Fakat AO'larda uygulanan modern muhasebe usulleri gözönüne alındığında, bu hesap incelemesinin bizzat denetleme kurulu tarafından yapılmasının çok zor hatta imkansız olduğu kabul edilmelidir. TTK Tasarısı da bunu öngörerek, şirketin hesap ve defterlerinin denetlenmesinin uzman kişilere yaptırılmasını hükme bağlamıştır.

46 Bu kanunlardan bazıları ve gerekçeleri için bkz. . Ernst/ Seibert/Stuckert, KonTraG, KapAEG, StückAG, EuroEG, s. 1 vd.

47 Bu Kanun 27.04.1998 tarihinde yürürlüğe girdi.

48 Bkz. Böcking//Orth, DB 1998, s. 1873 vd.; Schindler/Rabenhorst, BB 1998, s. 1886, 1939 vd.; Forster, AG 1999, s. 193; Feddersen, AG 2000, s. 387.

için, hesap denetçilerine şirketin hesaplarını inceleme görevi verme yetkisi, yönetim kurulundan alınıp denetleme organına (Aufsichtsrat) verildi⁴⁹. Şirket hesaplarının incelenmesi, yönetimin de bir şekilde denetlenmesi olduğu düşünülecek olursa, bu değişikliğin çok isabetli olduğunu söylemek mümkün. Zaten Kanun'un gerekçesinde bu hususa özellikle dikkat çekilmiş; hesap denetçilerinin denetim organına, denetleme ve kontrol görevlerinde yardımcı olmaları gerektiğini ve hesap denetçilerinin şirket yönetiminden (Management) kesinlikle bağımsız olmasının şart olduğu ifade edilmiştir⁵⁰.

Hesap denetçisinin denetim organı tarafından, şirket hesaplarının incelenmesi için görevlendirilmesi ve bu ikisinin şirket yönetiminin kontrol ve gözetilmesi amacıyla birlikte çalışmalarının sağlanmasının Türk sistemine girmesi, denetim organının hem mevcut TTK'daki durumuyla karşılaştırılmayacak derecede bir etkinliğe kavuşmasını sağlayacak hem de TTK Tasarısı'nda öngörülen bağımsız dış denetçinin, iç denetim organıyla beraber çalışarak, şirket yönetiminin en ideal şekilde denetlenmesini mümkün hale getirecektir. Böylelikle şirket hesaplarının incelenmesi için denetim organına profesyonel bir destek sağlanmış olacaktır.

4. Şirket Çalışanlarını Temsilen Bir Denetim Kurulu Üyesinin Atanması

Ekonomik durağanlığın ve istikrarsızlıkların bulunduğu dönemlerde ticari işletmelerde çalışan kişilerin en büyük kaygısı, çalıştıkları şirketlerin yoğun ekonomik rekabet şartlarına ayak uyduramayarak batması ve böylece kendilerinin işsiz kalmasıdır. Dolayısıyla anonim ortaklıkların doğru bir şekilde yönetilmesinde menfaati olan grupların başında, ortaklarla birlikte, şirket çalışanları gelmektedir. Özellikle, işçi sayısı bakımından, belli bir büyüklüğe ulaşmış bulunan AO'ların denetim organlarında, şirket çalışanlarını temsil etmek üzere bir denetçinin bulunması, denetim organının etkinliğine olumlu anlamda katkı yapacaktır⁵¹. Temsil ettiği işçilerin işsiz kalmasını engellemek için en önemli şartın, ortaklığın ekonomik hayatta varlığını devam ettirmesi olduğunu ve bunun

49 Alman Ticaret Kanunu'nun eski 318. maddesinin 1 fıkrası hesap denetçilerinin görevlendirilmesi yetkisini yönetim kuruluna vermişken, KonTraG ile birlikte hesap denetçilerinin görevlendirilmesi, denetim kurulu tarafından yapılmaktadır. Bkz. Alman POK m. 111/2.

50 Kanunun gerekçesi için bkz. Ernst/ Seibert/Stuckert, KonTraG, KapAEG, StückAG, EuroEG, s. 57 vd.

51 Bu durum aynı zamanda iktisadi hayatta demokratik kültürün gelişmesine de katkı sağlayacaktır. Çünkü işçiler, sadece emir ve talimatları yerine getiren kişiler olarak değil, aynı zamanda şirketin işleyişinde bir şekilde söz sahibi olacaklardır (Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer).

için de çok iyi yönetilmesi gerektiği bilinciyle hareket edecek bu denetçinin, etkili bir denetim yapması beklenebilir. Burada yalnız dikkat edilmesi gereken husus, bu denetçinin görevinin ve işlevinin tam olarak belirlenmesidir. Bu kişi her ne kadar şirket çalışanlarını temsilen denetim kurulunda bulunuyorsa da, asıl görevi diğer denetçiler gibi denetim ve gözetim görevi olmalıdır.

Özellikle Almanya'da son yıllarda tartışılan önemli konulardan bir tanesi de, denetim kurulunda bulunan işçi temsilcilerinin (Arbeitnehmervetreter) menfaat çatışmalarının merkezinde kalmalarıdır⁵². Bu denetçiler, denetim organında buldukları şirket ile temsil etmekle görevli oldukları işçiler arasında menfaat uyuşmazlığı (Interessenkollisionen) ortaya çıktığı zaman hangi menfaatin korunmasına öncelik vermelidir? Alman literatüründe kabul edilen baskın görüş, bu denetçinin öncelikli görevinin, denetim organının bir üyesi olarak, şirket menfaatlerini gözetmesi olduğudur⁵³. Eğer şirket çalışanları ve ortaklık arasında ortaya çıkan menfaat çatışmasının merkezinde kalmak istemiyorsa ve özellikle, şirketin menfaatine öncelik verememe gibi bir kaygı taşıyorsa, görevi bırakma hakkının ve hatta yükümlülüğünün⁵⁴ olduğu da kabul edilmektedir⁵⁵.

SONUÇ

Ülkemizde AO'ların denetlenmesinin çok önemli olduğu, bugün artık kabul edilmektedir. Fakat özellikle halka açık AO'larda bunun mutlaka şirket dışından yapılması gerektiği düşünülmüş ve dış denetleme için bazı kurumlar yetkili kılınmıştır. Ekonomik ilişkilerin bu kadar yoğunlaştığı ve şirket işlerinin karmaşıklaştığı bu tür şirketlerde dış denetlemenin etkin bir şekilde yapılmasının gerekliliği ortadadır.

TTK bütün anonim şirket türlerinde AO'nun üç zorunlu organından biri olarak kabul ettiği denetim organına çok önemli görevler yüklemiş olmasına karşın, bu görevlerin etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi için neredeyse hiç bir çaba sarfetmemiştir. Bundan dolayı da iç denetim ticari hayatta çok etkisiz bir hal

52 Bkz. Edenfeld/neufang, AG 1999, s. 49 vd.; Wardenbach, AG 1999, s. 75 vd.

53 Edenfeld/Neufang, AG 1999, s. 49, 50 vd.; Wardenbach, AG 1999, s. 74, 75 vd.

54 Alman POK'un, denetim kurulu üyelerine her halükarda şirketin menfaatlerini koruma görevi yüklediğini, dolayısıyla menfaat uyuşmazlıklarından dolayı bu görevi tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getiremeyecek olan üyelerin görevlerinden ayrılmasının zorunlu olduğu bazı yüksek mahkeme kararlarında ifade edilmiştir. Bkz. BGH, NJW 1980, s. 1629; BGHZ 106, 54, 65 (Opel); BGH, AG 1993, s. 464, 465; BGHZ 64, 329, 330 vd. (Bayer).

55 Edenfeld/Neufang, AG 1999, s. 49 vd.; Wardenbach, AG 1999, s. 74, 75 vd.; Wardenbach, Interessenkonflikte und mangelnde Sachkunde als Bestellungshindernisse zum Aufsichtsrat der AG, s. 325 vd.

almıştır.

TTK Tasarısı mevcut kanundaki sistemin işlemediğini göreyek denetim organını AO'nun zorunlu organlarından birisi olmaktan çıkarmış ve denetlemenin bağımsız dış denetleme kuruluşları tarafından yapılmasını öngörmüştür. Tasarı'nın bu haliyle yasalaşması halinde sistem radikal bir şekilde değişikliğe uğrayacaktır. Şirketlerin mali ve finansal tablolarının bağımsız ve uzman dış denetçiler tarafından uluslararası denetim standartlarına uygun bir şekilde denetlenmesi şüphesiz dünyayla ekonomik entegrasyonunu gerçekleştirmek isteyen Türkiye açısından olumlu bir adım olacaktır⁵⁶.

Şirketin mali durumunu ve finansal tablolarının denetimini sağlayan dış denetimin yanında, şirket yönetiminin yapılacak faaliyetlerin uygun olup olmadığının denetimi ve şirket yönetiminin sadece geçmişte yaptığı değil, aynı zamanda gelecekte de yapmayı planladığı işlemlerin denetimini sağlamak için, iç denetim organının muhafaza edilmesi yararlı olacaktır. Böylelikle yönetimin ve her kademedeki yöneticilerin tüm işlem ve faaliyetlerinin hukuka ve şirket esas sözleşmesine uygun olarak yerine getirilmesi sağlanabilecektir. Etkin bir iç denetim sayesinde, şirketin ticari faaliyetleri sırasında ortaya çıkabilecek risklerin önceden belirlenmesi ve asgariye indirilmesi sağlanmış olacak ve böylece şirket varlıklarının korunması, işletme kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılması mümkün olacaktır⁵⁷.

KAYNAKÇA

- Akarkarasu, Nahit;** Halka Açık Şirketlerde İç denetim ve Denetim Kurullarının Etkinleştirilmesi, SPK Yeterlilik Etüdü, İstanbul 2000.
- Arkan, Sabih;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans (13-14 Mayıs 2005) s. 43, 54.
- Böcking, Hans-Joachim/ Orth, Christian;** Offene Fragen und Systemwidrigkeiten bei

⁵⁶ Tasarı'nın gerekçesinde de, kurumsal yönetim ve dürüst resim ilkeleri bağlamında tam bir denetimin sonuçlarının, açık, anlaşılabilir ve kamuyu aydınlatma ilkeleri uyarınca düzenlenmiş bir raporla pay sahipleri başta olmak üzere ilgililere sunulmasının amaçlandığı ifade edilmiş ve Tasarının 64 ilâ 88 ve 514 ilâ 528 inci maddeleri hükümleri ile getirilen ilkeleri ve Türkiye Muhasebe Standartlarını tamamlayan ve gerek içerik, gerek amaç yönünden onlarla uyumlu olan nitelikteki denetlemenin ülkemizin şirketlerini, pazarlarını ve borsalarını finansal sonuçlarına güvenilebilir konuma getireceğine işaret etmiştir. Bu işlemlerimizin dış pazarlarda rekabet güçlerini yükseltecektir.

⁵⁷ Akarkarasu, Halka Açık Şirketlerde İç denetim ve Denetim Kurullarının Etkinleştirilmesi, s.17.

den neuen Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften des KonTraG des KapAEG, DB 1998, 1873 vd.

- Dreher, Rüdiger;** Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften, JZ 1990, 896 vd.
- Edenfeld, Stefan/ Neufang, Sebastian;** Die Haftung der Arbeitsnehmervertreter im Aufsichtsrat, AG 1999, 49 vd.
- Ernst, Christoph/ Seibert, Ulrich/ Stuckert, Fritz;** KonTraG, KapAEG, StückAktG, Euro-EG. Gesellschaft und Bilanzrecht, 1998.
- Fedderson, Dieter;** Neue gesetzliche Anforderungen an den Aufsichtsrat, AG 2000, 385 vd.
- Forster, Karl-Heinz;** Zum Zusammenspiel von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer nach dem KonTraG, AG 1999, 193 vd.
- Heermann, Peter;** Interessenkonflikte von Bankenvertretern in Aufsichtsräten bei (geplanten) Unternehmensübernahmen, WM 1997, 1689 vd.
- Herkenroth, Klaus;** Bankenvertreter als AR-Mitglieder von Zielgesellschaften: Zur beschränkten Leistungsfähigkeit des Rechts bei der Lösung von Interessenkonflikten anlässlich der Finanzierung von Übernahmen, AG 2001, 34 vd.
- Lutter, Marcus;** Bankenvertreter im Aufsichtsrat, ZHR 145 (1981), 224 vd.
- Merkt, Hanno;** Unternehmensleitung und Interessenkollisionen, ZHR 159 (1995), 423 vd.
- Poroy, R/ Tekinalp, Ü/ Çamoğlu E;** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997.
- Roth, Günter/ Wörle, Urike;** Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Recht und Wirklichkeit, ZGR 2004, 565 vd.
- Roth, Günter;** Das Treuhandmodell des Investmentrechts, Frankfurt 1972.
- Schindler, Joachim/ Rabenhorst, Dirk;** Auswirkungen des KonTraG auf Aufsichtsratsmitgliedern, BB 1998, 1886 vd.
- Tekil, Fahiman;** Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998.
- Wardenbach, Frank;** Niederlegung des Aufsichtsratsmandats bei Interessenkollisionen, AG 1999, 74 vd.
- Wardenbach, Frank;** Interessenkonflikte und mangelnde Sachkunde als ungeregelte Bestellungshindernisse zum Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Köln 1996.
- Werner, Winfried;** Aufsichtsrats-tätigkeit von Bankenvertretern, ZHR 145 (1981), 252 vd.

TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNU ÜZERİNE BİR İNCELEME

Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK*

GİRİŞ

Toprak, besinlerimizin %99'unu üreten ve yenilenemeyen önemli bir tabii kaynaktır. Toprak ayrıca, bütün canlıların yaşamı için mutlak surette gerekli suyun deposu ve süzgecidir. Yine toprak, sanayinin hammaddesi olan mineraller, madenler ve orman sanayi ürünlerinin de kaynağıdır. Bütün bu sebeplerle toprak sadece tarımın değil, sanayinin de temelidir¹.

Günümüzde bilimsel ve teknolojik gelişme büyük bir aşama kaydetmiş olmasına rağmen, fert ve toplumların uzayda veya sularda yaşayıp geçimlerini sağlamaları, buralarda bitkisel tarım yapmaları henüz mümkün olmamıştır².

Varlığımızın devamı için hayatî önemi haiz olan toprağın korunması amacıyla çeşitli tedbirler alınabilir. Bunlardan en önemlisi toprağın değerini bilen ve anlayan bir zihniyet ile hazırlanmış kanunî düzenlemelerdir. Ne yazık ki, ülkemizde kanunî düzenlemeler, düzensiz, yetersiz, kesin kurallardan uzak, yeterince müeyyide öngörmeyen, uygulanabilirliği sağlanmamış ve en önemlisi toprağın değerinin gerçekten idrak edilmediği bir yapıdadır.

Toprak ile ilgili düzenlemeler hem kamu hukukunun hem de özel hukukun düzenleme alanı içerisine girer. Toprak mülkiyet ve miktar olarak düzenleme konusu olduğu gibi, korunması ve kullanımı açısından da düzenleme konusudur. Bu sebeple düzenlemede bütünlük temin etmek zor olmakla birlikte, imkânsız da değildir. Kanunî düzenlemede, her şeyden önce birlik ve bütünlüğün sağlanması için toprağın sadece alan ve mülkiyet olarak dikkate alınarak düzenlenmesi değil, birçok açıdan ele alınması gereklidir. Bu

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

1 ÇEPEL, Necmettin- ERGÜN, Celal.; "Temel Çevre Sorunları" <http://kuresel.isnma.info/haberler.php?idx=44128&baslikx=Temel%20%C3%87%20EVRE%20SORUNLARI>; ulaşım tarihi: 07.02.2007.

2 EREN, Fikret- BAŞPINAR, Veysel.: Toprak Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 35.

çalışmalarda öncelikli olan toprak varlığının tespitidir³. Toprak varlığının tespiti için birçok amaca hizmet edecek nitelikte haritaların yapılması gerekir. Haritalarda toprak sınıflandırmasının yapılması (sınıflandırmadaki kıstasların kanunda açıklanması ve bu kıstasların bilimsel bilgilere dayandırılması), bu sınıflandırmanın alenilik prensibinin geçerli olduğu sicillerde belirtilmesi, sınıflandırmalara uygun kullanımların sağlanması, amaç dışı kullanımlara izin verilmemesi ve toprak verimliliğinin artırılması için gereken tedbirlerin alınması gereklidir⁴. Böyle bir düzenleme gerek kanunî açıdan ve gerekse teşkilatlanma açısından önemli değişikliklerin yapılmasını gerektirir. Ancak bu çalışmalardan sonra gerçek anlamda toprağın korunması mümkün olur.

Anayasamızın 44, 45 ve 166'ncı maddelerinde toprak ile ilgili çalışmalar ve bu çalışmaların devlet tarafından yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Anayasadaki bu ilkelerin ışığında, "...toprağın doğal veya yapay yollarla kaybını ve niteliklerini yitirmesini engelleyerek korunmasını, geliştirilmesini ve çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak, planlı arazi kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemek..." amacıyla 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu kabul edilmiştir⁵.

Bir alanda kanunî düzenleme var diyebilmek için uygulanan, ana kuralları olan, ana kuralları itibari ile istisnası olmayan veya (istisna niteliğinde kalan, kural yerine geçmeyen) çok az istisnası olan, kurallarına uymamanın caydırıcı müeyyidesi olan bir düzenlemenin olması gerekir. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu bu nitelikleri haiz değildir. Aşağıda 5403 sayılı Kanun değişik açılardan ele alınmıştır.

I. YÜRÜRLÜK AÇISINDAN

5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 03.07.2005 tarihinde kabul edilmiş; 19.7.2005 tarihli ve 25880 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 28'inci maddesi gereğince yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir.

3 "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Uygulama Yönetmeliği Hakkında", TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Oda Görüşü ; Yayın tarihi: 02.11.2005, Yayınlayan Birim Genel Merkez; [http://72.14.221.104/search?q=cache:8AvSrW39yDcJ:www.hkmo.org.tr?genel/bizden; ulaşım tarihi:19.09.2006](http://72.14.221.104/search?q=cache:8AvSrW39yDcJ:www.hkmo.org.tr?genel/bizden;ulaşım tarihi:19.09.2006).

4 Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca hazırlanan Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tasarısı, Genel Gerekeç, s. 1, Dönem:22, Yasama Yılı:3, TBMM. S. Sayı:878; TMMOB. Ziraat Mühendisleri Odası Basın Bildirisi, 02.12.2006 "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Uygulama Yönetmeliği Hakkında TMMOB Ziraat Mühendisleri Odasının görüşü", [http://www.zmo.org.tr/odamız/oda_görüşleri_php? Kod=2188; ulaşım tarihi 02.12.2006](http://www.zmo.org.tr/odamız/oda_görüşleri_php?Kod=2188;ulaşım tarihi 02.12.2006).

5 Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Genel Gerekeçesi; s. 1.

Aradan bir yıl geçmeden, 06.04.2006 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine gelen dilekçe ile, 5403 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi verilmiş, teklif 5557 Kanun Numarası ile 23.11.2006 tarihinde kabul edilmiş, ancak Kanun Cumhurbaşkanı tarafından bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne iade edilmiştir. Cumhurbaşkanıca yapılan iade üzerine Türkiye Büyük Millet Meclisinde tekrar görüşülmesine başlanmış, ilk metin Tali Komisyon olarak Anayasa Komisyonuna, Esas Komisyon olarak Tarım, Orman ve Köyşleri Komisyonuna gönderilmiştir. Anayasa Komisyonu tarafından rapor verilmemiş, Tarım, Orman ve Köyşleri Komisyonu tarafından rapor verildikten sonra, yeniden görüşülmek üzere geri gönderme gerekçeleri yerinde bulunmayarak, 5578 Kanun Numarası ile 31.01.2007 tarihinde aynı metin kabul edilmiş ve 09.02.2007 tarihli ve 26429 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkındaki 5578 Sayılı Kanun toplam 8 maddeden ibarettir. Bu Kanun ile 5403 sayılı Kanun'un 3, 8, 13 ve 17'nci maddelerinde değişiklik ve bu maddelere ilâveler yapılmış; ayrıca bir ek madde ve bir de geçici madde eklenmiştir. 5578 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen Geçici 3'ncü maddenin Anayasaya aykırılığı gerekçesi ile yürürlüğünün durdurulması ve iptali için Cumhurbaşkanıca Anayasa Mahkemesine dava açılmış, Kanunun yayımlandığı gün (09.02.2007) Anayasa Mahkemesince 5578 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinin yürürlüğünün durdurulmasına, 2007/18 Esas, 2007/9 Karar Sayısı ile oybirliği ile karar verilmiş ve karar 22.02.2007 tarihli ve 26442 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Dolayısı ile 5578 Sayılı Kanunun 6'ncı maddesi ile getirilen Geçici 3'üncü madde yürürlüğe girmemiştir.

Şu an itibari ile Anayasa mahkemesinde;

1- 2005/89 esasında İzmir Milletvekili Kemal Anadol ve İstanbul Milletvekili Kemal Kılıçdaroğlu ve 112 arkadaşları tarafından; 5403 Sayılı Kanunun tümünün şekil yönünden iptali ve Geçici 1'inci Maddesinin yürürlüğünün durdurulması ve iptali için açılan ve 23 Kasım 2006 günlü Anayasa Mahkemesinin gündeminde görüşülmüş olan ancak halen karara bağlanmamış;

2- 2007/18 esasında; Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından; "31.01.2007 gün 5578 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması hakkındaki Kanunun 6. maddesi ile 03.07.2005 günlü 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin iptali ve yürürlüğünün durdurulması" talebi ile dava açıldığı, 19.02.2007 günlü Anayasa Mahkemesinin gündeminde görüşülerek ilgili

maddenin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiş ancak dava karara bağlanmamış,

3- 2007/23 esasında Ali Töpez- Kemal Kılıçdaroğlu ve 117 milletvekili tarafından 31.01.2007 günlü 5578 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun, 4' üncü maddesiyle 03.07.2005 günlü Kanunun 17' nci maddesinin 2' nci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen 3' üncü fıkranın 1' inci tümcesinde yer alan "...gibi..." sözcüğü ile 5' inci tümcesi; 6' ncı maddesiyle 5403 sayılı Kanuna eklenen geçici 3' üncü maddesinin iptali için açılan dava da halen karar bağlanmamış, üç dava bulunmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 19.7.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak; Kanunun 13, 14, 17 ve 24' üncü maddelerinde, maddelerde belirtilen konularla ilgili usul ve esasların tüzükle belirleneceği, yine 5, 7, 8, 10, 11, 12 ve 15' inci maddelerinde belirtilen konularla ilgili usul ve esaslarının yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerle ilgili olarak 24' üncü maddede tüzük ve yönetmeliklerin Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde yayınlanması gerektiği düzenlendiğinden, 29 maddeli bir kanunun uygulanabilmesi 11 maddesi açısından tüzük ve yönetmelik çıkarılana kadar ertelenmiş sayılabilir. Geriye kalan 18 maddenin bir kısmının da amaç, kapsam, tanım maddesi olduğu göz önüne alınırsa, Kanun'un yürürlükte olmasına rağmen uygulanabilir olmadığını söyleyebiliriz. Kanımca; kanunların yürürlükte olmaları uygulanmaları ile eş değer olduğundan Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun tam olarak yürürlükte olduğunu ve uygulandığını söyleyebilmek için tüzük ve yönetmeliğin çıkması gerekmektedir. Konuya ilişkin yönetmelik 15.12.2005 tarihli ve 26024 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak ilgili Kanun bu tarih itibari ile dahi uygulanabilirlik kazanmış değildir. Çünkü Kanun'un uygulanmasında çok önemli görevi bulunan Toprak Koruma Kurulları o tarih itibari ile derhal teşekkül etmemiş ve yönetmeliğe göre teşekkül ettirilmeleri zaman almıştır. Kanunun uygulanmasındaki usul ve esasların belirlenmesi için ihtiyaç duyulan ve çıkartılması için bir yıllık süre verilen yönetmelik bir yıl beklenmeden 5 ay gibi bir sürede çıkarılmıştır. Kanunda ayrıntılı düzenlemenin yönetmeliğe bırakıldığı konular, "Toprak Koruma Kurulu'nun kuruluşu, çalışma usul ve esasları", "toprak ve arazi varlığının belirlenmesi ve toprak veri bankası", "arazi kullanım planlarının hazırlanması ve uygulanması", "Tarımsal amaçlı arazi kullanım plan ve projeleri", "toprak koruma projeleri", "erozyona duyarlı alanların belirlenmesi ve korunması" konularıdır. Her bir konu ayrı ayrı yönetmeliklerle düzenlenecek kapsamda olmasına ve böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmasına rağmen, tüm bu konularda ihtiyaç duyulan detaylı dü-

zenlemeyi ihtiva etmeyen tek bir yönetmelik çıkarılmakla yetinilmiştir ki, kanımızca bu doğru değildir.

Yönetmeliğin 8'inci maddesinde "Toprak ve arazi ile ilgili sınıflama, e-tüt, analiz ve değerlendirmeye yönelik sistemler, standartlar ve çalışma kriterlerinin Bakanlık tarafından belirlenir ...veri tabanı ve haritaların hazırlanması çalışmalarının koordinasyonu ile ilgili hususlar Bakanlık tarafından belirlenir, standartlar ise Bakanlıkça hazırlanır veya hazırlattırılır.";

9'uncu maddesinde "Arazi kullanım planları Bakanlık veya Bakanlığın koordinasyonu altında ilgili valiliklerce hazırlanır veya hazırlattırılır...Arazi kullanım planlarının hazırlanması ile ilgili diğer arazi değerlendirme ve çalışma kriterleri, Bakanlık tarafından belirlenir.";

13'üncü maddede "Erozyona duyarlı alanların belirlenmesi ve korunması ile ilgili çalışma kriterleri, havzanın ekonomik, ekolojik ve toplumsal özellikleri dikkate alınarak Bakanlık tarafından belirlenir." ifadeleri yer almıştır. Bu hali ile yönetmelik ihtiyacı karşılar nitelikte değildir⁶.

Yukarıdaki ifadelerle kanunda belirli bir süre içerisinde yönetmelikle belirlenmesi istenilen konuların ertelenmiş ve dolaylı olarak da talimatla düzenleneceğinin ifade edilmesi kanunî açıdan doğru olmadığı gibi⁷, uygulama açısından da sakıncalar yaratacak niteliktedir⁸.

II. KESİN KURAL YOKLUĞU AÇISINDAN (İSTİSNALARIN ÇOKLUĞU ve BELİRSİZLİĞİ)

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun amaç başlıklı 1'inci maddesinde ve kapsam başlıklı 2'inci maddesinde belirtilen ilkelere kanunî düzenleme sırasında o kadar çok ve sınırları tam belli olmayan istisnalar getirilmiştir ki, bu kurallar var mıdır; yok mudur anlaşılammaktadır. Gerçekte Kanunun 8'inci maddesinde 5578 Sayılı Kanunla değişik yapılmıştır. 8'inci maddenin değişiklik öncesi ve değişiklik sonrasında ortak olan "Tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri Bakanlık tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılır. Ayrıca Bakanlık tarım arazilerinin korunması geliştirilmesi ve kullanımı ile ilgili olarak farklı sınıflandırma yapabilir." hükmü mevcuttur. Kanunun kapsam maddesinde sınıflandırmada bilimsel esaslardan bahsedilmişken, bu mad-

6 TMMOB. Ziraat Mühendisleri Odası Görüşü; 02.12.2006 tarihli görüş; (dn. 3).

7 GÖZLER, Kemal. ; İdare Hukuku, C. 1, Ekin Yayınevi Yayınları, Bursa 2003, s. 656. ; GÜNDAY, Metin.; İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. B, İmaj Yayınevi, Ankara 2005, s. 99 vd., 205 vd.

8 TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası Görüşü; 02.12.2006 tarihli görüş, (dn. 3).

dede bahsedilmemesi ve sınıflandırmada Bakanlığa bilimsel ve kesin sınırları belirtilmeden sadece amacın belirtildiği farklı sınıflandırma yetkisinin verilmiş bulunması, maddenin net olarak ifade ettiği bir şeyin olmadığını göstermektedir.

5578 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle, 8'inci maddede tarım alanları için bölünemez en küçük miktarı belirleme yetkisinin Bakanlıkta olduğu hükme bağlanmış ve Bakanlığın tarım arazilerinin sınıflandırmasına göre belirlediği asgarî miktarlarla ilgili **yönetmelik** çıkartması beklenilmeden Kanunda belirtilmiştir. “*Ancak çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak istekleri olan bitkilerin yetiştirildiği yerler ile seraların bulunduğu alanlarda, yörenin arazi özellikleri daha küçük parsellerin oluşmasını gerekli kıldığı takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.*” ifadesine yer verilmiştir. Maddede yer alan “...*Tarım alanları bu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez veya küçük parsellere ayrılmaz*” kuralından sonra, ancak ifadesi ile getirilen bu istisna, ya Bakanlığın belirlediği miktarların bilimsel dayanaklarının olmadığı ya ülkemiz gerçekleri göz önüne alınarak araştırmalar yapılarak belirlenmediği ya da toprak sınıflandırmasının yeterli olmadığı sonucuna götürmektedir⁹. Bunun yanında Bakanlıktan uygun görüş isteyecek merciinin veya kişinin belirtilmemiş olması ve bunun kanunî ve bilimsel dayanaklarının tam açıklanmamış olması, bu asgarî miktarların bazı yerlerde bazı kişiler için değiştirilebilir, bazı kişiler için ise değiştirilemez olması gibi kanunların genelliği ilkesinin uygulanmadığı bir sonucun çıkmasına sebep olacağı endişesine götürmektedir.

Kanunda, Bakanlıktan uygun görüşü kimin isteyeceği, görüşünün gerekçelerini belirtilip belirtilmeyeceği, gerekçelerin dayandırılması gereken kısıtların neler olduğu belli değildir. Kaldı ki, bu ilâve madde Bursa Milletvekili Mehmet Altan Karapaşaoğlu'nun; Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Teklifi'nde yer almamakta olup, Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonu tarafından metne eklenmiştir. Gerekçe olarak da “*Ülkemiz için hayatî bir önem taşıyan tarım işletmelerinin ve tarımsal arazi bölünmeleri, tarım sektörünü ve tarımsal işletme ekonomisini zayıflatmaktadır. Kanunun 8'inci maddesinde yapılacak bu değişiklik ile bu olumsuzluklar giderilmeye çalışılmıştır.*” ifadesi kullanılmıştır¹⁰. Dolayısıyla söz konusu istisnanın değişiklik gerekçesine dayandırılması mümkün değildir.

⁹ Kanunda yapılan sınıflandırmaya eleştiriler açısından, “TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası'nın Görüşü, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Hakkında” 05.12.2006, <http://www.zmo.org.tr/odamiz/odamizgorusleri.php?od=1699>, ulaşım tarihi 05.12.2006

¹⁰ Bursa Milletvekili Mehmet Altan Karapaşaoğlu'nun; Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Tarım, Orman ve

Bakanlığın belirlediği miktarların uygulanmayacağı bir başka alan yani, kuralın bir başka istisnası “*kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler*” olarak belirtilmiştir. Kanunun amacı yenilenemeyen tabii kaynak olan toprak varlığını korumak mı yoksa kapsamı tam olarak belirlenemeyen kamu yatırımları için bunların öncelikli olduğu ve bunların karşısında hiçbir amir hükmün bulunamayacağına hükme bağlanması mıdır? Bize göre amaç birinci haldedir. Bu sebeple söz konusu hüküm kanunun amaç ve kapsam maddesine aykırıdır.

Kamu yatırımlarının bir plân dâhilinde yapılıyor olması ve bu yatırım plânlarında tarımsal alanlarımızın bütünlüğü ve verimliliğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Birçok kamu yatırımının özelleştirildiği çağımızda, böyle bir hükmün yer alması hâlen toprağın öneminin anlaşılmadığı bir zihniyetle kanunî düzenleme yapıldığı endişesine yol açar niteliktedir. Kamu adına yapılan işlerde şahıslara örnek olma zihniyeti güdülmesi gerekirken “*özel şahıslar için yasak olan kamu için mubahtır*” zihniyeti ile hareket edilmesi, en önemlisi “*kamu*” kelimesine gerçek anlamı dışında anlamlar yüklenmesi ve kısa bir süre sonra özelleştirilecek alanların bu kapsama girtilmesinden endişe edilmektedir. Tarım arazilerindeki parsel büyüklüğü, büyüklükle doğru orantılı olarak verimliliği artıran bir faktördür. Ülkemizde tarımsal verimlilik düşük olduğundan, asıl olan tarımsal verimliliği artırmak iken “*kamu yatırımları*” kavramı ile kanunların genelliği ilkesine ve amacına uygun olmayan bu düzenleme yapılmamalıdır.

Yukarda yapılan açıklamalar, maddenin ifade tarzına rağmen, Bakanlık tarafından tarım arazilerinin sınıflandırılması ve parsel büyüklüğünün belirlenmesi ile ilgili maddenin, amir hüküm olmadığı sonucuna götürmektedir.

Kanunun 10’uncu maddesinde “*Tarım arazîleri, bu Kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere arazi kullanım planlarında belirtilen amaçları dışında kullanılamaz.*” hükmü yer almaktadır. Anayasanın 45’inci maddesinde Devletin vazifesi tarım arazîleri ile çayır ve mer’aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek olarak belirtilmiştir. Kanunla Anayasada belirtilen bir kurala istisna getirilmesi mümkün değildir. Dolayısı ile Kanun’un 10’uncu maddesinde “*...Bu Kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere...*” şeklinde yer alan ifade ile istisna getirilmesi, tarım alanlarının amaç dışı kullanım ve tahribinin önlenmesinin devletin görevi olduğunu belirten Anayasanın 45’inci maddesine aykırıdır.

Tarım alanlarının amaç dışı kullanımının istisnaları Kanun'un 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu istisnalara 5578 Sayılı Kanun ile bir de "e" bendi eklenmiştir. Kanunun 13'üncü maddesinde; " *Mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazileri tarımsal üretim amacı dışında kullanılamaz*" düzenlemesi; tarım alanları ile ilgili tanımları veren ve dolaylı olarak tarım arazilerinin sınıflandırılmasına ışık tutan 3'üncü madde kapsamında, sanki sadece marjinal tarım arazilerinin amaç dışı kullanımının mümkün olabileceği intibayı uyandırırken, maddenin devamındaki "... *ancak alternatif alan bulunmaması ve Kurulun uygun görmesi şartıyla*;

- a) *Savunmaya yönelik stratejik ihtiyaçlar*
- b) *Doğal afet sonrası ortaya çıkan geçici yerleşim yeri ihtiyacı,*
- c) *Petrol ve doğal gaz arama ve işletme faaliyetleri,*
- ç) *İlgili bakanlık tarafından kamu yararı kararı alınmış madencilik faaliyetleri*
- d) *Bakanlıklarca kamu yararı kararı alınmış plan ve yatırımlar*
- e) *Kamu yararı gözetilerek yol altyapı ve üstyapısı faaliyetlerinde bulunulacak yatırımlar,*

için bu arazilerin amaç dışı kullanım taleplerine, toprak koruma projelerine uyulması kaydı ile Bakanlık tarafından izin verilir ..." ifadesi tüm tarım alanlarının Bakanlığın izni ile amacı dışında kullanılmasının kapısının açıldığını göstermektedir. Hatta Kanunla, Bakanlığın bu yetkisini valiliklere devredebileceğine dair yapılan değişiklik sayesinde, valiliklerin izni ile tüm tarım alanlarının tarım dışı amaçlarla kullanımı mümkün kılınmaktadır.

Kanunun Genel Gereğesinde 13'üncü madde ile ilgili olarak "**Madde ile; amaç dışı kullanımların şartları ve amaç dışına çıkarmanın yöntemi belirtilmektedir.**" ifadesi yer almıştır¹¹. Madde metninde geçen "*alternatif alan bulunmaması*" ibaresi Atatürk'ün iğde ağacı hikâyesini hatırlatıyor¹². Aranıldığında daima alternatif alan bulunur. Yeter ki amaçlar doğru tespit edilsin ve amaç dışı kullanılan tarım alanlarının bir daha geri dönmeyecek şekilde üretim kabiliyetlerini yitirdikleri göz ardı edilmesin.

11 Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tasarısı ve Çevre ve Tarım,Orman ve Köyşleri Komisyonları Raporları (1/949) Dönem:22, Yasama Yılı:3 TBMM. S.Sayı:878 Genel Gereğ; <http://www.tbmm.gov.tr>, Yasama , Kanunlar, 5403 Sayılı Kanun,Son Dönem Tasarı Bilgileri ve Komisyon Raporları, Esas Komisyon Raporu:878, ulaşım tarihi 15.05.2007

12 GÜNTÜRK KALIPÇI, İlknur; "İçimizden Biri Atatürk", Konferansın yazıya çevrilmiş hali, s. 3, http://Bayar.edu.tr.ataturk/Mustafa_kemal.pdf. ulaşım tarihi,28.03.2007.

Kanundaki istisnalar arasında “d) Bakanlıklarca kamu yararı kararı alınmış plan ve yatırımlar” ibaresi “kamu yararı” kavramının net sınırlarının belirlenememesi¹³ ve Kanununun 13’üncü maddesinin Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonunda görüşülmesi sırasında tarım arazilerinin korunması ve amaç dışı kullanımına dair uygulama usul ve esaslarının Bakanlık tarafından değil de Bakanlar Kurulu tarafından tüzükle düzenlenmesinin keyfiligi engelleyeceğine dair sözlerin sarf edilmiş olmasına rağmen, yapılan bu tartışmalardan sonra, kanunda yapılan değişikliklerle bu yetkinin valiliklere devredilebileceğinin düzenlenmesi keyfilik endişesini artırmaktadır. İdare hukuku açısından yetkiler ve yetkilerin devri son derece önemli ve sınırları olan bir konudur¹⁴. Mutlak tarım alanlarının bile amacı dışında kullanımının mümkün olması, toprak ve arazinin korunması ile ilgili kesin kuralların olmadığı, kanunun amaç maddesinin, maddelerin kaleme alınışı sırasında dikkate alınmadığının bir göstergesidir. 13’üncü madde devamla mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazileri dışında kalan tarım arazilerinin amaç dışı kullanımına Valiliklerce izin verilebileceğini düzenlemiştir. Bu tür tarım arazileri dışında kalan tarım arazileri marjinal tarım arazileridir. Maddede yer alan “ toprak koruma projelerine uyulması kaydıyla” ibaresinin mantıklı bir açıklaması yapılamaz. Bir tarım alanını amacı dışında kullanırken onu korumanız fiilen mümkün değildir. Hatta o tarım alanını değil civarındaki tarım alanlarını bile riske atmış olursunuz. 13’üncü maddenin düzenlenme amacının, tarım alanlarını korumak değil marjinal tarım alanlarının amaç dışı kullanımına valiliklerin, mutlak tarım alanları da dahil diğer tarım alanlarının amaç dışı kullanımına Bakanlığın izin vereceğinin hatta bu yetkinin de valiliklere devredilebileceğinin düzenlenmesi olduğunu komisyon raporundaki ifadeye dayanarak söylemek mümkündür.

Tarım alanlarının amaç dışı kullanımına izin verileceğini, düzenleyen 13’üncü madde de Anayasanın 45’inci maddesine aykırıdır. Gerçekten de, Anayasada tarım alanlarının amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesi düzenlenmiş iken, kanunla amaç dışı kullanımlara Bakanlık ve valiliklerce izin verileceğinin düzenlenmesi mümkün değildir.

Kanunda istisna ile ana kuralın ortadan kaldırılması yöntemi 14’üncü madde de kullanılmıştır. 14’- üncü madde de önce “...Büyük ovalarda bu-

13 GÜNDAY, Metin.; s. 99, 205; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 21. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s. 8 vd.

14 GÜNDAY, Metin.; sh. 221 vd. ; GÖZLER, Kemal.; sh. 217 vd. ; Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonunun 21.04.2005 tarih 1/949 Esas, 40 Karar nolu raporunun 13. maddesi ile ilgili gerekçesi. (dn. 9).

lunan tarım arazîleri hiçbir surette amacı dışında kullanılamaz.” kuralı getirilmiş, daha sonra Kanunun amacına, ruhuna ve Anayasaya uygun düşen maddeyi kesin bir kural olmaktan çıkartan istisnalar, kuralın hemen arkasından “ancak” kelimesinden sonra sıralanmıştır. Bilindiği üzere cümlede yer alan “hiçbir” kelimesi cümle anlamını güçlendirici ve ona kesin hüküm niteliği kazandıran bir ifadedir. Böyle bir ifadeden sonra ancak kelimesi ile başlayan ve istisnalar getiren cümlelerin yer alması kanunî düzenleme tekniğinden öte, dilbilgisi kuralları ile de çelişmektedir. Diğer taraftan ancak kelimesi ile başlayan istisnalar “...alternatif alan bulunmaması, kurul veya kurullarla uygun görüş bildirilmesi şartıyla;

a- Tarımsal amaçlı yapılar,

b- Bakanlık ve talebin ilgili olduğu Bakanlıkça ortaklaşa kamu yararı kararı alınmış faaliyetle,

için tarım dışı kullanımlara Bakanlıkça izin verilebilir.” şeklindedir.

İki şeyin birbirinin alternatifi olup olmadığına karar verilirken izlenecek birçok yol vardır. Bunlardan bazıları, ihtiyaç giderme ve ikame değerlerini karşılaştırmaktır. Ancak en önemlisi iki şeyin birbirinin alternatifi olup olmadığına karar verecek olan kişi veya kurumların bakış açılarıdır.

Ülkemizde mutlak tarım alanlarının azlığı, toprağın yeniden yaratılamayan bir değer olması, niteliğini yitiren bir toprağın eski haline getirilmesinin hiçbir şekilde mümkün olmaması ve bugün tarım ürünleri için başka ülkelere ödenen dövizler ve insan varlığının devamı için tarım ürünlerine duyulan ihtiyacın derecesi, hiçbir şeyin mutlak tarım arazîlerinden daha değerli olmadığını göstermektedir. Madde de yer alan “... alternatif alan bulunmaması ...”na dikkat çekilirken toprağın alternatifinin olmadığı göz ardı edilmiştir. Tekrar etmekte yarar görüyoruz ki toprak üretilmeyen bir değerdir¹⁵.

Yukarıda kamu yararı kavramı için belirtildiği gibi, “ortaklaşa kamu yararı kararı alınmış faaliyet” ibaresi de sınırları tam olarak çizilmiş ve çizilebilmesi mümkün olan bir kavram değildir¹⁶. Kanımızca sınırları tam olarak çizilmemiş ve/veya çizilemeyen bir istisna kuralı ortadan kaldırır.

Toprak tarımsal özelliği için korunurken, topraktan elde edilen tarımsal ürünlerin toprağın korunması uğruna ziyan edilmesi ve bu tür amaçlı yapıların yapılmasının engelleneceği düşünülemez. Orman sınırları içerisinde olmakla birlikte, çayır veya otlarla kaplı olmayan, orman deposu, orman yolları, lojman gibi çeşitli hizmet amaçlı yerlerin de orman sayılacağına dair Alman-

15 EREN, Fikret.; Toprak Hukuku, Sevinç Matbaası, 1991 Ankara, s. 11.

16 GÜNDAĞ; s. 225. ;GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref; s. 8 vd.

ya Federal Orman Kanunundaki hükmün¹⁷ tarım alanları bakımından da düşünülmesi ve ilgili kanunda böyle bir zihniyetle düzenleme yapılması mümkündür. Bakanlık ve talebin ilgili olduğu Bakanlıkça ortaklaşa kamu yararı kararı alınmış faaliyetler için amaç dışı kullanıma Bakanlıkça izin verilmesi gibi sınırı belli olmayan bir istisnanın getirilmiş olması, büyük ovalarda bulunan tarım arazileri hiçbir surette amacı dışında kullanılamaz kuralının varlığı ve geçerliliği konusunda ciddi endişeleri beraberinde getirmektedir.

III. KANUNUNLARA AYKIRI DÜZENLEMELER VE AÇIK OLMAYAN İFADELER AÇISINDAN

5403 Sayılı Kanun ile neden düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulduğunu en iyi ifade eden madde amaç ve kapsam maddeleri olan 1'inci ve 2'nci madde hükümleridir. Ancak; Kanunun adı, amaç ve kapsam maddeleri ile bağdaşmayan ve ana kuralları ortadan kaldıran istisnaları belirten bazı maddeler mevcut olup bunlara yukarıda değinilmiştir. Gerçekten de, 5403 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde “...tarım arazileri, belirlenen yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsellerinden daha küçük parçalara bölünemez. Miras yolu ile intikallerde yeter büyüklükteki parsel oluşturulmıyorsa ifraz yapılamaz; ortak kullanım, kiralama veya satış yoluna gidilir.” ifadesi mevcutken; 5578 yasa ile madde değiştirilerek “...Belirlenen küçüklüğe erişmiş tarımsal araziler miras hukuku bakımından bölünemez eşya niteliğini kazanmış olur. Tarımsal arazinin bu niteliği tapu kütüğüne şerh edilir.Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünemez. Bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, bu araziler ifraz edilemez, payları üçüncü şahıslara satılamaz, devredilemez veya rehnedilemez. Bu araziler hakkında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun özgülemeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır.” hükmü getirilmiştir.

Aynı şekilde 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazî Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun Dağıtılan Topraklar Üzerinde Tasarrufların Tahdidi başlıklı 11'inci madde ile aynı doğrultuda yapılan bu düzenleme dağıtılan bir toprak olmadığı için mülkiyet hakkına yönelik olarak aşırı sınırlayıcı ve gereksiz ifadelerle yer verilmiştir.

¹⁷ BAŞPINAR . Veysel.; “Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Hukuki Durumu”, AHFD, C. 48, S. 1- 4, 1999, s. 193.

Özel hukuk alanının birçok yerleşmiş kuralına uymayan yukarıda belirtilen sınırlamalar ve ifade yanlışları ayrı bir inceleme konusu yapılacak önemde ve kapsamdadır. Meselâ; Medeni Kanun'un 688'inci maddesinin son fıkrasında "...*Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir.*" hükmünün aksine getirilen bu amir nitelikte görülen sınırlamaların makul bir sebebi ve dayanağı mevcut değildir. Anayasanın 43'üncü maddesindeki "*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek ... amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir*" hükmü gereğince, tarım alanları için asgarî miktar tespit edildiğinde zaten bunun daha küçük parçalara ayrılarak paylaşılması veya paylaşılmasısı mümkün değildir. Tarım Reformu Kanunu'nda yer alan, dağıtılan topraklarda taksim ve ifraz yasağına ilişkin düzenlemeyle¹⁸ aynı tarzda bir düzenlemenin burada yapılması kanımızca uygun değildir¹⁹. Bu alanlar işletmecinin borcu sebebiyle haczedilebilmeli, rehnedilebilmeli ancak satışında tarımsal işletmenin bütünlüğü korunmalıdır. Uygulamada birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu yerlerdeki pay satışlarında payların tekabül ettiği alanlar fiilen tespit edilmemiş olduğundan, kullanımın tüm paydaşlar tarafından müştereken yapılması söz konusu olmaktadır. Bu sonuç Türk Medeni Kanunu'nun 688'inci maddesindeki "maddi olarak bölünmüş olmayan" ifadesinin bir sonucudur²⁰. Alıcılarda belirli niteliklerin aranması kuralı dahi getirilebilir. Böyle bir kural rehnedilemez, haczedilemez, satılamaz gibi ifadelerin yanında kanımızca daha doğru ve demokratik olur. Aynı şekilde Anayasanın 44'üncü maddesinde, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın asgarî genişliğinin Kanunla tespit edilebileceği belirtilmiş iken, Kanun'un 8'inci maddesinde de bunun Bakanlığı ait olduğunun düzenlenmesi hatta, Bakanlığın belirlediği limitin dahi altına Bakanlığın uygun görüşü ile düşülebilir olması Anayasa aykırı bir düzenleme olmuştur. Bölünemez eşya kavramının miras hukuku alanının konusu gibi ifade edilmesi de doğru değildir²¹.

18 EREN- BAŞPINAR; s. 161 vd.

19 Aksi görüş, BAŞPINAR, Veysel "Türk Medenî Kanunu ve Yeni Gelişmeler Karşısında Tarım İşletmelerinin Tahsisi", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 277.

20 Y. 27.11.1946 günlü ve 28/15 sayılı İçt. Bir. Kar: " Müşterek mülkiyete tâbi taşınmazlarda yapılan kira sözleşmesi geçersizdir. Ancak, bir taşınmazda, sadece iki kişi paydaş ise, bunlardan birinin, payını ötekine kiralaması hukuken mümkün ve geçerlidir." Türk Medeni Kanunu İçtihadî Birleştirme Kararları ve madde Atıfları ile Birlikte, Kanun Metinleri Dizisi 7, 2005 Baskı, Seçkin YAYINLARI, Ankara 2005, s. 242.

21 OĞUZMAN, Kemal- SELİÇİ, Özer. OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe ; Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası , Filiz Kitapevi, İstanbul 2006, s. 10 ve s. 166. TEKİNAY, S.

Özel hukuk açısından tarım topraklarının asgarî miktarın altında parçalara bölünmesini önlemek için çok sert ifadelerle sınırlamalar getirilen bu alanda “...Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler ...” in hariç tutulduğu görülmektedir. Toprağın belirli bir miktarın altında parçalara bölünmemesindeki kamu yararı ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerlerle ilgili kamu yararı karşı karşıya geldiğinde kanunun bu maddesinden kamu yatırımı için ihtiyaç duyulan yerlerdeki kamu yararına öncelik tanınmış olması, özel hukuk alanındaki sınırlamalar ve Kanunun amacı göz önünde tutulduğunda uygun olmamıştır.

Kanunda “kamu yatırımları”, “Kamu yararı gözetilerek yol altyapı ve üstyapısı faaliyetlerinde bulunulacak yatırımlar (md. 13/e),” “Bakanlıklarca kamu yararı kararı alınmış plân ve yatırımlar(md.13/d)” gibi deyimler kullanılmaktadır. Anayasamızda “kamu hizmetleri, kamu görev ve hizmetleri, kamu yararı” gibi kavramlar kullanılmakla birlikte “kamu yatırımı” kavramı yer almış değildir. Kamu yatırımlarını, kamu hizmetlerinin görülmesi için yapılan yatırımlar olarak anlaşıldığı takdirde, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi durumunda²² bu amaçla yapılan yatırımların kamu yatırımı sayılıp sayılmayacağı tartışması ortaya çıkar. Dolayısı ile özel kişiler tarafından yapılacak yatırımlar için kamu yararı kararı verilmesi halinde tarım topraklarının amacı dışında kullanımına izin verilmesi durumu ortaya çıkabilir ki bu durum tarım topraklarının aleyhine olur²³.

Miras hukuku açısından tarımsal işletmenin; birden fazla gayrimenkulden oluşması ve tarımsal işletmenin sadece tarım toprağını değil, tarımda kullanılan araç ve hayvanları da kapsayabilmesi (MK. md. 660) mümkündür. Ayrıca özgüleme için ilgili mirasçıdan talep gelmesinin yanında, özgülmenin yapılacağı mirasçının tarımsal işletmeyi bizzat işletmeye ehil olması (MK. md. 661/II) gerekmektedir²⁴.

Kanunla tarım toprağının belirlenen miktardan daha küçük parçalara bölünmesi engellemek isteniyorsa, bunun için 5403 Sayılı Kanun’un 8’inci maddesindeki ilk ifade tarzı daha uygundu.

Sulhi,AKMAN,Sermet, BURCUOĞLU, Halûk, ALTOP, Atilla. ; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 11 vd.

22 GÖZÜBÜYÜK, Şeref- TAN, Turgut.; İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 3.B, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s. 643.

23 ÖZAY, İlhan.; Güneşinde Yönetim, İstanbul 2002,(Yar.Doç. Dr .Ali ULUSOY tarafından hazırlanan Kamu Hizmeti Bölümü), s. 248.; GÖZÜBÜYÜK,Tan. ; s. 643. ; GÖZLER, Kemal.; s. 217.

24 EREN- BAŞPINAR; s. 195 vd. ; BAŞPINAR; Tahsis s. 261 vd.

Ülkemizde yapılan kadastro işlemlerinde sadece mülkiyet ve taşınmazın büyüklüğü değil, bilimsel veriler ışığında taşınmazın niteliği, tarım alanı olarak tespit edilenlerde bu tarım alanı için kanunda belirtilen asgarî büyüklüğe tapu sicilinde yer verilmesi halinde, tarım topraklarının parçalanmasına engel olunabilir²⁵.

Bunların dışında 5403 Sayılı Kanunun Geçici 1'inci Maddesi Kanun'un amacına aykırı bir düzenlemedir. 5403 sayılı Yasanın Geçici 1'inci maddesinde "11.10.2004 tarihinden önce tarım arazileri; gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış ve tarımsal bütünlüğü bozmuyor ise söz konusu arazinin istenilen amaçla kullanımı için, altı ay içerisinde Bakanlığa müracaat edilmesi, hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması ve tarım dışı kullanılan tarım arazilerinin her metre karesi için beş Yeni Türk Lirası ödenmesi şartıyla izin verilir." ifadesi yer almıştır.

Bu maddeyi "Madde nitelik itibari ile af mahiyetinde bir maddedir. Yasanın kabulü sırasında af içerikli olması dikkate alınarak nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi gerekirken 216 oy ile kabul edilmiş olması Anayasaya aykırılık teşkil eder. Yasa belli bir tarih belirterek bu tarihe kadar tarım arazilerinin amaç dışı kullanımının affedileceğini düzenlemiştir. Yasanın amacının, tarım alanlarının amaç dışı kullanımlarını engellemek olması ve yasanın amaç maddesinde bunun ifade edilmesine rağmen, amaç dışı kullanımı affetme ile ilgili bir maddeyi içermesi amaçla çelişkilidir. Maddede ifade edilen tarımsal bütünlüğü bozmama tabiri de yoruma açık bir tabirdir. Yasanın amaç dışı kullanımın yapıldığı tarih veya müracaat tarihi ile ilgili olarak bir sınırlama getirmiş olması önemli değildir, ilerleyen zamanla yeni tarihlerin belirlenmesi mümkün olabilir" ifadeleri ile TMMOB Şehir Plancıları Odası tarafından eleştirilmiştir²⁶.

Anayasanın 87'nci maddesinde "...Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek ..." yetkisinin bulunduğu, düzenlenmiştir. Bu durumda Anayasanın 96'ncı maddesindeki çoğunluğun değil maddenin af niteliği dikkate alındığında 87'nci maddesindeki çoğunluğun aranması gerekir.

Kanunun amacının tarım topraklarını korumak olduğu düşünüldüğünde akla Anayasanın 169'uncu maddesi gelmektedir. 169'uncu madde de "... orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz, ormanların yakmak, ormanı

25 OĞUZMAN- SELİÇİ- OKTAY,ÖZDEMİR; s. 166.

26 TMMOB Harita ve Kadaastro Mühendisleri Odası ve TMMOB Şehir Plancıları Odası'ndan Basına ve Kamuoyuna 15.07.2005 Ankara; <http://72.14.221.104/search?q=cache:E2Szt-MvBUUJ:www.spo.org.tr?print.php%3Fsi>, ulaşım tarihi 11.09.2006

yok etmek veya işletmek amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz” hükmü yer almaktadır. Bu durum karşısında, acaba tarım alanlarımız ormanlarımızdan daha mı değersizdir ki bunlara zarar verenlere af çıkartılıyor sorusunu akla getirmektedir. Bu maddenin Kanun’un amacına uygun olmadığı konusunda şiddetli tartışmalar devam ederken; 5557 Sayılı ve 23.11.2006 tarihinde kabul edilen Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6’ncı maddesi ile 5403 Sayılı Kanuna, “11.10.2004 tarihinden önce, gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış bulunan arazilerin istenilen amaçla kullanımı için, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Bakanlığa başvurulması, hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması ve tarım dışı kullanılan tarım arazilerinin her metre karesi için beş Yeni Türk Lirası ödenmesi şartıyla izin verilir.

Söz konusu arazi ve tesislerin istenilen amaçla kullanımı için çeşitli kurumlardan alınması gerekli ruhsat, izin gibi işlemler, Bakanlığa başvuru tarihinden itibaren 2 yıl içerisinde tamamlanuncaya kadar başvuru sahipleri faaliyetlerine devam ederler. Bu süreler içerisinde gerekli izinleri alamayanların üretim faaliyetleri idarelerce durdurulur.

Tarım arazisi vasfından çıkarılan araziler, ilgili kuruluşlarca başvuru sahibinin isteği doğrultusunda vasfını değiştirir.” ifadesini içeren Geçici 3’üncü madde eklenmiştir.

Bu geçici madde ile 6 aylık müracaat süresi uzatıldığı gibi 5403 sayılı Kanundaki Geçici 1’inci maddede yer alan “tarımsal bütünlüğü bozmayan” ifadesi de çıkartılmıştır. Daha önce ifade edildiği gibi Kanun Cumhurbaşkanınca bir daha görüşülmek üzere meclise gönderilmesi üzerine hiçbir değişiklik yapılmadan 5578 Sayılı Kanun olarak 31.1.2007 tarihinde kabul edilerek yeniden Cumhurbaşkanına gönderilmiş ve 09.02.2007 tarihli 26429 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından 31.1.2007 tarih 5578 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6’ncı maddesiyle 3.7.2005 günlü 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa eklenen Geçici 3’üncü maddenin Anayasa’nın 2’nci, 10’uncu, 11’inci ve 138’inci maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali ve bu kuralın uygulanması sonucu doğabilecek sakıncaların önlenmesi için yürürlüğünün durdurulması istemi ile Anayasa Mahkemesine dava açılmış ve aynı gün oy birliği ile yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir.

Bu madde ile ilgili olarak Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonu Raporu (2/762)²⁷ ve Muhalefet şerhi açıklamaları çok ilginçtir²⁸

27. Komisyon raporunda “ ... 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu'nun tarım arazileri üzerinde 11.10.2004 tarihinden önce izinsiz olarak yapılmış her türlü yapıya metrekaresine 5 YTL ödemek kaydıyla verilecek tarım dışı kullanım iznini ifade eden geçici 1. maddesinin, 19.01.2006 tarihinde sona eren müracaat süresince beklenenin aksine 47 ilde sadece 22987 adet müracaat olmuştur. Bunun 120 (ha) alanı kapsayan 356 adedinin işlemleri sonuçlandırılarak tarım dışı kullanım izni verilmiştir. Kanun ve Geçici 1 inci maddenin kamuoyundaki tanıtımının yetersiz kalması, muhataplarınca doğru yorumlanmaması, uygulamasının diğer kurumlar nezdinde neler getireceğinin tam bilinmemesi sebebi ile yasal müracaat süresini geçirmiş vatandaşlar, bu işlem sonucunda problemlerinin çözüleceğini yapılan uygulamalarda görmüşlerdir. Bu sebeple vatandaşlardan, Kanundan yararlanarak mağduriyetlerinin giderilmesini yoğun bir şekilde talep etmiş olup bu yöndeki yeni talepler de gelmeye devam etmektedir. Bu başvurular ve talepler dikkate alındığında en az 20.000 civarında talebin daha geleceği tahmin edilmektedir. Bu da 4.466,36 (ha) alanı kapsamaktadır. Ancak belirlenen altı aylık süre içerisinde yukarıda belirtilen rakamlardan da anlaşılacağı üzere vatandaşlarımızın bir kısmı çeşitli nedenlerden dolayı bu düzenlemeden yararlanamamıştır. Bu değişiklik ile birlikte fiili olarak faaliyet göstermekte olan bu tesislerin mesruiyetinin sağlanarak vergilendirilmesi ile devlet bütçesine katkının artırılması da sağlanacaktır. Sonuç olarak Geçici 1 inci maddenin uygulanmasının bir yıl daha uzatılmasıyla tarım arazisi vasfını kaybetmiş, toprak vasfını tekrar geri kazanması ekonomik olarak mümkün olmayan arazilerin ekonomiyे kazandırılması ve vatandaşlarımızın mağduriyetinin giderilmesi sağlanmış olacaktır. Yaşanmış uygulamalarını kolaylaştırmak ve uygulamada karşılaşılan sorunları gidermeye yönelik kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak bu değişikliğin yapılması amaçlanmıştır.” denilmiştir

28. Muğla Milletvekili Fahrettin Üstün'ün muhalefet şerhinde ise “ 19.10.2006 tarihinde Bursa Milletvekili; Altan Karapaşaoğlu'nun teklif ettiği metnin görüşülmesi için yapılan davette Tarım, Orman ve Köyişleri alt komisyonun Kanun teklifinin yanında kanuna yeni bentler eklenerek alt komisyonun asli amacından uzaklaşmış ve komisyon aldığı yetkiyi kötüye kullanmıştır.

19.10.2006 tarihinde Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonunda görüşülerek kabul edilen 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa geçici madde eklenmesi ve bazı maddelerin değiştirilerek bentler eklenmesiyle, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu tamamen tarım topraklarını imar, inşaat ve sanayiye açma yönünde bir girişim olduğundan daha sonra oluşabilecek tarım topraklarına yasal olmayan yeni işgallere neden olabileceği gibi İdare Mahkemelerinin ve Danıştay kararlarının devre dışı bırakılarak bir nevi yargıya müdahale olarak algılanmaktadır ve bu da Anayasamıza aykırıdır. Yine bu Kanun Anayasanın 44 ve 45 inci maddelerinde “devlete ülke topraklarının korunması” görevi verilmesine rağmen, Devleti yönetmek için seçilenlerden oluşan Hükümet ve onun atadığı üst düzey yöneticiler, bu görevin gereğini yapmak yerine adeta verimli tarım arazilerinin talanına hukuksal kılıf hazırlama ödevini yüklenmiştir. Üstelik; devlet adına Başbakanlık bu süreçte kamu yararını savunan sivil toplum kuruluşlarının sorumluluk taşıyan çabalarını talihsiz bir yaklaşımla “bertaraf edilmesi gereken olumsuzluklar” olarak nitelendirmektedir. Bir yandan “ Bu engelin aşılması” bir yandan da 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun Geçici Madde-1'i ile izinsiz yatırımlar için getirilen af süresinin uzatılması yönünde değiştirilmesi açıkça bir yazı ile emredilmektedir.

Muğla Milletvekili Fahrettin Üstün'ün muhalefet şerhinde yer alan ilginç açıklamalar çok düşündürücüdür²⁹.

Muhalefe şerhindeki "bu düzenlemenin özel bir firma için yapıldığı" yönündeki sözler değişik birimlerce de ifade edilerek basında geniş yer tutmuştur³⁰.

Kanımızca millî egemenliğimizin temsilcilerinin davranışları ile ilgili bu tarz söylentilerin olması "şuyuu, vukuundan beter" deyişini hatırlatmakta ve üzüntü vermektedir. Bunun yanında, üzücü olan bir başka yön de toprağın korunması amaç edinilerek bu doğrultuda çıkarılan kanunda değişiklik yapılmak istenirken yapılan açıklamalarda; tarım dışı amaçla kullanılan alan-

Toprak varlığımızın ancak üçte biri tarıma uygundur ve bu alanında ancak üçte biri verimli tarım arazisidir.

Cargill firmasının yatırıma olanak sağlayan İznik Gölü Çevre Düzeni Planı Danıştay 6. Dairesinin 26.11.2002 tarih ve E:2002/4839, K:2002/5652 kararıyla iptal edilmiş ve bu karar İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca Onaylanmıştır, Plan yargı tarafından iptal edildiğinden, Cargill firması yatırımının hukuksal dayanağı da ortadan kalkmıştır. Danıştay'ın Kesinleşmiş İptal kararına rağmen, söz konusu yatırıma hukuksallık kazandırmak amacıyla 4737 sayılı Özel Endüstri Bölgeleri Kanununda 22.06.2004 tarihli ve 5195 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikle Cargill firmasının yatırım yaptığı arazi Bakanlar Kurulunun 05.07.2005 tarih ve 2005/8944 sayılı kararıyla "Özel Endüstri Bölgesi" ilan edilmiştir. Bu karar üzerine açılan yeni dava; "hukuka aykırılığı belirlenmiş imar planlarının geçerli sayılması yolunda yargı kararını etkisiz kılacak yasal düzenlemelerin de yapılamayacağı" gibi gerekçelerle Danıştay 10. Dairesi tarafından 08.02.2006 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararının yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Başbakanlık tarafından Nisan 2006 tarihinde ve 1666/3020 sayılı yazı ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bir yazı yazılarak Cargill firması için bir yasanın çıkarılması gerektiği bunun için de Kanun değişikliği ile 6 ay daha uzatılmasının şirketin izinlerini yenileyebilmesine imkan vereceği ve böylece faaliyetine devamını sağlayabileceği görüşleri Tarım ve Köyişleri Bakanlığına iletilmiştir. Bunun üzerine Cargill firmasının kurtarılması için bulunduğu ilin milletvekili bu teklifi sunmuştur.

Anayasanın 6'ncı maddesinde dile getirilen "Egemenlik Kayıtsız Şartsız Milletindir. Türk Milleti egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır," temel ilkesine rağmen, Hükümetin ve Komisyonun yabancı bir kuruluşun yararı için ve o kuruluşla birlikte hukuk dışı çözüm arama çabası, açık bir Anayasa İhlali girişimidir. Özel şahıs ve firma için kanun çıkarılmaz yukarıda sıraladığım nedenlerden dolayı muhalifiz..." fadeleri yer almaktadır.

29 Bursa Milletvekili Mehmet Altan Karapaşaoğlu'nun; Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonu Raporu (2/762),<http://www.tbmm.gov.tr>, 5557 sayılı Kanun, Son Dönem Tasarı Bilgileri ve Komisyon Raporları,önem22,önem22,asama Yılı:5 TBMM S.Sayı:1252.

30 ZMO: "Cargill'e Kıyak, Çiftçiye Dayak: Toprak Talanı Sürüyor" Kasım 24.2006, 11.30 AM. <http://www.tmmob.org.tr/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid>, ulaşım tarihi 02.12.2006; Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu_Digi Medya: Güncel Haberler Sitesi,<http://digimedya.com/Content/News/154961.aspx>, ulaşım tarihi 02.12.2006

larla ilgili verilerin biliniyor ve bunların önlenmesi ve giderilmesi için kanunun amaç maddesi doğrultusunda tedbirler alınması gerekirken, değişiklik gerekçesinde bunların tamamı müracaat edip affedemedik, bir başka deyişle tarım alanlarını amacı dışında kullananları bu kanunla korumak istiyorduk, süre yeterli olmadı süreyi uzatalım duygusuyla söylenen sözlerdir.

Atatürk'ün Yalova'da bulunan yazlık köşküne neden Yürüyen Köşk denildiğini hatırlarsak³¹, o yılları ve imkânlarını düşünürsek, bu gün bu Kanunla yapılmak istenilenin Anayasanın, Kanunun amaç ve kapsam maddesine aykırılığından öte milletimizin temelindeki millî düşüncelerimize de ne kadar aykırı olduğu daha iyi anlaşılır.

5578 Sayılı Kanunun 6. maddesi ile eklenen geçici maddede 5403 sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinde yer alan "tarımsal bütünlüğü bozmuyor ise" ibaresinin çıkarılmasının yanında, Tarım alanlarının tarım dışı amaçla kullanılmasında bir yıl içinde Bakanlığa başvurulması halinde, başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde faaliyetlerine devam edebilecekleri düzenlenmiştir. Toplamda üç yılı bulan bir süre ile amaç dışı kullanıma, hukuka aykırı kullanıma bir Kanunla izin verilmesi Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunundan öte, Anayasaya ve kanunların çıkartılmasındaki genel hukuk felsefesine aykırı bir durumdur.

Bir başka önemli konu da bu değişikliklerle halkta amir hükümlere uymak yerine bunlar ihlâl edildiğinde sürekli af çıkarılacağı gibi bir duygunun yaratılmasının kanunlara uyma duygusunda ve hukuk devleti olma ilkesinde büyük yaralar açacağıdır. Çünkü, toprağın ve tarım alanlarının korunması Devletin vazifesi olup, bu korumayı sağlayabilmek için öncelikle bu alanların belirlenmesine yönelik plan ve projelerin yapılması gerekir.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun plan ve projelerin hazırlanması ile ilgili 7, 8, 10, 11 inci maddelerinde " ...*Bakanlık yapar veya yaptırır*" gibi ifadelerin kullanılması ve kanunda bu tarzdaki faaliyetlerin Bakanlık tarafından kim veya kimlere yaptırılabilceğinin ve ne şekilde yaptırılacağı³² yeterince açıklanmamış olması, kanunî düzenlemedeki çok büyük bir eksikliktir. Bu konunun düzenleme dışı bırakılmış olması endişe vericidir.

Çevre Komisyonu raporunun 10 uncu madde ile ilgili gerekçeler kısmında "... *şu anda ülkemizde planlama yetkisine sahip 26'ya aşan kurum olduğu, fiziki planlama anlamında zaten bir yetki kargaşasının yaşandığı, bu nedenle özellikle bazı alanlarla ilgili yeni bir yetki karmaşasına yol açılma-*

31 "Yürüyen Köşk Hikayesi"; <http://www.egitim.com/cocuk/0251/d0251.1.cevre.index.asp?BID=02&YID=11>, ulaşım tarihi 03.04.2007.

32 ÖZAY; s. 248 vd. ; GÖZLER; s. 217 vd.

ması gerektiği yönünde görüşler oluşmuştur.” ifadesi yer almasına rağmen, kanunda organizasyona yönelik bir madde de mevcut değildir.

Ziraat Mühendisleri Odasının 2 Aralık 2006 tarihli Toprak ve Arazi Kullanımı Kanunu Uygulama Yönetmeliği ile ilgili görüşünde 7'nci maddeye getirdiği eleştiri muhtevassından ilgili çevrelerde “yaptırım” ibaresinin dışardan hizmet satın alımı şeklinde anlaşıldığı görülmektedir. 7'nci maddedeki ifadeye katıldıkları anlaşılmakla birlikte, aynı görüş bildirisinde, Söz konusu Odanın dahi veri tabanının hazırlanması çalışmasında koordinasyon hizmetinin dışarıya yaptırılmasına olanak tanıyan düzenlemeyi son derece yanlış bulduğu ve bu konuda tek yetkili birimin Bakanlık olarak kalması gerektiğini belirttiği görülmüştür³³. Ayrıca 10'uncu maddede yer alan arazi kullanım planlarının hazırlanmasının ihtiyaca göre valiliklere devredilebileceği düzenlenmesi de; toprak kaynaklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesi gibi hizmetlerin merkezi bir şekilde yürütülmesi daha doğru olacağı için yerinde değildir³⁴. Kaldı ki, valilikler bünyesinde bunu yapabilecek teşkilat mevcut değildir. Bu amaçla Bakanlık bünyesinde veya valilikler bünyesinde kurulacak teşkilât ve bu teşkilâta çalışacakların özelliklerinin kanunda belirtilmesi gerekirdi. Bunun yapılmaması tarafımızdan Kanun'un bir eksikliği olarak değerlendirilmiştir.

IV. TEŞKİLATLANMA AÇISINDAN

Kanunun maddelerinde Toprak Koruma Kurulları, Tarım, Orman ve Köy İşleri Bakanlığı, ve valiliklere görev yüklendiği görülmektedir.

Toprak Koruma Kurullarında kimlerin görev alacağı Kanunun 5. maddesinde belirtilmiş çalışma usul ve esaslarının belirlenmesinin Bakanlık tarafından çıkartılacak yönetmelikte belirtileceği açıklanmıştır. Bakanlık tarafından çıkartılan Yönetmelikte kurulun nasıl teşkil edeceği tekrar düzenlenmiş, ancak tekrar sırasından Kanundan bazı ayrılmalar olmuştur. Gerçekten de, Kanunda “ulusal ölçekte faaliyette bulunan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının yerel temsilcisi” ibaresinde ulusal ölçekte faaliyette bulunma ve kamu kurumu niteliğini haiz olma vasıfları meslek kuruluşu için aranırken yönetmelikte “...Türkiye genelinde planlama ve/veya toprak koruma konularında ulusal ölçekte faaliyette bulunan ildeki sivil toplum örgütlerinden birinin ...” ibaresi ile ulusal ölçekte faaliyette bulunma sivil toplum örgütü için aranılan vasıf haline getirilmiştir.

33 “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Uygulama Yönetmeliği Hakkında TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası'nın Görüşü”,02.12.2006, <http://www.zmo.org.tr /odamiz /odagorusleri .php?kod=2188>; ulaşım tarihi,02.12.2006

34 dn. 16 da atıfta bulunulan görüş.

Toprak Koruma Kurulu, ayda bir toplanan bir kurul iken kendisine yüklenilen vazifelere bakıldığında, takip yapan, izleyen ve değerlendirme yapan bir kurul olması yani görevini lâıyık ile yapılabilmesi için çalışmalarının süreklilik arz etmesi veya kurulun emri altında çalışan bir teşkilatın bulunması gerekir. Kurulun sekretarya hizmetlerinin il müdürlükleri tarafından yürütülüyor olması sebebiyle (Yönetmelik md. 5/5) bu işlemlerin il müdürlükleri tarafından yürütülebileceği düşünülebilirse de, il müdürlüklerinin teşkilatlanmalarında kanundan sonra yeni yapılanma mevcut olmadığından, mevcut yapı itibariyle bu mümkün değildir.

Toprak Koruma Kurulunun esas itibari ile danışma kurulu niteliğinde olması sebebiyle Kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla kurulmuş bir kuruluş olduğu yanlışına kapılmamak gerekir.

Kanun tarafından önemli görevler yüklenilen Tarım, Orman ve Köy İşleri Bakanlığının teşkilâtı incelendiğinde; Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yeni birimlerin oluşturulmadığı, mevcut teşkilatlanmadaki ana hizmet birimleri ve bağlı kuruluşlardan Tarım Reformu Genel Müdürlüğünün ismen konuya yakınmış gibi görünmesine rağmen teşkilatlanmaları, sayısal ve nitelik itibari ile incelendiğinde yeterli olmadığı görülmektedir³⁵.

Teşkilatlanma açısından Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı kanununun uygulanmasına hizmet etmeye elverişli bir kurum olan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün Kanun'un yürürlüğünden kısa bir süre önce kapatılmış olması büyük bir aksilik olmuştur³⁶. Dolayısı ile şu an itibari ile Kanun'un uygulanmasında çok büyük önemi olan arazi yetenek sınıflandırması, arazi kullanım planı, tarımsal amaçlı arazi kullanım plan ve projeleri, toprak koruma projeleri, toprak veri tabanını oluşturacak bu amaçla kurulmuş teşkilat mevcut değildir. Söz konusu teşkilâtın kurulmasına yönelik bir düzenleme veya girişim henüz tespit edilememiştir.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun amacın gerçekleşmesi için arazi yetenek sınıflandırılması, arazi kullanım planı, tarımsal amaçlı arazi kullanım plan ve projeleri, toprak koruma projelerinin ve toprak veri tabanının bilimsel esaslara uygun, yeterli uzmanların bulunduğu heyetler tarafından hazırlanması ve heyetlerin birbiri ile iletişim içinde olmaları, teknik imkânlara (hava fotoğrafı çektirilebilmesi gibi) sahip olmaları, heyetlerin bu güne kadar benzer çalışmalar yapmış kurumlarla yazışmalar yaparak ön-

35 Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı, Bakanlık Teşkilat Şeması; <http://www.tarim.gov.tr>; ulaşım tarihi 21.11.2006.

36 TMMOB 5286 Sayılı Yasa İle İlgili Görüşlerini Kamuoyuna İletti; makale/TMMOB Basın Duyuruları, 25.01.2005-11.17 AM; <http://www.tmmob.org.tr>; ulaşım tarihi 13.11.2006.

ceki bilgilere gecikmeksizin ulaşmaları çok önemlidir. Ancak Kanunda amacın gerçekleşmesi için mecburî olan bu plân ve projelerin yapılması ile ilgili teşkilâtlanmaya yönelik bir düzenleme mevcut değildir.

Toprağın ve tarım alanlarının korunması Devletin Anayasa'dan doğan vazifesi olup, bu korumayı sağlayabilmek için öncelikle bu alanların belirlenmesine yönelik plân ve projelerin yapılması gerekir. Bu sonuç da Devletin asli vazifesidir.

Ayrıca 10'uncu maddede yer alan arazi kullanım planlarının hazırlanmasının ihtiyaca göre valiliklere devredilebileceği düzenlenmesi de; toprak kaynaklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesi gibi hizmetlerin merkezi bir şekilde yürütülmesi daha doğru olacağı için yerinde değildir. Kaldı ki, valilikler bünyesinde bunu yapabilecek teşkilât mevcut değildir. Bu amaçla Bakanlık bünyesinde veya Valilikler bünyesinde kurulacak teşkilât ve teşkilâtta çalışacakların özelliklerinin Kanunda belirtilmesi gerekirdi. Ancak bunun yanında Türkiye Ulusal Coğrafi Bilgi Sistemi (TUCBS) Oluşturmaya Yönelik Hazırlık Çalışmalarının olduğu, Büyük Ölçekli Harita ve Harita Bilgileri Üretim Yönetmeliğinin büyük ölçekli mekânsal (coğrafi) bilgilerin ve haritaların üretiminde ülke genelinde standart birliğinin sağlanması, üretimin tek elden izlenmesi ve sektörde hizmet tekrarının ve kaynak israfının önlenmesi amaçlayan düzenlemelerin bulunduğu ve bu alanda düzenlemeleri ihtiva eden Kadastro Kanununun bulunduğu bilinmektedir. Kanunda belirtilen plân ve projelerin bu düzenlemelerle ilgilendirilmemiş olması büyük bir eksikliktir. Özellikle Bakanlar Kurulu'nun 23.06.2005 tarihli ve 2005/9070 sayılı kararıyla 15 Temmuz 2005 tarih ve 25876 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Büyük Ölçekli Harita ve Bilgileri Üretim Yönetmeliğinin 5 inci maddesinde sözü edilen büyük ölçekli coğrafi bilgileri üreten ve kullanan kuruluşların yönetmelik hükümlerine uymak mecburiyetinde olmaları ile ilgili düzenlemeye atıf yapılması gereklidir³⁷.

Kanunda, Bakanlığın vazifesi olarak belirtilen bu hizmetlerin hangi niteliklere ait, kaç kişilik heyetlere yaptırılacağına açıkça belirtilmesi gerekirdi. Bazı maddelerdeki (md.8, 10, 12) ziraat mühendisi, uzman ziraat mühendisi ve Bakanlık tarafından düzenlenen hizmet içi eğitimden geçmiş ziraat mühendisi belirtmeleri, toprak ve arazi etütleri dışında harita oluşturma, bölge düzeyinde toprağın jeolojik yapısının, iklim şartlarının, akarsu ve sulama özelliklerinin araştırılmasını gerektirdiğinden, bu belirtme yeterli değildir. Bu çalışmaların başka teknik eleman alınmadan sadece ziraat mühendisleri-

³⁷ TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası görüşü, Yayıma Giriş:02.11.2005, Yayınlayan Birim:Genel Merkez,Bu Görüş/Rapor HKMO Etkinlik, Bildiri, Basın Açıklaması Dosyası ile ilişkilidir; www.hkmo.org.tr/genel/ ulaşım tarihi:19.09.2006.

nin çalışmaları ile yapılması halinde Kanunun amacına hizmet etmeyeceği düşünülmektedir³⁸.

Diğer taraftan, Yönetmeliğin 8/3'üncü maddesinde toprak koruma ve arazi değerlendirilmesine yönelik proje ihtiyacı, tarım arazileri sınıfları ve arazi yetenek sınıflarının Bakanlık tarafından hizmet içi eğitimden geçmiş ziraat mühendisleri tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme serbest çalışan ziraat mühendislerine Bakanlığın hizmet içi eğitim veremeyeceği belirtilerek Ziraat Mühendisleri Odası tarafından eleştirilmiştir³⁹. Bununla birlikte 5578 Sayılı Kanun ile getirilen Ek Madde 1; "*Bakanlık bu Kanunun uygulanmasında ihtiyaç duyulacak her türlü eğitim faaliyetini düzenleyebilir ve eğitim sonrası sertifika verir*" hükmünü getirmiştir. Bu düzenleme ile adı geçen odanın bu konudaki endişe ve itirazları giderilmiştir.

V. DENETİM VE CEZAI MÜEYYİDE İLE İLGİLİ HÜKÜMLER AÇISINDAN

Bir kanunî düzenlemenin en önemli özelliği mevcut kurallara uymanın devlet gücüyle sağlanması ve kurallara uymamanın müeyyidesinin olmasıdır. Konuya bu açıdan bakıldığında, Toprak Koruma ve Arazî Kullanımı Kanunu'na uyulup uyulmadığının denetlenmesi gerekir. Denetimin düzenlendiği 19'uncu maddede denetim görevinin Bakanlık, valilikler veya kurullar tarafından yapılacağı veya yaptırılacağı düzenlenmiştir.

Kanundaki denetim hizmetinin dışardan hizmet satın almak şeklinde yaptırılabilceği sonucuna götüren ifade endişe vericidir. Özellikle, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda zikredilen hizmetlerin yaptırılacağı kişi veya heyetlerin kanun, tüzük veya yönetmelikle düzenlenmediği, diğer kanunlardaki düzenlemelere bile atıf yapılmadığı dikkate alındığında konunun vahametî daha iyi anlaşılır. Çünkü, Devletin bu alandaki denetim yetkisini hizmet satın almak sureti ile yapması, konuya gereken önemin verilmemesinin bir göstergesidir. Aynı maddede bu Kanunda yer alan projelerle ilgili denetimin örnekleme yöntemi ile yapılacağını düzenlenmesinin de doğru olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁰.

38 Tarım Orman ve Köyişleri Komisyonu raporu,21.04.2005,Esas No:1/949,Karar No:4 Mehmet Işık ve arkadaşlarının karşı oy yazısı.

39 Ziraat Mühendisleri Odası'nın 21.07.2006 tarihli basın açıklamasında "toprak koruma projelerine" yönelik eğitim verme yetkisinin geçerli mevzuat uyarınca yalnızca Ziraat Mühendisleri Odasına ait olduğunu açıklamıştır.

40 "Toprak Koruma ve Arazi Kanunu Tasarısı Hakkında TMMOB Ziraat Mühendisleri Odasının Görüşü" 05.12.2006, http://www.zmo.org.tr.odamiz/oda_gorusleri.php?kod=1699, ulaşım tarihi:05.12.2006

Kanundaki dikkate değer konulardan biri de 20-21'inci maddelerde projeye aykırılığın tespiti halinde projeye aykırılığın giderilmesi için üç ay süre verileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Üç ay bir mevsim demektir. Yanlış kullanımın giderilmesi için saatlerin önemli olduğu bir alanda bir mevsimlik süre verilmesi amaçla bağdaşmaz.

Kanunda 21'inci maddenin son fıkrasında “*Toprak koruma projelerinin bulunmaması veya yetersizliği veya zamanında gerekli tedbirlerin yapılması sonucu arazi tahribi veya toprak kayıpları söz konusu olursa meydana gelecek zarardan; proje hazırlanmasına gerek olmadığına karar verenler, proje hazırlanmış ise projeyi hazırlayan ve onaylayanlar sorumludur.*” düzenlemesi mevcuttur. Kanunun düzenlenmesinde bu projelerin hazırlanması için asgarî veya azamî bir süre öngörülmüş değildir. Görüldüğü gibi, sorumluluğun olabilmesi için, aktif davranış beklenmekte, proje hazırlanmasına gerek olup olmadığına karar vermek üzere konuyu gündemine dahi almayanların bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca bu konuda proje hazırlanması ile ilgili maddelerdeki “*Bakanlık yapar veya yaptırır*” ibaresindeki durum dikkate alınarak, bu projelerin Bakanlık bünyesinde yaptırılması ile Bakanlık bünyesi dışında devlet memuru olmayan kişilere yaptırılması arasında uygulanacak hükümler açısından bir fark öngörülmemiştir. Hizmetin dışardan alınması sırasında bu kişilerin cezaî bir sorumluluğu olduğu takdirde, bunlar bu hizmetleri sebebi ile devlet memuru gibi telakki edileceklerse, bunun da açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Burada 26.9.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa atf yapılması ve kamu görevlilerine ait hükümler uyarınca cezalandırılacaklarının düzenlenmesi kanımızca doğru olmuştur.

Nihayet Kanunun uygulanması için gerekli kaynak belirtilmemiştir. Kaynak olmadan kanunun uygulanmasını denetleyen bir teşkilâtın kurulması ve görevini yapması mümkün değildir. Hiç değilse kanun gereğince tahsil edilen cezaların kanunun uygulanması için tahsis edilmesi uygun olurdu. Diğer taraftan Kanunda öngörülen para cezalarının miktar itibarı ile caydırıcı niteliği de mevcut değildir. Özellikle toprağın üretim gücünün engellenmesi ve bu özelliğini yitirmesinin bedeli yoktur. Asıl olan tahribatı malî ödemeler yaptırarak affetmek değil; toprağın amaç dışı kullanımından caydırıcı niteliği olan cezalar öngörmektir. Gerçektende, kişiler, kanunun ihlaline yönelik çabalarının boşa çıkacağını anladıkları takdirde, boşa gidecek alanda çaba harcamazlar. Kanunun cezai müeyyidelerinin bu nitelikte olması beklenirdi. Anayasanın 169'uncu maddesindeki düzenlemenin tarım toprakları ile ilgili suçları da içine alacak şekilde genişletilmesi uygun olurdu.

SONUÇ

Türkiye’de yurt düzeyinde ilk toprak etütleri 1952-1954 yılları arasında toprak uzmanı Harvey OAKES (A.B.D.) ve Türk meslektaşları tarafından yapılmıştır. Bu çalışmaların sonucu 1/800.000 ölçekli “Türkiye Umumi Toprak Haritası” olarak yayınlanmıştır. Toprak Su Genel Müdürlüğü tarafından 1966 yılında bütün yurt düzeyinde olmak üzere daha ayrıntılı olan Türkiye Geliştirilmiş Toprak Haritası etütlerine başlanmıştır. 1971 yılında tamamlanan bu etütler 1982-1984 yılları arasında güncelleştirilen yoklama düzeyindeki etütler ile 1/25000-1/100.000 ölçekli haritalar olarak halen kullanılmaktadır⁴¹.

Teknoloji yardımı ile kısa sürede toprakla ilgili planlamalar yapılabilir. Ancak en önemlisi toprakla ilgili bu plan ve projelerin kadastro haritaları ile ilişkilendirilmesi ve alenî sicillerle mevcut bilgilere ulaşımın sağlanması gerekir.

Toprağın korunması ile ilgili kurallar sözde kalmamalıdır. Anayasanın düzenlemesi doğrultusunda amaç dışı kullanımlara izin verilmemelidir. Kesin kuralların olması gereken bir alanda af niteliğinde düzenlemeler yapılması ve bunların zaman içinde uygulamalarının genişletilmesi halkta kurallara uymamanın müeyyidesinin bulunmadığı ve sürekli af çıkacağı yönünde bir beklentiye sebep olacağından yanlıştır. Şu an itibarı ile 5578 Sayılı Kanun’un 6. maddesi ile 5403 sayılı kanuna eklenen geçici 3. madde ile bu izlenim uyandırılmıştır⁴².

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 1 ve 2’nci maddesinde ifade edilen kapsamda amacın yerine getirilmesi, gerekli teşkilatlanma sağlanmadığı ve mevcut teşkilât yeterli olmadığı için mümkün görülmemektedir

Anayasada belirtilen ilkelere uyumlu olarak, Kanunun temel ilkesi toprağın amaç dışı kullanılmasının engellenmesi, özellikle tarım alanlarının amaç dışı kullanımlara karşı korunması olması gerekirken, ana kural olarak tarım alanlarının amaç dışı kullanılmayacağına ifadesinden sonra, sınırı belirlenemeyen genişlikteki istisnalarla kuralın ortadan kaldırılmış olması, Kanunun, Anayasaya aykırılığını gündeme getirmiştir. İstisnalar arasında yer alan “kamu yatırımları”, “kamu yararı kararı alınmış plan ve yatırımlar”, “kamu yararı kararı alınmış madencilik faaliyetleri”, “kamu yararı kararı alınmış faaliyetler” ibareleri sınırları tam olarak çizilebilen kavramlar değil-

41 SUIÇMEZ Baki, “Toprağın Manifestosu”, mai ve küreselleşme karşıtı çalışma grubu; www.antimai.org/ba/bakisuiomez.htm. ulaşım tarihi 02.12.2006

42 Orman alanları ile ilgili olarak düzenlemede istikrarı vurgulayan görüş için bkz. BAŞPINAR ; Orman, s. 189 vd.

Bu maddenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle Cumhurbaşkanı tarafından açılan dava halen devam etmektedir. Madde ile ilgili olarak yürütmenin durdurulmasına karar verildiğinden şu an itibarı ile madde uygulanmamaktadır.

dir. Bir toplumun genel ihtiyaçlarını belirlemek ve kamu yararını değerlendirmek o toplumun seçimine işbaşına getirdiği temsilcilerinin serbest yetkilerinden olduğuna göre, bir faaliyetin toplumsal ihtiyaçları karşılamaya ve böylece kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığının takdiri de başta yasama organı olmak üzere siyasal organların yetkisi içindedir⁴³. Toprak ve tarım ile ilgili konuların hükümet politikası olmaktan çıkartılarak biran önce Anayasamızdaki ilkeler doğrultusunda devlet politikası haline getirilmesi ve düzenlemelerin bu nitelikte olması gerekir. Bu sebeple, bir an önce toprağa ve tarım arazilerine gerçekten önem veren, kesin kuralları olan ve maddelerin uygulanmasını sağlayan teşkilatlanmanın da düzenlendiği bir kanuna ihtiyaç vardır. Bu kanunî düzenlemenin yanın da arazi varlığımızın bir bütün olarak görülerek ülke çapında arazi üzerindeki özel kadastro alanların (orman alanları gibi) kadastro ile, koruma altına alınmış özel bölgelerin, organize sanayi bölgeleri, imar alanları, tarım alanları, maden alanları gibi genel tespitin öncelikle yapılması gerekir. Tarım alanlarının koruma altına alınması, erozyona maruz bölgelerde koruma projelerinin yapılarak uygulamaya geçilmesi tarım alanlarını yok edecek veya erozyonu artıracak hiçbir şeye izin verilmemesi, toprak varlığı ve üzerinde yer alan korunması gerekli sulak alanlar ve benzeri alanlarla ilgili olarak kabul edilmiş milletlerarası anlaşmaların bir anlamı olup yürürlüğe girebilmeleri için gerekli yönetmeliklerin bir an önce hazırlanması gerekir. Hazırlanacak bu yönetmeliklerin ülke genelinde yapılacak bölgesel tespitlere uygun olmasına özen gösterilmesi ve uzun zaman alacak bu işlemlere bu uzun zamanı kısaltmak için bir an önce başlanması ve çalışmalara dört elle sarılması, aksi takdirde başka değerler yaratmak uğruna elimizdeki değerleri geri kazanma şansı olmadan kaybedeceğimizin bilinmesi gerekir. Bu sebeple, yeniden hazırlanacak bir kanun ile toprağın korunmasına yönelik politika ve hukuk ilkeleri, teknolojik ilkeler, ekolojik ve sosyolojik ilkeler bir bütün olarak ele alınmalıdır. Kanun ile sürdürülebilir olmayan tarım işletmeciliğini teşvik eden mekanizmaları kaldırmalı, sürdürülebilir tarım için bilimsel esaslara dayanan, uygulanabilen programlar geliştirilmeli ve tarım konusunda bilgi tabanını genişletecek her türlü önlemleri alıp, bunların uygulamaya geçirilmesini sağlamalıdır⁴⁴. Böylece, bir zamanlar olduğu gibi Türkiye'nin bu günde ürettiği tarım ürünleri konusunda ithalata muhtaç olmadan kendi

43 GÜNDAY ; s. 223.

44 ÇEPEL, Necmettin.; Ekolojik Sorunlar ve Çözümleri, TÜBİTAK YAYINLARI, Aydoğdu Matbaası, Ankara 2003, s. 101 vd.

halkını besleyebilen 5- 6 ülkeden biri olması⁴⁵ için amaca uygun, uygulanabilir bir kanuna ihtiyaç vardır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR:

- BAŞPINAR, Veysel: “Orman Sınırının Dışına Çıkarılan Yerlerin Hukukî Durumu”, AHFD, C: 48, S:1-4, 1999, s. 187-212, (BAŞPINAR; Orman).
- BAŞPINAR, Veysel: Türk Hukukunda İhya, Ankara 2000, (BAŞPINAR; İhya).
- BAŞPINAR, Veysel; “Türk Medeni Kanunu ve Yeni Gelişmeler Karşısında Tarım İşletmelerinin Tahsisi”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, (BAŞPINAR; Tahsis).
- ÇEPEL, Necmettin - ERGÜN, Celal: “Temel Çevre Sorunları” [http://kuresel.isınma.info/haberler.php?idx=44128&baslikx=Temel %20 %C3 %87 EVRE %20 SORUNLARI](http://kuresel.isınma.info/haberler.php?idx=44128&baslikx=Temel%20%C3%87EVRE%20SORUNLARI); ulaşım tarihi: 07.02.2007, (ÇEPEL-ERGÜN; Çevre)
- ÇEPEL, Necmettin: Ekolojik Sorunlar ve Çözümleri.: TÜBİTAK YAYINLARI, Aydoğdu Matbaası Ankara, .
- EREN, Fikret- BAŞPINAR, Veysel: Toprak Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- EREN, Fikret: Toprak Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1991.
- ESMER, Galip: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Olgaç Matbaası, Ankara 1976.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2005.
- GÜNTÜRK KALIPCI, İlknur: “İçimizden Biri Atatürk”, Konferansın yazıya çevrilmiş hali, s.3, [http: Bayar.edu.tr. atatürk/ Mustafa_kemal.pdf](http://Bayar.edu.tr/atatürk/Mustafa_kemal.pdf). ulaşım tarihi, 28.03.2007.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt. I, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003. (GÖZLER, I).
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt. II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003. (GÖZLER II)
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 21. Baskı Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref- TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt:1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2004.
- OĞUZMAN, Kemal- SELİÇİ, Özer- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- ÖZAY, İlhan: Gürüşünde Yönetim, İstanbul 2002, (Yar.Doç. Dr Ali Ulusoy tarafından hazırlanan Kamu Hizmeti Bölümü).

45 EREN; s.6. ; EREN- BAŞPINAR; s. 36.

- SUIÇMEZ, Baki: "Mai ve Küreselleşme Karşıtı Çalışma Grubu , Toprağın Manifestosu", Ocak 2005, [www. Antimai.org. /ba/ bakisuiçmez. htm](http://www.Antimai.org./ba/bakisuiçmez.htm), ulaşım tarihi 02.12.2006.
- TEKİNAY, S. Sulhi –AKMAN, Sermet- BURCUOĞLU, Halûk-ALTOP Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı Filiz Kitabevi, İstanbul 1993
- TMMOB 5286 Sayılı Yasa İle İlgili Görüşlerini Kamuoyuna İletti; makale/TMMOB Basın Duyuruları, 25.01.2005-11.17 AM;<http://www.tmmob.org.tr>; ulaşım tarihi 13.11.2006. (Kısaltılmışı: TMMOB, 25.01.2005).
- TMMOB Hari'a ve Kadastro Mühendisleri Odası ve TMMOB Şehir Plancıları Odası'ndan Basına ve Kamuoyuna 15.07.2005 Ankara;[htt://72. 14.221.104/search?q= cache: E2Szt-MvBUUJ: www.spo.org.tr? print.php% 3Fsi](http://72.14.221.104/search?q=cache:E2Szt-MvBUUJ:www.spo.org.tr?print.php%3Fsi), ulaşım tarihi 11.09.2006, (Kısaltılmışı: TMMOB, 15.07.2005)
- TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Oda Görüşü ; Yayın tarihi: 02.11.2005, Yayınlayan Birim Genel Merkez; [http:// 72.14.221.104/search?q=cache :8AvSrW39yDcJ: www. hkmo. org.tr? genel/ bizden](http://72.14.221.104/search?q=cache:8AvSrW39yDcJ:www.hkmo.org.tr?genel/bizden); ulaşım tarihi:19.09.2006, (Kısaltılmışı: TMMOB. 02.11.2005).
- TMMOB. Ziraat Mühendisleri Odası Basın Bildirisi, 02.12.2006 "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Uygulama Yönetmeliği Hakkında TMMOB Ziraat Mühendisleri Odasının görüşü",[http://www.zmo.org.tr/odamiz /oda görüşleri php? Kod=2188](http://www.zmo.org.tr/odamiz/oda_gorusleri_php?Kod=2188); ulaşım tarihi 02.12.2006, (Kısaltılmışı: TMMOB. 02.12.2006).
- TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası'nın Görüşü, "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Hakkında" 05.12.2006,[http: /www. zmo. org. tr /odamiz/ odamizgorusleri.php?od=1699](http://www.zmo.org.tr/odamiz/odamizgorusleri.php?od=1699) , ulaşım tarihi 05.12.2006, (Kısaltılmışı: TMMOB. 05.12.2006).
- "Yürüyen Köşk Hikayesi";[http://www.egitim.com/cocuk/0251/d_0251.1. covre. index. asp? BID=02&YID=11](http://www.egitim.com/cocuk/0251/d_0251.1.covre.index.asp?BID=02&YID=11), ulaşım tarihi 03.04.2007.
- Tarım ve Köyşleri Bakanlığı, Bakanlık Teşkilat Şeması; <http://www.tarim.gov.tr>; ulaşım tarihi 21.11.2006.
- TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Görüşü,Yayına Giriş:02.11.2005, Yayınlayan Birim:Genel Merkez,Bu Görüş/Rapor HKMO Etkinlik, Bildiri, Basın Açıklaması Dosyası ile ilişkilidir; www.hkmo.org.tr/genel/ ulaşım tarihi:19.09.2006.
- ZMO: "Cargill'e Kıyak, Çiftçiye Dayak: Toprak Talanı Sürüyor" Kasım 24.2006, 11.30 AM. [http://www.tmmob.org.tr /modules. php?op=modload& name=News&file=article&sid](http://www.tmmob.org.tr/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid), ulaşım tarihi 02.12.2006.
- Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu_Digi Medya: Güncel Haberler Sitesi, <http://digimedya.com/Content/News/154961.aspx>, ulaşım tarihi 02.12.2006.

KISALTMALAR:

- AHFD : Ankara Hukuku Fakültesi Dergisi
C : Cilt
dn : Dipnot
EÜBAP : Erciyes Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi
HKMO : Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası
MAİ : Multilateral Agreement on Investment (Çok Tarafli Yatırım Antlaşması)
s : Sayfa
S : Sıra
SBA : Sosyal Bilimler Araştırması
TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMMOB : Türkiye Mimarlar Mühendisler Odası Başkanlığı
TUCBS : Türkiye Ulusal Coğrafi Bilgi Sistemleri
vd : ve devamı

FIİLÎ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMA

*Öğr. Gör. Akın Ünal**

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu m.161-166'da düzenlenen boşanma sebepleri çok nedenli bir sisteme dayanmaktadır. Bundan hareketle doktrin ve uygulamada boşanma nedenleri çeşitli tasniflere tâbî tutulmaktadır. Bazı boşama sebepleri MK m. 161-165'de özel olarak düzenlenmiş bulunduğu için bunlara özel boşanma sebebi denirken, MK. m. 166'da düzenlenmiş olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile eşlerin anlaşması ve fiilî ayrılık nedeniyle boşanma için ise genel boşanma sebebi denmektedir. Bu genel ayırmadan başka evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğinin aranmasına bağlı olarak mutlak ve nisbî boşanma sebebi şeklinde de ayırım yapılmaktadır. Son olarak, kusura bağlı ve kusura bağlı olmayan boşanma sebepleri şeklinde de ayırım yapılmaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan, kısaca ortak hayatın yeniden kurulamaması üzerine bina edilmiş ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kesin karine¹ olarak kabul edilmiş olan fiilî ayrılık² nedeniyle boşanma, MK. m. 166'da genel boşanma sebepleri arasında düzenlenmiştir. Bu haliyle MK. m. 166'da, eşlerin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması nedeniyle boşanma, anlaşmalı boşanma ve fiilî ayrılık nedeniyle boşanma olmak üzere üç ayrı boşanma sebebi gösterilmiştir³. Biz çalışmamızı bunlardan sonuncusu olan fiilî ayrılık nedeniyle boşanmaya hasredeceğiz.

I) TARİHSEL GELİŞİM

İsviçre Medenî Kanunundan alınmış olan 1926 tarihli Türk Kanunu Medenî'si'nin boşanma hükümleri o günün şartlarında Türk toplumu açısından

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

1 Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Medenî Kanunun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmedebilir mi?, Prof. Dr. İlhan Postacıoğluna Armağan, İstanbul 1990, s. 121.

2 Doktrinde "eylemli ayrılık" olarak da adlandırılmaktadır.

3 Kocayusufpaşaoğlu, s. 113.

karmaşık bulunmaktaydı⁴. Hatta 1942 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılan bir araştırmada toplum tarafından boşanma hukukunun formalite-lerden arındırılarak basitleştirilmesi istenmiştir⁵. Toplumun kültürel ve sosyolojik açıdan değişmesi de boşanma hukukunda değişiklik taleplerini artırmıştır. Bu talepler neticesinde boşanma hukukuna ilişkin hükümlerde değişiklik yapılması yoluna gidilmiştir⁶. Fiilî ayrılık nedeniyle boşanma da Medenî Kanunda yapılan bu değişiklikler sonucunda düzenleme altına alınmıştır. Fiilî ayrılık nedeniyle boşanmaya ilişkin süreç ise kısaca şöyle gelişmiştir:

Medenî Kanunun kabul edildiği 1926 tarihinde Kanunda fiilî ayrılık nedeniyle boşanmaya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu konu ilk olarak 1971 tarihli Medenî Kanun Öntasarısı⁷ ile hukuk dünyamıza girmiştir⁸. Bu durumu düzenleyen Öntasarının 134/A maddesi şöyledir: *“Bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış olan boşanma davasının reddine karar verilmiş ve kararının kesinleştiği tarihten beş yıl geçtiği halde, her ne sebeple olursa olsun, ortak hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin istemi üzerine herhalde boşanmaya karar verilir.”* Ancak bu Öntasarı kanunlaşmamıştır.

Medenî Kanunda köklü değişiklikler hedefleyen 1984 tarihli Medenî Kanun Öntasarısı⁹ ise, genel boşanma sebepleri arasında fiilî ayrılık nedeniyle boşanma talebine yer vermemiştir¹⁰. Bu Öntasarı da 1971 tarihli Önta-

4 **Öztaş**, Bilge: 3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medenî Kanun'un 134. Maddesi, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1990, (Öztaş, makale), s. 111 vd.

5 **Öztaş**, makale, s. 112.

6 Sürece ilişkin bkz: **Öztaş**, makale, s. 112 vd.

7 “Adalet Bakanlığı 1951 yılında Medenî Kanunu gözden geçirmek üzere bir komisyon kurmuştur. Komisyonun uzun süre çalışması sonunda hazırladığı taslak esas alınmak suretiyle komisyon raportörü Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından son redaksiyonu yapılan Öntasarı ve gerekçesi, 1971 yılında Adalet Bakanlığınca yayınlanmıştır. Ancak bu Öntasarı kanunlaşmamıştır”. Bkz. **Oğuzman**, Kemal/ **Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 13. baskı, İstanbul 2006, s. 24.

8 **Öztaş**, makale, s. 134; **Özdemir**, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s. 109, dnt. 489; **Tutumlu**, Mehmet Akif: Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları, Ankara 2002, s. 280.

9 “Adalet Bakanlığı Medenî Kanunda gerekli değişiklikleri yapmak üzere 1981 yılında bir komisyon kurdu. Başkanlığı Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman tarafından yapılan komisyon çalışmalarını aralıksız sürdürerek 1984 tarihinde bir Öntasarı hazırlamıştır. Bu ön tasarıda Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır. Bu Öntasarı da kanunlaşmamıştır”. Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 25.

10 **Öztaş**, makale, s. 134; **Tutumlu**, s. 281; 1984 tarihli tasarıda fiilî ayrılık nedeniyle boşanmanın yer almaması şöyle izah edilmiştir. “Belirli süre meselâ beş yıl eşlerin ayrı ya-

sarı gibi kanunlaşmamıştır.

Medenî Kanun değişikliği için çalışmalar devam etmiş ve 1988 yılında, Kanunda 3444 sayılı Kanunla¹¹ küçük çaplı değişiklik yapılmıştır. Bu kapsamda Medenî Kanununun 134. maddesine de III ve IV fıkraları eklenmiştir. Böylece fiilî ayrılık nedeniyle boşanma, MK. m. 134/4 fıkrası olarak genel boşanma sebepleri arasına girmiştir¹².

3444 sayılı Kanun teklifinde, fiilî ayrılık nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için reddedilen davanın kesinleştiği tarihten itibaren -1971 Öntasarısında olduğu gibi -5 yılın geçmesi koşulu öngörülmüştür. Ancak Adalet Komisyonunca 5 yıllık süre uzun bulunarak 3 yıla indirilmiş ve bu şekilde kanunlaşmıştır¹³.

Fiilî ayrılık nedeniyle boşanmaya imkan tanıyan eski Medeni Kanun m. 134/4 için Anayasanın 41. maddesine aykırı olduğu¹⁴ iddiası ile iptal isteminde bulunulmuş ise de Anayasa Mahkemesi 8.4.1997 tarih ve 47/43 sayılı Kararında, 3 yıllık süre koymanın kanun koyucunun takdir alanına girdiği ve bu sürede eşlerin biraraya gelmemeleri durumunda, aile birliğinin korunması yönünden kişisel, toplumsal, zararın oluşmayacağı gerekçesiyle iptal isteminin reddine oyçokluğu ile karar vermiştir¹⁵.

4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanununda da fiilî ayrılık nedeniyle boşanma eski Medenî Kanundaki haliyle aynen benimsenmiş ve MK. m. 166/4¹⁶ olarak düzenlenmiştir.

3444 sayılı Kanunun boşanma hukukuna getirdiği bu yenilik ile Türk

şamış olması halinde kesinlikle boşanma kararı verilmesini öngörerek şikayetleri gidermeye çalışmak ise, tam aksi yönde sakıncalara yol açacak, ve evliliğin geçici heveslere alet edilmesine toplumun temelini teşkil eden aile müessesesinin ciddiyetinin azalmasına elverişli bir ortam yaratacaktır." Bknz: **Özdemir**, s. 108, dpnt. 488; **Öztaş**, makale, s. 134.

11 R.G. 12.05.1988, No, 19812.

12 **Öztaş**, makale, s. 134; **Köprülü**, Bülent/ **Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, s. 176, **Akıntürk**, Turgut: Aile Hukuku, 10. baskı, İstanbul 2006, s. 282; **Zevkçiler**, Aydın/ **Acabey**, M. Beşir/ **Gökyayla**, K. Emre: Medenî Hukuk, 6. baskı, Ankara 2000, s. 912; **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 238; **Özdemir**, s. 108, dpnt., 488; **Kaçak**, Nazif: Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, Ankara 2004, s. 270; **Çakın**, Akın: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999, s. 78.

13 **Köprülü**/ **Kaneti**, s. 176, dpnt., 111; **Tutumlu**, s. 281; **Kaçak**, s. 251.

14 Tekinay bu hükme şiddetle karşı çıkmış ve de Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. **Tekinay**, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. baskı, İstanbul 1990, s. 196-197.

15 R.G. 25.4.1998, No, 23323.

16 Uygulamada "MK. m. 166/son" olarak da ifade edilmektedir.

Hukuku, İsviçre Hukukundan bu anlamda ayrılmıştır. İsviçre Hukukunda fiilî ayrılık nedeniyle boşanma davası için, öncesinde red ile sonuçlanmış bir boşanma kararının olması gerek yoktur. İsviçre Medenî Kanunu (İMK) m. 114'de boşanma davasının açılması için 17 yıl¹⁷ ayrı yaşamış olmaları durumunda fiilî ayrılık nedeniyle dava açabilecekleri düzenlenmiştir¹⁸. Aynı şekilde Alman Medenî Kanununda da (AMK) dava öncesinde red ile sonuçlanmış bir boşanma davası aranmamış, ancak süre olarak bizde olduğu gibi 3 yıldan beri ayrı yaşıyor olması aranmıştır¹⁹ (AMK m. 1566/2).

Türk boşanma hukukunda 3444 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin genel olarak Alman Hukukundaki düzenlemeden esinlenerek yapıldığını söylemek de mümkündür²⁰.

II) ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ

1980'lere gelindiğinde, Medenî Kanundaki boşanma hukukuna ilişkin hükümlerin toplumdaki ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğu daha sık ifade edilmeye başlanmıştır. Boşanma hükümlerinin kişilerin özgürlüklerini esas alınarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca modern toplumlarda kişilerin psikolojik, biyolojik ve sosyal ihtiyaçlarının büyük bir kısmını karşı cinsten bir arkadaştan karşıladıkları ve aile içindeki bu arkadaşlık duygusu kaybolduğu zaman, ailenin mânâsız bir birlik olarak kalacağı da belirtilmiştir²¹. 3444 sayılı Kanunla da boşanma hukukunda kısmen bu talepleri karşılayan değişiklikler yapılmıştır.

Fiilî ayrılık nedeniyle boşanma imkanının getirilmesinde ise bu genel eğilimden başka asıl etken uzun süreden beri ayrı yaşayan eşlerin boşanma-

17 İsviçrede 19.12.2003 yılında yapılan değişiklik sonrasında, 1.01.2004 den itibaren daha önce 4 yıl olan süre 2 yıla indirilmiştir, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/a114.html>.; Bu değişiklikten daha sonra yayınlanmış olan bir çalışmada yanlışlıkla olsa gerek İsviçre'deki ayrılık süresi 4 yıl olarak gösterilmiştir, Ergün, Ömer: TMK'nın 166 ıncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Diyarbakır 2005, (Ergün, Ö.) s. 441.

18 İsviçre'deki yapılan değişikliklere ilişkin süreç için bknz: Kılıçoğlu, Ahmet: Medenî Kanun'unuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 9-11.

19 http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1566.html.; Ayrıntılı bilgi için bknz: Burcuoğlu, Halûk: Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem İşığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLVIII-XLIX, S. 1-4, İstanbul 1983, (Burcuoğlu, Alman Sistemi), s. 115; Hatemi/Serozan, s. 238; Özdemir, s. 110.

20 Kocayusufpaşaoğlu, s. 113; Hatemi/Serozan, s. 237.

21 Ayrıntılı bilgi için bknz.: Öztan, makale, s. 115-116.

masıdır²². Kanun koyucu, birbirleriyle ortak yaşamı sürdürme konusunda hiçbir şekilde anlaşamayan ve uzunca bir süre ayrı yaşayan fakat bir türlü biraraya gelemeyen eşlerin boşanmalarını kolaylaştırmak istemiştir²³. Yani kısaca güdülen amaç, “fiilen çözülmüş evliliklerin artık hukuken de çözülmesine” imkân sağlamaktır²⁴. Nitekim bu durumlar 1971 tarihli Öntasarı’nın gerekçesinden ve 3444 sayılı Kanunun madde gerekçesinden de anlaşılacaktır. Nitekim gerekçede, kendisinin daha ağır kusuru olduğu halde açtığı boşanma davası reddedilen eşi ortak hayata dönmeyi sağlayacak ya da ona bunu zorlayacak bir kural mevcut olmadığı, bu sebeple de 5-10 yılı bulan fiilî ayrılıklara rastlandığı, eşlerin belki de mutlu olabilecekleri yeni bir yuva kurmaları engellendiği, özellikle de eşleri nikahsız, gizli birleşmelere sevk eden, nesebi (soybağı) düzgün olmayan çocukların dünyaya gelmesine yol açıldığı ifade edilmiştir. Netice olarak fiilî ayrılığın benimsenmesinin bu sorunlara çözüm olacağı öngörülmüştür.

III. FİİLÎ AYRILIK KAVRAMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

A) Fiilî Ayrılık Kavramı

Fiilî ayrılık kavramının aile hukukundaki anlamı, eşlerin evlilik birliği içinde kendilerinden beklenen -genel anlamda- birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getiremeyerek kanunun aradığı belli bir süre boyunca ayrı yaşamalarıdır. Yani eşler arasındaki “ortak yaşamın” bir türlü kurulamamasıdır. Bu ayrılığın hukuk düzeni açısından tanınır olabilmesi için ise daha önce açılıp reddedilmiş bir boşanma davasından sonra belli bir süre boyunca devam etmiş ve yeni bir boşanma dava açıldığında da devam ediyor olması gerekir (MK. m.166/4). Yoksa eşlerin evliliğin başından itibaren veya belli bir birlikte yaşama döneminden sonra fiilen ayrı yaşamaya başlamaları teknik anlamda kullanılan “fiilî ayrılık” kavramına dahil değildir. Fiilî ayrılık kavramı MK. m. 170’de düzenlenen, boşanma veya ayrılık davası açıldığında, ortak yaşamın yeniden kurulamaması olasılığı üzerine hâkimin verdiği

22 Köprülü/Kaneti, s. 176.

23 Akıntürk, s. 282; Köprülü/Kaneti, s. 176; Hatemi/Serozan, s. 238; Özdemir, s. 109; Yine bu ilkenin benimsenmesinde basına kadar yansıyan müzminleşmiş boşanma davalarının etkili olduğu da ileri sürülmüştür: Çakın, s. 78.

24 Akıntürk, s. 282; Köprülü/Kaneti, s. 176; Oğuzman, M. Kemal/ Dural, Mustafa: Aile Hukuku, 3. baskı, İstanbul 2001, s. 130; Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 121; Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 5. baskı, Ankara 2004, s. 422; Çakın, s. 78. İlginç bir yaklaşım için bkz: Gençcan, Ömer Uğur: Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat - Nafaka, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar ve İlgili Mevzuat, Ankara 2000, s. 127-128. Gençcan, ortak yaşamın bir türlü kurulamamasına rağmen evliliği devam ettirmek istemenin, yıkılmış binada ben hala otururum demek anlamına geldiğini ve bunun da anlamsız olduğunu ifade etmektedir.

ayrılık kararından da farklıdır. Fiilî ayrılıktaki “fiilî” terimi zaten bu iki ayrılık kurumu arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Konumuz olan ayrılığa, fiilî ayrılık denmekte, MK. m. 170 deki hâkim tarafından verilen ayrılık kararı ise “hukukî ayrılık” ya da genellikle sadece “ayrılık” denmektedir. Birinci halde eşlerin fiilî bir durum yaratarak ayrı yaşamaları veya yaşamak durumunda kalmaları söz konusu iken, ikinci halde kanunun çizdiği sınırlar içinde hâkimin vereceği süre ile ayrı yaşamaya hakları olmalarıdır²⁵. Hal böyle olunca bu ikisine uygulanacak hükümler de farklıdır. Örneğin MK. m. 164’te düzenlemiş olan terk hükümlerini hukukî ayrılıkta uygulamak mümkün değilken, fiilî ayrılıkta ise şartları oluşmak kaydı ile terk hükümleri uygulanabilir.

Fiilî ayrılık ortak yaşamın kurulamaması olduğuna göre, ortak yaşamın ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ortak yaşamdan maksat, geniş anlamda evlilik birliğinin yüklediği genel hak ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir²⁶. Buna göre;

- Eşlerin diğerine karşı aile mutluluğunu sağlayacak davranış içinde olması (MK. m. 185/2),
- Eşlerin birlikte yaşamaları, birbirlerine sadık kalmaları, birbirlerine yardımcı olmaları (MK. m. 185/3),
- Eşlerin evlilik birliğini beraberce yönetmeleri, birliğin giderlerine güçleri oranında katılmaları (MK. m. 186),
- Ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için eşlerin evlilik birliğini temsil etmeleri (MK. m.188),
- Eşlerin cinsel ihtiyaçları tatmin ve neslin devamını temine yönelik davranış içinde bulunmaları, tasayı ve kıvancı paylaşabilmeleri gerekir²⁷.

Eşler evlilik birliğinin kendilerine yüklediği hak ve yükümlülüklere riayet ederek yaşayabiliyorlarsa ortak yaşam var demektir²⁸. Eğer eşler bu ortak yaşamı sağlayamıyorlarsa ve kanunun aradığı diğer şartlarda gerçekleş-

25 Hukukî ayrılıkta, taraflar hâkim kararındaki süre dolmadan biraraya gelmek isterlerse buna hukuken bir engel yoktur. Zaten burada ayrılık kararı verilmesindeki amaç da; eşlerin evliliği bir daha gözden geçirecek ve devam ettirebileceklerine kanaat getirmeleri halinde boşanmamalarıdır. Eşler bu kanaate ne kadar erken ulaşırlarsa o kadar iyidir.

26 Öztan, makale, s. 136; Köprülü/Kaneti, s. 176; Tutumlu, s. 293; Ergün, Zafer: Boşanma, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 79; Kaçak, s. 256; Çakın, s. 89; Gençcan, s. 129; HGK 18.10.1995, 2-638/827, (Ruhi, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2002, s. 252); 2.HD. 19.06.1991, 6070/9558, (Ruhi, s. 277).

27 Ergün, s. 79.

28 Ergün, s. 79; Kaçak, s. 256.

miş ise artık fiilî ayrılık söz konudur.

B) Fiilî Ayrılığın Hukukî Niteliği

Türk Hukukunda boşanmanın bir sebebe ve hâkim kararına dayanması sistemi kabul edilmiştir. Bu sebepler de Medenî Kanunda sınırlı olarak belirtilmiş ve ancak bu sebeplerin varlığı halinde dava açılabilmesine ve hâkimin boşanmaya karar verilebilmesine imkân tanınmıştır²⁹. Daha öncede ifade edildiği üzere doktrinde bunlar genel olarak, özel boşanma ve genel boşanma sebebi olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bazı boşama sebepleri MK m. 161-165'de özel olarak düzenlenmiş bulunduğu için bunlara özel boşanma sebebi denirken, MK. m. 166'da düzenlenmiş olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile eşlerin anlaşması ve fiilî ayrılık nedeniyle boşanma için ise genel boşanma sebebi denmektedir³⁰. Yapılan diğer bir ayırmada mutlak ve nisbî boşanma sebepleri ayırımıdır. Buradaki ölçüt ise boşanma davasında hâkimin evlilik birliğinin en azından davacı eş bakımından çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmak zorunda olup olmadığıdır. Hâkim, Kanunda belirtilen olayın ispat edilmesi halinde boşanmaya karar verecekse mutlak, olayın yanında, evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğini araştırılacaksa nisbî boşanma sebebi denmektedir³¹.

Bu ayırmalardan başka bir de kusurun aranıp aranmaması açısından sınıflandırma yapılmaktadır³². Boşamanın bir kısım sebeplerinde davalının kusuru arandığı halde, bir kısım sebeplerde ise davalının kusuru aranmamaktadır³³.

²⁹ Akıntürk, s. 251; Ergün, Ö., s. 425.

³⁰ Oğuzman/Dural, s. 113; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 103; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 885; Köseoğlu, Bilâl: Boşama Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 1, S. 1, Ankara 2006, s. 10; Fiilî ayrılık açısından aksi fikir: Hatemi, Hüseyin: Aile Hukuku, (Sınava Hazırlık Kitabı), İstanbul 1999, s. 74,84; Hatemi, Hüseyin: Aile Hukuku I, (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005, s. 103,107.

³¹ Akıntürk, s. 251; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 103; Oğuzman/Dural, s. 113; Hatemi, s. 74-75; Hatemi, Evlilik Hukuku, s. 103-104; Ergün, Ö., s. 433; Böyle bir ayırımın doğru olmadığı yönünde: Burcuoğlu, Halûk: Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, (Burcuoğlu, Ayrılık Kurumu), s. 63.

³² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 103; Akıntürk, s. 248; Ergün, Ö., s. 432-433; Oğuzman/Dural, s. 113; Köseoğlu, s. 7-8; Özdemir, s. 6-7.

³³ İsviçre Hukuku'nda özel ve genel boşanma sebebi ayırımı bulunmamaktadır. Tek ve genel bir boşanma sebebi kabul edilmiştir. Bknz: Hatemi, s. 75, Aynı zamanda bu düzenlemeye paralel olarak da bütün boşanma sebepleri nisbîleştirilmiştir. Bknz: Burcuoğlu, Ayrılık Kurumu, s. 64; Türk Hukukundaki 1988 tarihli değişikliği etkileyen Alman Hukukunda da özel ve genel boşanma sebebi ayırımı kaldırılarak, evliliğin yürütülememesi adı altında genel bir düzenleme kabul edilmiş ve bu durumu kolaylaştıracak karineler geti-

Fiilî ayrılık nedeniyle boşanma bu sınıflandırmalardan genel boşanma sebepleri arasında yer almaktadır. MK. m. 166'nın madde başlığı da "Evlilik Birliğinin Sarsılması" dır. Kanun koyucu burada tek tek olayları saymak yerine yaşanan olayların evlilik birliğini sarsıp sarsmadığına sonuç bağlamıştır. Bu genel bir düzenlemedir. MK. m. 166/4 ise bu genel düzenlemeye bir istisna getirmiştir. Daha doğrusu belli şartların gerçekleşmesi ile evlilik birliğinin sarsıldığı karinesini kabul etmiştir³⁴. Yani fiilî ayrılık sebebiyle boşanmaya -genel boşanma sebepleri arasında yer almakla beraber- genel boşanmanın öze, bir hali denebilir.

Medenî Kanun m. 166/4'e göre "Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış olan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir."

Kanunun metninden de açıkça anlaşıldığı üzere hâkimin, evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığını sonraki açılacak davada inceleme imkânı yoktur. Hâkim, gerekli diğer şartların oluşması halinde evlilik birliğinin sarsılmış olduğunu kabul ederek boşanmaya karar vermesi gerekir. Bu sebeple bu mutlak bir boşanma sebebidir³⁵. Ancak hâkim boşanmanın yan sonuçlarını takdir yetkisini kullanarak düzenler³⁶.

Yine madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere dava açan eşin kusurlu

rilmiştir. Bknz: **Özdemir**, s. 77; **Hatemi**, 75-76. Ayrıca her iki ülkede de kusur ilkesi kaldırılmıştır. Bknz: **Özdemir**, s. 37,77.

Nitekim ülkemizde uygulama itibariyle aslında özel ve genel boşanma ayrımı pek yapılmamakta ve bunun yerine genel olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle dava açılmaktadır. **Oğuzman/Dural**, s. 113'de belirttiği üzere "1983 yılında yayımlanan boşanma istatistiklerine göre boşanma kararlarının % 90'ına yakını şiddetli geçimsizliğe dayanmaktadır". Gelişmiş hukuk sistemleri ve uygulamanın eğilimi bu yönde olduğuna göre boşanma hukukunu bu anlamda bir daha gözden geçirerek düzenleme yapmak uygun olacaktır. Her ne kadar anılan ülkelerinkine benzer düzenlemelerin gerekliliğinden bahsediyor olsak da boşanmanın yan sonuçları açısından kusurun kaldırılmasını benimsemek hakkaniyete aykırıdır. Hefe de ülkemizde sosyal güvenliğin son derece yetersiz olduğu düşünülürse, kusursuz ve zayıf durumda olan kişiyi cezalandırmış, hem kusurlu hem de güçlü olan tarafı mükafatlandırmış oluruz.

34 **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 113; **Öztan**, makale, s. 136.

35 **Oğuzman/Dural**, s. 132; **Dural/Öğüz/Gümmüş**, s. 123; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 912; **Öztan**, s. 426; **Öztan**, makale, s. 135; **Tutumlu**, s. 296; **Çakın**, s. 88; **Hatemi**, s. 85; **Hatemi**, Evlilik Hukuku, s. 108; Ancak **Hatemi**, bu boşanma sebebinin özel ve mutlak boşanma sebebi olarak nitelendirmektedir.

36 **Hatemi**, s. 85; **Hatemi**, Evlilik Hukuku, s. 108.

olup olmadığının da bir önemi yoktur³⁷. Bu sebeple kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir³⁸. Kusurun ancak boşanmanın sonuçları açısından önemi vardır.

IV. FİİLÎ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMANIN ŞARTLARI

Evlilik eşlerin ömür boyu beraber yaşamasını hedefleyen bir birlikteliktir. Çeşitli nedenlerle kısa süreli ayrılıklar bu birliğin devamlılığını engellememlidir. Kısa süreli ayrılıklar hukuk düzeni tarafından da pek (örneğin MK. m. 164 terk de bile en az 6 ay gibi bir sürenin geçmesi aranmaktadır) dikkate alınmamışlardır. Yani kanun koyucuda kısa süreli ayrılıkların evliliklerde yaşanabileceği ve bunun da evliliği yıkmayacağı, sona erdirmeyeceği kanaati vardır. Ancak eşlerdeki birlikte yaşama arzusu yok olduğu takdirde uzun süreli ayrı yaşamaya başlarlar. Uzun süreli fiilî ayrılıklar için evliliğin fiilen çözüldüğü, sadece şeklen devam ettiği düşüncesi ile evliliği sona erdirmeye imkânı getirilmiştir. Tabii bu fiilî ayrılıkların belli süre devam etmesi de tek başına boşanmaya hükmedilebilmesi için yeterli değildir. MK m. 166/4'de bunlar belli koşullara bağlanmış ve açılmış bir boşanma davası reddedildikten sonra, tarafların red kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl içinde ortak hayatı yeniden kuramamış olmaları halinde, evliliğin fiilen çözülmüş olduğu ve bu durumda tarafları evli kalmaya zorlamanın anlamsız olacağı kabul edilmiştir³⁹. Buna göre MK m. 164/4'deki şartlar şunlardır:

A) Daha Önce Reddedilmiş Bir Boşanma Davasının Bulunması

Her şeyden önce, açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davasının bulunması gerekir. Bu reddedilen davanın hangi eş tarafından ve hangi sebeple açıldığının bir önemi yoktur. Yani birinci davada, davalı olan eş ikinci açılacak davada davacı olabilir. Birinci davanın özel veya genel boşanma sebeplerinden biri ile açılmış olması da farketmez. Önemli olan ve aranılan şart, daha önce bir boşanma davası açılmış ve mahkemece reddedilmiş bulunma-

37 Ancak Köseoğlu, her ne kadar asıl davada kusurun önemi olmasa da reddedilen ilk davada kusur araştırması yapıldığı için bu boşanma sebebinin özünde de kusura bağlılık olduğunu ileri sürmektedir. Köseoğlu, s. 11.

38 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; Çakın, s. 89; Akıntürk, s. 249,251; Oğuzman/Dural, s. 132; Öztan, s. 426; 2.HD. 8.1.1990, 9499/25, (YKD, 1990, c. XVI, s. 531) "...dava tarihinde, sözü edilen makalede yazılı fiili ayrılık süresinin gerçekleşmesi halinde kusur araştırılmasına gerek kalmadan boşanmaya karar verilmesi gerekir. Kocanın başka kadınla ilişkili(si) bulunması, başka bir anlatımla davacının kusurlu olup olmaması sonucu etkilemez..."

39 Oğuzman/Dural, s. 130; Çakın, s. 77.

sıdır⁴⁰. Hatta, hiçbir boşanma sebebi yokken bile açılmış olan boşanma davasının reddedilmiş olması yeterlidir⁴¹.

Burada sorun olarak ortaya çıkan durumlardan biri ilk davanın feragatle sonuçlanması halidir. Acaba davanın feragatle sonuçlanmasını kanunun aradığı anlamda red kabul edecek miyiz? Doktrinde ve Yargıtay kararlarında bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak Yargıtay'ın çoğunluk görüşü⁴², açılmış olan boşanma davasının feragatle sonuçlanması ve üç yıl içinde ortak hayatın kurulamaması durumunda fiilî ayrılık nedeniyle boşanma davası açılabileceği yönündedir. Başka bir kararında⁴³ ise, üç yıl sonra boşanma davası açabilmek için, açılmış olan davanın boşanma sebeplerinden birine dayalı olarak reddedilmiş olmasını aramıştır. Ayrıca bir kararında da⁴⁴ dilekçenin şekli bir nedenle veya davanın usulî açıdan reddinden sonra fiilî ayrılık nedeniyle dava açılmayacağını belirtmiştir. Kanun açıkça davanın reddini aradığı halde Yargıtay'ın davadan feragati de bu kapsamda saymasını anlamak mümkün değildir. Çünkü feragat netice-i talepten vazgeçmektir. Hatta, taraflar açısından boşanma nedenlerinin ortadan kalktığını gösterir⁴⁵.

Diğer bir açıdan da şu karşılaştırmayı ve tespiti yapmak gerekir. MK. m. 164/4 deki fiilî ayrılığa bağlanan sonuç ile MK. m. 170'de ayrılığa (ya da "hukukî ayrılık") bağlanan sonuç farklıdır. MK. m. 170'deki, hâkimin vereceği ayrılık kararı sonunda eşler yine dava açsa bile boşanmaya karar verip vermeme de hâkimin takdir yetkisi vardır. Ayrılık süresine hakim 3 yıl hük-

40 Akıntürk, s. 232-283; Öztan, s. 422; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 122; Oğuzman/Dural, s. 130; Hatemi, Evlilik Hukuku, s. 108; Öztan, makale, s. 135; Kocayusufpaşaoğlu, s. 118; Köprülü/Kaneti, s. 176; Ergün, Ö., s. 451; Gençcan, s. 128; Tutumlu, s. 288; 2. HD. 25.09.1997, 8162/9641, (Ruhi, s. 254-255).

41 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 122; Oğuzman/Dural, s. 130.

42 2.HD. 30.06.1992, 7120/7375 (dialog mevzuat programı); HGK. 12.04.1995, 2-138/384 (dialog); HGK. 9.2.1994, 2846/46 (Tutumlu, s. 289).

43 2.HD. 12.02.1990, 10488/1783 (YKD 1990, c. XXI, s. 1146): "3444 Sayılı Kanunun'a ... göre boşanmaya karar verilebilmesi için fiilî ayrılığın boşanma sebeplerinden birine dayalı ..." olması gerektiğini belirtmiştir.

44 2.HD. 25.09.1997, 8162/9641, (Ruhi, s. 254-255). Ancak aynı kararda feragati hakkın esasını ilgilendiren bir sonuç olarak kabul etmiştir.

45 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 122; Oğuzman/Dural, s. 130-131; Hatemi, s. 86; farklı bir açıdan Ergün, s. 76; Ayrıca Tekinay'ın genel olarak ileri sürdüğü itirazlar feragat için evlilikle söylenebilir: "... boşanmak isteyen mahkemeleri bir tür yatırım amacı güdererek açacakları davalarla doldurmaları ve ciddi delillerle boşanma nedenlerini ve haklılıklarını ispat etmek yerine, açtıkları davanın bir an evvel reddini sağlamaya çalışmalarını ayrı bir sakınca" demektedir Tekinay, s. 197; aksi fikir: Tutumlu, s. 289; Kaçak, s. 252; Çakın, s. 81; Genel olarak ilk dava şartının da kaldırılması savunulmaktadır. (Bknz: Çakın, 82- 83; Özdemir, s. 110; Burcuoğlu, Ayrılık Kurumu, s. 74.

metmiş olsa bile sonuç değişmez. Ne gariptir ki fiilî ayrılık da birinci dava, boşanma için hiçbir yeterli neden olmadığı için reddedilirken, devam eden ikinci davada hakime mutlak boşanma kararı verme zorunluluğu getiriliyor, hukukî ayrılıkta ise boşanma nedenleri ciddi bulunuyor ve belki evlilik kurtarılabilir düşüncesi ile ayrılık kararı veriliyor, ama sürenin sonunda hala ortak yaşam kurulmadığı görülse bile hakimın takdir yetkisi oluyor. Bu iki hüküm arasındaki çelişkinin mutlaka giderilmesi gerekmektedir! Fiilî ayrılığa böyle bir sonuç bağlanırken hukukî ayrılığa evleviyetle bağlanması gerekir. Yahut farklı biçimde ikisi için paralel bir düzenleme getirilmesi gerekir.

Feragat ve hâkimin vereceği ayrılık kararı için şu da söylenebilir; eğer davacı hâkimin ayrılık kararı vereceğini anlarsa veya ayrılık kararı verilip henüz kesinleşmeden bir an önce davadan feragat ederek fiilî ayrılıkla tanınan imkânlardan faydalanma yolunu seçebilir⁴⁶. Aynı şekilde boşanma davası açıp sonucunu beklemek yerine bir an önce davadan feragat ederek 3 yıllık sürenin işlemlerini sağlar⁴⁷. Feragat halinde hükmün kesinleşmesi feragat anından başlayacağı için bu yol çok daha avantajlıdır. Hükmün kesinleşmesi şekli anlamda beklenmez⁴⁸. Bütün bunlarda gösteriyor ki feragati "red" olarak kabul etmek kanunun aradığı amaç ve şartlarla bağdaşmamaktadır. Aslında bu haliyle feragat tam anlamıyla kanuna karşı hiledir. Böylece uygulamada pek de yaygın olmayan hukukî ayrılık kurumunun tümünden ortadan kaldırılması sonucu ile de karşı karşıya kalınacaktır. Bunun yanında ilk davanın anlamsızlaşması gibi bir sakınca da vardır.

Davanın reddedilmiş sayılabilmesi için işin esasına girerek karar verilmiş olması gerekir. Bu nedenle davanın açılmamış sayılmasına dair kararlar, yetkisizlik veya görevsizlik kararları davanın esası hakkında bir karar olmadığından MK. n. 166/4' de aranan, açılıp reddedilen bir dava sayılmaz⁴⁹.

Evliliği sona erdirmek amacıyla açılıp reddedilen evliliğin butlanı ve feshi davalarının reddine ilişkin davalara dayanarak da fiilî ayrılık nedeniyle

46 **Burcuoğlu**, Ayrılık Kurumu, s. 66.

47 **Hatemi**, s. 86.

48 **Özguçur**, Ali İhsan: Boşanma ve Ayrılık, Ankara 2000, s. 450; **Öztaş**, s. 423; 2.HD. 13.11.1996, 10707/11712 (Öztaş. s. 423, dpnt. 572); **Ergün**, s. 76'da feragatin tek başına yeterli olmayacağı mahkemenin feragat sebebiyle davanın reddine karar vermesi gerektiğini belirtiyor. Ancak hükmün kesinleşmesi feragat zamanı olduğuna göre yine burada da gerçek bir çözüm üretilmiş olmuyor.

49 **Ergün**, s. 75; **Tutumlu**, s. 289; **Çakın**, s. 80; **Gençcan**, s. 129; **Öztaş**, s. 422-423; 2.HD. 13.6.1996, 4259/6934 (Çakın s. 80); 2.HD. 25.9.1997, 7126/7477 (Tutumlu, s. 289-290).

boşanma davası açılmaz⁵⁰. Çünkü bu davalar bir boşanma davası değildir. Bunlar evliliğin kuruluşundaki eksiklikten kaynaklanan sebeplerden dolayı açılan davalardır. Boşanma davaları ise evliliğin işleyişi ile ilgili ortaya çıkan sebeplerden dolayı açılabilir. Yani bu ikisinin amacı ve hukukî sonuçları farklıdır.

B) Red Kararının Kesinleşmesinin Üzerinden Üç Yılın Geçmiş Olması

Üç yıllık süre, yeni boşanma davası açıldığı zaman dolmuş olmalıdır. Üç yıl dolmadan dava açma imkanı yoktur. Bu süre red kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁵¹. Buradaki üç yıllık süre maddî hukuka ilişkin bir süredir ve dava şartıdır⁵². Dava şartı olduğu için hakim tarafından re'sen gözetilmesi gerekir⁵³.

Red kararının kesinleşmesi hem şeklî anlamda hem de maddî anlamda kesin hüküm halini ifade eder. Yani bir kararın kesinleşmesi ile hem tüm itiraz ve kanun yolları kapanır hem de talebin konusunun var olup olmadığı çözümlenir⁵⁴. Kararın kesinleşmesi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda (HUMK) belirtilen prosedüre bağlıdır⁵⁵. Buna göre yerel mahkeme kararının kesinleşmesi şu şekildedir: Kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren HUMK. m. 432/1'e göre 15 gün içinde temyiz edilebilir, temyiz edilmediği takdirde kesinleşir. (İstinaf mahkemeleri uygulaması ile birlikte HUMK m. 426/E'ye göre önce 15 günlük süre içinde istinaf yoluna başvurulması daha sonra temyiz yolunu gidilmesi mümkün olacaktır. Burada da 15 günlük süre içinde temyiz yolunu gidilmediği takdirde karar kesinleşecektir.) Eğer yerel mahkeme kararı temyiz edilir ve Yargıtay tarafından onanırsa bu kararın taraflara tebliğ edilmesi gerekir. Çünkü tarafların HUMK m. 440/1 hükmü

50 Ergün, s. 75; Özüğür, s. 451; Kaçak, s. 252; Gençcan, s. 129; Tutumlu, s. 289; 2.HD. 29.12.1993, 12395/12774 (Tutumlu, s. 289).

51 Akıntürk, s. 283; Öztan, s. 423; Dural/Öğüz/Gümüüş, s. 122; Tekinay, s. 196; Oğuzman/Dural, s. 131; Hatemi, Evlilik Hukuku, s. 108; Özüğür, s. 450; Gençcan, s. 130; Tutumlu, s. 290; Çakın, s. 84; Ergün, Ö., s. 452'de yanlışlıkla olsa gerek "boşanma davası, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren 3 yılını bitiminde açılacaktır" demektedir.; 2.HD. 20.06.1995, 4420/7230 (Ruhi, s. 252); 2.HD. 03.06.1994, 4676/5444, (Özüğür, s. 457); 2.HD. 19.1.1993, 12298/83 (Öztan, s. 423, dpnt. 575).

52 Dural/Öğüz/Gümüüş, s. 123; Öztan, s. 424; Kaçak, s. 252; 2.HD. 13.6.1995, 5770/6944 (Çakın, s. 85).

53 Dural/Öğüz/Gümüüş, s. 123; Öztan, s. 424; Tutumlu, s. 292; Özüğür, s. 451; Kaçak, s. 252; Ergün, s. 77.

54 Ergün, s. 75; Kaçak, s. 253.

55 Tutumlu, s. 290.

gereği tebliğden itibaren 15 gün içinde bu karar için karar düzeltme hakları vardır⁵⁶. Eğer Yargıtay yerel mahkeme kararını bozar ve yerel mahkeme de direnirse, direnme kararı Hukuk Genel Kuruluna gider. Kurulca bu karar onanmışsa, onama tarihinde red kararı kesinleşmiş olacağı için süre bu tarihten itibaren işlemeye başlar⁵⁷. Bu prosedür neticesinde karar kesinleşmiş olmaktadır.

Üç yıllık sürenin nasıl hesaplanacağına ilişkin Medenî Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Kanundaki bu boşluğu Yargıtay, Borçlar Kanunu m.130, m. 76/3, ve İcra İflâs Kanunu m. 19/2'yi kıyasen uygulayarak doldurmuştur. Böylece üç yıllık süre, boşanma davasının reddinin kesinleştiği güne üç yıl sonra tekabül eden günde dolar ve dava ancak ertesi gün açılabilir⁵⁸. Daha önce açılacak bir davanın ise sürenin dolmaması nedeniyle reddi gerekir⁵⁹.

Reddedilen davaya ait karar, Türk mahkemelerinden alınmış bir karar olabileceği gibi, yabancı ülke mahkemelerinden birinde açılmış ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun şartları yerine getirilmek kaydıyla kesinleşmiş bir karar olması da mümkündür. Önemli olan yabancı mahkemeden alınan kararın Türk Mahkemeleri tarafından tanınması ve kesinleşmiş olmasıdır. Üç yıllık sürenin başlangıcı da tanınma kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren işlemeye başlar⁶⁰. Eğer yabancı mahkemenin red kararı tanınmamış ise fiilî ayrılık nedeniyle boşanma davası açılmaz⁶¹.

Netice olarak redle sonuçlanan ilk boşanma davasından sonra aynı veya başka bir sebeple boşanma davası açılması MK. m. 166/4'ün uygulanmasında ilk davanın esas alınmasına engel teşkil etmez. Redle sonuçlanan ve kesinleşen ilk davadan itibaren üç yıl geçmesi koşulu ile fiilî ayrılık nedeniyle boşanma davası açılabilir⁶².

56 Öztan, s. 424; Tutumlu, s. 291; 26.09.2004 tarih ve 5236 sayılı kanun ile HUMK'tan kaldırılan karar düzeltme yolu istinaf mahkemelerinin uygulanmaya başlaması ile uygulamadan kalkacaktır. Bu durumda boşanma kararı -15 günlük süreye bağlı olmaksızın taraflara tebliğ ile kesinleşecektir.

57 Tutumlu, s. 291; Kaçak, s. 254.

58 Öztan, s. 424; Özüğür, s. 451; Çakın, s. 85; 2 HD. 13.6.1995, 5770/6944 (Çakın, s. 85).

59 2.HD. 03.06.1994, 4676/5444, (Özüğür, s. 457).

60 Akıntürk, s. 283; Ergün, s. 76; Özüğür, s. 451-452; Kaçak, s. 253; 2.HD. 29.6.1992, 7126/7477, (Oğuzman/Dural, s. 131, dpnt. 226).

61 Özüğür, s. 452; 2.HD. 16.09.1991, 6557/10749, (Özüğür, s. 458).

62 Ergün, s. 76; Özüğür, s. 451; 2.HD. 13.12.1991, 12839/2487: "... dava tarihinden geriye doğru üç yılı aşan fiili ayrılık gerçekleşmiş olmasına razaran boşanmaya karar

C) Ortak Yaşamın Kurulamamış Olması

İlk davanın reddedilmesinden sonra üç yıllık süre içinde ortak hayatın her ne sebeple olursa olsun kurulamamış olması⁶³ ve bu sürenin de kesintisiz olması gerekir⁶⁴. Eşlerin evlilik birliğini devam ettirmek amacı ile biraya gelmiş ve daha sonra anlaşamayarak tekrar ayrılmış olmaları halinde süre kesilmiş olacağı için bu hükme dayanarak boşanma davası açılmayacaktır⁶⁵.

Ortak yaşamdan ne anlaşılması gerektiğine dair madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durum 3444 sayılı Kanun'un hükümet gerekçesinde belirtilen genel bir tanımla ve Yargıtay içtihatları ile belirlenmiştir⁶⁶. Ortak yaşamdan maksat, evlenmenin genel hükümleri bölümünde belirtilen ve eşlere evlilik birliğinin yüklediği genel hak ve yükümlülüklerinin yerine getirilmek üzere eşlerin bir araya gelmeleridir. Bu sebeple evlilik birliğini devam ettirme amacı olmaksızın, insanî ilişkiler gereği, çocukları ziyaret etmek ve onların durumunu görüşmek, münferit olaylar nedeniyle biraya gelmek, evlilik birliğini yeniden kurmak amacıyla dayalı görüşmede bulunmak üzere biraraya gelmiş olmaları eşlerin ortak yaşamı yeniden kurmak istedikleri anlamına gelmez⁶⁷. Bunun yanında eğer üç yıl işlemeye başlamış ve bu süreyi kesen herhangi bir işlem olmamışsa, bu esnada eşlerden birinin, askerlik görevini yerine getirmesi, hizmet, eğitim, ve başka nedenlerle yurt dışında bulunması, hastanede, hapisanede ya da benzeri kurumlarda kalması sürenin işlemesine engel olmaz⁶⁸.

Eşlerin cinsel ihtiyaçlarını tatmin için biraya gelmeleri halinde de sürenin kesildiğini kabul etmek gerekir. Cinsel ihtiyaçların tatmini evlilikte bir

verilmesi gerekirken daha sonara açılan ve yine red ile sonuçlanan başka bir dava gözönünde tutularak isteğin reddi usul ve kanuna aykırıdır...".(Ruhi, s. 247).

63 Akıntürk, s. 283; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; Oğuzman/Daral, s. 131; Köprülü/Kaneti, s. 176; Ergün, s. 48; Kaçak, s. 255; Tutumlu, s. 292; 2.HD. 22.11.1990, 11365/11324, (YKD. 1991, C. XVII, s. 537); Tekinay, s. 197'de bu düzenlemeyi çok ciddi olarak eleştirmektedir. Birinci davanın reddinden sonra ikinci davanın kesin süreye bağlanması müşterek hayatın kurulmasını zorlaştıracığı, zaten boşanma niyeti olan eşin bir an önce süreyi doldurmak için biraraya gelmekten kaçacağı, geçici bir süre ile birleşse bile üç yıllık sürenin kesileceğinden dolayı hep barışmaktan kaçacağını belirtmektedir. Tekinay, s. 197.

64 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; Kaçak, s. 255.

65 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; 2.HD. 27.6.1990, 3050/8636 (Tutumlu, s. 292).

66 Geniş açıklama için bkz: "III, Kavram" bölümü.

67 Akıntürk, s. 283; Özüğür, s. 450; Tutumlu, s. 293; Kaçak, s. 256-257; 2.HD. 19.6.1991, 6070/9558 (Ruhi, s. 247).

68 Çakın, s. 89; Öztan, makale, s.136.

amaç olmasa bile evliliğin doğal bir sonucudur. Hatta eşlerden birinin bu görevini yerine getirememesi veya kaçınması evlilik birliğini temelinden sarsacağı ve bu sebeple de boşanmaya karar verilebileceği Yargıtay tarafından da çoğunlukla kabul edilmektedir. Evlilik birliği için bu denli öneme sahip olan bir şeyi ortak yaşamın bir parçası saymak gerekir⁶⁹.

Eşlerin ilk boşanma davası devam ederken veya dava sonuçlansa bile hüküm kesinleşmeden önce kısa süreli biraraya gelmeleri MK. m. 166/4'e dayalı olarak dava açılmasına engel değildir. Çünkü üç yıllık süre hükmün kesinleşmesinden sonra başlar⁷⁰. Buna karşılık eşler üç yıl boyunca ortak yaşamı kuramamalarına rağmen üç yıldan sonra, henüz boşanma davası açmadan biraraya gelmişlerse, MK. m. 166/4'e dayalı olarak boşanma davası açamazlar. Çünkü evlilik birliğinin çözülmüş olması, ortak yaşamın kurulamamış olması, üç yıldan sonra da dava açılana kadar devam etmelidir⁷¹.

Eşler birinci davanın reddinden sonra bir araya gelememiş olsalar bile, evliliğin kendilerine yüklediği birtakım vazifelere de riayet etmek zorundadırlar. Yani eşlerin sadakat yükümlülüğü, evin geçimini sağlama yükümlülüğü, kadının kocasının soyadını taşıma hakkı gibi hak ve yükümlülükleri devam etmektedir. Bu nedenle eğer eşlerden biri bu ve buna benzer yükümlülüklerini ihlal ederse, diğer eş buna dayalı olarak boşanma davası veya hakkını korumaya yönelik dava açma imkanına sahiptir. Örneğin eşlerden biri, ortak hayatı kurmaktan kaçınan diğer eşe, terk hükmünün bütün şartlarını yerine getirerek MK. m. 164'e göre dava açabilir⁷².

Üç yıl içinde fiilî ayrılığın kesintisiz şekilde sürdüğünün ispat yükü davalıdadır. Ancak davalının da fiilî ayrılığın devam ettiğini beyan etmesi

⁶⁹ Gençcan, s. 130; Aksi yönde Ergün, s. 80: Yazar üç yıllık süre ve sonrasında açılacak davanın da 1-2 yıl sürmesi halinde eşlerin 4-5 yıl gibi bir süre cinsel anlamda birleşmelerini yasaklamayı insani bulmamaktadır. Bu dönemde etik! sebeplerle de başkası ile cinsel yaklaşmanın kabul edilmez bir durum olduğunu ve bunlardan dolayı da neslin devamı olmayan cinsel birleşmelerin olabilmesini ve bunun da ortak yaşam olarak addedilmemesini savunmaktadır. Buna katılmak mümkün değil. Çünkü evlilikteki cinsel ilişkinin, insanî açıdan düşünüldüğünde sadece maddî tarafı olan bir şey olmayıp onun ruhsal yönü de vardır. Yani biraraya gelen eşler ruhen de bir birlerine yakınlık duyarlar. Bu anlamda yakınlık duyan insanların aralarındaki bağların da kopmadığını kabul etmek gerekir.

⁷⁰ Özüğür, s. 451; Buna karşılık, hükmün kesinleşmesinden önce uzunca sayılabilecek bir dönem evlilik birliğini kurup devam ettiren, ancak red kararının kesinleşmesi üzerine ayrı yaşamaya başlayan, sonrada fiilî ayrılık nedeniyle dava açanların bu davranışını, Yargıtay haklı olarak hakkın kötüye kullanılması saymıştır. Öztan, s. 425; 2.HD. 12.4.1996, 3014/4080 (Ruhî, s. 253).

⁷¹ Oğuzman/Dural, s. 131; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; Öztan, s. 425; Gençcan, s. 130-131.

⁷² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 124; Oğuzman/Dural, s. 132; Öztan, s. 427.

davanın kabulü için yeterlidir⁷³. Örneğin düzenli olarak icra veznesine tedbir nafakası yatırılıyor ve bunun da diğer eş tarafından alınmıyor olunması fiili ayrılığın devam ettiğinin kanıtı sayılmaktadır⁷⁴. Davalı reddediyorsa, davacı iddiasını ispat etmek zorundadır. İspat, tanık dinlenmesi, tüm kayıt ve belgeler incelenmesi vb. her türlü delille yapılabilir⁷⁵.

D) Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması

Diğer üç şartın gerçekleşmiş olması kendiliğinden bir sonuç doğurmaz. Eşlerden birinin Medenî Kanundaki tabirle "istemi" gerekmektedir. İstemi ifadesini, boşanmanın ancak mahkeme kararı ile mümkün olması gereği karşısında, boşanma davası açma olarak anlamak gerekir. Yani eşlerden herhangi birinin mutlaka dava açması gerekir⁷⁶. Davayı açacak eşin, reddedilen davada, davacı ya da davalı olmuş olmasının, evlilik birliğinin temelden sarsılmış ya da hayatın yeniden kurulamamış olmasında kusurlu ya da kusursuz olmasının bir önemi yoktur⁷⁷. Bu bakımdan, boşanmaya yol açan olayların sorumlusu olan eş, daha önce açtığı boşanma davası reddedildikten sonra, yine ortak hayatı kurmaktan kaçınmış bile olsa üç yıllık süre dolunca fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açarsa, hâkim boşanmaya karar vermek zorundadır⁷⁸.

Dava için kusur şartı aranmıyor olsa da, davacının kusurlu olması halinde, davalının, koşulları varsa maddi ve manevi tazminat ile nafakaya hük-

73 Özüğür, s. 450; Tutumlu, s. 293; Kaçak, s. 255; Ergün, s. 78; HGK. 11.10.1995, 2-605/795, (Özüğür, s. 454).

74 Gençcan, s. 132.

75 Çakın, s. 88.

76 Oğuzman/Dural, s. 131-132; Akıntürk, s. 283-284; Ergün, Ö., s. 451; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; Köprülü/Kaneti, s. 177; Öztan, s. 426; Öztan, makale, s. 135; Tutumlu, s. 294; Gençcan, s. 132; Çakın, s. 89; Kaçak, s. 257.

77 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; Oğuzman/Dural, s. 132; Tutumlu, s. 294; Akıntürk, s. 284; Çakın, s. 89; Öztan, s. 426; 2.HD. 8.1.1990, 9499/25 (YKD.1990, C.XVI, s. 531); 2.HD. 27.11.1990, 9484/11682, (Ruhi, s. 246).

78 Oğuzman/Dural, s. 132; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; Öztan, s. 426; Çakın, s. 90; Kaçak, s. 257 2.HD. 27. 11.1990, 9484/11682 (Ruhi, s. 246). Doktrinde haklı olarak eleştirildiği üzere, kişi kendi kusuru ile hak elde edemez genel prensibi ile çelişmektedir. Her ne kadar bu hüküm için ileri sürülen gerekçeler akla yatıyor olsa bile, sonuç bu anlamıyla kabul edilemez. Çünkü kusurlu kişinin kusuruna dur diyebilecek mekanizmalarda devreden çıkarılmış durumdadır. Kusurlu eşe prim verilmektedir. Belli ölçüde keyfiliğe yol açacak biçimde bir düzenleme olduğu apaçık ortadadır. Bu yöndeki eleştiriler için bakınız: Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123-124; Oğuzman/Dural, s. 132; Öztan, makale, s. 137; Tekinay, s. 197.

medilmesini talep hakkı saklıdır⁷⁹.

V. BOŞANMA DAVASININ KONUSU, TARAFLARI, DAVADA YETKİLİ ve GÖREVLİ MAHKEME

A) Konusu

Fiilî ayrılık nedeniyle boşanma davasının konusu diğer bütün boşanma davalarında olduğu gibi, MK. m. 166'ya göre boşanarak evlilik birliğini sona erdirmedir. Fakat burada bir farklılık mevcuttur. MK. m. 167'de "boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma dilerse ayrılık ister" denmektedir. Ancak bu hükmü MK. m. 166/4 bakımından uygulamak mümkün değildir. Çünkü MK. m. 166/4'e göre dava açılıp ve şartlar oluştuğunda, evlilik birliği temelinden sarsılmış olduğu farz edildiği, yani barışma ihtimali bulunmadığı kabul edildiği için ayrılığa karar verilemez. Bu nedenle sadece boşanma davası açılabilir⁸⁰.

B) Davacı

MK. m. 166/4'e göre eşlerden birisinin dava açması herhangi bir kayda bağlanmamıştır. Burada kusur şartı da aranmadığı için eşlerden herhangi biri dava açabilir. Bu yönü ile diğer boşanma sebeplerinden ayrılır. Özel boşanma sebeplerine dayalı olarak açılacak davalarda davacı, olgu veya olayı yaratmamış olan eştir. Genel boşanma sebeplerinde ise kusurlu ya da kusuruz ayrımı yapılmamakta, ancak daha fazla kusuru olan tarafın açtığı davaya, kusuru az olan eşin itiraz hakkı vardır⁸¹.

Kural olarak boşanma davası açılabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olunması gerekir. Çünkü dava hakkı sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁸². Ancak doktrinin genel olarak kabul ettiği üzere davacının menfaati ve hakkaniyet gerektiriyorsa tam ehliyetsiz kimse adına kanuni temsilci dava açabilir⁸³. Bu durum MK. m. 166/4 açısından bir özellik arz etmektedir. Acaba ikinci dava için aranan üç yıllık süre dolduktan sonra tam ehliyetsiz kimse adına kanuni temsilci dava açabilecek midir? Doktrinde fiilî bir durum aranmasından hareketle kanuni temsilcinin dava açabileceği savunulmaktadır⁸⁴. Kanaatimiz-

79 Özüğür, s. 450; Tutumlu, s. 294; 2.HD. 25.01.1999, 12931/60, (Özüğür, s. 453); 13.10.1998, 8983/10762, (Özüğür, s. 454).

80 Kocayusufpaşaoğlu, s. 111-21; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 124; Akıntürk, s. 284; Oğuzman/Dural, s. 133,137; Öztan, s. 429; Hatemi, Evlilik Hukuku, s. 114-115; Hatemi, s. 88; Burcuoğlu, Ayrılık Kurumu, s. 66-67.

81 Akıntürk, s. 287.

82 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 126; Akıntürk, s. 287.

83 Öztan, s. 438-439; Oğuzman/Dural, s. 134; Akıntürk, s. 288-289.

84 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 126.

ce fiilî durum sebebiyle bu sonuca ulaşmak mümkün değildir. Çünkü üç yılın sonunda ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin dava açmak isteyebileceği kanaatine nereden varacağız? Bizce burada da menfaat ve hakkaniyet ölçüleri dikkate alınarak bir sonuca gidilmelidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin menfaati gerektiriyorsa kanuni temsilci dava açabilmelidir.

C) Davalı

Davalı, kendisine karşı dava açılan diğer eştir. Kusur şartı aranmadığı için her iki eşten birine dava açabileceğinden, her iki eş den biri de davalı olabilir.

Ayırt etme gücü olmayan kimseye karşı dava açılması halinde, kanuni temsilci onu temsil ederek savunabilir⁸⁵.

D) Yetkili ve Görevli Mahkeme

Bütün diğer boşanma davalarında olduğu gibi MK. m. 166/4'e göre açılan davalarda da yetkili mahkeme MK. m. 168'e göre, eşlerden birinin yerleşim yeri ya da boşanma davasının açılmasından önce son defa altı aydır birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Bu durum HUMK m. 9'a göre de böyledir⁸⁶.

Boşanma davalarında yetki kuralları kamu düzeniyle ilgili olmadığından, ilk itiraz yoluyla yetkisizlik itirazında bulunulmadıkça, mahkeme kendiliğinden yetkisizlik kararı veremez⁸⁷.

Görevli mahkeme ise, Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4'e göre Aile Mahkemeleridir. Aynı Kanun m. 2'ye göre de Aile Mahkemesinin kurulmadığı yerlerde boşanma davası, Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesinde açılır⁸⁸.

Fiilî ayrılık nedeniyle açılan boşanma davasında, boşanma davalarında uygulanan MK. m. 184'teki öngörülen usul kuralları doğrudan uygulanmaz. Çünkü burada üç yıl boyunca müşterek hayatın kurulmadığına yönelik tarafların beyanı hâkimi bağlar ve şartlar oluşmuşsa hâkimin takdir yetkisi de bulunmamaktadır. Ayrıca Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesinde düzenlenmiş bulunan tarafları sulhe teşebbüste fiilî ayrılık nedeniyle açılan boşanma davasının niteliğinden

85 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 126; Öztan, s. 438.

86 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 125; Öztan, s. 441.

87 Akıntürk, s. 290.

88 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 125.

dolayı uygulanmaz⁸⁹.

SONUÇ

Ortak hayatı birlikte sürdürme inancı ve azmini kaybetmiş eşleri birarada tutmaya çalışmanın eşlere, varsa çocuklara ve topluma faydasının olmayacağı aşikardır. Bu nedenle fiilen çözülmüş evliliklerin hukuken çözülmüne müsaade etmek tabii hukukun da bir gereğidir. Ancak bunu uygulamaya geçirirken boşanma kararı verebilmenin kıstaslarını çok iyi belirlemek gerekir. Aksi takdirde toplumun içine sinmeyen kararlar çıkar ve toplumun en küçük yapı taşı olan aile müessesesine karşı insanların bakış açısı değişebilir. Eşlerden birinin mağdur edilmesine sebebiyet verilebilir. Eğer kriterler yeterli olmazsa kendi kusuru ile hak elde etmek isteyen eşlere fırsat tanınmış olabilir ve ailenin korunması ilkesi zedelenebilir. Özellikle fiilî ayrılık için öngörülen süre de çok hassas bir konudur. Sürenin çok kısa olması boşanmayı kolaylaştırabilir, çok uzun olması ise evlilik dışı ilişkilerin yaşanmasına sebebiyet verebilir.

Bütün bunlar göz önüne alındığında kanundaki düzenlemenin yetersiz olduğu -hatta isabetsiz olduğu- gerçeği ortadadır. Her şeyden önce çalışma içinde de belirtildiği üzere fiilî ayrılık ile hukukî ayrılık müesseselerinin düzenlenmesinde tutarlılık bulunmamaktadır. Farklı bir çalışmanın konusu olmakla beraber kısaca belirtmek gerekir ki, iki müessese için paralel bir düzenleme yapılmalıdır.

Fiilî ayrılık nedeniyle boşanmanın en önemli sorunlarından biri, düzenlemenin eşlerden birinin kendi kusuru ile hak elde etmesine olanak tanıyor olmasıdır. Bu soruna, ya Alman Hukukunda olduğu gibi (AMK m. 1566/2 ve m. 1568)⁹⁰, yani ergin olmayan çocukların menfaati eşlerin boşanmamasını gerektiriyorsa veya boşanma nedeniyle davalı eş olağanüstü güçlüklerle karşı karşıya kalacaksa hâkimin re'sen davanın reddine karar vermesi gerektiği yönünde bir çözüm getirilebilir; ya da bu sorunu daha isabetli olacağını düşündüğümüz MK. m. 166/2'deki düzenlemeye benzer bir şekilde çözümlenmek mümkündür. Böylece kusuru daha ağır olan eşin dava açmasına olanak tanınması karşılık diğer eşe de itiraz (def'i) hakkı tanınabilir. Bununla beraber itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise davanın reddedilmesi; aksi halde boşanmaya karar verilmesi gerektiği öngörülebilir. Ancak burada MK. m. 166/2'den farklı olarak, itirazın hakkın kötüye kullanılması istisnası dışında, mevcut düzenlemede olduğu gibi hâkimin takdir hakkı bulunmamalıdır.

⁸⁹ Dural/Ögüz/Gümüş, s. 128.

⁹⁰ <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>

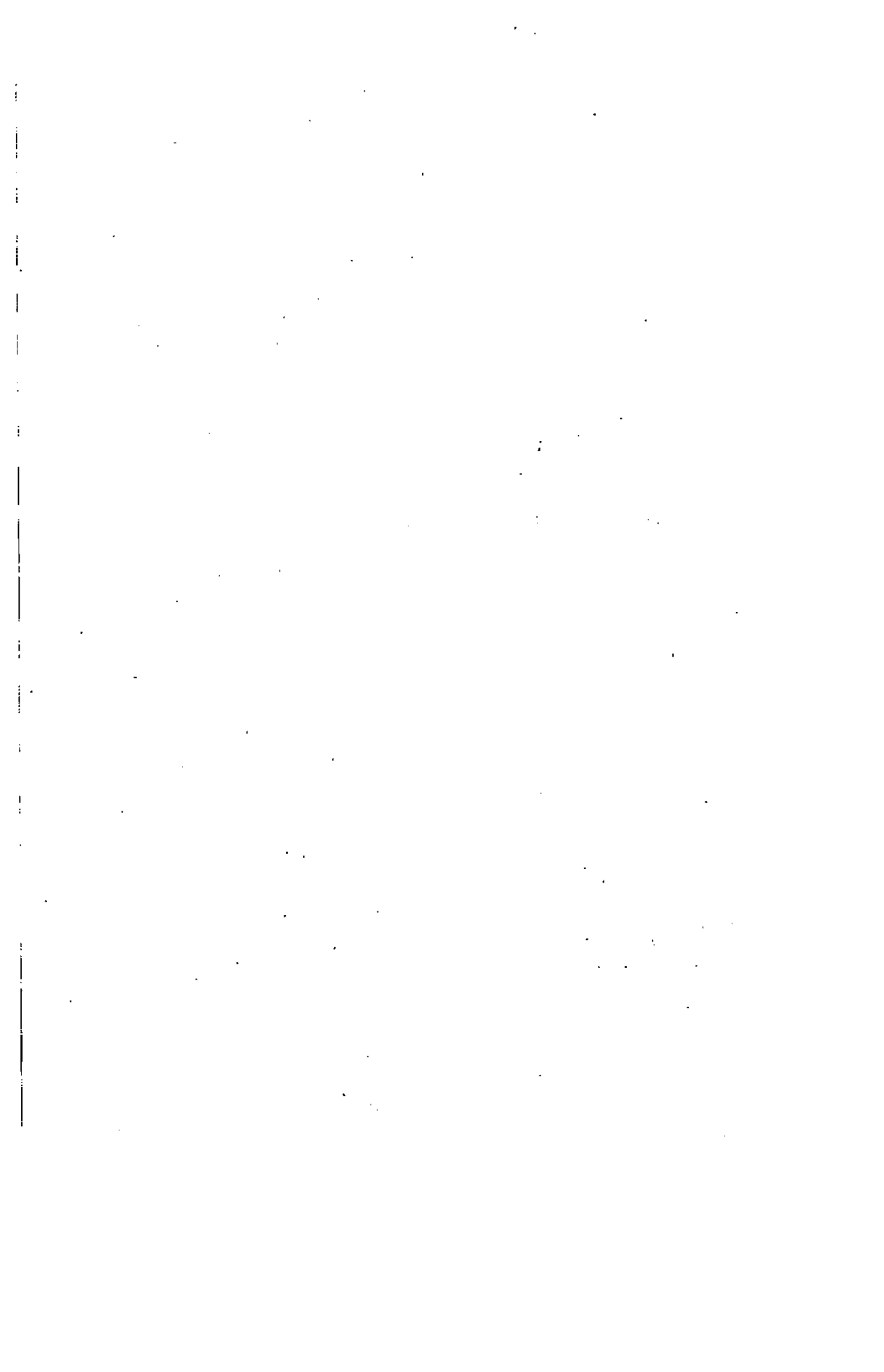
Diğer bir sorun ise sürenin uzunluğudur. Fiilî ayrılık nedeniyle boşanmanın gerçekleşmesi için öncesinde açılıp reddedilmiş bir boşanma davası gereklidir. Mevcut düzenlemede birinci dava kesinleşene kadar birkaç yıl geçeceği, ardından 3 yıl boyunca ortak hayatın kurulamaması ve açılacak ikinci bir davanın da birkaç yıl süreceği göz önüne alındığında toplam süre 5-6 yılı bulmaktadır. Birinci davayı açan eşler arasında zaten bir takım sorunlar var demektir. Eninde sonunda boşanacak eşleri bu kadar uzun süre bekletmenin bir faydası olmayacaktır. Birinci davanın bir ön şart olmasının yanında taraflara itiraz hakkı ile hakime takdir yetkisinin tanındığını kabul edersek bu süreyi de kısa tutmanın bir mahsuru olmayacaktır. Bu sebeple süre 2 yıldan fazla olmamalıdır.

İşaret ettiğimiz mevzular doğrultusunda yapılacak değişiklikler mağdur olan eşlerin sorunlarına çözüm olacak ve kendi kusuru ile hak elde etmek isteyen kimselere de fırsat tanımayacaktır. Mevcut evliliği sona erdirerek yeni bir hayat kurmak isteyenlere de imkân sunacaktır.

KAYNAKLAR

- Akıntürk**, Turgut: Aile Hukuku, 10. baskı, İstanbul 2006.
- Burcuoğlu**, Halûk: Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLVIII-XLIX, S. 1-4, (Burcuoğlu, Alman Sistemi), (s. 113-140).
- Burcuoğlu**, Halûk: Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu, Bülent Davran'a Armağanı, İstanbul 1998, (Burcuoğlu, Ayrılık Kurumu), (s. 59-74).
- Çakın**, Akın: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999.
- Dural**, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan/ **Gümmüş**, Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.
- Ergün**, Ömer: TMK'nın 166 ıncı Maddesinde Düzenlenen Boşlanma Nedenleri, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Diyarbakır 2005, (s. 431-457).
- Ergün**, Zafer: Boşanma, 2. baskı, Ankara 2004.
- Gençcan**, Ömer Uğur: Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat - Nafaka, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar ve İlgili Mevzuat, Ankara 2000.
- Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku I, (Evlilik Hukuku), İstanbul 2005.
- Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku, (Sınava Hazırlık Kitabı), İstanbul 1999.
- Kaçak**, Nazif: Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, Ankara 2004.

- Kılıçoğlu**, Ahmet: *Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003.
- **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: *Medenî Kanununun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmedebilir mi?*, Prof. Dr. İlhan Postacıoğluna Armağan. İstanbul 1990, (s.113-121).
- Köprülü**, Bülent/ **Kaneti**, Selim: *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1989.
- Köseoğlu**, Bilâl: *Boşama Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi*, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 1, S. 1, Ankara 2006, (s. 7-14).
- Oğuzman**, Kemal/ **Barlas**, Nami: *Medenî Hukuk, Giriş, Kayraklar, Temel Kavramlar*, 13. baskı, İstanbul 2006.
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Dural**, Mustafa: *Aile Hukuku*, 3. baskı, İstanbul 2001.
- Özdemir**, Nevzat: *Türk - İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, İstanbul 2003.
- Öztan**, Bilge: *Aile Hukuku*, 5. baskı, Ankara 2004.
- Öztan**, Bilge: *3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medenî Kanun'un 134. Maddesi*, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, Ankara 1990, (Öztan, makale), (s. 111-137).
- Özüğür**, Ali İhsan: *Boşanma ve Ayrılık*, Ankara 2000.
- Ruhi**, Ahmet Cemal: *Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2002.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, 7. baskı, İstanbul 1990.
- Tutumlu**, Mehmet Akif: *Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları*, Ankara 2002.
- Zevkililer**, Aydın/ **Acabey**, M. Beşir/ **Gökyayla**, K. Emre: *Medenî Hukuk*, 6. baskı, Ankara 2000.



İFLASIN ERTELENMESİ TALEPLERİNDE MUHAFAZA TEDBİRLERİ

*Okan YILMAZ**

GİRİŞ

İflasın ertelenmesini; “borca batık durumda bulunan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında verilecek iflas kararının, kanunda öngörülen şartlar altında, özellikle şirketin mali durumunun iyileşmesi mümkün olduğunda, belirli bir süre geri bırakılarak, bu süre içerisinde şirket veya kooperatifin iflastan kurtulması için imkân tanınmasına hizmet eden geçici bir hukuki korumadır.”¹ şeklinde tanımlamak mümkündür.

İflasın ertelenmesi kurumunun amacı, borçluyu iflasın ağır sonuçlarından kurtarmak, alacaklıları en geniş oranda tatmin etmek ve iflasın ülke ekonomisine vereceği zararı önlemektir².

İflasın ertelenmesi ile faaliyetine devam eden bir şirket sadece kendisine ve alacaklılarına menfaat sağlamaz. “Günümüzün kürselleşen ekonomik ilişkileri içinde bir şirketin iflas etmesi, şirketin işletmesinin büyüklüğüne göre, bazen sadece o şirketin işletmesinin değil, onunla iş yapan tedarikçileri ve bayilerinde iflası sonucunu doğurabilmektedir. Bu nedenle mali durumu bozularak borca batık hale gelmiş olan bir sermaye şirketinin iflastan kurtarılarak tekrar ekonomiye kazandırılması, o şirketle iş yapan diğer şirketlerinde yararlıdır.”³

Faaliyetine devam eden bir şirket işçi çalıştırdığı için aynı zamanda bir istihdam alanı sağlamaktadır. Yine ticari faaliyetine devam eden şirket kazanç elde edeceğinden bu kazanç vergilendirilmek suretiyle ülke ekonomisi de ertelenmeden kazançlı çıkacaktır.

* Avukat; Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Tezsiz Yüksek Lisans Öğrencisi.

1. ÖZEKES, Muhammet: “İflasın Ertenmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2005, sy.3251.

2. İflasın ekonomik yaşama (olumsuz) etkileri hakkında diğer örnekler için bkz. BAŞÖZEN, Ahmet: İflasın Ekonomik Analizi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006/2, sy.929-942.

3. ATALAY, Oğuz: Borca Batıklık ve İflasın Ertenmesi, İzmir 2006, sy.53,(İflas).

İflasın ertelenmesi talebi, TTK.m.324 te ve İİK.m.179 da düzenlenmiştir. Hükümler incelendiğinde dikkat çeken iki husus; şirketin durumunun ıslahı veya mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması ve iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilecek olanların şirket yöneticileri veya alacaklılar olmasıdır. Kimşenin kendi aleyhine işlem yapmayacağı esası göz önüne alınarak erteme talebinde bulunabilecekler değerlendirildiğinde; ertelemen hem şirket veya kooperatifin hem de alacaklıların menfaati olduğu sonucu çıkmaktadır.

Bu çalışmada iflasın ertelenmesi talebinde bulunulması halinde mahkemece verilebilecek muhafaza tedbirleri incelenecektir.

A- GENEL OLARAK

İflasın ertelenmesi kararını veren ticaret mahkemesi, bu karar ile birlikte borca batık olan şirketin iyileştirilmesi için sunulan iyileştirme projesini de göz önüne alarak şirketin malvarlığını ve alacaklıların menfaa:ini korumak için gerekli her türlü tedbiri re'sen alır.⁴ Erteleme tedbirleri erteleme talebinin kabul edilebilirliği bakımından şekli bir şart değil ise de, erteleme talebinin esasına girilebilmesi için mutlaka açıkça belirtilmesi gereken hususlardır.⁵ Erteleme kararı ile birlikte 179/a maddesinin de belirtilen tedbirlere hükmedilmemesi Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak değerlendirilmektedir.⁶

Mahkemece erteleme kararı ile birlikte verilecek tedbirleri genel ve özel tedbirler olmak üzere iki ana başlık altında incelemek mümkündür. Özel tedbirleri; kayyım atanması, defter tutulması, erteleme kararının ilanı, takiplerin durması, genel tedbirleri ise; şirket mal varlığının ve alacaklı menfaatlerinin korunmasını amaçlayan muhafazaya yönelik genel tedbirler oluşturmaktadır.

Mahkemece verilebilecek tedbirleri, 'erteleme kararı verilmeden önceki tedbirler' ve 'erteleme kararı ile birlikte verilen tedbirler' olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Ancak erteleme kararı ile verilecek tedbirler, iflasın ertelenmesi talebi ile birlikte mahkemece tedbir olarak hükmedildiğinden çalışmamızda erteleme kararından önceki tedbirler ayrı bir bölüm olarak incelenmemiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; mahkemece iflasın ertelenmesi kararından önce verilen tedbir kararı ihtiyati hacze engel değildir. Oysa erteleme kararı ile alacaklı ihtiyati haciz yoluna başvuramayacaktır.

B. GENEL TEDBİRLER

İflasın ertelenmesi taleplerinde muhafaza tedbirlerinin amacı; şayet iflasın ertelenmesine karar verilmemiş ve iflas derhâl açılmış olsaydı alacaklıların du-

⁴ ÇAVDAR, Seyit/BİÇKİN, İnci: İflas ve İflasın Ertenmesi, Ankara 2006, sy.106.

⁵ ÖZTEK, Selçuk: İflasın Ertenmesi, İstanbul 2007, sy.142.

⁶ Y.19.HD., 14.7.2005, E.2005/6151, K.2005/7982; ÇAVDAR/BİÇKİN, sy.106-107.

rumu ne olacak idiyse, erteleme sonunda da alacaklıların durumunun en az o kadar olması ve alacaklılar açısından iflasın derhal açılmasından daha kötü bir durum oluşmasının önüne geçmektir.

Ertelme hâkimi esas itibariyle muhafaza edici nitelikte tedbirlere karar vermek zorunda olmakla birlikte, şirket malvarlığının korunması için gerekli bütün tedbirleri almalıdır.⁷ Malvarlığının korunması için alınması gereken tedbirlerin neler olabileceğini açıklayabilmek için öncelikle yasal düzenlemenin incelenmesi gerekmektedir.

İİK.m.179/a 'erteleme tedbirleri' başlığını taşımakta olup birinci fıkrası 'İflasın ertelenmesine karar veren mahkeme, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır...' şeklindedir. Devam eden fıkrasında ise başvurulabilecek tedbirlerden sadece kayyım atanmasına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. TTK.m.324 ise '...Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır' ifadesine yer vermektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde asıl vurgu yapılan hususun şirket malvarlığının korunması⁸ olduğu; yani muhafazaya ilişkin tedbirlerdir.

Gerek İcra ve İflas Kanunu gerek Türk Ticaret Kanun'unda belirtilen şirket mal varlığının korunmasını, geniş anlamda şirketin devamının sağlanması ve alacaklıların menfaatinin korunması, bu çerçevede de şirket malvarlığının korunması olarak anlamak gerekir.⁹ Ancak bu malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirler alınırken çok katı çizgiler çizilmemelidir. Aksi halde iyileştirme projesinin işletilmesine engel olunması söz konusu olabilir. Bu durumu düşünen kanun koyucu 179/a maddesinde '*...iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır*' diyerek bu hususu açıkça vurgulamıştır. Bu düzenlemeden hareket edildiğinde şirket faaliyetlerin durmasını sağlayacak muhafaza tedbirlerinin erteleme nin amacı ve iyileştirme projesi ile bağdaşmayacağı ortadadır. Şüphesiz, mahkeme, şirketin zarar etmesine, özellikle de malvarlığının gizlice azaltılıp şirket dışına çıkartılmasına engel olacak şekilde, kayyımın da görüşlerini alarak şirketin belirli mal varlığı değerlerinin korunması yönünde özel tedbirlere karar verebilir; ancak bu şirketin çalışmasını kilitleyici bir sonuca yol açmamalıdır.¹⁰ Örneğin; 'İşletmeye katkısı olmayan ve gelir getirmeyen bir taşınmazın satılarak, yerine iyileştirme projesinin gerçekleşmesini sağlayacak ve işletmenin amacına uygun bir taşınmaz satın alınması gerekiyorsa, mahkeme bu işlemin kayyım

7 ÖZTEK, sy.142.

8 ÖZEKES, sy.3276.

9 ÖZEKES, sy.3276.

10 ÖZEKES, sy.3276.

denetiminde yapılmasına karar verebilir. Zira malvarlığının korunması, sadece aynen muhafaza anlamına gelmez; değerleri korunmak kaydıyla, malların iyileştirme projesine uygun olarak değiştirilmesi de malvarlığının muhafazası kapsamındadır.”¹¹

Muhafaza tedbirleri denilince akla şirketin tasarruf yetkisinin kısıtlanması gelmektedir. “İflasın ertelenmesi kararı ile iflastakinin aksine (karş.m.191)¹² şirket kural olarak, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini tam olarak sürdürür. Ancak mahkeme, şirket malvarlığının ve alacaklıların menfaaderinin korunması bakımından, bu yetkiyi tam olarak şirkete bırakmamalı ve gerekli ölçüde kısıtlamalıdır. Bu kısıtlama, şirket malvarlığının ve alacaklıların korunması amaçlarına hizmet edebilecek nitelikte olmalı ve sınırı aşmamalıdır. Mahkeme, getireceği kısıtlamaların ölçüsünü her somut olayın özelliğine göre kendisi takdir edecektir.”¹³

Bu bağlamda klasik olarak alınacak tedbirler; şirkete ait taşınmaz ve araçların, alet, makine ve taşınır malların devrinin önlenmesi, banka mevduatları ve bunlar üzerindeki tasarruf hesaplarının sorulup gerektiğinde üçüncü kişilere ödeme yapılmaması, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu malların muhafaza altına alınması ve devrinin önlenmesi, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan tarafından keşide edilen çeklerin ödemesinin durdurulması, teminat mektuplarının paraya çevrilmemesi, şirket yöneticilerinin ikinci dereceye kadar hisimleri ile karşılıklı tasarruflarının yasaklanması ve yeni yükümlülükler tesis edilmemesi için tedbir konulması gelir.¹⁴ Bunun dışında şirket hisse senetlerinin ve diğer kıymetli evraklarının, marka, patent, endüstriyel tasarım lisans haklarının da koruma altına alınması gerekmektedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki; bu tedbirler ileriye dönük sonuç doğurmaktadır. Eğer şirket veya kooperatif erteleme kararından önce bir sözleşme yapmış ve devir yükümlülüğü altına girmişse erteleme kararı bu sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Çünkü iflasın ertelenmesi kurumunda *pacta sunt servanda* ilkesi geçerli kalmakta devam eder.¹⁵ Bu kurum çerçevesinde hiçbir hüküm, sermaye şirketinin akdetmiş olduğu bir sözleşmeyi ortadan kaldırmaya veya daha genel olarak, sermaye şirketlerinin hukuki ilişkilerini şekillendirmeye, alacak ve borçların özüne doğrudan

11 ATALAY, sy.130, (iflas).

12 Ayrıntılı bilgi için Bkz. BAŞÖZEN, Ahmet: Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.

13 ATALAY, sy.128,(iflas).

14 Bkz. AYDEMİR, Efrail/ÇAĞLAR, Enis: Sermaye Şirketleri Kooperatifler ve Kobi’lerde İflasın Ertenilmesi ve Borçların Yapılandırılması, Ankara 2007, sy.81 vd.

15 ÖZTEK, sy 15.

etki yapmaya imkân vermemektedir.¹⁶ Böyle bir durumda mahkemece yapılacak şey bu durumun iyileştirme projesi ile bağdaşıp bağdaşmadığına bakmak ve bağdaşmıyorsa erteleme talebini red ederek iflasa karar vermektir.

Hakim maddi hukuk alanında sonuç doğuran muhafaza tedbirlerine karar vermekten kaçınmalıdır.¹⁷ Onun için hakim, özellikle temerrüt gibi hukuki işlemlerin, hak ve defilerin kullanılmasının ve hukuki sonuçlarının durdurulmasının engellenmesine yönelik tedbirlere karar veremez.¹⁸ Çünkü iflasın ertelenmesi ile amaçlanan şirketler açısından tüm ticari yaşamın durması değil, sadece icra takiplerinin durması ile şirkete bir nefes aldurmak ve ekonomik olarak kendini toplamasını sağlamaktır.

İflasın ertelenmesi halinde üçüncü kişilerin haklarını etkileyecek tedbirler verilmemelidir.

İflası ertelenen şirketin borçlu olduğu senetlerin protesto edilmemesi ya da protesto edildiği takdirde bu protestonun Merkez Bankası bültenlerine geçirilmemesi yönünde bir tedbir kararı verilemez.¹⁹

Aynı şekilde, iflası ertelenen şirketin alacaklılarının alacaklarını tahsil amacıyla uygulayabilecekleri takas, mahsup, hapis hakkı gibi hukuki işlemlerinde durdurulması mümkün değildir.²⁰ Yargıtay; "...Bilirkişi raporunda şirketin mali durumunun iyileştirilebilmesi için nakit ihtiyacının giderilmesi gerektiği, bu nedenle takas, mahsup, hapis ve temlik işlemlerinin durdurulmaması halinde şirketin tıkanarak faaliyetini tamamen durdurabileceği belirtilmiştir.

Mahkemece takasın alacaklılar arasında eşitsizlik yaratacağı, ertelemenin amacı ile bağdaşmadığı, rehin ve blokaj kayularının ertelemenin amacı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle takas, rehin ve blokajla ilgili tedbirlerin devamına karar verilmiştir.

İflâsın ertelenmesi talebinin yerinde görülmesi halinde mahkemece malvarlığının muhafazası için gerekli tedbirler alınmalıdır. Ancak mahkemece, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran muhafaza tedbirleri verilmemelidir. Ayrıca alacaklıların alacaklarını tahsil amacıyla kullanabilecekleri takas, mahsup, hapis hakkı gibi hukuki işlemlerin durdurulması da mevcut düzeneğe uygun değildir (Öztek, Selçuk: İflâsın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi, Sayı: 53, 2005,

16 ÖZTEK, sy 15.

17 ÖZTEK, sy 144.

18 PEKCANİTEZ, Hakan: "İflasın Ertelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 79, Sayı 2005/2, sy.351; ÖZTEK, sy.145.

19 ÖZTEK, sy 146.

20 ÖZTEK, sy 146.

s. 66). Aynı şekilde rehin ve blokaj kayıtlarının kaldırılması mahkemece iflâsın ertelenmesine karar verilmesi halinde hâkimin alması gereken tedbirler arasında kabul edilmez.

Mahkemece alacaklılar tarafından takas hakkının kullanılması, rehin ve blokaj kayıtlarının kaldırılması halinde iyileştirme projesinin hayata geçirilebileceği gerekçesiyle tedbir kararı verilmiştir. Oysa tedbirlere karar verilirken borçlunun menfaati kadar alacaklıların menfaati de gözetilmeli ve ancak gerekli olan tedbirlere karar verilmelidir.

Hükme esas bilirkişi raporunda takas, mahsup, temlik işlemlerinin uygulanması, rehin ve blokaj kayıtlarının kaldırılmaması halinde şirketin nakit ihtiyacını gideremeyeceği belirtilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere takas hakkının yasaklanması, rehin ve blokaj kayıtlarının kaldırılması mevcut düzenlemeye uygun olmadığı gibi sadece tedbirlerle mali durumun iyileştirilmesinin sağlanması ertelemeye ilişkin düzenlemenin amacı ile bağdaşmaz.

Bu durumda mahkemece takas, rehin ve blokaj kayıtları ile ilgili tedbirlerin uygulanmaması halinde şirketin iyileştirme projesinde gösterdiği diğer nedenlerle iyileştirmenir. mümkün olup olmadığı konusunda uzman yeni bir bilirkişi kurulundan rapor alınarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir”²¹ şeklinde karar vererek takas, mahsup, hapis hakkı gibi hukuki işlemlerin durdurulmasının mevcut düzenlemeye uygun olmayacağı açıkça ifade etmiştir. Yargıtay bu kararı ile iyileştirme projesinin uygulanması için dahi maddi hukuka ilişkin tedbir kararı verilemeyeceğini de hüküm altına almıştır.

Ancak Yargıtay’ın bu kararının iflâsın ertelenmesi amacı ile bağdaştığı söylenemez. Çünkü her ne kadar kanunda sadece takiplerin durması hususu düzenlenmiş ise de temel ilişkiye inildiğinde bu takipler maddi hukuktan kaynaklanan borçlar nedeniyle yapılmış olan takiplerdir. Maddi hukuktan kaynaklanan ve neticesinde alacaklı lehine verilmiş rehin, kambiyo senedi gibi belgelere dayanan takiplerin durması mümkünken, sırf elindeki parayı iflâsın ertelenmesi talebinde bulunana verip tekrar almak için uğraşmanın mantığı ile takas, mahsup, hapis işlemlerinin durmasına karar verilememesi ertelemenin amacı ile bağdaşmayan bir durumdur. Erteleme kurumunun düzenleniş tarzı ve niteliği göz önüne alındığında iyileştirme projesinde belirtilen hususların gerçekleştirilebilmesi bakımından, alacaklılarında menfaati gereği, bloke edilen paraların şirketin nakit ihtiyacını karşılayacak şekilde (işçi ücretleri, hammadde ihtiyacı, enerji giderleri gibi kalemler bakımından) kaldırılmasının; diğer harcama kalemleri bakımından ise ancak teminatı sağlanmak suretiyle kaldırılmasının taraf menfaatlerine uygun çözüm tarzı olacağı kanaati taşımaktayız. Bu yolla, şirket, iyileştirme projesinde

²¹ Y.19.HD., 08.06.2006, E.2006/4390, K.2006/6210 / Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

belirtilen hususları gerçekleştirmek üzere, en azından faaliyetine ara vermeyecek, zorunlu nakit ihtiyacını karşılayabilecek, bu harcama kalemlerinin de nelerden oluşacağı, miktarı kayımlarla belirlenerek mahkemece de denetlenebilecektir. Özellikle blokaj uygulaması, akreditif yoluyla işlem yapan erteleme sürecindeki işletmeler bakımından önem arz etmektedir. Akreditifle çalışan işletmelerin blokaj uygulayan anlaşmalı bankasıyla iyileştirme projesini uygulayabilmesi, faaliyetlerine devam edebilmesi imkanı bulunmamaktadır.

C. ÖZEL TEDBİRLER

I- ERTELEME KARARININ İLANI

Her ne kadar erteleme tedbirinin ilanı erteleme tedbirlerine ilişkin 179/a maddesinde düzenlenmiş ise de, ilan ve bildirim doğrudan erteleme tedbiri olmayıp iflas hukuku içerisinde gözetilen menfaat dengesinin bir sonucudur ve erteleme tedbirlerinin de uygulanmasına hizmet eder.²²

Alacaklıların menfaatlerinin korunması, itiraz imkânı tanınması ve ertelemeden haberdar edilmesi açısından İİK.m.179/a gereğince erteleme kararını ilan eder. Bu bir yasal zorunluluk olup yerine getirilmemesi Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay "...şirketin borçlarının muvazaalı olarak aktiften fazla olması sonucunu doğuracak kötünüyetli davranışların önüne geçmek ve şirketin borca batık olup olmadığını, iyileştirme projesinin yeterli bulunup bulunmadığını alacaklılara kanıtlanma olanağı vermek amacıyla iflasın ertelenmesi talebi İİK'nun 166/2. maddesinde öngörülen usulle ilan edilmeli, ilan üzerine borca batık durumu ve iyileştirme projesine itiraz eden alacaklıların itirazları değerlendirilip sonuca göre bir karar verilmelidir."²³ diyerek ilanın zorunlu olduğunu açıkça vurgulamıştır.²⁴

²² ÖZEKES, sy.3274.

²³ Y.19.HD., 17.01.2005, E.2005/11750, K.2005/2789 ; ÇAVDAR/BİÇKİN, sy.109-110.

²⁴ Yargıtay'ın bu tutumu öğretideki bazı yazarlar tarafından ciddi şekilde eleştirilmektedir. Söz konusu yazarlara göre Yargıtay, erteleme talebinin ilan edilmemiş olmasını adeta bir mutlak bozma nedeni olarak görmektedir. Bu yazarlardan Özekes, geçici hukuki koruma niteliğindeki iflasın ertelenmesi kurumu için ilanın zorunlu olarak kabul edilmesinin, kurumun amacı ve Kanunun düzenlemesi ile bağdaşmadığı görüşündedir. Bunun nedeni geçici hukuki korumalar bakımından gerekli durumlarda karşı tarafa tebligat yapıp haber verilmeden de karar verilmesinin mümkün olmasıdır. Acele karar verilmesi zorunluluğu karşısında (bkz.m.179, II,c.2), karşı tarafa haber verilmesi halinde istenen sonucun gerçekleşme ihtimali tehlikeye girecektir. Ayrıca Yazar, Kanun'da mahkemenin alacaklıları ve borçluyu "dinleyebileceği" şeklinde tanımlanmış olan yetkinin, söz konusu kararla bir emre dönüşüğünü ve bu durumun, kanuna aykırı ve kanunun dışında bir sınırlama ve denetim oluşturmak anlamına geldiğini ifade etmektedir. (TORAMAN, Barış: İcra ve İflas Kanununa

Mahkemece erteleme karar verilmesi halinde erteleme kararının hüküm fıkrası İİK.m.166/II uyarınca ilan edilir. Bu ilan Türkiye çapında yayın ve dağıtım yapan ve Tirajı en az 50.000 olan bir gazetede yapılır. Ayrıca bu madde uyarınca erteleme kararı; Tapu Sicil Müdürlüklerine, Ticaret Sicil Memurluklarına, Gümrük İdaresine, Posta İdaresine, Türkiye Bankalar Birliğine, Yerel Ticaret odasına, Yerel Sanayi odasına, Menkul Kıymetler Borsası ve Sermaye Piyasası Kuruluna bildirilir.

Ertele kararının bildirilmesi gereken diğer yerler ise; Noterler, bankalar, Amme İdaresi, Vergi Dairesi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Gemi Sicil Memurluğudur.

Bunlardan ayrı Kuru, iflas kararlarının, müflise karşı yapılan icra takiplerinin icra dairelerine, müflisin taraf olduğu davaların mahkemelerine, müflisin kiracılarına ve müflisin bilinen borçlularına da bildirilmesinin (İİK.166/II.c.1 uyarınca 'diğer lazım gelenler' cümlesinden kabul ederek) uygun olacağını belirtmektedir.²⁵

Yapılan ilanda kayım ve yetkilerinin ayrıca alınan muhafaza tedbirlerinin de açıklanması gerekmektedir.²⁶

Erteleme kararının ilanı konusunda tartışılması gereken husus erteleme kararının sonuçlarını ne zaman doğuracağı problemidir. Erteleme kararı etkisini ilanla değil, verildiği anda doğurmaya başlayacaktır; nitekim 179/b maddesinde ' erteleme kararı üzerine...' denilerek erteleme kararının etkilerinin kararla doğacağı belirtilmiştir.²⁷ Bununla birlikte, özellikle üçüncü kişiler bakımından kararın bazı etkilerinin ilanla başlaması konusunda mahkemenin karar vermesine bir engel yoktur; ancak mahkeme aksine karar vermedikçe, erteleme kararının etkileri ilanla değil, kararla başlayacaktır.²⁸

II- DEFTER TUTULMASI

Defter tutulması Konusunda İİK.da açık bir düzenleme yoktur. Bu nedenle de defter tutulması İİK. anlamında mutlak bir zorunluluk değildir. Ancak TTK. 324 maddesinde şirketin iflasının ertelenmesi halinde malların muhafazası için

Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertenilmesi Talebi, Ankara 2007, sy.112-113; Ayrıca Bkz. ÖZEKES, sy.3269-3270).

Buna karşılık Pekcanitez, erteleme kararının aynı zamanda borca batık olma anlamına geldiğini ve ilan yapılmamasının talepte bulunan şirketin borca batıklığının alacaklılardan ve üçüncü kişilerden gizlenmesi anlamına geleceği savunarak erteleme kararının ilan edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. (PEKCANITEZ, sy.349).

²⁵ BALCI, Şakir: İflasın Ertenilmesi Usul ve Esasları, İzmir 2005, sy.298, (Erteleme).

²⁶ Bkz. BALCI, (Erteleme), sy.298.

²⁷ ÖZEKES, sy.3274.

²⁸ ÖZEKES, sy.3274.

defter tutulmasının gerekliliği açıkça belirtilmiştir.²⁹ Bu düzenleme anonim şirketlere ait olduğundan anonim şirketlerin iflasının ertelenmesi halinde defter tutulma zorunluluğu olduğu sonucu çıkmaktadır. Şirket mallarının defterinin tutulması, anonim şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ihtimalinin olup olmadığının tespiti konusunda mahkemeye yardımcı olur.³⁰ Defter tutulmasının diğer bir yararı da şirket mal varlığının gerçek durumunun ortaya çıkarılmasıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere defter tutulması zorunlu değildir. Özellikle mahkemeye sunulan bilânço ve şirket malvarlığı değerleri hakkında şüphe varsa ya da mahkemenin karar vereceği diğer tedbirlerin ayrıntısı için gerekli ise bu yola gidilmelidir.³¹

Defter tutma görevi mahkeme kararı ile kayyımaya verilebilir.³²

“Defter tutulmasında şirket defterlerinden yararlanılacaktır; ancak, bunun dışında da kayyım ya da bilirkişilerin bu konuda ayrıca araştırma yapması da gerekli ise bu da yapılmalıdır. Defter tutulurken, malvarlığının işletme değerlerinin esas alınması veya hem tasfiye hem işletme değerlerinin birlikte göz önünde bulundurulması gerekir. Bu, şirketin iyileşme ümidinin belirlenmesine yardımcı olacak, erteleme süresinin uzatılmasında da dikkate alınacaktır.”³³

Defter tutulmasının en önemli işlevi, şirketin durumunun bilinmesine yardımcı olması, iyileştirme ümidinin varlığı ve projenin uygulanabilirliği hakkında fikir vermesidir.³⁴ Defter tutulması muhafaza ve değişime tek başına engel olmamakla birlikte; mevcut durumun bilinmesi, erteleme kararının sağlıklı verilmesi ve iyileştirme projesinin düzenli işletilmesine faydalı olacaktır.

III- KAYYIM ATANMASI

İİK.m.179/a f.II-III ‘*Mahkeme erteleme kararı ile birlikte kayyım atanmasına karar verir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyımaya verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmakla da yetinebilir.*

İflasın ertelenmesi kararında kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak gösterilir. Şeklindeki düzenlemesi ile erteleme kararı ile birlikte kayyım atanması gerektiğini; özel ve zorunlu olarak belirtilmiştir.

²⁹ ÇAVDAR/BİÇKİN, sy.110.

³⁰ PEKCANITEZ, sy.350.

³¹ ÖZEKES, sy.3277.

³² ÇAVDAR/BİÇKİN, sy.110.

³³ ÖZEKES, sy.3277.

³⁴ ÖZEKES, sy.3277.

Yine TTK.m.324 ' ... şirket durumunun ıslahı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflas kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır. ' demek suretiyle yediemin (kayyım) tayinini öngörmüştür.

Her iki hükümde de erteleme kararı ile birlikte kayyım atanması zorunlu tutulmuştur. Mahkeme kayyım atama konusunda ilgililerin talebi ile de bağlı değildir.³⁵ Kayyım atanması mahkemeye zorunlu olarak öngörülmüş tedbirler arasında olup kayyım atanıp atanması konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Atanacak kayyımın seçimi; mahkemece re'sen yapılacaktır. Mahkeme; kayyım seçimi yaparken şirket ya da alacaklıların önerdiği kayyımı da dikkate alabilir.³⁶ Ancak Yargıtay '...erteleme üzerine kayyım olarak atanacak kişinin resen bu işlerden anlayan kişiler arasından seçilmesi gerekirken, davacının gösterdiği kişinin atanması da kabul şekli itibariyle isabetli görülmemiştir'³⁷ Şeklindeki kararı ile; kayyım seçiminin mahkemece re'sen yapılması gerektiğini ve taraflarca gösterilen kayyım adayının bu işlerde uzman olup olmadığının araştırılmadan atanmasını atanma şekli itibari ile bozma nedeni olarak görmüştür.

Yasal düzenlemenin amacı ve Yargıtay kararları dikkate alındığında mahkemece atanacak kayyımın; konusunda uzman, yeterli bilgi, beceri ve tecrübeye sahip kişiler arasından seçilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Kayyımlık görevinin bir veya birkaç kişiye tevdi edilebilmesi mümkündür; şartlar gerektiriyorsa tüzel kişilerinde kayyım olabilmesi mümkündür.³⁸ Kayyım atanması ile birlikte kayyım mahkemece belli bir ücret takdir edilir. Kayyım ödenecek ücret erteleme masrafları içerisinde olup erteleme talebinde bulununca karşılanır. Kayyımlar erteleme süresi boyunca ticaret mahkemesinin denetimi altında olacaktırlar.

Mahkeme şirketin veya kooperatifin yönetim organlarının yetkilerini tümüyle kayyım verebileceği gibi, sadece yönetim organlarınca yapılan karar ve işlemlerin geçerliliğini kayyımın onayına bırakabilir.³⁹ Mahkeme nasıl bir görevlendirme yaparsa yapsın, kayyımın görev ve yetkilerini erteleme kararında

35 Bkz. ATALAY, sy.122 (İflas).

36 Bkz. BALCI, sy.289 (Ertelme).

37 Y.19.HD.,14.12.2001, E.2001/6168, K.2001/8384/Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

38 ÖZTEK, sy 133; Ayrıca Bkz. ATALAY, sy.123 (İflas); BALCI, sy.289 (Ertelme).

39 ÇAVDAR/BIÇKİN, sy.107.

açıkça belirtmek zorundadır. Kayyımın görevi sırasında ortaya çıkacak bir te reddüğün giderilebilmesi için, mahkemenin, iflasın ertelenmesi süresi içinde, kayyımın görev ve yetkileri konusunda, talep üzerine yeniden belirleme yapması, tavzihte bulunması mümkündür.⁴⁰

İdare ve temsil yetkisi verilmiş olan bir kayyım da şirket aktifinin korunmasına yönelik ilave tedbirler alabilir; örneğin şirkete ait taşınmazların muhafazasını doğrudan doğruya ona bağlı olan ve güvendiği kişilere bırakabilir.⁴¹

“Kayyımın görev ve yetkileri kanunda belirtilmemiştir; bu husus tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle mahkeme, atadığı kayyımın görev ve yetkilerini ve şirket organları karşısındaki konumunu açıkça belirtmelidir (m.179/a,III). Mahkeme kararında bu belirtme yeterince ayrıntılı olarak yapılmamışsa, kural olarak, kayyıma geniş yetki tanındığı kabul edilebilir. Ancak bu yorumun, pratikte kayyım için pek elverişli olduğu da söylenemez. Bu yüzden kayyımın, görevi kabul eder etmez mahkemeden görev ve yetkilerinin neler olduğu hususunun kendisine açıkça belirtilmesini talep etmesi yerindedir; ilgililerin de bu yönde talepte bulunmaları mümkündür.”⁴²

Kayyımın yetki ve görevleri konusunda çıkacak bir uyuşmazlıkta ilgililer (alacaklı, şirket idaresi) mahkemeden açıklayıcı karar talep edebilirler.⁴³

Kayyım mahkemece belirlenen düzenli aralıklarla borca batık olan şirketin veya kooperatifin durumu hakkında mahkemeye rapor sunmakla yükümlüdür.⁴⁴

Kayyımın azli, değiştirilmesi gibi konularda takdir mahkemeye aittir.⁴⁵ Kayyım kendisinde istifa edebilir.⁴⁶

Kayyım konusunda açıklanması gereken bir hususta kayyımların hukuki durumudur. Doktrinde genel kabul gören görüş, kayyımın, borçlunun ve alacaklıların menfaatlerini aynı derecede gözeten resmi bir organ olduğu, ancak devlet memuru sayılmadığıdır.⁴⁷ Bu yönüyle konkordato komiserine benzemesine

40 PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2005, sy.367.

41 ÖZTEK, sy 144.

42 ATALAY, sy.125 (İflas).

43 BALCI,sy.289 (Erteleme).

44 PEKCANITEZ. /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES; sy.367 : ÇAVDAR/BİÇKİN, sy.108.

45 BALCI,sy.289 (Erteleme).

46 Bkz. ÖZEKES, sy.3278.

47 ÖZEKES, sy.3278; ATALAY, sy.124 (İflas).

rağmen kayyım ticaret mahkemesinin denetimine tabidir.⁴⁸ Bunun sonucu olarak, kayyım kararlarına veya işlemlerine karşı şikâyet, icra mahkemesine değil, atama kararını veren ticaret mahkemesine yapılır.⁴⁹

‘Kayyım, şirketin yönetimine ilişkin olarak yaptığı işlemler sebebiyle ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı anonim şirket ve alacaklılarına karşı sorumludur. Kayyımın sorumluluğu hukuki sorumluluktur. Kayyım için tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin hükümler (TTK.m.450, 224) kıyasen uygulanabilir.’⁵⁰

İflasın ertelenmesi süresinin şirket açısından başarısızlıkla sonuçlanması, yani mali durumunun düzeltilmesi ümidi kalmaması üzerine sona ermesi durumunda mahkeme şirketin iflasına karar vereceğinden, erteleme süresince kayyım olarak görev yapan kişinin, iflas idare memuru olarak atanması (da) mümkündür.⁵¹

IV- TAKİP YASAĞI

1- Takiplerin Durması

İflasın ertelenmesi kararının en önemli etkisi ve bu yola başvurulmasında etkili neden 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere bütün takiplerin durmasıdır. İİK.m. 179/b,I. ‘*Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve e’ve’ce başlamış takipler durur; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez*’ düzenlemesi ile bu durum açıkça belirtilmiştir.

Bu açık düzenleme nedeniyle kanunda sayılan istisnalar dışında şirket veya kooperatife karşı takip yapılması ve takibe devam edilmesi hukuken mümkündür.

Ancak Atalay; kanundaki takip yasağının ‘‘icra takip işlemi’’ olarak anlaşılması gerektiği, bu nedenle de alacaklı tarafından icra takip talebinde bulunulmasının icra takip işlemi sayılmayacağı, alacaklıların takip talebinde bulunarak icra takibi başlatabilecekleri ancak icra müdürlüğüne gönderilen ödeme emirlerinin süresiz şikâyet yoluyla şikâyet edilerek takibin olduğu yerde durması gerektiğini savunmaktadır.⁵²

48 ÖZEKES, sy 3278; ATALAY, sy.124 (İflas).

49 PEKCANITEZ /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES; sy.367-368; ATALAY, sy.124 (İflas).

50 PEKCANITEZ /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES; sy.368.

51 ATALAY, sy.126 (İflas).

52 Bkz. ATALAY, sy.135 vd. (İflas).

4949 sayılı kanunun genel gerekçesinde; 'ekonominin etkin ve verimli olarak işleyebilmesi için, her şeyden önce işletmelerin çalışmaları, borçlarını ödeyebilecek ve alacaklarını tahsil edebilecek durumda olmaları lazımdır' denilmiştir.⁵³ İİK.m.179'un Hükümet Gerekçesinde 'Böylece, mali durumunun düzeltilmesi mümkün olan şirket veya kooperatifin faaliyetine devam etmesi sağlanmaktadır' denilmektedir.⁵⁴ Her iki gerekçe de asıl amaç olarak şirketlerin devamlılığın esas alındığı, alacaklı ve borçlu menfaatlerinin dengelenmeye çalışıldığı görülmektedir.

İflasın ertelenmesi taleplerinde takiplerin durması ilk bakışta alacaklı aleyhine bir durum gibi değerlendirilse dahi, iflasın ertelenmesinde alacaklıların korunması ve alacaklılar arasında eşitlik ilkeleri esas alındığından bu düzenlemenin alacaklılar aleyhine olmadığı hatta alacaklıları korumayı amaçladığı ortadadır. Yargıtay da; "*İflasın ertelenmesi durumu (kurumu) erteleme talebinde bulunan şirketin menfaatleri göz önüne alınarak düzenlenmiş ise de alacaklılarında menfaatleri şüphesiz korunmalıdır.*"⁵⁵ şeklinde verdiği kararla bu hususu açıkça vurgulamıştır. Ancak bu sonuç kural olarak, iflasın ertelenmesinin temel amacı değil, bir yan etkisi olarak değerlendirilebilir.⁵⁶ İflası ertelenen şirket, ticari faaliyetine devam ederek daha çok alacaklıya borcunu ödeyebilir. İflas halinde ise öncelikle rehinli alacaklılar ve elini çabuk tutarak erken davranan alacaklılar alacağına kavuşurken bir kısım alacaklıların alacağını tahsil edememesi tehlikesi ortaya çıkacaktır.

Takiplerin durması konusunda açıklanması gereken hususlardan biri, takiplerin erteleme kararı ile birlikte kendiliğinden mi duracağı, yoksa mahkemece bir karar verilmesi gerekip gerekmediğidir. İsviçre Federal Mahkemesi, bazı tereddütler olmakla birlikte, erteleme kararının, kendiliğinden, erteleme süresi içinde yeni takip yapılmasına engel olduğunu; bu sonucun doğması için hakim in erteleme kararında takiplerin durmasını öngörmesine ve yeni takip yapılmasını yasaklamasına gerek bulunmadığını savunarak birinci görüş (erteleme ile kendiliğinden duracağı) lehinde tavır sergilemiştir. Türk hukukunda ise İİK.m.179/b,1'deki hüküm gayet açıktır: şirket aleyhine daha önce başlatılmış icra ve iflas takipleri erteleme kararından sonra, erteleme süresi içinde duracak ve aynı süre içinde borçlu şirket aleyhine hiçbir icra ve iflas takibi başlatılamayacaktır. Bu açıdan bakıldığında Kanunumuzun alacaklılar arasında eşitlik sağlamak gayesini güttüğü ve buna bağlı olarak muhtemel bir iflas halinde şirket

53 ÇAVDAR/BİÇKİN, sy.73.

54 ÖZEKES, sy.3253.

55 Y.19.HD., 30.12.2004, E.2004/10530, K.2004/13441/ATALAY, sy.53,(İflas).

56 ATALAY, sy.53,(İflas).

alacaklılarının garantisini teşkil eden şirket mal varlığının muhafaza edilmesini hedeflediği anlaşılmaktadır ve bu gaye iflasın ertelenmesi süresi içinde takiplerin durması sonucunun kendiliğinden doğmasını gerektirmektedir.⁵⁷

Erteleme kararı ile takipler mahkemece bir karar verilmesine gerek olmaksızın durmaktadır, ancak erteleme talebi ile erteleme kararı arasındaki sürede takiplerin durumu ne olacaktır? “Mahkeme, daha iflasın ertelenmesine karar verilmeden, buna yönelik talebin incelenmesi sırasında geçerli olmak üzere, özellikle takiplerin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına karar verebilir mi? Uygulamada yargılama sürecinin uzun bir zaman alacağı düşünülerek mahkemelerin bu yönde tedbir kararı verdikleri görülmektedir. Yargıtay’ın da bu uygulamayı benimsediği anlaşılmaktadır: “*Davacı vekili... vadelerinde ödenmeyen senetlere dayanarak iflas yoluyla takibe geçildiğini, davalının takibe itiraz ettiğini ileri sürerek davalıların iflasına karar verilmesini istemiştir... Davalı... vekili, iflasın ertelenmesi için açılan davanın derdest olduğunu... belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece davalının takibe itirazının haksız olduğu, depo emrinde gösterilen meblağın ödenmediği gerekçesiyle... iflasına karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle iflasın ertelenmesi talebi üzerine ticaret mahkemesince tedbir kararı verildiğinden erteleme talebinin sonucu beklenmeyerek davaya devam edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının... temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir...*”⁵⁸

“Yargıtay, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirketin her türlü takibin durdurulmasına ilişkin bir ihtiyati tedbir kararı almış olmasını, şirket aleyhine ihtiyati haciz kararı vermesini engellemeyeceği görüşündedir. Ama Yargıtay’a göre, iflasın ertelenmesi kararından sonra alacaklılar ihtiyati haciz talebinde bulunamazlar. Ancak, erteleme kararı Yargıtay tarafından bozulmuşsa, borçlu şirket aleyhine ihtiyati haciz istenmesine engel bir durum kalmamaktadır.”⁵⁹

Mahkeme, kanundaki istisnalar dışında, bazı alacaklıların icra takiplerine devam edebilecekleri yönünde bir karar veremez, böyle bir karar aynı zamanda alacaklılar arasında eşitlik ilkesine de ters düşer.⁶⁰ Yargıtay, “*İİK.nun 179/b maddesine göre erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayı kanuna göre yapılan takiplerde dahil hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur. Mahkemece SSK. ve Vergi Dairesi yönünden takip imkanı tanınması anılan yasa hükmüne aykırıdır. Borçlunun bu yönde temyizi yoksa da takip im-*

57 ÖZTEK, sy.90; Aynı Konuda Bkz. ATALAY, sy.133 (İflas).

58 ÖZTEK, sy.91.

59 ÖZTEK, sy.92-93.

60 ATALAY, sy.134 (İflas).

kanundan hükmü teyiz eden alacaklıların zarar görme ihtimali bulunduğundan hükmün bozulması gerekmiştir’’⁶¹ kararı ile bu hususu açıkça vurgulamıştır.

Kanunda açıkça takip yapılamaz diye belirtildiği için dava açılabilir. İflasın ertelenmesi ile icra takip işlemleri duracağından ve itirazın iptali davası, bu anlamda bir icra takip işlemi sayılmayacağından, tıpkı iflasın ertelenmesi süresi içinde bir alacak davası açılabileceği ve açılmış olan davalara devam edilip karar verilebileceği gibi, erteleme kararına rağmen, daha önce başlanmış ve durmuş olan icra takibine ilişkin olarak itirazın iptali davası açılmasında ve daha önce başlamış olan itirazın iptali davalarına devam edilerek karar verilmesinde bir sakınca yoktur.⁶² Ancak erteleme süresi içerisinde açılan veya daha önce açılmış bulunan bir davadan elde edilen ilam ile borçlu şirket veya kooperatife ilamlı takip yapılamayacağı gibi itirazın iptali davası sonucunda alınan ilamla takibe devam edilmesi de mümkün değildir.

2- Hacizlere Etkisi

İflasın ertelenmesi kararı ile takiplerin durması takibin bulunduğu aşamada kalması anlamına gelmektedir. Bu nedenle de mahkemece hacizlerin kaldırılması doğru değildir. Yargıtay ‘...İflasın ertelenmesine karar verilmesi halinde uygulanacak tedbirler İİK.nun 179/b. maddesinin 1.fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre 6183 sayılı yasa uyarınca yapılacak takipler dahil başlamış takipler duracak ve yeni takipler yapılmayacaktır. Takiplerin duracağı düzenlenmiş iken hacizlerin kaldırılacağına ilişkin bir tedbire kanunda yer verilmediği gibi mevcut düzenlemeden böyle bir sonuç da çıkmamaktadır. Mahkemece bu yönler gözetilmeden hacizli malların borçlu şirkete teslimine karar verilmesinde isabet görülmemiştir...’⁶³ diyerek hacizlerin kaldırılmış olmasını bozma nedeni olarak görmüştür.

‘Ancak, mal varlığının bir kısmının hacizli kalmasının da bazı sorunları birlikte getireceği açıktır. İşletmenin bazı mal varlığı değerlerinin el değiştirmesi zorunluluğu bulunması halinde, hacizli olan mal ve haklar üzerinde tasarrufta bulunmak mümkün değildir. Bu çerçevede örneğin, haciz konulan banka hesapları ve paranın erteleme etkisi sebebiyle alacaklıya verilmesi mümkün olmadığı gibi kural olarak kullanılması da mümkün olmayacaktır. Bu açıdan sorunun çözümünü kolay değildir. Bir yanda kanunun ifadesi, diğer yanda da kurumun amacı arasında bir çatışmanın bulunduğu söylenebilir. Bir tercih yapıldığında, kanunun özü ve sözünün birlikte yorumlanması gerektiği düşünülerek, takipler

61 Y.19.HD., 17.03.2005, E.2005/9829, K.2005/2789/ ATALAY, sy.134 (İflas).

62 ATALAY, sy.135 (İflas).

63 Y.19.HD., 07.04.2005, E.2005/2033, K.2005/3760 /Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

kalmakla birlikte, hacizlerin kalkmasının daha uygun bir çözüm olacaktır.”⁶⁴ İflasın ertelenmesi kurumunun amacı şirketin veya kooperatifin iflasının önüne geçilerek ticari yaşamına devamının sağlanması olduğuna göre hacizler kaldırılarak şirket için atıl olan ve maliyet artıran mal varlığının paraya çevrilerek bu yükten şirket veya kooperatifin kurtarılması ve elde edilecek paranın iyileştirme projesinin uygulanmasında kullanılmasına izin verilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

İflasın ertelenmesinden önce haczedilen mal paraya çevrilmiş fakat alacaklıya ödenmemişse bu para ne olacaktır. Bu konuda doktrinde farklı görüşler vardır. Atalay paranın alacaklıya ödenmesi gerektiğini söylemesine rağmen Öztekin bu paranın alacaklıya ödenmemesi gerektiği görüşündedir.⁶⁵ Kanaatimizce icra dosyasındaki paranın ekonomik güçlük çeken ve paraya ihtiyacı olan şirket veya kooperatife ödenmesi ancak bu paranın kayyım denetiminde iyileştirme projesi için harcanmasının sağlanması uygun bir çözüm tarzı olacaktır.

Haczedilmiş olan mallar hakkındaki paraya çevirme yasağı, m.113,II’de öngörülen durumlarda işlemez. İcra müdürü, değeri süratle düşen veya muhafazası masraflı olan malların satılmasına her zaman karar verebilir. Bu şekilde istisnaen paraya çevrilen malların bedelinden, iflasın ertelenmesi süresi içinde dahi, öncelikle haciz sahibi alacaklıya ödeme yapılmalı, artan kısım varsa, şirkete teslim edilmelidir.⁶⁶

Hacizler korumasındaki başka bir problemde İİK.m.89 kapsamında erteleme kararından önce gönderilen ihbarnamelerin geçerliliğinin korunup korunmayacağıdır. Haciz ihbarnamesi eğer üçüncü bir kişideki para alacağı için gönderilmiş ancak para henüz icra dairesine ödenmemiş ise (para banknot, hamiline yazılı senet, poliçe ve cirosu kabil kıymetli evrak ile altın ve gümüşün haczedilmiş sayılması için el konulmuş olması geçerlilik şartı olduğundan) para icra dairesine değil iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirkete ödenmesi gerekecektir, ancak ihbarnameye konu mal menkul mal ise muhafaza haczin geçerlilik şartı olmadığından haciz tamamlanmış olacak ve malın icra dairesine teslim edilmesi gerekecektir.⁶⁷

3- Takip Yasağının İstisnaları

Takiplerin durması ve yeni takip yapılamaması konusunda kanun iki istisna getirmiştir. Bunlardan birincisi rehinli alacaklar ikincisi de İİK. 206 ncı maddenin birinci sırasında sayılan alacaklardır.

⁶⁴ ÖZEKES, sy.3280.

⁶⁵ Bkz. ÖZTEK, sy101; ATALAY, sy.138 (İflas).

⁶⁶ ATALAY, sy.139 (İflas).

⁶⁷ Bkz. ATALAY, sy.137-138 (İflas).

a- Rehinli Alacaklar Açısından Etkisi

Rehinli alacaklar konusunda sınırlama getirilmiş olup bütün rehinli alacaklar değil sadece taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehiniyle temin edilen alacaklar için, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilmesi ve başlayan takiplere devam edilebilmesine kanun izin vermektedir. (İİK.m179/b f.II)

Yargıtay; “...İİK'nun 179/b maddesinin ikinci fıkrasına göre erteleme sırasında taşınır taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış takiplere devam edilebilir. Ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Mahkemece yasa hükmüne rağmen rehinli takiplerin durdurulmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..”⁶⁸ şeklindeki kararı ile rehlin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takibin durmasına ilişkin kararı bozma nedeni olarak kabul etmiştir.

Rehinli takipler yönünden getirilen ikinci sınırlama rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılsa dahi, bu takipler neticesinde muhafaza tedbiri alınamaması ve satış yapılamamasıdır. Ancak bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehine karşılana mayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır. Rehinle temin edilmiş alacaklının, satış talebinden erteleme sonuna kadar geçecek sürede hak kazanacağı faiz miktarı, teminat miktarı olarak kabul edilmelidir.⁶⁹ Teminat koşulu, iflasın ertelenmesi kararının etkilerini düzenleyen İİK.179/b maddesinde hükme bağlandığından, rehinli malın satışı işlemi aşamasına gelmiş olması durumunda, satışın durdurulabilmesinin ön koşulu olarak kabul etmek yerinde olur.⁷⁰ Bunun doğal sonucu olarakta verilen süreye rağmen teminatın yatırılmaması halinde satış işlemine başlanabilecektir.

b. İİK. 206 ncı Maddenin Birinci Sırasındaki Alacaklar Bakımından Etkisi

İİK. 206 ncı maddesinin birinci sırasındaki alacaklar için, iflasın ertelenmesi kararına rağmen takip yapılabilir ve başlanan takiplere devam edilebilir. 206 ncı madde de bahsedilen alacaklar genel olarak nafaka alacakları, işçilerin iş ilişkisinden doğan alacakları ve işverenin yardım amaçlı kurulan sandıklar ile tesislere ve derneklere olan borçlarıdır. Bu alacaklar için hiçbir kısıtlama getirilmemiştir; haciz ve satış işlemleri de yapılabilir.⁷¹

68 Y.19.HD., 8.7.2.004, E.2004/3011, K.2004/8154 / Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

69 BALCI, sy.308 (Erteleme).

70 PEKCANITEZ /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES; sy.372.

71 PEKCANITEZ /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES; sy.370.

Ancak bu düzenlemenin iflasın ertelenmesi kurumunun amacı ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmaya açıktır. Çünkü haciz ve satış imkanı tanıyan bu hüküm, yapılan icra takibi neticesinde iyileştirme projesi için gerekli malların da satılması tehlikesi doğuracak yine alacaklılar arasında eşitsizliğe neden olacaktır. ⁷²

4- Kefiller Bakımından Etkisi

“Borçlu şirket veya kooperatife kefil olan kimseler ya da şirketler varsa; kefil ya da kefiller, iflas kararından ya da erteleme kararından etkilenmezler. Kefillerin hukuki sorumluluğunda değişiklik olmaz. Bu konuda, kefiller lehine istisna şudur; iflas kararı üzerine asıl borçlu için muacceliyet hali oluşmamasına rağmen (İİK.m.195) kefil hakkında da vadeden önce ödeme isteğinde bulunulmaz.”⁷³

Yargıtay da ‘...iflasın ertelenmesi kararının etkileri İİK.nun 179/b maddesinde düzenlenmiştir. Erteleme talebinde bulunan lehine müteselsil kefil olanların erteleme kararı sonucu verilen takip yasağından faydalanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından erteleme talebi müteselsil kefiller yönünden geçerli değildir.’⁷⁴ şeklinde karar vererek bu görüşü desteklemiştir.

Yine Yargıtay; “...İİK.nun 179/6. maddesinin ikinci fıkrasında iflasın ertelenmesi kararının ipotekli takipler yönünden sonucu düzenlenmiştir. Kural olarak iflasın ertelenmesi kararı ipotekli takipleri durdurmuyacak ancak satış işlemi yapılamayacaktır. İflasın ertelenmesinin temel amacı erteleme süresince şirketin aktiflerinin korunması, çalıştırılması, bu şekilde pasiflerin azaltılmasıdır. İİK.nun 179/a maddesinde iflasın ertelenmesini talep eden şirketin malvarlığının korunması için mahkemeye her türlü tedbiri alma yetkisi tanınmıştır. Tedbirlerin erteleme talebinde bulunan şirket yönünden uygulanacağı kabul edildiğinden şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunur. kefil veya ipotekli taşınmaz maliklerinin hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilmesi mevcut düzenlemeye aykırıdır.”⁷⁵ diyerek ile üçüncü kişi konumundaki kefil ve ipotekli taşınmaz maliklerin iflasın ertelenmesi kararından etkilenmeyecekleri yönünde karar vermiştir.

5- Davalara Etkisi

İflasın ertelenmesi kararı ile takipler durmasına rağmen davalar açısından doğrudan bir etki yaratmamaktadır. Dava açılabilen ve devam etmekte ancak alınan karar ilamlı icra takibine erteleme süresi içerisinde konulamamaktadır.

⁷² Bkz.ATALAY, sy.143 (İflas).

⁷³ BALCI, sy.309 (Erteleme).

⁷⁴ Y.19.HD., 17.03.2005, E.2004/11750, K.2005/2789 / Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁷⁵ Y.19.HD., 7.4.2005, E.2005/2033, K.2005/3760/Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

Takipli iflas yollarından açılan iflas davası, takibin doğal bir aşaması olduğundan, alacaklı tarafından başlatılan iflas yoluyla takibin durması gerektiğinden, bu davada bulunduğu aşamada durmalı ve erteleme süresi içinde iflas kararı verilmemelidir.⁷⁶

İflasın ertelenmesi ile birlikte çekle yapılan takipler durmakta ve yeni takip yapılamamaktadır. Ancak çekle takip yapılmasına izin verilmediği halde karşılıksız çek nedeniyle ceza davası açılabilen ve mahkemece verilen para veya hapis cezası infaz edilmektedir. Bu durum İİK.daki takiplerin durması hükmünü çek takipleri bakımından etkisiz hale getirmektedir. Çünkü karşılıksız nedeniyle hapis cezası çıkması halinde aynı çekle takip yapılamamasına rağmen hapis cezasından kurtulmak için borç ödenmek zorunda kalmakta ve takip yaşağının pratikte bir faydası kalmamaktadır. Bu nedenle de kanunda bir değişiklik yapılarak karşılıksız çek keşide etmek suçu bakımından zamanaşırının erteleme süresince işlemeyeceği ve bu nedenle dava açılmaması ve açılan davaların erteleme sonuna kadar durması yönünde bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

İflasın ertelenmesinde davalar açısından karşımıza çıkan bir sorunda İİK. 278-280 nci maddelerinde iptale tabi tasarruflar için öngörülen sürenin uzayıp uzamayacağıdır. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Alacaklıların korunması düşüncesi ile m.278-279 'deki iptale tabi tasarruflar için öngörülen sürenin, iflasın ertelenmesi kararının tatil etkisi nedeniyle erteleme süresi kadar uzaması yerinde olur.⁷⁷ Bunun yanında 284.maddede öngörülen beş yıllık sürede iflasın ertelenmesi kararı ile durmalıdır.⁷⁸

6- Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi

İİK.m.179/5 f.1 'Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.' düzenlemesi ile takip işlemi ile kesilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğini açıkça hüküm altına almıştır.

Bu düzenleme, alacaklıları, zamanaşımı süresini kesmek için gereksiz yere şeklen takip yapmaya zorlamaktan da kurtarmakta, hem dolaylı olarak ertelenmenin amacına hem de doğrudan alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir.⁷⁹

76 PEKCANİTEZ /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES; sy.372.

77 PEKCANİTEZ /ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES; sy.372.

78 ÖZEKES, sy.3281.

79 ÖZEKES, sy 3281.

İflasın ertelenmesi kararından etkilenmeyen takipler için zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması söz konusu değildir.⁸⁰

SONUÇ

İflasın ertelenmesi kararı ile verilen muhafaza tedbirleri; sadece şirket açısından alacaklılara karşı şirketin mahkemece koruma altına alınması anlamına gelmeyip, şirketi kendi yöneticilerine karşıda koruma altına alan bir kurum olup şirket yöneticilerinin keyfi hareket etmesinin önüne geçilerek alacaklılar arasında eşitliğin sağlanması hedeflenmektedir. Ancak muhafaza tedbirlerine karar verilirken sırf bu koruma duygusundan hareketle şirketin tüm hareket alanları kısıtlanmamalı ve şirkete iyileştirme projesine uygun olarak finansman sağlamak için bazı malları devretme yetkisi tanınmalıdır. Bu yapılırken de mahkemece iyi bir değerlendirme yapılmalı ve iyileştirme projesine uygunluğu sıkı denetlenmeli ve alacaklıların zarara uğraması engellenmelidir.

Yine muhafaza tedbirleri ile şirket veya kooperatifin hemen iflas etmesi halinde alacaklıların durumu ne olaksa erteleme sonunda en az o kadar olması amaçlanmaktadır. Bu nedenle de şirket için atıl durumda olan ancak değiştirilmesi halinde şirketin çalışmasına faydası olan taşınır veya taşınmaz malların iyileştirme projesi çerçevesinde parasal olarak değer kaybı oluşturmadığı sürece değiştirilmesine izin verilmelidir.

İflasın ertelenmesi, başvuran açısından takiplerin durdurulması için bir yol olmamalı ve kötüye kullanılmasının önüne geçilmelidir. Fakat kötü niyetli borçluların bu yolu kullanmasına engel olmaya çalışırken, bir fırsat tanınsa kendisini toplayacak ve ekonomik yaşamına devam edebilecek şirketlere bir şans verilmelidir.

İflasın ertelenmesi kararı ile her ne kadar sadece takipler durmakta ve mahkemece maddi hukuk açısından sonuç doğuracak tedbir kararları verilememekte ise de, takiplerin de temelini maddi hukuktan kaynaklanan alacaklar oluşturduğundan bu konuda mahkemeye esnek davranma imkanı verilmeli ve maddi hukukta sonuç doğuracak takas, mahsup, blokaj, hapis gibi işlemlerin uygulanmaması konusunda da karar verilme yetkisi tanınmalıdır. Çünkü iflasın ertelenmesi talebi üzerine verilen kararla duran takipler de neticede maddi hukuktan kaynaklanan alacaklardır.

Her ne kadar iflasın ertelenmesi ile Yargıtay hacizlerin kaldırılamayacağı yönünde kararlar vermekte ise de maliyet artıran veya şirketin kullanması halinde şirkete finansman sağlayacak mallar üzerindeki hacizler kaldırılmalı ve kay-

80 ATALAY, sy.153 (İflas).

yım denetiminde satışına veya kullanılmasına iyileştirme projesi kapsamında izin verilmelidir.

Mevcut düzenleme, iflasın ertelenmesinde karşılıksız çek keşide etmek suçu açısından dava açılmasına ve verilecek hapis cezasının infazına engel teşkil etmemektedir. Bu da çekte dayanan alacaklar açısından takip yasağını pratikte etkisiz hale getirmektedir. Bu nedenle de karşılıksız çek keşide etmek suçu açısından, zamanaşımının erteleme sonuna kadar işlememesi ve açılan davaların erteleme sonuna kadar durması, en azından hapis cezalarının infazının erteleme sonuna kadar ertelenmesine imkan tanınması iflasın ertelenmesi kurumunun amacı açısından uygun bir çözüm tarzı olacaktır.

İflasın ertelenmesi kararı ile rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip-lerde; rehinle karşılanmayan faizler için teminat gösterilmek zorunda kalınması da ertelemenin amacı ile bağdaşmamaktadır.

İflasın ertelenmesi kararının ilanı her ne kadar Yargıtay tarafından zorunluluk olarak öngörülmüş ve bozma nedeni olarak kabul edilmiş ise de; erteleme kararının tedbir niteliğinde oluşu, ilanı yapıp yapmama konusunda kanunca hakime takdir yetkisi tanınmış olması karşısında; bu kararın ilanı ile erteleme talebinde bulunmanın durumunun kötü olduğunun piyasada bilinmesi erteleme talebinde bulunmanın finansman, ham madde, kredi vs. bulmasını güçleştireceğinden ilan edilmesinin daha uygun olacaktır.

İflasın ertelenmesi kurumu borçlunun alacaklılarından mal kaçırmayı veya takipleri durdurarak ödemelerini geciktirmesi için bir yol olmayıp, kendi elinde olmayan nedenlerle düştüğü zor durumdan çıkması, tekrar ekonomik yaşamına devam edebilmesi için araçtır. Bu nedenle de talepte bulunanın gerçekten iyileştirme projesinin amacına ulaşip ulaşmayacağı iyi değerlendirilmeli ve bu kurum sayesinde alacaklıların zarara uğranması engellenmelidir.

KAYNAKÇA

- ATALAY, Oğuz:** Borca Batıklık ve İflasın Erteleenmesi, İzmir 2006. (İflas).
- ATALAY, Oğuz:** "İflasın Erteleenmesi", Bankacılar Dergisi, Yıl 2003, Sayı 47. (Seminer).
- AYDEMİR, Ercan-ÇAĞLAR, Enis:** Sermaye Şirketleri Kooperatifler ve Kobi'lerde İflasın Erteleenmesi ve Borçların Yapılandırılması, Ankara 2007.
- BALCI, Şakir:** "İflasın Erteleenmesi", Legal Hukuk Dergisi, Temmuz 2005.(Makale).
- BALCI, Şakir:** İflasın Erteleenmesi Usul ve Esasları, İzmir 2005. (Erteleme).
- BAŞÖZEN, Ahmet:** İflasın Ekonomik Analizi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006/2.

BAŞÖZEN, Ahmet: Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.

ÇAVDAR, Seyit/BİÇKİN, İnci: İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2006.

KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1997.

ÖKTEM, Seda: "İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık Bilânçosu", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 2006/6.

ÖZDEMİR, Mehmet: "İflasın Ertelenmesi Üzerine Analiz", Ahudergi, Yıl 1, Sayı 2.

ÖZEKES, Muhammet: "İflasın Ertelenmesi", Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2005.

ÖZTEK, Selçuk: İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007.

ÖZTEK, Selçuk: "İflasın Ertelenmesi", Bankacılar Dergisi, Yıl 2005, Sayı 53.(İflas)

PEKCANITEZ, Hakan: "İflasın Ertelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 79, Sayı 2005/2.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2005.

TORAMAN, Barış: İcra ve İflas Kanununa Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi Talebi, Ankara 2007.

Tez Özetleri



OSMANLI DEVLETİ'NDE SİYASAL İKTİDARIN MEŞRULUK TEMELLERİ

*Arş. Gör. Dr. Yılmaz YURTSEVEN**

I. Giriş

Son dönemde Osmanlı Devleti açısından meşruluk analizlerinin yapıldığı bazı çalışmalara rastlanmaktadır. Ancak söz konusu çalışmalarda genellikle, konunun belirli bir boyutla sınırlanarak ve daha dar kapsamla ele alındığı görülmektedir. Bu çalışmada ise Osmanlı siyasi iktidarının meşruluğuna ilişkin incelemeler, belirli bir zaman kesitiyle sınırlandırılmamıştır. Ayrıca, beylikten imparatorluğa doğru gelişen yapıda siyasi sistem, iktidar, otorite, yönetim anlayışı, yönetici-yönetilen ilişkileri, hukukî yapı ve egemenlik kavramları modern siyaset bilimi, kamu hukuku ve hukuk tarihi kriterleri çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. Meşruluk Kavramı

A. Genel Olarak

Meşruluk problemi, tarihî süreç içerisinde daha çok yönetici gücün dayanaklarının değerlendirilmesi bakımından önem arz etmiştir. Bununla birlikte, meşruluk kavramı, sadece yönetenlerin etkinliğiyle sınırlı olmayıp, daha kapsamlı şekilde, hukukun temel dayanağıyla da ilgili bulunmaktadır¹. Nitekim meşruluk kavramının hukuk ile kesin bir ilişki içerisinde olduğunu vurgulayan Hirsch buna ilişkin olarak şu açıklamayı yapmaktadır: “Meşruluk, bir kimsenin, kendisine ya da başkalarına karşı kendi davranışının veya başkalarının eylemlerinin doğruluğunu, geçerli sebeplere dayanarak gerçekleştirilmiş olumlu ya da olumsuz bir tavrın yerindeliğini benimsenebilir bir şekilde göstermek amacı taşır. Bir başka ifadeyle meşruluk kavramı “haklı olmak” iddiasını içermektedir. Bu iddia, ferdî olarak bir hakkın, herkes için bağlayıcı bir hukuk düzeninde kendi tartışılmaz temelini bulmuş bir hukuk kavramına dayandığı inancını kapsamaktadır”².

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

1 COTGROVE Stephen, *The Science of Society*, London 1979, s. 162.

2 HIRSCH Ernst E., “İktidar ve Hukuk” (çev. Hayrettin Ökçesiz), *Hukuk Araştırmaları*, c. 2, sy. 3, İstanbul 1987, s. 42-43.

İktidarın meşruluğu ise her şeyden önce onun, topluluk üyeleri ya da hiç değilse bunların çoğunluğu tarafından, haklı bir iktidar olarak tanınması anlamına gelmektedir. Buna göre bir iktidar, eğer haklılığı konusunda görüş birliği varsa meşru kabul edilecek, aksi takdirde salt bir güç niteliğine bürünecektir. Salt bir güç ise ancak kendisine boyun eğilmesini sağlayabildiği sürece varlığını sürdürebilecektir. Bugüne kadar iktidarların meşruluk temellerine ilişkin olarak din, gelenekler, kanunlar ve karizmatik özellikler gibi çeşitli unsurların varlığına işaret edilmiştir. Şüphesiz bunların gerçekte iktidarlarını akli bir temele oturtma çabasından ya da aklamadan ibaret olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak işaret edilen unsurlar ve gerekçe ne olursa olsun, iktidarın tek kaynağı ya da kökeni, uygulandığı topluluğun norm ve değerler sisteminde belirlenen meşruluk ölçülerine uygun olması ve bu ölçüler konusunda o toplulukta bir görüş birliğinin bulunmasıdır³. İnsanlık tarihi boyunca hangi yönetim şekli olursa olsun, tüm siyasi birliklerde ya da devlet adını verdiğimiz yapılanmalarda mutlaka karar alma, emir verme ve bu karar ve emirleri gerektiğinde zora başvurma yoluyla yürüten bir kişi ya da kişiler topluluğu anlamında bir siyasi iktidar olgusu varolmuştur. Bu bir evrensel gerçek olarak önümüzde durmaktadır. Bununla birlikte evrensel gerçek olarak nitelenen siyasi iktidar olgusunun ortaya çıkışı, beraberinde bazı soruları da getirmektedir. Örneğin; siyasi iktidarın kaynağının ne olduğu, siyasi kudreti ellerinde bulunduranların başkalarına emretme ve gerektiğinde emirlerine uyulmasına zorlayabilme yetkilerini nereden aldıkları, insanların iktidarın karar ve emirlerine neden boyun eğdikleri ya da onlara niçin itaat ettikleri bunlardan bazılarıdır.

Jean Jacques Rousseau, söz konusu soruların cevabını “Toplum Sözleşmesi” adlı ünlü eserinde “genel irade” kavramıyla bağlantı kurmak suretiyle açıklamaktadır. Rousseau’ya göre, insanların toplum halinde yaşarken tıpkı doğal durumdaki gibi özgür olabilmelerinin ve aynı zamanda herkesin özgürlüğünün siyasi iktidar (devlet) tarafından güvence altına alınabilmesinin yolu, istisnasız herkesin tüm haklarını topluma devretmesidir. Böylelikle herkes iktidarda pay sahibi olabilecek ve iktidarın kendisine ait olan bir parçasını kullanabilecektir. Buna göre, toplum üyelerinin her biri kendisinde iktidarın birer parçasını taşıdığı için, iktidarın parçalarının bir araya gelmesiyle bireylerin tekil (somut) iradeleri birleşerek ortak irade veya genel iradeye dönüşmekte, dolayısıyla iktidar hem itaate hak kazanmakta hem de meşruluğa kavuşmaktadır⁴.

Rousseau’nun tasavvur ettiği yönetim modelinin ve meşruluk anlayışının bir ideali ifade ettiğini belirtmek gerekir. Çünkü ünlü düşünürün bu düşüncelerinin

3 COICOU Jean Mare, *Legitimacy and Politics*, Chambridge 2002, s. 10-11; DUVERGER Maurice, *Siyaset Sosyolojisi* (çev. Şirin Tekeli), İstanbul 1998, s. 132.

4 ROUSSEAU Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi* (çev. Vedat Günyol), İstanbul 1984, s. 24-26.

hayata geçirebileceği zemin, esas itibariyle doğrudan demokrasiye elverişli olabilecek küçük bir şehir devletidir⁵. Oysa; örneğin Osmanlı İmparatorluğu gibi çok geniş bir coğrafyaya yayılmış ve çok farklı etnik köken ve inançlara mensup insanlardan oluşan bir devlette Rousseau'nun tezini gerçekleştirmek imkansız olduğu gibi, günümüzün büyük ölçekli devletlerinde de aynı modelin uygulanamayacağı bir gerçektir.

Rousseau dışında iktidara itaat ve meşruluk konusunda bireyler arasındaki sözleşmeyi esas alan düşünürlerden, özellikle Thomas Hobbes ve John Locke'un fikirleri de dikkat çekici olup; her iki düşünür de bireylerin, kendi çıkarları ve güvenlikleri için devletin hükümlerini kabul etmeleri gerektiğini belirtmişlerdir⁶. Nitekim Hobbes'ın düşüncesinde, insanlar, doğa durumundayken tüm hak ve yetkilerini anarşiden kurtulmak amacıyla Leviathan'a devrettiklerinden, iktidarı elinde tutan bu gücün (Leviathan'ın), yönetilenlere karşı bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu itibarla, Hobbes'a göre gönüllü irade devri yoluyla Leviathan meşruluğun kaynağı olduğu gibi, itaatın de gerekçesini oluşturmaktadır⁷.

Locke ise iktidara koruyucu bir işlev yüklemekle birlikte, bunu sınırlı tutmuştur. Düşünüre göre, iktidardan; düzeni sağlamanın yanında, kişisel hakları, özgürlüğü ve bireysel mülkiyeti koruması da beklenir. Bunları sağlayamadığı takdirde, iktidara gösterilen rızanın geri çekilmesi, daha da ileri gidilerek, iktidarın devrilmesi meşru hale gelecektir. Dolayısıyla Hobbes'ın tersine Locke, insanların doğuştan sahip oldukları bir takım haklarının bulunduğunu ve iktidarın bu hakları yok sayamayacağını, aksi halde meşruiyetini yitireceğine inanmaktadır. Bu bağlamda, Locke'un itaat ve meşruluk problemine yaklaşımında Rousseau ve Hobbes'un temsil ettiği türdeki sözleşmecî anlayışı aşan bir yön bulunmaktadır. Çünkü düşünür, yönetenler ile yönetilenler arasında güven temeli üzerine oturmuş bir ilişkinin esas olduğunu belirtmekte ve buna göre bir iktidarın yönetilenler üzerinde güveni tesis edebildiği sürece meşru sayılacağını ve itaate değer görüleceğini ileri sürmektedir⁸.

Ünlü düşünürlerin fikirleri bir yana bırakılırsa, fiziki zor kullanma gücünü her hangi bir yolla ele geçirmiş olan siyasi iktidarın, salt bu güce dayanarak toplumu yönettiğini söylemek başta işaret edilen soruları cevaplayabilmek için yeterli olmayacaktır. Çünkü bir siyasi otoritenin sadece zor kullanma gücünü

5 SARIBAY Yaşar/ÖĞÜN Süleyman Seyfi, *Politikbilim*, İstanbul 1999, s. 32.

6 SARIBAY/ÖĞÜN, s. 32.

7 HOBBS Thomas, *Leviathan: Veya Bir Din veya Dünya Devletinin İçeriği*, Biçimi ve Kudreti (çev. Semih Lim), İstanbul 1995, s. 129-130.

8 SARIBAY/ÖĞÜN, s. 33.

elinde tutarak ya da üstün emretme kudretine veya baskısına dayanarak uzun süre ayakta kalabilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, iktidarı ellerinde bulunduranlar, daima yönetilenleri (halk, tebaa ...) sadece emretme ve yönetme güçlerine değil, fakat aynı zamanda emretme ve yönetme haklarına da sahip olduklarına inandırmaya çalışmışlardır. Buna göre iktidarın rastgele ele geçirilmeyip, bir hakka dayandığı fikrinin, yönetilenlerce kabul edilmesi ölçüsünde, o iktidar meşru bir iktidar olacaktır ve böyle bir iktidara itaat de yönetilenler için bir görev halini alacaktır⁹.

B. Siyasi Meşruluğun Önemi Ve Fonksiyonu

Siyasi iktidarın meşruluğu problemini, sadece teorik bir problem olarak görmek yerinde bir anlayış değildir. Kavram, her şeyden önce siyasi alanda iktidarın elde edilmesi ve sürdürülebilmesi bakımından çok önemli bir fonksiyona sahip bulunmaktadır. Çünkü adı veya şekli her ne olursa olsun, bir siyasi sistemde yönetilenler, iktidarın meşruluğuna inandıkları ölçüde onun karar ve tasarruflarına iradi olarak uyma eğilimi sergilemektedirler. Böylece, bunları benimseyip kabullenmeyi, onlara uymayı tamamen doğal ve hatta gerekli saymaktadırlar. Dolayısıyla yönetilenlerin bu tutumu sürdürükçe siyasi iktidar, çok istisnai durumlar dışında, zor kullanma tekeline başvurmaksızın itaati sağlamış olacaktır. Buna karşılık, yönetilenlerin büyük çoğunluğunda siyasi iktidarın meşruluğuna dair inancın zayıf veya düşük olması halinde ise, onun karar ve tasarruflarına kendiliğinden itaat eğilimi sarsılacaktır. İktidar, itaati fiziki güç kullanma ya da şiddet ve tehdit yollarına başvurarak sağlamaya çalışacaktır. Bu karşılıklı etkileşim, meşruluk ile kuvvet kullanma arasında ters bir orantı olduğunu göstermektedir. Buna göre yönetimin şiddet ve zor kullanma eğilimi arttıkça, yönetilenlerin meşruiyet inancı zayıflayacaktır¹⁰. Nitekim siyasi iktidarın karşı konamaz bir güce sahip olması veya buna dayanarak yönetilenlere korku salması, onun meşru olarak kabul edilmesini sağlamayacaktır. Şüphesiz güç ya da şiddet kullanma, siyasi iktidarın özünde bulunmaktadır. Ancak cebir ile kurulan veya sadece zor kullanmaya dayanarak varlığını sürdürmeye çalışan bir egemenliğin, yönetilenlerin gözünde otoriteye dönüşmesi de mümkün görünmemektedir¹¹. Çünkü bir iktidarın elde edilişi, kullanılışı ve el değiştirme şekli o iktidarın kimliğini belirlemektedir. Dolayısıyla zorla ya da zorbalıkla iktidarın ele geçirilmesi iktidarı kullanana haklılık kazandırmayacaktır. Aynı şekilde,

9 KAPANİ Münci, *Politika Bilimine Giriş*, İstanbul 2001, s. 67.

10 COICAUD, s. 13; KAPANİ, s. 84-85; HAZIR Hayati, *Anayasa Hukuku*, Ankara 2004, s. 68-69; BALI Ali Şafak, "Tarih Boyunca Türk Devletlerinde Siyasi İktidarın Meşruluk Temelleri", *SÜHFD*, c. 12, sy. 1-2; Konya 2005, s. 94.

11 AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/KÖKER Levent, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, Ankara 2000, s. 249-250.

meşru yoldan iktidara gelenlerin giderek yetkilerini kötüyeye kullanmaları veya ortak yarardan uzaklaşmaları da meşruiyetlerini yitirmelerine neden olacaktır¹².

Ünlü İslam düşünürü İbni Haldun (1334-1406), sözü edilen durumla bağlantılı olarak hükümdarların, tebaalarına karşı kötü muamelelerde bulunmalarının, devlet düzenini bozacağını ve iktidarın toplum gözünde değerini yitireceğini belirtmektedir. Düşünüreye göre, toplumun iktidara saygı ve bağlılığı, onun yönetilenlere gösterdiği hoşgörü ve adalet anlayışıyla orantılıdır. Böylece iktidar ancak yönetilenlere nispet edilebilecek ve sadece toplum desteğinden güç alabilecektir¹³. Dolayısıyla iktidar; tek kişide toplanmış olsa bile, meşruiyetinin temelinde, yönetilenlerin kendisine gösterdiği rıza ve bağlılığının yattığı görülmektedir.

C. Meşruiyet Krizi

Yukarıdaki açıklamalarımızda siyasi iktidar için en önemli dayanağın meşruiyet olduğunu belirtmeye çalıştık. Bu bağlamda sosyal yapı, kültürel değerler, siyasi hedefler, ideolojik söylem ve yönetim anlayışı birbirini tamamlayan meşruiyet unsurları olarak belirlemektedir. Dolayısıyla söz konusu unsurlar arasında ortaya çıkacak herhangi bir çatışma veya uyumsuzluk meşruiyet krizini doğuracaktır. Yönetilenlerin, kendilerini ne ölçüde siyasi ve toplumsal bütünlüğün parçaları oldukları hakkında sorgulamaya başlamaları ve aidiyet duygusunun zayıflaması meşruiyet krizinin temel sebebini oluşturmaktadır. Yönetenler açısından ise meşruluk krizi toplumsal ilke ve değerlere yabancılaşmalarını ifade etmektedir. Bu yabancılaşma bir etki-tepki prensibi içerisinde bireylerin ve dolayısıyla toplumun da iktidara yabancılaşmasına yol açmaktadır. Böyle bir durumda yönetilenler, siyasi sorunlar karşısında tepkisiz ya da ilgisiz kalacak veya siyasi sisteme karşı güvensizlik ya da itiraz sesleri yükselecektir¹⁴.

D. Meşruluğun Temelleri

Siyasi meşruiyet kavramının tarihi arka planını göz önünde bulundurduğumuzda, meşruluk temellerini “dinsel temeller” ve “toplumsal temeller” olmak üzere iki ana başlık altında incelemek kanaatimizce daha yararlı olacaktır.

1. Dinsel Temeller

İnsanlık tarihinin başlangıcından itibaren toplumsal kaynaşmayı ve dayanışmayı sağlayacak insanüstü, toplumüstü değer ve ilkeler aranmıştır. Bu durum, toplumun yönetiminde egemen olan ve kural koyan güçlerin tamamen dini bir kisveye bürünmesi ve doğaüstü, insan bilincinde yer edinmiş üstün güçlerin

12 AKAD Mehmet/DİNÇKOL (VURAL) Bihterin, Genel Kamu Hukuku, İstanbul 2000, s. 39.

13 İBNİ HALDUN, Mukaddime (çev. Zakir Kadiri Ugan), c. I, İstanbul 1990, s. 474-478.

14 ÇETİN Halis, “İktidar ve Meşruiyet”, Siyaset (ed. Mümtaz'er Türköne), Ankara 2003, s. 60.

toplum yönetimine “yasallık” veya bir bakıma “meşruiyet” sağlaması sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla her siyasi iktidar, egemenliğini belirli bir kaynağa dayandırmak ve böylece iktidarına geçerlilik, süreklilik ve daha da önemlisi” meşruiyet” kazandırmak ihtiyacı hissetmiştir. Bu meşruiyet arayışı, yönetilenlerin iktidarın koyduğu kurallara uygun davranmalarını sağlayacak ve iktidarın belirtilen erkine yasallık ve geçerlilik kazandıracak bir kaynağın varlığını gerektirecektir. Eğer iktidar böyle bir kaynağa dayanmıyor ise yönetilenlerin ona rıza göstermesinin gerekçesi de ortadan kalkacaktır. İşte bu gerekçe yüzyıllar boyunca “din” olarak kabul görmüştür¹⁵.

Dinin yüzyıllarca iktidarın kaynağı ve meşruiyetinin dayanağı olarak görülmesi bu alanda din temelli meşruluk teorilerin ortaya atılması sonucunu doğurmuştur. Bu teorilerin ortak yönleri, iktidarın meşruluğunu Tanrı’ya dayandırmalarıdır¹⁶.

Teokratik görüşler “Tabiatüstü İlahi Hukuk Teorisi” ve “Mukadder İlahi Hukuk Teorisi” olarak ikiye ayrılmaktadır.

Tabiatüstü ilahi hukuk teorisine göre Tanrı, bir yandan toplumları başlarında bir otorite olmaksızın yaşayamayacakları şekilde yaratmış, bir yandan da otoriteyi¹⁷ kimin kullanacağını belirlemiştir. Bu durumda, belli bir ülkede ve toplumda, belli bir kişi ya da hanedana iktidarı veren, bir ilahi güç, yani “Tanrı”dır. İktidarın asıl sahibi Tanrı olmakla birlikte onu kullanan, Tanrı tarafından seçilen kişi veya sülaledir¹⁸.

Söz konusu teoride, siyasi iktidarın kaynağı tabiatüstü, ilahi ve dini temelle dayandırılmıştır. Dünyevi iktidar ile manevi iktidar, siyasi yapı içerisinde sürekli beraber varolmuşlardır. O kadar ki, suç ve günah, itaat ve ibadet kavramları birbirinden ayrılmamış, iktidara itaat edip rıza göstermek dini bir zorunluluk sayılmıştır. Hatta siyasi iktidarı elinde bulunduran kişilere “Tanrı-Kral” adı verilmiştir. Örneğin Eski Mısır’da Firavunlar Tanrı Osiris’in oğulları olarak ilan edilmiştir. Bu yolla Firavun, sadece Tanrı’nın oğlu değil, aynı zamanda Tanrı’nın yeryüzünde insanları yönetmek için görevlendirdiği kişidir. Firavun’a itaat etmek sadece siyasi bir yükümlülük değil, aynı zamanda dini bir ibadettir¹⁹. Bu

15 ÇETİN, s. 48.

16 ÖZÇELİK Selçuk, Anayasa Hukuku I (Umumi Esaslar), İstanbul 1984, s. 60; TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2003, s. 87; ÖZTEKİN Ali, Siyaset Bilimine Giriş, Ankara 2001, s. 14. BALL, s. 90-91.

17 Buradaki “otorite” terimi, “meşru iktidar” olarak anlaşılmalıdır.

18 TEZİÇ, s. 89-90; ÖZTEKİN, s. 14; BALL, s. 95.

19 OKTAY Cemil, Siyaset Bilimi İncelemeleri, İstanbul 2003, s. 13; ÇETİN, s. 48; ÖZTEKİN, s. 14.

gelenek doğu medeniyetlerinde de yer almıştır. Çin imparatoru “Göklerin Oğlu”, Türk hakanı ise “Gök Tengri'nin kut verdiği kişi”dir²⁰.

Mukadder İlahi Hukuk Teorisine göre de iktidarın kaynağı ilahidir. Ancak iktidarı kullanan hükümdar ya da hanedan, doğrudan Tanrı tarafından seçilmiştir. Tanrı, doğal ve insani olayları, üstün iradesi ile yönlendirir. Siyasi iktidarın meşruluğu, onu kullanan hükümdarın Tanrı'nın emriyle seçilmiş olmasından değil, Tanrı'nın eseri olan toplum düzeninin, doğal ve temel kanunlara dayanmasındandır²¹. Teorinin Hıristiyan ve İslam anlayışı çerçevelerinde ayrı ayrı değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

Hıristiyan anlayışa göre, otoritenin sadece kaynağı, temeli Tanrı'dadır, kullanımı ise insanidir. Başka bir deyişle, iktidarın kaynağı yine ilahi olmakla birlikte, bu iktidarı yeryüzünde kullanacak kişi ya da kişileri insanlar seçmektedir²². Tanrı, insanların başlarında bir otorite bulunmaksızın yaşamamalarını emretmekle birlikte, bunun şeklini kendilerine bırakmıştır. Buradan çıkan sonuç, kilise anlayışının herhangi bir hükümet şekline üstünlük tanımadığıdır. Dolayısıyla, zamanın şartları ve özellikleri sonucunda ortaya çıkacak iktidarlar için bir tek meşruiyet ölçüsü vardır ve bu “ortak fayda”dır²³. Bu demektir ki sosyal olayların seyri, topluma hükmedecek iktidarın şeklini belirler. Bu bağlamda, dini inanışların ve ritüellerin baskın olduğu bir toplumda, bu tür hassasiyetleri olmayan bir siyasi iktidarın meşru olması veya sonradan meşruluk kazanabilmesi çok mümkün görünmemektedir.

Kilise anlayışının bir başka özelliği de insanı bir süje olarak görmesi ve ona bir takım haklar tanımasının yanında, siyasi iktidara sadece kişisel nitelikleri dolayısıyla değil, ilahi otoritenin bir gölgesi olduğu için itaat edilmesi gerektiğini kabul etmesidir. Buna göre iktidar, tanrı buyrukları doğrultusunda hareket etmekte, bunun doğal sonucu olarak da yöneten ile itaat eden arasında bir ast-üst ilişkisinden çok Tanrı buyruğuna birlikte boyun eğen kullar olmaları önem kazanmaktadır. İşte bu doğrultuda, kilise doktrini iktidarın egemenliğine sınırlar koymaktadır. Çünkü Tanrı onlara bu iktidarlarını ancak toplumsal faydayı sağlamak amacıyla, bir araç olarak vermiştir. Buradan çıkan sonuç ise bu anlayışın, toplumsal faydayı sağlayabilmek için, iktidarı kullanma yolunun halkın rızasıyla, oyuyla açılmasının kabul edilebileceğidir²⁴.

20 ÇETİN, s. 49. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., AKYILMAZ Gül, “Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi”, SÜHFD, c. 7, sy. 1-2, Konya 1999, s. 129-159.

21 TEZİÇ, s. 91.

22 ÖZÇELİK, s. 61; BALI, s. 96.

23 YAYLA Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1986, s. 56; BALI, s. 96.

24 YAYLA, s. 57; BALI, s. 96.

İslam'da ise egemenliğin gerçek sahibi Allah olmakla birlikte, Allah adına bu egemenliği kullanma yetkisi, Hz Peygamber aracılığıyla duyurulmuş ilahi kurallar uyarınca, halife/hükümdara aittir. Halife²⁵, aynı zamanda İslam toplumunu yönetmek üzere tayin edilmiş (veya seçilmiş) vekildir. Dolayısıyla egemenliğin gerçek sahibi olmayıp, bu yetkiyi Allah adına kullanan kişidir. Bu yönüyle halife, Hz. Peygamber'in halefi olmak sıfatıyla, İslam toplumunu yöneten devlet başkanıdır. Halifenin yönetme yetkisi "şeriat" adı verilen ilahi kurallarla sınırlanmıştır²⁶. Görüldüğü gibi İslamî anlayışın Hıristiyan öğretilerden başlıca farkı İslamî genel esasların Kur'an'da açıkça ve belirgin olarak bildirilmiş olmasıdır.

Teorik olarak halifelik neredeyse tamamen dünyevileştirilmiş bir kurumdur ve halife tek olmalıdır. Bu durum, İslamî anlayışta egemenliğin bölünemez olmasının bir sonucudur²⁷.

İslam anlayışında siyasi iktidarın meşruluğu, yöneten ve yönetilen ayrımına bağlı olarak, karşılıklı yükümlülüklerden öte her iki tarafın da Allah'a veya ilahi otoriteye karşı sorumluluğu şeklinde anlaşılabilir. Çünkü devlet düzeninin önemli bir özelliği de itaat ve teslimiyettir. Merkezi bir otoriteye itaat edilmeden devletin teşekkül etmesi mümkün olmadığından, bu konuya büyük önem verilmektedir²⁸. Sözgelimi, Hz. Peygamber, sadece bir peygamber değil, aynı zamanda ümmetinin başında en üst makamda bulunan bir hükümdardır. Ona itaat ümmet üyeleri için aynı zamanda bir ibadet hükmünde görülür. Peygamber için söylenenler, aynı kuvvette olmamakla birlikte, halife ya da ulü'l-emr (hükümdar) için de geçerlidir²⁹.

2. Toplumsal Temeller

a. Yönetimin Kaynağının Halk ya da Millet Olması

Siyasi iktidarın kaynağı ve meşruluğu hakkında ileri sürülen görüşlerden bir kısmı da bu gücü, insan temeline oturtan ve toplumu bu gücün gerçek kaynağı ve sahibi olarak açıklayan görüşlerdir³⁰. Demokratik teoriler olarak adlandırılan bu görüşler, milli egemenlik ve halk egemenliği teorileridir.

25 Halife hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., AYDIN Mehmet Akif, "İslam Hukukunda Devlet Başkanının Tayin Usulü", İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İstanbul 1996, s. 145 vd.; CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003, s. 85-93.

26 ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 169; CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 84; MEVDUDİ, İslam Nizamı, s. 295.

27 MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara 1985, s. 185.

28 AKGÜNDÜZ, s. 9.

29 OKTAY, s. 14.

30 OKANDAN Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 762; BALI, s. 98.

XVII. Yüzyılda geliştirilen klasik demokratik meşruluk teorilerinin en önemlisi ve en yaygını, günümüzde de değişik anlayışlara yol açmakla birlikte, etkisini sürdürmeye devam eden Milli Egemenlik Teorisi'dir. Teoriye göre tek meşruluk kaynağı ve egemenliğin sahibi millettir³¹. Siyasi iktidarın toplumdan (milletten) ayrı bir güce sahip olması, toplumdan bağımsız ve ondan kaynaklanmayan hak ve yetkilerle donanması mümkün değildir³². Özetle, siyasi iktidar toplumun ortak iradesine dayanmaktadır.

Milli Egemenlik Teorisinin kaynağı Jean J. Rousseau'dur. Rousseau'ya göre; siyasi toplumun temeli, başlangıçta onu meydana getiren insanlar arasında kurulan bir sözleşmeye dayanır. Tabiat halinden düzenli toplum hayatına geçişi sağlayan bu sözleşme ile insanlar iradelerini birleştirmişler, kendilerini bütün hak ve yetkileri ile topluluğa devretmişlerdir. Bu yolla ortaya "genel irade" çıkmıştır. Genel irade, kişisel iradelerin sadece toplamından oluşan bir yapı değildir. Onlardan ayrı, onların üstünde, kendine özgü bir varlığa sahip kolektif bir iradedir. Genel irade, aynı zamanda en üstün iktidardır³³. Bu anlamda, topluluğun oluşturduğu genel irade, en üstün iktidar olma vasfıyla, meşruiyetini yine topluma borçludur. Bu düşünceye göre toplum, sahip olduğu gücün sadece kullanımını yine kendi denetimi altında tutarak kendisinin üzerinde olduğunu kabul ettiği genel iradeye devretmektedir. Ancak bu devretmeyle toplum kendisinde bulunan üstün güce sahip olmasında bir değişiklik yapmamakta, üstün güç yine toplumda kalmaktadır.

Rousseau, genel irade kavramı üzerinde uzun uzadıya durmakla birlikte, getirdiği açıklamalar yeteri kadar aydınlatıcı değildir. En temel sorun olan, belli bir konuda genel iradenin nasıl tecelli edeceği sorusuna verdiği cevap şudur: Genel irade bir oylama sonucunda ortaya çıkar. Her zaman oybirliğini sağlamak mümkün olmadığına göre, çoğunluğun iradesi genel iradeyi oluşturacaktır. Ancak çoğunluk tarafından ifade olunan genel irade esasında azınlığın iradesini de kapsamaktadır. Dolayısıyla, azınlık da buna katılmış sayılır. Çünkü genel irade, toplumun ortak yararına yönelmiş şaşmaz, yanılmaz, üstün bir iradedir³⁴.

Milli egemenlik teorisine göre, belirli bir zamanda ülkede yaşayan insanların kişiliklerinden ayrı bir kişiliği olan millet, egemenliğin tek meşru kaynağı ve sahibidir. Egemenlik (üstün iktidar), kuşkusuz onu açıklayacak, ifade edecek bir iradenin varlığını gerektirir. Millet, fiziki bir varlığa sahip olmasa da bir "manevi kişi" olarak kendine özgü bir iradeye sahiptir. Egemenlik, bu "milli irade"de

31 KAPANİ, s. 71; TEZİÇ, s. 92.

32 OKANDAN, s. 764.

33 ROUSSEAU, s. 24-26.

34 ROUSSEAU, s. 28.

ifade bulur ve onun tarafından seçilen temsilciler yoluyla kullanılır³⁵.

Siyasi iktidarın kaynağı ve meşruluk temeli konusunda Fransız ihtilalinden sonra ortaya atılan teorilerden biri de, demokratik teorilerin bir başka görüntüsü olan halk egemenliği teorisi. Siyaset literatüründe çoğu zaman aynı anlamda kullanılan bu iki görüş, başlangıçta, gerek teorik gerek pratik açıdan farklı demokrasi anlayışlarını yansıtan görüşler olarak ortaya çıkmışlardır³⁶. Milli egemenlik teorisinde, egemenlik soyut bir bütün olarak, kendisine manevi kişilik tanıyan millete verilirken, halk egemenliği teorisinde egemenlik somut olarak belli bir zamanda milleti meydana getiren vatandaşlar kitlesine verilmiştir³⁷. Milli egemenlik teorisinin Rousseau'nun fikirlerinden hareketle ortaya atıldığını ifade etmiştik. Halk egemenliği teorisinin de Rousseau'nun düşüncelerinden kaynaklanan bir teori olduğu, siyaset bilimcilerce dile getirilmektedir. Çünkü Rousseau, *"diyelim ki devlet on bin vatandaştan meydana gelsin; bu durumda on bin vatandaşın her biri egemen kudretin on binde birine sahip olacaktır"* demektedir. Dolayısıyla egemenlik, toplumu oluşturan vatandaş sayıma bölüştürülmekte ve her vatandaş bölüştürülen parçaların birleşmesinden meydana gelen egemenliğin bütününe tabi olmaktadır. Bununla beraber vatandaşlar, aynı zamanda egemenliğin kendi paylarına düşen bir parçacığın da sahip olmaktadır³⁸.

b. Toplum Tarafından Benimsenen Geleneklerin Siyasi meşruluk Üzerindeki Rolü

Gelenekler, toplumun ortak değer saydığı, ortak bir inançla kabul ettiği ve bilinmeyen bir tarihten beri varolan değerler bütünüdür. Ortak bir tarihi miras ve ahlak anlayışı, bunlara bağlı bir siyasi ve sosyal kültür, en dar anlamıyla geleneği ifade eder. Geleneksel otoritede toplumsal rıza, siyasi iktidarı gelenek ile değerlendirir ve tasvip eder. Bu tasvip ediş bir takım tarihi ve sosyolojik dinamiklere de bağlıdır. Dini inanışlar, dolayısıyla Tanrı, soy anlayışı ve birlikteliği, ülke bütünlüğü ve millet olma bilinci gibi kavramlar en eski ve en etkili geleneksel bağlardır.

Max Weber'in "geleneksel otorite" tiplemesinde siyasi iktidar meşruluğunu, toplumda eskiden beri var olan geleneklerden ve bu geleneklerin kutsallığına ilişkin olarak toplum tarafından duyulan inançtan almaktadır. Emretme gücünü, yani en üstün iktidarı kullanan otoritenin tanakkümündeki yönetilenler, iktidarı geleneksel olarak elinde bulunduran efendilerine itaati kutsal bir görev olarak

35 KAPANİ, s. 72; AKAD/DİNÇKOL, s. 113-114; BALI, s. 99.

36 KAPANİ, s. 73.

37 KAPANİ, s. 73; TEZİÇ, s. 94; OKANDAN, s. 767-768.

38 ROUSSEAU, s. 70-71.

görürler. Bu anlamda, siyasi iktidarı elinde bulunduran otoritenin yetki sınırları açık bir şekilde belirlenmemiştir. Dolayısıyla böyle bir sistemde kanunların değil, geleneklerin tayin ettiği efendilere itaat edilir³⁹.

Siyasi iktidar, kendisini tarihi bir kökene ya da meşruiyete dayandırma problemini gelenek ile çözümler. Gelenek siyasi iktidara bir tarihi vasıf ve süreklilik kazandırır. Zaten iktidarın gücü de bu tarihîlik ve süreklilik niteliğiyle doğru orantılıdır. İktidarın varlık nedeni ve meşruluk ilkeleri gelenekler vasıtasıyla yönetilenlere sunulur. Gelenek, siyasi iktidar ile toplumsal rıza arasındaki en köklü ve güçlü bağları içerir. İnsanların iradelerinden ve eylemlerinden bağımsız olarak gelenekler, siyasi hayatı ve onun yürüyüş şekillerini belirleyen, onu idare eden, otoriteyi ve toplumu kontrol eden tarihi, siyasi ve toplumsal kurallar manzumesidir⁴⁰.

Geleneksel otorite çoğu zaman dini içeriklidir. Geleneklere uymak uyan açısından aynı zamanda bir dini ibadet anlamı taşır. Aynı şekilde geleneklere uyan otoritenin yönetimindeki toplum da bu otoriteye boyun eğmekle kutsal bir misyona ortak olmuştur. Her iki taraf açısından da uyulan kurallar, kutsal değerler üzerine kurulmuştur. Bu bağlamda; taraflar, en azından söz konusu kutsallık bakımından bir anlayış birliği içerisindedir. Meşruiyeti sağlayan da işte bu “anlayış birliği”dir. Paylaşılan bir değer sisteminin varlığıdır. Benzer değerlere atıf, benzer değerleri paylaşmak ve bu paylaşımın dini içeriği, geleneksel meşruiyetin asıl yapıcı özelliğini oluştururlar. Kural ve kurumlara atfedilen kutsallık, aynı zamanda kural ve kurumu dokunulmaz kılar. Geleneksel meşruiyet anlayışında eskiden beri süregelen ve yerleşmiş teamüllerin, kuralların ve geleneksel yapının değişmesi ya da değiştirilmesi çok rastlanan bir durum değildir. Ayrıca geleneksellik, değişmeyi kural olarak benimsememiş olmanın adıdır. Bu yapıda esas olan “değişme” değil, “sürdürme”dir. Varolandan daha başka türlüünü hayal etme veya bunun için mücadele etme, gelenekselliğin karakter ve tabiatına karşı bir tavır alışı, bir başkaldırıdır⁴¹.

c. Siyasi Liderlerin Kişisel Özelliklerinin Toplumca Onaylanması (Kişisel Karizma)

Köken itibarıyla eski Yunanca'ya dayanan “karizma” sözcüğü “tanrının lütfü”, “tanrı vergisi” gibi anlamlar taşımaktadır⁴². Siyasi iktidarın meşruiyet

39 BEETHAM David, *The Legitimation of Power*, London 1991, s. 24; KAPANİ, s. 89-90; SAN Coşkun, *Max Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi*, Ankara 1971, s. 69; TEZİÇ, s. 103.

40 ÇETİN, s. 51-52.

41 OKTAY, s. 12.

42 OKTAY, s. 49; KAPANİ, s. 90.

kaynağı olarak kullandığı figürlerden en önemlisi kahramanlık veya karizmatik liderliktir. Kahramanlık siyasi iktidara psikolojik bir boyut kazandırmaktadır. Meşruiyetin temel amacının toplumsal birliğin ve bütünlüğün bir çeşit dışa vurumunu sağlamak olduğunu varsayarsak, karizmatik liderlik bu dışa vurumun odaklandığı en etkili meşruiyet kaynağıdır. Çünkü karizmatik lider, yönetilenlerin onun şahsında bütünleştiği, ona –taşıdığına inanılan üstün nitelikleri taşıyor olsa da- olan güvenin inanca dönüştüğü kişidir. Toplumda yerleşik dini inanışlar, geleneksel iktidar ve dolayısıyla meşruiyet onun şahsında birleşmiştir⁴³.

Max Weber'in "karizmatik otorite" tiplemesinde, siyasi iktidarın meşruluk temelinde, bir kişinin olağanüstü sayılan nitelikleri yatmaktadır. Yönetilenler, liderde kutsallık, kahramanlık ya da sıradan olmayan, örnek alınacak ve üstün bir kişilik gördükleri için ona bağlanırlar. Onun kurduğu düzene neredeyse radikal bir bağlılıkla bağlanırlar ve itaat ederler. Bu özelliklerin liderde gerçekten var olup olmaması çok önemli değildir. Önemli olan, toplumun buna inanmış olmasıdır. Zaten karizmatik otoritenin meşruluğundan söz edebilmek için geniş toplum kitlelerinin, liderlerinin olağanüstü bir takım yeteneklere sahip olduğuna inanmaları gerekir. Bu inanç, lideri "karizmatik" kılacağı gibi, onun siyasi iktidarına da meşruluk kazandırır⁴⁴.

d. Siyasi iktidarın İdeolojisinin Yönetilenler Tarafından Desteklenmesi

Siyaset bilimciler ve sosyologlarca üzerinde henüz tam olarak uzlaşılmış bir ideoloji tanımı yoktur. Bununla birlikte ideoloji, içinde belirli bir dünya görüşü olan, kendine özgü bir yönetim ve toplum biçimini açıklamaya çalışan, bunun için de belirli hedefleri, amaçları gerçekleştirmek iddiasında olan fikirler ve düşünceler bütünü olarak tanımlanabilir⁴⁵. Geniş anlamda ideoloji, aynı değerleri paylaşan, benzer düşünceleri içinde barındıran bir "inanç sistemi"dir⁴⁶. Bu anlamda, her rejimin dayandığı temel değerleri, ilkeleri ve güttüğü hedefleri vardır. Yönetilenler, eğer rejimin temelinde yatan ilkeleri, değerleri ve amaçları benimsiyorlar ve onların doğruluğuna, geçerliliğine inanıyorlarsa, söz konusu rejim ve otoriteyi kullanan iktidar, bu yoldan meşru bir iktidar olarak kabul edilir. İdeolojik inanç, her zaman yaygın ve köklü olmayabilir. Toplumun ideolojiye olan bağlılığı, o ideolojinin yönetilenlerin eğilimlerine, ihtiyaçlarına, istek ve beklentilerine uygun düşmesi ve siyasi iktidarın da (rejimin) bunları karşılayabilmesindeki başarısı oranında artar. Bu aynı zamanda toplum gözünde siyasi otoritenin meşruluğunun da göstergesidir. İktidarı kullananlar, toplumun kendi-

43 ÇETİN, s. 53.

44 BEETHAM, s. 24; KAPANİ, s. 91.

45 ÖZTEKİN, s. 243.

46 ÖZTEKİN, s. 244; KAPANİ, s. 93.

lerine ve dolayısıyla ideolojiye olan bağılıklarını yaygın bir desteğe dönüştürebilmek için çaba harcarlar. Toplumsal beklentilere cevap vermeye çalışmak ve ideolojik propaganda gibi yollarla halkın meşruiyet inancını beslemeye çalışırlar⁴⁷. Bir başka ifadeyle, ideolojik kaynağın temeli, talep ve destek çatışması ya da uzlaşmasında yatmaktadır. Siyasi otorite toplumsal taleplere cevap verebildiği ölçüde yönetilenlerin destek ve güvenini kazanacak, bu yolla meşruiyetini kuvvetlendirecektir. Aksi durum bir meşruiyet krizini kaçınılmaz hale getirir.

III.Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Devletinde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri

Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan 1600'lü yılların başına kadar devam eden süreç, genel olarak "klasik dönem" olarak nitelendirilmektedir. Klasik Dönem, Osmanlı uygarlığının ve siyasi iktidarının kendine özgü özelliklerinin ve belirleyici vasıflarının oluştuğu, devletin ve siyasi iktidarın kurumlaştığı dönem ifade etmektedir. Öyle ki, İstanbul'un fethinin gerçekleştiği XV. Yüzyılın ortalarından başlayarak XVI. Yüzyıl boyunca Osmanlı siyasi iktidarı tüm kurumlarıyla gelişimini sağlamış ve sistemini karakterize etmiştir. Tarihçilerin genellikle 1600 yılına kadar sürdüğünü kabul ettikleri bu dönemden sonra Osmanlı Devleti durağan bir yapıya bürünmüş, ardından gerileme ve çözülme süreci başlamıştır. Bu ana başlık altında öncelikle İslamiyet öncesi Türk devletlerinin siyasi iktidar ve meşruiyet anlayışlarına kısaca değinilecek, ardından İslamiyetin Türk siyasi iktidar anlayışına etkileri gözden geçirilecektir. Daha sonra Tanzimat Dönemi'ne kadar Osmanlı siyasi iktidarının meşruluk temelleri incelenmeye devam edilecektir.

A. İslamiyet Öncesi Türklerde Siyasal İktidar Ve Meşruluk

Eski Türk siyaset anlayışının ilk yazılı kaynakları, bizzat Türkler tarafından ortaya konulan Orhun Kitabeleri'dir⁴⁸. Türk tarihinin bu önemli belgelerinin, özellikle hükümdar (iktidar) anlayışı, iktidarın niteliği, topluma bakış, "töre"nin bağlayıcılığı veya toplumu ayakta tutma gücü gibi konularda önemli bilgiler içerdiği görülür⁴⁹.

İslamiyet öncesi Türk topluluklarının egemenlik düşüncesinde, egemenliğin kaynağı ilâhîdir. Hükümdarın egemenliği bizzat 'Gök Tanrı (Tengri)'ya daya-

47 KAPANİ, s. 94; TEZİÇ, s. 105-106.

48 ERGİN Muharrem, Orhun Abideleri, İstanbul 1980, s. 26.

49 UNAN Fahri, İdeal Cemiyet İdeal Devlet İdeal Hükümdar, Ankara 2004, s. 18.

nır⁵⁰. M.S. VII-IX Yüzyıllarda Göktürklerden ve Uygurlardan kalan belgeler, yazıtlar ve kağan unvanları, sadece kağanın egemenliğinin değil, şahsiyetinin de kutsal bir karakteri haiz olduğunu ifade etmektedir⁵¹. Türk tarihinin erken dönemlerinde egemenlik, hükümdarlık veya iktidar anlayışının semavî veya ilâhî niteliğini Orhun Kitabeleri'nde açıkça görmek mümkündür. Söz konusu kitabelerde siyasi iktidar ile Tanrı arasında kuvvetli bir bağ bulunduğundan, hükümdarların yönettikleri millet üzerine Tanrı'nın isteği ve hatta bizzat görevlendirilmesiyle geldiklerinden söz edilir: *"Ben Tanrı gibi, Tanrı'dan olmuş Türk Bilge Hakan bu devirde tahta oturdum..."*⁵². *"Üstte mavi gök, altta yağız yer yaratıldı, ikisinin arasında kişiöğlü yaratıldı. Kişioğlunun üzerinde de atalarım, dedelerim Bumın Hakan ve İstemi Hakan tahta oturdu..."* *"Türk Tanrısı, kutsal yer ve su (ruhları) şöyle yapmışlar şüphesiz ki: Türk milleti yok olmasın, halk olsun diye, Babam İleriş Hakanı ve annem İlbilge Hatun'u göğün tepesinde tutup yukarı kaldırdılar şüphesiz"*⁵³. *"Türk halkının adı sanı yok olmasın diye babam Hakanı annem Hatunu yücelten Tanrı, devlet veren Tanrı, Türk halkının adı sanı yok olmasın diye, beni o Tanrı hakan (olarak) tahta oturttu"*⁵⁴.

İktidarı ilâhî bir zemine oturtma gayreti pek çok eski Türk hükümdarında görülür. Bunların hemen hepsinde hükümdarlığın Tanrı tarafından bağışlandığı teması işlenmektedir. Nitekim, Göktürk Kağanı İşbara, tıpkı yukarıda isimleri geçen İstemi, Bumın ve İleriş Kağanlar gibi, "han" olarak Tanrı tarafından gönderilmiştir. Benzer şekilde eski Bulgar hanlıklarında da bu inanışa yer verilmektedir. Ayrıca bir Uygur hükümdarı, Gazneli Mahmud'a gönderdiği bir mektupta kendisinin "göklerin sahibi tarafından hakim kılındığı"ni öne sürmektedir⁵⁵.

Eski Türklerde han unvanını ancak Tanrı tarafından kendisine "kut" verilen bir soy taşıyabilir. Dolayısıyla hanlık belirli bir aileye verilmiştir ve sadece bu ailenin üyeleri ırsî olarak yöneticilik hakkına sahiplerdir⁵⁶. Kendisine "kut" bağışlanan Türk kağanı, uhdesinde bulunan "kut" ile hükmetme ve hükümdarlık

50 ARSAL Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 265-266; ÖGEL Bahaeddin, Türklerde Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar), Ankara 1982, s. 40 vd.; TURAN Osman, Türk Cihan Hakimiyeti Mefkûresi Tarihi, c. 1-2, İstanbul 1998, s. 94 vd.

51 İNALCIK Halil, "Osmanlılarda Saltanat Veraseti Usulü ve Türk Hakimiyet Telakkisiyle İlgisi", SBFĐ, c. XIV, sy. 1, 1959, s. 73.

52 TEKİN Talet, Orhon Yazıtları, Ankara 1988, s. 3.

53 TEKİN, s. 9

54 TEKİN, s. 45.

55 TURAN, s. 96-97; OCAK, s. 75.

56 İNALCIK, s. 74; CİN Halil, Milli Hakimiyet ve Atatürk, Konya 1985, s. 3; ARSAL, Türk Tarihi, s. 266; AKYILMAZ, s. 134.

güç ve yetkisini, yani siyasi iktidarı elde etmiş oluyordu⁵⁷.

Temeli “Tanrı bağı”na dayanan İslamiyet öncesi Türk iktidar tipi, sosyolojik anlamda “karizmatik otorite”, bir başka deyişle kişisel karizmaya karşılık gelmektedir. Buna göre eski Türk devletlerindeki siyasi iktidar tipi de karizmatik bir özellik göstermektedir. Bu iktidar anlayışının bir gereği olarak Türk kağanı, Tanrı tarafından bazı üstün meziyetlerle donatılmış ve kendisine “kut” verilmiş olmasına rağmen, hiçbir zaman olağanüstü bir varlık, yani bazı eski uygarlıklarda olduğu gibi, “tanrı-kral” sayılmamıştır. Kağanın diğer insanlardan tek farkı, sadece ilahi bağışa mazhar olmasından ibarettir⁵⁸. Ayrıca “kut”un kendisini terk ettiğine inanılan kağanın, kağanlığını yitirme riski her zaman vardı. İktidarını Tanrıdan aldığına inanan Türk kağanı, kendisini bu iktidarın kaynağına karşı daima sorumlu hissediyordu. Bununla birlikte, kağanın kendisini sorumlu hissettiği bir yer daha vardı. Bu, yazılı olmayan kanun niteliğindeki “Türk Töresi” idi⁵⁹. Dolayısıyla kağan, tüm icraat ve faaliyetlerini sadece Tanrının bahşettiği “kut”a yakışır olarak değil, aynı zamanda Türk Töresi’ne uygun olarak da yürütmek zorundaydı. Bu çerçevede içerisinde kağanın siyasi iktidarının meşruiyet zeminini, ilahi bağışa dayanan kişisel karizmasının yanında, “töre” gibi dönemin şartları içerisinde, “kanuni bir temel” oluşturmaktaydı. Bunlarla birlikte, kağan seçiminde kurultayın rol göz önünde bulundurulduğunda, siyasi meşruiyetin bir ölçüde “toplumsal bir temeli” olduğundan da söz edilebilir. Bir başka ifadeyle, eski Türklerde siyasi iktidar meşruiyetini liderin dini temele oturan kişisel karizmasının yanında, toplumda kabul görmüş bir takım siyasi ve ahlaki nitelikteki ilkelerden almaktadır.

B. İslamiyetin Türk Siyasi İktidar Anlayışına Etkileri

Türkler İslam dinine girdikten sonra kendi siyasi ve idari birikimleriyle, İslam yönetim anlayışı ve siyasi iktidar olgusunda bazı farklılıkları ortaya koymuşlardır. Bilindiği gibi, İslamiyette devlet başkanı (halife), Allah’ın elçisi olan Hz. Peygamber’in vekilidir. Halife bu sıfatla “bütün Müslümanların başı” olarak anılır ve insanların dünya ve ahiretle ilgili bütün işlerinin, Kur’an’ın (Şeriatın) emir ve yasakları doğrultusunda gerçekleşmesinden sorumludur. Oysa Türk hükümdarı Tanrı bağı olan “kut” ile yalnız yeryüzündeki insanları yönetmekle görevlidir. İşte egemenlik anlayışındaki bu farklılık İslam tarihinde ilk defa Büyük Selçuklular devrinde ortaya çıkmış ve Türk hükümdarları dünyayı yönetme yetkilerini halifeye devretmeyerek kendi uhdelerinde tutmuşlardır. Daha önceki

57 KOCA Salim, “Eski Türklerde Devlet Geleneği ve Teşkilatı”, *Türkler*, c. 2, s. 828; Mehmed NİYZİ, *Türk Devlet Felsefesi*, İstanbul 1995, s. 47-48.

58 KAFESOĞLU İbrahim, *Türk Milli Kültürü*, İstanbul 1995, s. 236-237; KOCA, s. 828.

59 KOCA, s. 828;

İslam devletlerinde, hatta Gazneliler gibi Müslüman Türk devletlerinde bile devlet başkanları “İslam halifesine bağlı birer Müslüman emir” olarak kalmışlardır. Buna bağlı olarak, halifenin yüksek otoritesini tanıyıp, her türlü icraatta dini çerçeve içerisinde kalmaya gayret etmişlerdir. Buna karşılık Selçuklu Sultanları, hizmette kusur etmedikleri halifeyi sadece saygıdeğer bir vatandaş kabul ediyorlar ve hilafet başkenti Bağdat’ı Türk Selçuklu imparatorluğunun sade bir şehri olarak görüyorlardı. Bozkır Türk devletlerinde vicdan hürriyeti şeklinde, hatta Karahanlılarda meşruiyet prensibi olarak görülen, dünya işlerinin dinden ayrı tutulmasından ibaret bu eski Türk geleneği, halifenin para ve erzak tahsisatını artırmakla yetinen Tuğrul Bey’in saltanat meselelerini tümüyle üzerine almasıyla fiilen yürürlüğe konmuştu. Böylece yerleşik İslam yönetim anlayışında önemli bir değişiklik meydana gelmiştir. Bu anlayışa göre, halife dinî, sultan ise dünyevî olmak üzere birbirine denk iki baş olarak kabul edilmiş, Türk hükümdarı artık halifeye bağlı bir Müslüman emiri değil, fakat siyasi iktidarın gerçek sahibi olmuştur⁶⁰.

C. Klasik Dönem Osmanlı Siyasi İktidarı

1. Beylikten Devlete Geçişte Siyasi Otorite ve İdeoloji

Osmanlı aşiretinin Oğuzların Kayı boyundan oldukları pek çok tarihçi tarafından ifade edilmektedir⁶¹. Kayılar da tıpkı diğer Türk aşiretleri gibi Selçuklukların Anadolu’yu açmasından sonra çeşitli tarihlerde Anadolu’ya gelmişler, ancak bunlar özellikle “uç” yani sınır bölgelerine yerleşmişlerdir⁶².

Başlangıçta küçük bir uç beyliği olan Osmanlı’da siyasi iktidarın görünümü yerleşik bir takım geleneklerin ve törenin devamından öte olmamıştır. Ancak belirgin olan nokta; İslam devlet ve egemenlik anlayışı izlerinin Selçuklu’dan devralınarak bu küçük beylikte de görülmekte oluşudur.

1291 yılında Selçuklu Sultanı Gıyaseddin Mes’ud’un Osman Bey’e gönderdiği bir fermanla onu Söğüt ve Eskişehir çevresinde bir uç beyi olarak tayin ettiği bilinmektedir. Sultan, bu fermanla birlikte Osman’a tuğ, ak sancak, kılıç ve bazı kıymetli armağanlar göndermiş, bu durum bazı tarihçiler tarafından bağmsızlığın tanınması şeklinde değerlendirilmiştir. Ancak bu hediyeler ve fer-

⁶⁰ KAFESOĞLU, s. 346.

⁶¹ UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Tarihi, c. I, Ankara 1994, s. 93-103; AKDAĞ Mustafa, Türkiye’nin İktisâdî ve İçtimâî Tarihi, İstanbul 1995, c. 1, s. 114 vd.; WITTEK Paul, Osmanlı İmparatorluğunun Doğuşu (çev. Fatmagül Berktaş), İstanbul 1985, s. 11-25; HAMMER Joseph V., Osmanlı Tarihi (çev. Mehmet Ata, günümüz Türkçesiyle özetleyen: Abdülkadir Karahan) c. I, İstanbul 1997, s. 1 vd.

⁶² KÖPRÜLÜ Orhan F., “Osmanlı Devleti’nin Kuruluş ve Gelişmesindeki İtici Güçler”, Osmanlı, c. 1, Ankara 1999, s. 153; KARATEPE Şükrü, “Osmanlı’da Din-Devlet İlişkisi”, Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 57.

manla Sultan'ın Osman Bey'i kendisine bağlı bir uç beyi olarak tanıdığı görüşü ağır basmaktadır⁶³. Osman Bey'in asıl bağımsızlığı, İlhanlı-Moğol hükümdarı Gazan Han'ın Sultan III. Alaeddin Keykubat'ı tutuklatıp Azerbaycan'da öldürtmesiyle başlamıştır. Çünkü bu olay, Anadolu'da Selçukluların sonu olmuştur⁶⁴. Selçuklu Sultanı'nın bir şekilde tahtından edilmesiyle birlikte Anadolu bir İlhanlı-Moğol genel valiliği şekline bürünmüştür⁶⁵ Başlangıçta Osman Bey de İlhanlılarla ters düşmemeye dikkat etmiştir⁶⁶.

Osman, Oğuz geleneklerine göre yapılan bir tören sonucunda, aşiretin ileri gelenlerince "bey" olarak seçilmiş ve teşkilatlanmasını Selçuklu geleneğine göre gerçekleştirmiştir. Buna göre, beyliğin yönetiminde bulunan topraklar üçe bölünmüş ve her birinin başına ayrı bir bey tayin etmiştir⁶⁷. Erken dönemde Bey (ya da padişah), özellikle İslam devlet ve siyasi iktidar anlayışında olduğu gibi kutsal bir özellik taşımamaktadır. Bu dönemde padişah mutlak bir otorite değil, daha ziyade cari gücü elinde bulunduran çeşitli uç beyleri arasında toparlayıcı bir unsur olmuştur. Padişah ile yakın çevresi arasındaki toplumsal farklılığın en alt seviyede olduğu bilinmektedir. Beyler, yeni fethedilen bölgelerin yönetimine getirilmiş ve kendi ordularına sahip olmuşlardır. Ancak bir tehlike anında faaliyetlerini birleştirmiş ve padişahın emrine sunmuşlardır⁶⁸. Osmanlı beyliğinin erken dönemdeki bu yapısı, gevşek bir federatif teşkilatlanmayı andırmaktadır.

Osmanlı Devleti'nin son derece olumsuz şartlar altında hızla kurulması ve başarılı şekilde yükselişi, bazı teorilerin geliştirilmesine neden olmuştur. Bunlardan Paul Wittek'in kuruluşundan yıkılışına kadar Osmanlı Devleti'nin bir gazi devleti olduğu teorisi hala önemli ölçüde ideolojik bir cazibe taşımaktadır. Yazar, Osmanlıların teşkilatlanmalarını bir "gaziler hareketi" olarak ele almaktadır. Wittek erken Osmanlıları, İslam dininin savunucu ve hizmetkarları, gaziler topluluğu, kendilerini çevredeki "kâfirler"le mücadeleye adanmış savaşçılar

63 PARMAKSIZOĞLU İsmet, *Türklerde Devlet Anlayışı (İmparatorluk Devri 1289-1789)*, Ankara 1982, s. 18; YEDİYILDIZ Bahaeddin, "Osmanlılar'da Hakimiyet Anlayışı ve Devlet Teşkilatı", *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, c. 12, İstanbul 1989, s. 296.

64 AKDAĞ, s. 123; PARMAKSIZOĞLU, s. 18

65 AKDAĞ, c. 1, s. 123.

66 KUNT Metin, "Siyasi Tarih (1300-1600)", *Türkiye Tarihi 2 Osmanlı Devleti 1300-1600* (yayın yönetmeni: Sina Akşin), İstanbul 2000, s. 32.

67 ERYILMAZ Bilal, "Osmanlılarda Devlet Yönetimi", *Osmanlı Ansiklopedisi Tarih-Medeniyet-Kültür*, c. 1, İstanbul 1996, s. 47; TİMUR Taner, *Osmanlı Kimliği*, İstanbul 1994, s. 71.

68 KARPAT Kemal H., "Osmanlı Tarihinin Dönemleri: Yapısal Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım", *Osmanlı ve Dünya* (haz. Kemal Karpat, çev. Mustafa Armağan, Ömer Baldık, Kemal Kahraman, Talip Küçükcan, Ümit Şimşek), İstanbul 2004, s. 128.

olarak nitelemektedir⁶⁹. Kuşkusuz, Wittek'in görüşleri İslam inancı bağlamında görmezden gelinebilecek düşünceler değildir. Çünkü gazi idealiyle hareket eden Osmanlıların düşünce yapılarının İslam'daki "cihad" kavramıyla örtüştüğü ortadadır. Bilindiği gibi İslam inancına göre cihad sırasında ölmek kişiyi şehitlik mertebesine, sağ kalmak ise gazilik mertebesine yükseltmektedir. Dolayısıyla, Osmanlı fetih ve gaza anlayışının bu inanış etrafında şekillendiği söylenebilir.

Shaw, Osmanlı Devleti'nin "hem dini hem de ekonomik amaçlar temeli üzerine" kurulduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre Osmanlılar "İslam egemenliğini yaymayı ve ganimet toplamayı" amaçlamışlardır⁷⁰. Yazarın ileri sürdüğü teoriyi bir çıkış noktası olarak kabul edersek, Osmanlı Devleti'nin teşkilatlanmasında beylik döneminden itibaren dinin önemli bir rol oynadığı ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar, Selçuklu Sultanı tarafından kendisine gönderilen bir takım iktidar alametleri ve kişisel karizması Osman Bey'in siyasi iktidarını meşrulaştıracak araçlar olarak görülse de dinin meşrulaştırma fonksiyonu, erken dönem Osmanlı yönetiminde de baskınlığını hissettirmektedir. Bu bağlamda Wittek ve Shaw'ın düşünceleri kısmen örtüşmektedir.

Karpat ise Wittek'in teorisinin eksik olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre bu teoride, Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerindeki başarıların elde edilmesinde gaza ruhuna eşit ve belki ondan daha fazla katkıda bulunan sosyo-ekonomik faktörler gözardı edilmektedir. Wittek'in erken dönem Osmanlı tarihindeki toplumsal sorunlarla da ilgilendiği doğru olmakla birlikte, onun baskın görüşü, toplumsal olayların, ekonomik ve yapısal faktörlerden ziyade kültürel görünümün bir sonucu olduğudur⁷¹. Görüldüğü gibi Karpat, meseleye sosyo-ekonomik çerçeveden de bakarak Shaw'ın görüşlerine benzer bir düşünce sergilemektedir.

Her devlet oluşumu veya siyasi yapılanma, siyasi iktidarı bir ideolojik temele dayandırma gereği duyar. Bu anlamda gaza ve cihad düşüncesi, Osmanlı ilerleyişine efsanevi bir vurgu yapmaktadır. Osmanlı Devleti tarihi boyunca, gerek devletin kuruluşu, gerekse Osman Bey ve Kayı Boyu ve bunların üstünlükleri hakkında pek çok gerekçe ileri sürülmüştür. Bu gerekçeler yıllar boyunca değişik şekillere de bürünmüştür. Kılıç hakkı konusunda Aşıkpaşazade'den

69 WITTEK, s. 25. Wittek'in "gazi tezi" hakkında bkz. JENNINGS Ronald c. "Gazi Tezi Üzerine Bazı Düşünceler" (çev. Canay Şahin), Söğüt'ten İstanbul'a, Ankara 2000, s. 429-441. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. KUNT Metin, "Süleyman Dönemine Kadar Devlet ve Sultan: Uç Beyliğinden Dünya İmparatorluğu'na" (çev. Sermet Yalçın), Kanuni ve Çağı Yeniçağda Osmanlı Dünyası (editörler: Metin Kunt-Christine Woodhead), İstanbul 2002, s. 3 vd.

70 SHAW Stanford V., Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye c. I (çev. Mehmet Harmancı), İstanbul 1994, s. 33.

71 KARPAT, s. 127.

Mantran'ın naklettiği bir olay bu gerekçelendirmenin önemli bir vurgusu olarak kabul edilebilir:

Karacahisar kalesine kadı atanması hususunda çıkan bir tartışma üzerine Osman Bey, "Ben kılıcımın ucuyla fethettim bu kaleyi. Buraya kavuşmaya sultandan ne diye izin isteyecekmişim? Ona sultan olma şerefini veren Tanrı, bana da cihat yoluyla han olma yolunu verdi"⁷² diyerek bir bakıma hükmetme gücünün haklılığını kendi yaptığı gaza ve cihada bağlamıştır.

Bazı tarihçiler, Osman Bey'in soyunun Kayı Boyu'dan olduğu konusunda açıklamalar yapmışlardır. Yazıcızade, bu olayı sınır boylarındaki beylerin ağzından Osman Bey' yönelik olarak şu şekilde nakletmektedir: "*Kayı Han, Oğuz'dan sonra, yaşça büyüktü ve bütün Oğuz kabilelerinin hânıydı. Günhân'ın vasiyetine ve bütün Oğuz töresine göre, hanlık ve hükümdarlık, Kayı'dan gelenler bulundukça, başka boylara düşemez. Şimdi Selçuklu Sultanının yardımını umamayız artık; ülkenin büyük bir bölümünü yitirdiler ve Tatarların hükmü altındalar. Rahmetli Alâeddin (Selçuklu Sultanı), size teveccüh gösterdiğine göre, hân olunuz. Biz hizmetinizde olacağız ve burada cihatla uğraşacağız.*"⁷³.

Efsanevi nitelikteki bu örnekler, erken dönem Osmanlı siyasi iktidarının haklılık ve meşruiyetini ortaya koyabilmek bakımından önemli birer gösterge olarak dikkate alınabilir. Bu bağlamda; erken dönem Osmanlı siyasi iktidarında "gazâ" ve "cihad" kavramları ile "Kayı Boyu"ndan olmak önemli birer meşruiyet temeli olarak değerlendirilebilir. Beylikten devlet sürecine giderken geleneksellik, karizma, dini inanışlar ve efsane meşruiyet kaynakları olarak iç içe geçmiştir. Ancak her ne kadar "gazâ" ve "cihâd" dini kavramlar olsa da siyasi iktidarı elinde tutan kişinin (Osman Bey) şahsi özelliklerine yapılan vurgu, ve onun geldiği soya verilen değer de önem kazanmaktadır. Böylece, sadece ilahi değil, beşeri unsurların da etkili olduğu bir meşruluk inancı göze çarpmaktadır.

Erken dönem için ortaya atılan efsanevi nitelikteki bu bilgiler, imparatorluk sürecinde de önemli oranda kullanılmıştır. XVI. Yüzyılın ortalarına doğru Osmanlı Hanedanı, idarelerini kendi tebaası gözünde meşru kılan ve hem Hıristiyan hem de Müslüman komşu hükümdarlara karşı savaşlarını haklı gösteren ayrıntılı bir efsaneye sahip olmuştur. Bu efsane, belli bir zamanın gereklerini karşılamak veya halkın farklı kesimlerine hitap etmek için her biri ayrı ayrı geliştirilmiş pek çok unsurdan meydana gelmişti. Bu unsurlar, XVI. Yüzyılın ortalarına doğru bir araya getirilerek, hanedanın kökeni ile ilgili yarı resmi bir efsane oluşturulmuştur. Hanedanın iktidara yükselişini izah eden ve meşrulaştıran bu

⁷² MANTRAN Rcbert, Osmanlı İmparatorluğu Tarihi I (çev.Server Tanilli) c. I, İstanbul 2002, . 34.

⁷³ MANTRAN, c. I, s. 34.

efsane, hanedanın talihini, klasik İslam'ın siyasi ve dini düşünceleri ile tasvir etmiştir. Sultanların manevi otoritelerinin kaynağını oluşturan bu efsanenin yaygın hale gelmesi devletin varlığı için zorunlu idi. Sonunda bu efsane Osmanlı düşüncesine o derece nüfuz etmiştir ki günümüzde bile tarihçiler bu efsanenin unsurlarını tarihi oğular kılığında ortaya koyar hale gelmiştir⁷⁴.

Efsanenin içeriğinde gaza ve cihad, Osman Bey'in şahsî nitelikleri, Kayı Boyu'nun faziletleri, birer Osmanlı savaşçısı olan beylerin kahramanlık ve gazilik hikayeleri yer almaktadır. Ayrıca efsanede manevi ve mistik vurgular da göze çarpmakta, beyliğin henüz emekleme aşamasında Osman Bey'in kayımpederi olarak rivayet edilen Şeyh Edebali'nin dini misyonu ön plana çıkmaktadır. Bunların yanında Osmanlı hanedanını ve siyasi iktidarını meşrulaştırmak için öne sürülen önemli gerekçeler de vardır: Hanedanın Selçukluların gerçek varisi olması, Osmanlıların şecerelerinin Oğuz'a dayanması ve Osmanlı Hanedanının bizzat Tanrı tarafından da mukaddes görülmesi gibi⁷⁵.

2. Siyasi Genişleme ve İktidarın Kurumlaşması

Osmanlı Devleti XIV. Yüzyılın başında henüz küçük bir uç beyliği iken, 150 yıl kadar sonra bir dünya imparatorluğu olmuştur. Tarihi süreç içerisinde gerek coğrafi gerekse siyasi şartlar bu küçük uç beyliğinin lehine işlemiş, özellikle ikinci hükümdar Orhan'dan itibaren devletin siyasi ve idari yapılanma süreci başlamıştır. Beylik, sürekli büyüyen "fetih"lerle genişlemesini sürdürdüğü gibi, İlhanlı etkisindeki Anadolu'da Osmanoğulları giderek Selçuklu'nun doğal mirasçıları hüviyetine bürünmüştür. Bu durum, Anadolu'da bozulan siyasi birliğin yeniden inşası için önemli bir gelişmedir. 1402 Ankara bozgununa kadar, siyasi ve idari yapılanma hızla devam etmiş, "Osmanlı siyasi iktidarı" karakteristik özelliklerinin pek çoğunu bu dönemde edinmiştir⁷⁶.

Osmanlı Beyliği'nin egemenlik alanının genişlemesi, iyi teşkilatlanmış bir siyasi-idari sistemi gerekli kılmıştır. Bursa'nın fethinden sonra Orhan Bey, siyasi iktidarın ve egemenliğin önemli sembollerinden biri olarak kabul edilen bir

74 IMBER Colin, "Osmanlı Hanedanı Efsanesi", Söğüt'ten İstanbul'a Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu üzerine Tartışmalar (der. Oktay Özel-Mehmet Öz), Ankara 2000, s. 243-244. Osmanlı hanedanı efsanesi, Osman Gazi'nin gördüğü bir rüyaya bağlı olarak rivayet edilmektedir: Osman Gazi bir gece rüyasında, göbeğinden bir ağacın bittiğini ve bu ağacın olağanüstü büyüyerek dallarının tüm yeryüzünü kuşattığını görür. Osman Gazi uyanıp rüyasını Şeyh Edebali'ya anlatır. Edebali ise rüyayı "Senin neslinden bir ulu devlet çıkacak ki, cihana hakim olacak, cimle Müslümanlar onun kanadı altında rahat bulacaklar" sözleriyle yorumlar. GÜNGÖR Erol, Tarihte Türkler, İstanbul 1996, s. 182-183.

75 LINDNER Rudi Paul, "İlk Dönem Osmanlı Tarihinde İtici Güç ve Meşruiyet", Söğüt'ten İstanbul'a, Ankara 2000, s. 408 vd; IMBER, s. 244 vd; YEDİYILDIZ, s. 296-297.

76 AKDAĞ, c. 1, s. 203-204; DURSUN Davut, Yönetim-Din İlişkileri Açısından Osmanlı Devleti'nde Siyaset ve Din, İstanbul 1989, s. 121-122.

olayı gerçekleştirmiştir. Bu olay, ilk Osmanlı parasının ortaya çıkması; Orhan'ın kendi adına ilk sikkeleri kestirmiş olmasıdır⁷⁷.

Kuşkusuz, devlet statüsündeki her siyasi teşekkülün, tarihi bir tekamül ve genişleme dönemi vardır. Osmanlı Devleti için bu dönem, XIV. Yüzyılın ortalarından başlayarak XVII. Yüzyıl ortalarına kadar devam etmiştir. Ancak özellikle İstanbul'un fethine kadar olan dönem kurumlaşma açısından son derece önemlidir. Bu dönem, tarih boyunca pek çok devlet kurmuş olan Türklerin, yeni bir tecrübeyi geçmişten dersler alarak gerçekleştirdikleri bir süreçtir. Buldukları coğrafyanın pek çok medeniyete beşiklik etmiş bir yer olması, Osmanlı kurumlaşmasını dolaylı olarak etkileyici bir rol oynamıştır. Gerek Türk devlet ve siyasi iktidar anlayışının birikimleri, gerek İslam siyasi anlayışının getirdiği kurum ve kurallar çerçevesinde, siyasi genişlemenin ufku açılmış, giderek merkezi otoritenin güçlü olduğu, "kendi şahsına münhasır" bir devlet ve siyasi iktidar düzeninin temelleri atılmıştır. Merkezi otoritenin güçlendirilmesi için gerçekleştirilen uygulamalar özellikle Fatih dönemi ile hız kazanmış olmakla birlikte, bu padişahın kurumsaltığı bazı uygulamalar, siyasi meşruluk bağlamında tartışmalı bir dönemin de başlangıcı olmuştur. Fatih'in bölünmez ve sürekli egemenlik için kurumsaltığı kardeş katli ve kul sistemi, merkezi otoriteyi güçlendirici tedbirler olarak değerlendirilebilir. Ancak bu iki uygulama etkileri ve meşruiyeti yüzyıllardır tartışılabilen sorunları da beraberinde getirmiştir.

a. Osmanlı Padişahı

Padişah; "Devlet-i Âliye"ye hükümdar olabilme hakkı, bir çeşit kutsallık atfedilen Osmanlı ailesinden gelen erkeklere tanınmıştır. Osmanlı tarihi boyunca egemenliğin Osmanlı ailesine ait olduğu fikri hiç sorgulanmamıştır. Öyle ki Avrupa kanlı hanedanlık mücadeleleriyle çalkalanırken Osmanlı hanedanını devletin başından uzaklaştırmak amacı taşıyan hiçbir ciddi girişime rastlanmamıştır. Eğer bir memnuniyetsizlik varsa bu, o sırada tahtta oturan padişaha karşı gösterilmiş, en fazla o tahttan indirilerek yerine Osmanlı hanedanından başka biri padişah olmuştur⁷⁸.

Osmanlı Devleti'nde XVII. yüzyıla gelinceye kadar padişahı belirleme konusunda yerleşmiş bir usulün olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu konuda, İslâmî esaslar ve eski Türk geleneklerinden hareketle, egemenliğin ancak Allah'ın lütuf ve inayetiyle bir şahsa tevdi edilebileceği inancı yaygınlaşmıştır⁷⁹. Fatih'in ünlü Teşkilat Kanunnamesi'nde padişah olma konusunda her-

77 KUNT, *Siyasi Tarih*, c. 2, s. 38; DURSUN, s. 171.

78 CİN/AKYILMAZ, *Hukuk Tarihi*, s. 109-110.

79 İNALCIK Halil, *An Economic and Social History of the Ottoman Empire, Volume One 1300-1600*, Cambridge 1994, s. 59; İNALCIK Halil, "Osmanlı Padişahı, AÜSBFD, c. XII, No. 4,

hangi bir usul öngörmeyerek “*Ve her kimesneye evladından saltanat müyesser ola ...*”⁸⁰ ifadesini kullanması bu anlayışın bir sonucu olarak yorumlanabilir. Osmanlı padişahları cüluslarını ilan eden fermanlarda “Allah’ın lütuf ve inayeti” inancını hep vurgulamışlardır. Bunun gibi, padişah tahttan indirileceği zaman da Allah’ın isteklerine, emirlerine karşı geldiği, Şeriat’a aykırı davrandığı iddiasına dayanılmıştır⁸¹ Görülüyor ki Osmanlı padişahının siyasi iktidarı, görüntü itibarıyla, dini kurallar ve yerleşik gelenekler içerisinde bir meşruluk zemini bulmaya çalışmıştır. Ancak meşruiyet konusunda önemli olan nokta, özellikle merkezi otoritenin güçlenmesiyle birlikte, bir takım padişah kanunnameleriyle meselenin hukukî boyutunun ihmal edilmemesidir. Bu meşruluk temeli, padişah hem iktidara gelirken hem de bir şekilde iktidardan uzaklaştırılırken kullanılmıştır.

I. Selim’den itibaren padişahlar aynı zamanda halife unvanını da taşıdıkları için, tahta çıkırları sırasında halifelerin göreve başlamaları için gerekli biat merasimi benzeri cülus törenleri yapılmıştır⁸².

XVII. yüzyılın başlarına kadar, saltanatın intikali konusunda yerleşik bir kuralın olmayışı, seçim, ahd ve zor kullanma gibi usullerin kullanılması sonucunu doğurmuştur. Bir bakıma, Fatih’in ifadesiyle saltanat kime müyesser olmuşsa, tahta o oturmuştur. Ancak bu durum muhtemel taht kavgalarını daima gündemde tutmuştur⁸³. Eski Türk devlet anlayışına egemen olan “egemenliğin bölünemezliği” ilkesi nedeniyle, İslamiyet öncesi pek çok Türk devleti parçalanarak yıkılmıştır⁸⁴. Bu kötü tecrübelerin tekrar yaşanmaması için yerleşik bir kuralın ihdası kaçınılmaz olmuştur. Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi’nde egemenliğin bölünmezliğini amaçlayarak hükme bağladığı kardeş katli⁸⁵, çok tartışılmakla birlikte bu yolda atılmış bir adım olarak düşünülebilir. Kaldı ki Ankara bozgunundan sonra yaşanan fetret dönemi saltanatın intikali meselesinin ne kadar önemli olduğunu göstermiştir. Bu meselenin öneminin farkında olan Fatih, saltanatın intikali konusunda kesin bir kural koymamakla birlikte, egemenliğin

Ankara 1958, s. 73; AKYILMAZ, s. 110, AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2005, s. 127.

80 Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi, m. 37, AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahillileri c. 1, İstanbul 1990, s. 328.

81 İNALCIK, Ottoman Empire, s. 59; İNALCIK, “Osmanlı Padişahı”, s. 73; AKYILMAZ, s. 110.

82 İNALCIK, “Osmanlı Padişahı”, s. 72; AKYILMAZ, s. 97.

83 AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 130.

84 CİN/ AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 114.

85 “*Ve her kimesneye evladından saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı alem için katletmek minasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmişdir. Anunla amel olalar*”, Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi, m. 37, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. 1, s. 328.

bölünmezliği ve sürekliliğini ön planda tutmuş ve merkezi otoriteyi güçlendirmek için birçok tedbir almıştır. Bunlardan birisi de kardeş katlidir.

b. Dîvân-ı Hümâyûn

Fonksiyonel açıdan Dîvân-ı Hümâyûn, devletin en üst yasama, yürütme ve yargı yetkisini üzerinde taşıyan ve bu alanlarda gerekli olan tüm faaliyetleri yürüten bir kurumdur. Ancak konumuz açısından burada özellikle vurgulanması gereken nokta, Dîvân'ın yargı yetkisi, "adalet dağıtma" fonksiyonudur.

İslam devlet geleneğinde adaletin sağlanması, zulmün ve haksızlıkların önlenmesi ve tebaanın kamu görevlilerinin muhtemel zulüm ve baskılarına karşı korunması için "adaletnâme" yayınlamak şeklinde bir uygulama söz konusu olmuştur. "Adaletnâme" yayınlamak, hükümdarın, ülkesinde adaleti kurmak için başvurduğu başlıca önlemlerden birisidir. Burada adalet kavramı, otorite sahibi olanların reayayı, kuvvetlilerin zayıfı ezmesini önlemek şeklinde anlaşılmaktadır⁸⁶.

"Adaletnâmeler", devlet otoritesini temsil edenlerin, reayaya karşı bu otoriteyi kötüye kullanmalarını, kanun, hak ve adalete aykırı tutumlarını, olağanüstü tedbirlerle yasaklayan beyannâme şeklinde bir padişah hükmüdür⁸⁷. Osmanlılardan önce varolan bir geleneğin devamı olarak görünen adaletnâmeler, Türk-İslam devlet anlayışında da önemli bir yer tutmuştur. Osmanlılardan önce hükümdarlar, bir takım haksızlıkların ve özellikle haksız vergilerin kaldırıldığını ilan eden hükümler çıkarmışlar ve bu hükümleri halkın rahatlıkla görebileceği büyük camilerin duvarlarına veya şehirlerin giriş kapılarına kitabe halinde asmışlardır. Buradaki temel amaç, bölgedeki otorite sahiplerine karşı tebaanın sahipsiz olmadığı mesajının verilmesi, ilgili otoritenin halka yönelik zulüm ve baskıdan uzak durması için bir uyarıdır. Osmanlı devlet geleneğinde bu uygulama aynen devam etmiştir. "Adaletnâme", yaygın bir hal alanı bir takım haksızlıkları padişahın yasakladığını halka ve kamu görevlilerine bildiren bir genel beyannameden başka bir şey değildir. Söz konusu başlıca haksızlıklar ise reayadan kanuna aykırı olarak toplanan vergilerdir. Sonuç olarak adaletnâmenin amacı, Şeriat'e, kanuna ve padişahın emirlerine aykırı bir takım "bid'ât"leri (batıl, kanunsuz uygulamaları) tamamen ortadan kaldırıp, bölgenin asayişini temin etmek, reyanın huzur ve güvenliğini sağlayıp güvenini kazanmaktır⁸⁸.

Osmanlı padişahının adaletnâmeler yoluyla kendi görevlilerine bir çeşit uyarıda bulunması, yönetilenlerin siyasi iktidara olan sadakat ve güvenlerini kuşku-

86 İNALCIK Halil, "Adaletnâmeler", Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000, s. 77-78.

87 İNALCIK, "Adaletnâmeler", s. 75.

88 İNALCIK, "Adaletnâmeler", s. 78.

suz artıracak bir uygulamadır. Kamu görevlileri ya da bölgesel otoritelerin tebaaya karşı girişecekleri her türlü haksız uygulamaya karşı, padişahın yayınladığı adaletnâmelerle bir anlamda tedbir alınmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte tebaa, kamu görevlileriyle ilgili şikayet ve taleplerini bizzat Divan-ı Hümâyûn'a veya veziriazamın divanlarına iletebilmiştir.

Türk-İslam devlet anlayışı ve geleneğinin önemli bir kurumu olan Dîvan, Osmanlı uygulamasında "adalet dağıtma" fonksiyonunu yargı yetkisi ile yerine getirmiştir. Dîvan'ın yargı yetkisi konusunda ikili bir ayrım söz konusudur. Öncelikle Dîvan, kendisine yapılan her türlü şikayet ve başvuruları bir ilk derece mahkemesi gibi inceleyip karara bağlayabilir. Bu uygulama, Osmanlı tebaasının "devletten adalet isteme hakkı"nı, devletin en yüksek kuruluna yönelik olarak, doğrudan kullanmasını ifade etmektedir. Dîvân-ı Hümâyûn'a yapılan başvurular Sultan orada daima hazır bulunduğu inancıyla, doğrudan doğruya sultana yapılmış başvurular sayılır. Dîvan-ı Hümâyûn'a dolayısıyla hükümdara doğrudan başvurabilme şu sebepten önemlidir: Hükümdar, Tanrı'dan başka kimseye karşı sorumlu olmayan tek otorite olarak, haksızlığı giderebilecek en yüksek otoritedir. O, kendisinin otoritesini temsil edenlerin hepsinin üzerindedir ve onların yaptıkları kötüye kullanmaları ancak O ortadan kaldırabilir. Bu çerçevede hükümdar, adaletin son başvuru yeridir. Dolayısıyla, adaletin yerini bulması için toplumdaki herkes, ister birey olarak, ister toplu halde hükümdara şikayetini iletebilmelidir⁸⁹. Türk devlet geleneğinin önemli prensipleri olan "adaletle hükmetme" ve "halka adil davranma", Osmanlı Devleti'nin yönetim felsefesinin de temeli olmuştur. Dîvân-ı Hümâyûn, bu ilkelerin hayata geçirilmesinde çok önemli rol oynamıştır. Osmanlı tebaasından olan herkes, din, dil, ırk ve cinsiyet farkı gözetilmeksizin Dîvan'ı Hümâyûn'dan adalet talep etme hakkına sahiptir. Ayrıca bu hak sadece Dîvân-ı Hümâyûn için değil, veziriazamın başkanlık ettiği divanlar için de geçerlidir⁹⁰.

Osmanlı toplumunda siyasi iktidarın uygulamaya koyduğu kuralları meşrû kılan, bu kuralların Allah'ın düzenine uygun bir toplumsal düzenleme getirdiğine yönelik olan yaygın inançtır. Başka bir deyişle kurallar, adil bir düzen olarak tanımlanan bu kutsal düzene uygun bir toplumsal düzen gerçekleştirebildikleri sürece meşrûydular. Böyle olunca da kurallar bir ölçüde meşruluk söylemini de

89 İNALCIK Halil, "Şikayet Hakkı: Arz-i Hâl ve Arz-i Mahzar'lar", Osmanlı Araştırmaları, VII-VIII, İstanbul 1988, s. 33.

90 AKYILMAZ Gül, "Osmanlı Devleti'nde Reaya Kavramı ve Devlet-Reaya İlişkileri", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 97; OĞUZOĞLU Yusuf, "Tanzimat Öncesinde Osmanlı Tebaasının Can, Mal, ve İrz Güvenliği Nasıl Sağlanıyordu?", Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1991, s. 263 vd; MUMCU Ahmet, "Osmanlı Devleti'nde 1876 Anayasası'na Değın Temel Hak ve Özgürlükler ve 1876 Anayasasının Temel Yapısı", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Ankara 1976, s. 33.

içermekteydi. Doğal olarak Osmanlı toplumundaki meşruluk anlayışı Allah'ın, -dinin- toplum hayatının tüm boyutlarına nüfuz etmiş olduğu bir ortamı varsaymaktaydı⁹¹. İşte bu ortam içerisinde Osmanlı siyasi iktidarı, "devletin adalet ihsan edici" niteliğini bir meşruluk vasıtasına dönüştürmüş, yönetilenlerin adalet taleplerine en üst düzeyde ve doğrudan cevap verebilme eğiliminde olmuştur. Devlet bu eğilimini tebaaya *Dîvân-ı Hümayûn*'a ve veziriazamın *dîvanlarına* doğrudan başvurabilme hakkı tanıyarak göstermiştir.

3. Klasik Osmanlı Dünya Görüşü: Osmanlı Resmî İdeolojisi

Sosyologların da vurguladıkları gibi ideoloji, kesin olarak tanımlanması güç bir kavramdır, çünkü soyut bir nitelik taşır. Doğal olarak bu durumda "resmî ideoloji" kavramının da zor belirlenebilir bir kavram olduğunu söylemek mümkündür. Bunun sebebi, soyut bir nitelik taşıması, dolayısıyla maddî alana yansıyabilmiş boyutlarının pek fazla göz önünde bulunmaması olduğu kadar, resmî ideolojiyi doğrudan ve açıkça anlaşılır bir şekilde ifadelendirecek maddî verilerin yetersizliği olabilir. Buna rağmen resmî ideolojiler her zaman var olmuş ve olmaya da devam edecektir⁹².

Resmî ideoloji; bir devletin kendisine, üzerinde egemen olduğu toprağa ve bu toprak üzerinde yaşayan tebaasına, ilişkide bulunduğu diğer ülkelere bakış ve onları algılayış tarzı, dünya görüşü, zihniyet yapısı, o devletin yükselttiği değerler sisteminin bütünüdür⁹³. Bu tanımdan yola çıkarak, Osmanlı Devleti'nin bir resmî ideolojisinin olup olmadığı⁹⁴ sorusunu sormak gerekmektedir.

Yukarıdaki resmî ideoloji tanımından hareketle Osmanlı Devleti'nin de bir resmî ideolojiye sahip olduğunu söylemek kanaatimizce mümkündür. Çünkü siyasi iktidarın dünyaya bakışını, kendi toplumu ve dış dünyayla ilişkilerini düzenleyen bir kurallar bütününe sahip olması, tüm iç ve dış siyasetini bu değerler manzumesi üzerine şekillendirmesi, varolan bütün teşkilatlanmasını yine bu kurallara göre düzenlemesi ve bu kurallara yönelik tüm muhalif sorgulamaları şiddetle reddetmesi onun bir ideolojiye sahip olduğunun önemli birer göstergesidir. Ayrıca bunlara ek olarak devlet, varolan bu kurallar veya değerler bütünü- nün toplum tarafından da kabul görmesi için her türlü tedbiri almaya çalışır. Çünkü, söz konusu değerler, toplumca kabul gördüğü ölçüde ideoloji resmî bir

91 İSLAMOĞLU İNAN, Huri, "Mukayeseli Tarih Yazını İçin Bir Öneri: Hukuk, Mülkiyet, Meşruiyet", *Toplum ve Bilim*, sy. 62, İstanbul 1993, s. 29-30.

92 OCAK, s. 71-72.

93 OCAK, s. 72; ALKAN Ahmet Turan, "Osmanlı'dan Cumhuriyete Müdevver Resmi İdeoloji Unsurları Hakkında", *Düşünen Siyaset*, Ağustos-Eylül 1999, sy. 7-8, İstanbul 1999, s. 129-130.

94 Burada Osmanlı Devleti'nin klasik dönemi inceleme konusudur.

boyut kazanabilecektir. Bu bağlamda kanaatimizce Osmanlı Devleti de bir “resmî ideoloji”ye sahiptir, denebilir. Ancak özellikle vurgulanması gereken nokta, “Osmanlı resmî ideoloji”sinin içeriğini dolduran değerler ya da kurallar bütünü nedir? Sorusudur.

Bilindiği gibi Osmanlı Devleti, hukukî açıdan İslam hukuku, başka bir deyişle “Şeriat” temeli üzerine kurulu bir devlettir. Her ne kadar, Osmanlı Devleti’nde Şer’î hukukun yanında, örfî hukukun da var olduğu, dolayısıyla düalist bir hukuk sisteminin geliştiği ileri sürülse de, kural olarak örfî hukukun Şer’î hukuka aykırı olamayacağı tezi de ortadadır. Ayrıca din, Osmanlı siyasi iktidarı için daima önemli bir meşruluk vasıtası olmasının yanında, bir toplumsal değer yarısından öte iktidar için önemli bir güç sembolü de olmuştur. Bu bağlamda; Osmanlı “resmî ideolojisi”nin “inanç” temeli üzerine oturduğunu söylemek çok iddialı bir yaklaşım olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü Osmanlı Devleti, daha kuruluş aşamasındayken din-devlet birlikteliği içinde olmuştur.

Osmanlı resmî ideolojisinin inanç temeli üzerine oturduğu düşüncesi, gerek teori gerekse uygulama açısından değerlendirilip analiz edilmesi gereken bir konudur. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Osmanlı Devleti henüz bir beylik durumundayken, geleneksel kurallar (töre) ile dini inanışlar uygulamaya yön vermiştir. Öyle ki, Osmanlı siyasi anlayışında devlet de en az din kadar kutsal bir olgu olarak kabul görmüştür. Bu, Osmanlı İmparatorluğu’nda devletle dinin Abbasiler dahil, tarihte hiçbir İslam devletinde olmadığı kadar birbiri ile iç içe geçmesinden, başka bir deyişle, devletle dinin özdeşleşmesinden kaynaklanmaktadır. Konuya daha somut bir yaklaşımla bakıldığında şunu söyleyebilmek mümkündür: Osmanlı Devleti’nde devlet ve din yan yana iki farklı daire değildir; din dairesi devlet dairesinin bütünüyle içindedir. Dolayısıyla, bu özdeşlikte devlet, dini içine alan ve onu kuşatan büyük dairedir. Bu çerçevede Osmanlı resmî ideolojisi, devlet ile dinin, ya da siyaset ile İslam’ın ayrılmaz bir şekilde birbiriyle iç içe girdiği bir zihniyet olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁵. Fakat bu “iç içe geçmiş zihniyet” açıklaması Osmanlı Devleti’nin bir teokratik Şeriat devleti olduğu anlamında yorumlanmamalıdır. Çünkü İslam, Osmanlı siyasi geleneği içerisinde belirleyici bir unsur, bir ideolojik temel olmakla birlikte, din adamlarının siyaset ve devlet yönetimine özellikle dahil edilmemeye gayret gösterildiği görülmektedir. Dînî ulemanın başı olan şeyhülislamın gerek yargı yetkisine sahip olmaması gerekse Divân-ı Hümâyûn üyesi olmayışı, kanaatimizce rejimin teokratik bir esasa tam olarak oturmadığının önemli bir göstergesi olarak düşünülebilir. Ayrıca, dînî otoritenin verdiği fetvaların, siyasi iktidarı bağlayıcı bir özellik taşımadığını da burada vurgulamak gerekir. Fakat, siyasi iktidarın politi-

95 OCAK, s. 73.

kalarına meşruiyet kazandırmak için fetva kurumuna önem vermesi, devleti ilgilendiren hemen her konuda (savaş ilanı, dış politika, dış ticaret vs.) dîmî otoritenin vereceği fetvalara başvurulması gözardı edilmemesi gereken bir olgudur.

Günümüzde din-devlet ilişkileri irdelenirken, Osmanlı tecrübesinin, laiklikle paradoks oluşturan bir örnek gibi algılanması, Osmanlı ideolojisinde İslam'ın kapsama alanını tam olarak kestirememekten kaynaklanmaktadır. Varlık sebebini İslamî kültürden alınmış bir dille açıklayan devlet ideolojisi, son tahlilde devlete yüklenen fonksiyona vurgu yapmaktadır. Bu fonksiyon, “devlet-i ebed müddet” ve nizam-ı alem” gibi, analiz edildiğinde dünyevî içerik taşıdığı açık olan görevlerden oluşmaktadır:

“Devlet-i ebed müddet”, devletin ömrünün vade biçilemeyecek kadar sonsuz olduğu fikrini deklare etmektedir⁹⁶. Yukarıda da belirtildiği gibi bu anlayış, Osmanlılar için devlet düşüncesinin anlamını ortaya koymaktadır. Devlete atfedilen “sonsuzluk” sıfatı, ona karşı duyulan bağlılığın ve saygının bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Devlete sonsuzluk tanınırken, bir ideolojik söylem olarak devletin “kutsallaştırılması” söz konusudur.

“Nizam-ı alem” ise tanımlanması konusunda günümüzde, henüz görüş birliğine ulaşılamamış bir kavramdır. Kimi yazarlar nizam-ı âlemi, “devletin birliği, bütünlüğü, beşerî bir ideal ve Osmanlıların kendilerini tarif ederken kullandıkları bir kavram” olarak tanımlamaktadırlar⁹⁷. Bazıları ise nizam-ı âlem ile kamu düzeninin vurgulandığını ileri sürmektedir⁹⁸. Diğer bir yazar, söz konusu kavramın “Osmanlı dünyasını temsil ettiğini” belirtirken⁹⁹, bir başka görüşe göre nizam-ı âlem, “sadece siyasi düzeni ifade etmeyip, bunun da ötesinde, toplumsal hayatın bütün boyutlarını karşılamak için kullanılan bir kavram”dır¹⁰⁰. İdeolojik bir söylem ve meşruluk kriteri olarak kavram, kanaatimizce de huzurun, kamu düzeninin ve asayişin korunmasını vurgulamaktadır. Nitekim, II. Mehmed, kardeş katli meselesini “nizam-ı âlem için” gerekli gördüğünü belirtmektedir. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için Osmanlı siyasi iktidarı İslamî bir yönelişe müraaat etmiştir.

96 ALKAN, s. 133; UNAN, s. 50.

97 TURAN, s. 325; ÖZCAN Abdülkadir, “Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem İçin Kardeş Katli Meselesi” İÜEF Tarih Dergisi, sy. 33, İstanbul 1982, s. 17-18.

98 ÖZ Mehmet, “Klasik Dönem Osmanlı Siyasi Düşüncesi”, İslamî Araştırmalar, c. XII, sy. 1, Ankara 1999, s. 29-30.

99 HADJ Rifa'at Abou el-, Modern Devletin Doğası, 16. Yüzyıldan 18. Yüzyıla Osmanlı İmparatorluğu (çev. Oktay Özel-Canay Şahin), Ankara 2000, s. 53.

100 GÖRGÜN Tahsin, “Osmanlı'da Nizam-ı Âlem Fikri ve Kaynakları Üzerine Bazı Gözlemler”, İslamî Araştırmalar, c. XIII, sy. 2, Ankara 2000, s. 187.

Osmanlı siyasi iktidarının kullandığı ideolojik söylemin önemli paradigmalardan birisiri de “Îlâ-yı Kelimetullah” (Allah’ın adını yüceltme) doktrini oluşturmaktadır. Söz konusu doktrin, Osmanlı fetih siyasetinin hareket tarzını ve temel motivasyonunu ifade etmiştir. Ayrıca gaza ve cihad kavramlarının itici gücünü de bu söylem oluşturmuştur. Devletin enerjisini harekete geçirmek ve yönetilenlere resmî siyasetin isabet ve meşruluğu hakkında sarsılmaz bir kanaat telkin etmek için bu söylemin ne derece ideolojik bir argüman olduğu açıktır. Ne var ki, “Îlâ-yı Kelimetullah” söyleminin Osmanlı gerilemesine paralel olarak daha az kullanıldığı da bir gerçektir. Bununla birlikte, özellikle devletin çöküş aşamasında söz konusu söylem, cihad ve gaza ruhuyla sentezlenerek, siyasi elitin “devleti kurtarmak” argümanına dönüşmekten de kurtulamamıştır¹⁰¹.

Osmanlı resmî ideolojisi çerçevesinde İslam’ın fonksiyonunu sorgularken, önemli bir tartışma konusu ortaya çıkmaktadır. Bu, Osmanlı siyasî iktidarının dinden pragmatik amaçlar elde etmek, bir başka deyişle, dîmî argümanları işine geldiği gibi kullanıp kullanmamak konusunda nasıl bir tavır sergilediği meselesidir. Kapsam itibariyle başlı başına bir çalışma konusu oluşturacak bu tartışmayı genel hatlarıyla da olsa değerlendirebilmek kanaatimizce pek kolay görünmemektedir. Bununla birlikte, konumuz bakımından çok önemli olan bu tartışmayı, Osmanlı siyasi iktidarının uygulamalarından örneklerle az da olsa tahlil edebilmek yararlı olacaktır.

İslam, Osmanlı siyasi iktidarına yön veren, iktidarın politikalarını dayandırma ihtiyacı hissettiği belki de en önemli meşruiyet dayanağı olmuştur. Yönetilenlerin dine olan hassasiyetleri de siyasi iktidarın bu tavrında gözardı edilemez. Osmanlı Devleti’nin siyasî ömrü çerçevesinde iktidarın İslam olgusunu belki “işine geldiği gibi” değil ancak devlet çıkarları veya siyasi meşruluk arayışlarının gerektirdiği ölçüde kullandığını söyleyebilmek, kanaatimizce mümkündür. Siyasi iktidarın kimi uygulamaları, bu düşünceyi doğrular niteliktedir. Örneğin, Osmanlı Devleti siyasi, ekonomik, coğrafi ve askeri bakımlardan en güçlü olduğu dönemlerde diğer devletlerle ilişkilerini ve dış politikasını tek taraflı olarak kendisi belirlemiştir. Bunu yaparken, kuşkusuz dayandığı temel, “güç” unsurudur. Ancak meseleye dîmî bir argüman eklemeyi de ihmal etmemiştir. Bu argüman, İslam hukukunda dünyanın “Darü’l Harb” ve Darü’l İslam” olarak iki kutba ayrılması ve görüntü itibariyle dış politikanın bu iki kavramın mücadelesi şeklinde algılanmasıdır.

Darü’l Harb ve Darü’l İslam kavramları, Osmanlı siyasi iktidarının ve geleneksel Osmanlı “fetih ülküsü”nün özüne uygun söylemler olarak değerlendirilebilir. Ayrıca yine İslamî söylemler olan “gazâ” ve “cihad” kavramları “fetih

¹⁰¹ ALKAN, s. 134.

ülküsü”ne dînî bir karakter kazandıran, bir bakıma bu harekete meşruiyet sağlayan kavramlar olarak değerlendirilebilir. Çünkü Darü'l Harb, gaza ve fetih ülküsünün eyleme dönüşeceği alan olmuştur. “Küfre karşı cihad” şeklinde sloganlaştırılabilecek bir argümanın devletin her bakımdan güçlü olduğu dönemlerde etkili bir söylem olarak kullanılabileceği ortadadır. Dolayısıyla, Osmanlı siyasi iktidarının söz konusu dönemlerde dış politikayı bu esaslar çerçevesinde değerlendirip, tek taraflı olarak belirlemesi, İslâmî argümanları işine geldiği gibi kullanmaktan öte, bu kavramlardan meşruiyet zemini olarak yararlanma amacı gütmek şeklinde düşünülebilir.

Yoğun toprak kayıpları ve devletin Avrupa karşısında zafiyete uğramaya başlamasıyla dış politik tavrı değişmiş, “Darü'l Harb” olarak tanımlanan Hıristiyan Avrupalı devletlerle “diplomatik ilişkiler” kurulmaya başlanmıştır. Söz konusu ilişkileri dînî argümanlarla destekleme ihtiyacı, bu dönemde daha belirgin olarak ortaya çıkmıştır. Çünkü, Osmanlı Devleti'nin Hıristiyan ülkelerle normal diplomatik ilişkiler kurması, savaş hali dışında ittifaklar yapması, gerek devlet adamları, gerekse ulemeden tepkiler görebilmiştir¹⁰². Doğal olarak, bu tip ilişkilerin geleneksel yapıya uymadığı biçiminde yadırgayıcı düşüncelerin ya da itirazların yükselmesi, dönemin şartları için muhtemeldir. Bunun en bariz göstergeleri, Avrupalı devletlerle yapılan anlaşma metinlerinin üzerine, Şeriat'e uygunluğunu göstermek amacıyla yazılan ayet ve hadisler olmalıdır. Kanaatimizce Osmanlı siyasi iktidarı, gerileme ve zafiyetle birlikte, dînî argümanlardan daha fazla yararlanma yoluna gitmiş, zafiyetten kaynaklanan meşruiyet sorununu yine geleneksel yollarla, din ile çözümlenmeye çalışmıştır. Çünkü din, yeni düzeni yadırgayacak kitlelerin sorgulamalarını en aza indirecek bir dayanak olarak Osmanlı siyasi iktidarının sığınabileceği yegâne sığınak olmaya devam etmektedir.

Osmanlı resmî ideolojisi inanç esası üzerine oturmakla birlikte, tarihi bir birikime de sahiptir. Kurulduğu ve geliştiği coğrafyada Osmanlı Devleti, pek çok medeniyetin ve kültürün izlerini taşımaktadır. Özellikle egemenlik kavramı ile ilgili olarak, gerek eski Türk devlet ve siyaset geleneği, gerek İslam siyasi geleneği ve gerekse daha çok yayıldığı coğrafyanın da etkisiyle Bizans siyasi geleneği, bir “Osmanlı resmî ideolojisi”nin oluşmasına etki eden kültür ve medeniyet birikimleridir. Bunlardan eski Türk devlet ve siyaset geleneği ile İslâmî gelenek hakkında daha önce bilgiler verilmişti. Ancak Bizans hakkında ayrıntıya girmek kanaatimizce yararlı olacaktır.

Osmanlıların Bizans siyasi geleneği ile doğrudan temasları doğal olarak henüz çok küçük bir uç beyliği halindeyken başlamıştır. Ancak bu siyasi geleneğin

¹⁰² AKYILMAZ Gül, *Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı*, Konya 2000, s. 59.

Osmanlı resmî ideolojisi üzerindeki gözle görülür etkileri kuşkusuz, İstanbul'un fethiyle belirginleşmiştir.

Kurumsal anlamda bazı Bizans uygulamalarının Osmanlı devlet teşkilatında da uygulamaya konduğu bilinmektedir. Ancak konumuz açısından önemle vurgulanması gereken nokta, Bizans etkilerinin özellikle egemenlik ve iktidar alanında etkili olduğudur. Özellikle Fatih'in şahsında tipik örneğini bulan ve Kanunî Süleyman ile zirveye ulaşan klasik "Osmanlı padişahı" tipinin oluşmasında Bizans'ın "imperium" (bölünmez, mutlak otorite) anlayışının rolünü dikkate almamak mümkün değildir. Ayrıca ulemanın merkeze bağlı dini bir bürokrasi modeline göre teşkilatlandırılarak, dinin bütünüyle merkezî yönetimin kontrolüne alınması Bizans'tan etkilenmiş bir uygulama olarak değerlendirilebilir¹⁰³.

IV. Tanzimat Sonrası: Hukuki Otorite Anlayışına Doğru

A. Çözülme Ve Yönetimin Sorgulanması

XIX. Yüzyılın başlarında, Osmanlı Devleti'nin genel durumu iyimser değerlendirmeleri mümkün kılamayacak kadar bozuk bir tablo sunmaktadır. Bir yanda sorunlar yumağına dönüşmüş iç dinamikler söz konusudur. Bunlar merkezî otoritenin zayıflaması, askerî başarısızlıklar, mâlî sıkıntılar, yerel ve bölgesel odakların güçlenmesi, yönetici sınıf ve bürokrasideki yozlaşmalar ile âyânların merkezî iktidara tehdit oluşturacak kadar etkin bir güce ulaşması gibi belli başlı sorunlardır. Diğer yanda ise dış dinamiklerin etkili olduğu sorunlar; Avrupa karşısında artan başarısızlıklar ve tavizler (Karlofça, Pasarofça ve Küçük Kaynarca sendromu) ile kapitülasyonlar yer almaktadır¹⁰⁴. Bunlara ek olarak, özellikle Fransız ihtilali ile ortaya çıkan gelişmelerin çokuluslu Osmanlı İmparatorluğu üzerindeki etkileri, ülkeyi parçalanma tehlikesiyle yüz yüze bırakmıştır. Ayrıca, bozuk düzene çözümler üretebilmek için gerçekleştirilmeye çalışılan reformların karşı karşıya kaldığı tepkiler de bu sürecin önemli parametrelerini oluşturmuştur.

Birikmiş sorunlara çözüm aramak, bozulan yapıyı ıslah etmeye çalışmak, kısacası "modernleşme" arayışları Osmanlı Devleti'nde sadece XIX. Yüzyıla özgü gelişmeler değildir. Yenileşme ve modernleşme olgusunun kökleri çok daha eskilere dayanmaktadır. Bu olgu, "Avrupalılar" ile ani karşılaşmanın yarattığı bir şok da değildir. Çünkü Osmanlı coğrafyası, tarihi boyunca Avrupa coğrafyası ile siyasi ve iktisadi açıdan beraberlik içinde olmuştur. Kaldı ki pek çok din, dil ve ırkı bünyesinde taşıyan bu imparatorlukta değişme denilince, tüm sistemi kapsayan eşzamanlı bir tarihi toplumsal olgu da söz konusu olamaz. Öte

¹⁰³ OCAK, s. 78; UNAN, s. 36-37.

¹⁰⁴ ELDEM Edhem, "18. Yüzyıl ve Değişim", Cogito 19 (Osmanlılar Özel Sayısı), İstanbul 1999, s. 192.

yandan Osmanlı modernleşmesi tek başına Osmanlı Türkiyesi'ni kapsayan bir gelişme olmayıp, diğer Müslüman toplumları da içine alan bir olgudur. Yenileşme ve modernleşme olgusu, Osmanlı dünyasına hakim olan dinin tartışılmasını, ona bağlanan kurum ve kuralların sarsılmasını ve değişikliğe uğramasını da beraberinde getirmiştir. Bu; değişimin bir yüzü olmakla birlikte, aynı zamanda Müslümanlar kadar Hıristiyanları ve diğer dinlerin üyelerini de kapsayan yüzü olmuştur. Din dışı bir hayat ve düşünce tarzı, Avrupa dillerinin ve biliminin etkinliği, kamu hayatı kadar aile hayatında da geleneksel kalıpların sarsılması, modernleşme ve yenileşme olgusunun Osmanlı Müslümanları üzerindeki belirgin yansımalarıdır¹⁰⁵.

Bozulma ve çözülme için alınacak tedbirler ve uygulanacak çözümlerin başını çoğu zaman askerî alanda yenilikler yapmak çekmiştir. Çünkü, imparatorluğun niçin gerilediği sorusu, önce devlet yönetiminin bozulduğu ileri sürülerek, daha sonra da yüzeyleşen bir tutumla, Avrupa'nın askerî üstünlüğü gösterilerek cevaplandırılmıştır. Böylece daha XVIII. yüzyıl başlarında Avrupa'nın askerî kurumlarının ve silah gücünün imparatorluğa nasıl getirilebileceği önemli bir devlet sorunu olmuştur. Hatta zamanla, savaşla ilgili geleneksel bir takım inançların etkileri giderek azalarak, Avrupa'ya karşı savaşta teknolojinin sonuç vereceği görüşü belirecektir. Bununla birlikte devletin gerilemesini dini hassasiyetlere duyulan saygının azalmasına bağlayan düşünceler, bir kısım ulema ve dini yönü ağır basan elit tarafından ileri sürülmüştür¹⁰⁶.

Reform sürecinde Osmanlı siyasi iktidarının yaşadığı değişimin önemli parametrelerini III. Selim ve II. Mahmud dönemleri oluşturmaktadır. Tanzimat'ın hemen öncesinde söz konusu sultanların uygulamaya çalıştıkları yenilikler, bir bakıma Tanzimat ile başlayan sürecin habercisi niteliğindedir. Bu nedenle iki sultanın dönemlerini bağımsız olarak incelemek yararlı olacaktır.

B. III. Selim Dönemi: Sancılı "Yeni Düzen"

1. "Gelenek" ile "Yenilik" Arasında

1789'da III. Selim tahta geçtiği zaman, XVIII. Yüzyılda karşı karşıya kaldığı tüm yenilgilere rağmen Osmanlı İmparatorluğu hala Avrupa'nın büyük dev-

¹⁰⁵ ORTAYLI İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, İstanbul 1995, s. 9.

¹⁰⁶ MARDİN Şerif, "Batıcılık", Türk Modernleşmesi Makaleler 4 (derl. Mümtaz'er Türkönetuncay Önder), İstanbul 2004, s. 9-10; KUNT Metin, "Siyasi Tarih", Türkiye Tarihi 3 Osmanlı Devleti 1600-1908 (yayın yönetmeni: Sina Akşin), İstanbul 2000, s. 70-71; DAVISON Roderic H., Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform 1856-1876 (çev. Osman Akınhay), c. 1, Ankara 1997, s. 32 vd.

letlerinden biriydi¹⁰⁷. Fransız Devrimi'nin (1789) patlak verişine ile 1830'ların sonu arasındaki dönem, gerek Avrupa'da gerekse Osmanlı İmparatorluğu'nda toprak, nüfus, ideoloji, devlet yönetimi, ekonomi ve uluslar arası ilişkiler alanlarında hızlı değişimlerin yaşandığı bir dönem olmuştur. Söz konusu değişikliklerle ilk kez yüz yüze kalan Osmanlı hükümdarı ise sultan III. Selim'dir. Henüz bir şehzade iken sarayın dışındaki dünyaya ve özellikle Avrupa'ya ilgi gösteren Selim, Fransa kralı XIV. Louis ile dostluk kurarak onunla yazışmıştır¹⁰⁸. Şehzade Selim'in kurduğu bu ilişkilerin, "Sultan" Selim'in yapacağı ıslahatlar için önemli fikrî bir altyapı oluşturduğunu söylemek abartılı bir yaklaşım olmasa gerektir.

III. Selim tahta geçtikten sonra yapmayı arzuladığı reformların merkezine Osmanlı ordusunu almıştır. Ancak saltanatının ilk yıllarında devletin Rusya ve Avusturya ile sürekli savaş halinde olması nedeniyle, orduda yapmayı düşündüğü yenilikleri ertelemek zorunda kalmıştır. Bununla birlikte, askeri reformlarına başlayana kadar, bazı yapısal sorunlara da el atılmadan geri kalmamıştır. Henüz kafes arkasındaki şehzadelik döneminde çok güvendiği dostu İshak Bey'in Versailles Sarayı'na özel elçi olarak gönderilmesini sağlamış ve İshak Bey vasıtasıyla Fransa ve Avrupa hakkında bilgi edinmeye çalışmıştır¹⁰⁹.

Devletin içinde bulunduğu sıkıntılardan kurtulabilmesinin ancak Avrupa tarzı reformlarla gerçekleşebileceğine inanan Selim, tahta oturduktan sonra, Avrupa hakkında daha fazla bilgi edinebilmek ve reformlarını bu yönde gerçekleştirebilmek için İshak Bey gibi pek çok görevliyi Avrupa'ya göndermiştir. Bu görevliler, Avrupalıların modern kurumlarını ve uygulamalarını incelemek ve gözlemlerini ayrıntılı bir şekilde İstanbul'a rapor etmekle görevliydi¹¹⁰. Bu görevlilerden Ebubekir Râtib Efendi'nin Sultan III. Selim'e gözlemlerini bildirdiği bir rapor (layiha), konumuz açısından oldukça dikkat çekicidir:

"Avrupa devletlerinde, hükümdarlar tarafından koyulan kanunlara, teşkilatlara, prensiplere ve vergilere toplumun her seviyesinde insanlar tarafından tam

107 SHAW Stanford J., "Osmanlı İmparatorluğu'nda Geleneksel Reformdan Modern Reforma Geçiş: Sultan II. Selim ve Sultan II. Mahmud Dönemleri" (çev. M. Faruk Çakır), *Türkler*, c. 12, Ankara 2002, s. 610.

108 ZURCHER Eric Jan, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi* (çev. Yasemin Saner Gönen), İstanbul 2002, s. 39; ÖZCAN Besim, "Sultan III. Selim Devri Islahat Hareketleri" (Nizâm-ı Cedîd), *Türkler* c. 12, Ankara 2002, s. 671. (671-683).

109 PALMER Alan, *Son Üç Yüz Yıl Osmanlı İmparatorluğu (bir çöküşün tarihi)* (çev. Belkıs Çorakçı Dışbudak), İstanbul 2002, s. 65-66; AKYILMAZ Gül, "III. Selim'in Dış Politika Anlayışı ve Diplomasi Reformu Çerçevesinde Batılılaşma Siyaseti", *Türkler*, c. 12, Ankara 2002, s. 661-662. (660-670); SHAW, "III. Selim ve II. Mahmud", s. 611-612; ZURCHER, s. 39.

110 BERKES Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, İstanbul 1978, s. 96.

olarak uyulmaktadır. Vergiler zamanında ödendiği müddetçe hiçbir kral, askeri komutan ya da bürokrat bir başkasının işlerine vergiyi gerekçe göstererek müdahale etmez... Kişi istediği giysiyi satın alabilir, istediğini söyleyebilir ve kişinin neler yiyip içebileceği ve nerelere gidip gelebileceği konusunda bir sınırlama olmadığı gibi, yiyeceğine, giyeceğine, alış-verişine ve kazançlarına müdahale edilmez... Hiçbir dini hukuka sahip değildirler. Bu demektir ki İsa'nın koymuş olduğu kanunlardan sadece evlilikle ilgili kimi kurallar geçerli kalmıştır ve bu alanda bile krallar söz konusu olunca İsa'nın getirdiği kurallar her zaman uygulanmaz. Mirasla ilgili kurallarda dini hükümler uygulanmamaktadır, bu nedenle mevcut Avrupa devletleri öyle bir yapıya sahiptir ki artık onlar ehl-i kitap olarak nitelendirilemezler"¹¹¹.

Ratıp Efendi, bu ve bunun gibi raporlarında daha çok yöneten-yönetilen ilişkilerine vurgu yapmaktaydı. O, Avrupalı hükümetlerin yönetilenlere fayda sağlamak amacıyla varolduğunu belirtiyordu. Bu görüşüyle Ratıp Efendi, klasik Osmanlı yönetim geleneğinden ayrılıyordu. Ona göre siyasi iktidarın amacı, imparatorluğun topraklarını genişletmek ve devletin zenginliklerini ve gücünü artırmaktan öte, tebaanın çıkarlarına daha fazla hizmet etmek olmalıydı. Ayrıca İmparatorluğun kapladığı alanın çok geniş olmasından dolayı merkezi otoritenin her yerde denetimi sağlamakta güçlük çektiğini vurguluyor, bu durumun çok büyük bir problem olduğunu ileri sürüyordu¹¹².

Ratıp Efendi'ye göre Avrupa'nın büyüklüğünün temelinde yatan unsurlar şunlardır: 1) Eğitilmiş, disiplinli ve iyi teçhiz edilmiş bir ordu, 2) Güçlü ve düzenli bir mali yapı, 3) İyi eğitilmiş, yetenekli ve dürüst bir bürokrasi, 4) Halkın huzuru, refahı ve güvenliği için yapılan düzenlemeler, 5) Avrupalı devletlerin ortak faydaları için işbirliği yapma yetenekleri¹¹³.

Görüldüğü üzere Ratıp Efendi'nin gözlemlerinde konumuz bakımından asıl önemli vurgu, yöneten-yönetilen ilişkilerine yöneliktir. Söz konusu Osmanlı aydınına göre, siyasi iktidarın öncelikle yapması gereken; yönetilenlerin huzur ve güvenliğini sağlamak, onların refah seviyesini yükseltmek ve bürokrasiyi onların hayatını kolaylaştıracak bir hale getirmektir.

2. Nizâm-ı Cedîd Kavramı

III. Selim ve dönemi deyince akla gelen ilk kavram şüphesiz "Nizâm-ı Cedîd"tir. Uzun süren Avusturya ve Rusya savaşlarından sonra uygulamaya konan reform sürecine "yeni düzen" anlamına gelen "Nizâm-ı Cedîd" adı verilmiştir. Bu kavrama ilk kez Viyana'ya olağanüstü elçi olarak gönderilen Ebubekir Ratıp

¹¹¹ SHAW, "III. Selim ve II. Mahmud", s. 612.

¹¹² SHAW, "III. Selim ve II. Mahmud", s. 612; AKYILMAZ, "Batılılaşma Siyaseti", s. 662.

¹¹³ SHAW, "III. Selim ve II. Mahmud", s. 612; BERKES, s. 96; ÖZCAN, "III. Selim", s. 672.

Efendi'nin sefaretnamesinde ve sadrazam tarafından III. Selim'e sunulan arz tezkeresinde rastlanmaktadır. Ratıb Efendi raporlarında Avusturya siyaseti ve kurumlarından söz ederken, mevcut idari yapıyı "Nizâm-ı Cedî" olarak tanımlamaktadır¹¹⁴. 1789 Devrimi sonrasında Fransa'da kurulan yeni rejim de Osmanlı Devleti'nde "Fransa Nizâm-ı Cedî" olarak kabul edilmiştir¹¹⁵. Ayrıca sadrazamın padişaha gönderdiği arz tezkeresinde "*Fransız devletinde zuhur eden ihtilale binâe:ı nizâm-ı cedîd ihtira eylediğinden*" söz edildiği gibi, padişah da arzın derkenarına "*Françe nizâm-ı cedîdinin bir sûret-i tahrir ve taraf-ı hü-mâyûnuma irsâl oluna*" ibaresini yazmıştır¹¹⁶. Bütün bu ifadelerden anlaşılın, "Nizâm-ı Cedî"nin Osmanlı devlet yönetiminin tüm kademelerinde varolan yapının yerine yenisinin konması anlamında kullanıldığıdır¹¹⁷.

III. Selim, Nizâm-ı Cedî çerçevesinde pek çok alanda ıslahata girişmiştir. Ancak konumuz bakımından bizi ilgilendiren, III. Selim döneminde Osmanlı siyasi iktidarının ne durumda olduğudur. Gerek dış etkiler, gerek içerideki bozulmalar ve yozlaşmalar, XIX. Yüzyıla gelindiğinde Osmanlı siyasi iktidarının gücünü oldukça zayıflatmıştır. Bu nedenle III. Selim'in ıslahatlarının temel noktası, devletin merkezi otoritesini yeniden güçlendirmek olmuştur. Merkezi otoritenin güçlendirilmesi için gerekli yeniden yapılanmanın askeri alanda olduğuna dair yaygın inanış, ıslahatların bu alanda yoğunlaşması sonucunu doğurmuştur. Özellikle, merkezi otoriteye karşı giderek güçlenen ayanların itaatini yeniden sağlamak için askeri alanda yenileşmeye gidilmesi kaçınılmaz olarak görülmüştür. Bu amaçla, geleneksel ordudan farklı, Fransız subayların eğitiminden geçmiş, üniformaları ve silahlarıyla Avrupa tarzı donatılmış "Nizâm-ı Cedî" ordusu kurulmuştur¹¹⁸.

III. Selim kemikleşmiş ve "gelenekselleşmiş" sorunların çözümlerini yine "geleneksel şartlar" içerisinde bulmaya çalışmıştır. Bu bağlamda, başta yönetici sınıf ve ordu olmak üzere Osmanlı toplumunun geleneksel kabullerini mümkün olduğu kadar az rahatsız edecek uygulamalara girişmiştir. Bu davranış tarzında belki de meşruiyet krizi oluşturmama çabaları etkili olmuştur. Köklü ve klasik olmalarının yanında, iyi de işlemeyen kurumları tamamiyle ortadan kaldırmak

114 KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, c. V, Ankara 1988, s. 61; AKYILMAZ, "Batılılaşma Siyaseti", s. 661.

115 LORD KINROSS, The Ottoman Centuries, The Rise and Fall of The Turkish Empire, New York 1977, s. 418; KARAL, Osmanlı Tarihi, c. V, s. 61; AKYILMAZ, "Batılılaşma Siyaseti", s. 661.

116 KARAL Enver Ziya, Selim III'ün Hatt-ı Hümayûnları Nizâm-ı Cedî 1789-1807, Ankara 1988, s. 30.

117 AKYILMAZ, "Batılılaşma Siyaseti", s. 661.

118 KARPAT, Modernleşme, s 83; DAVISON, s. 35-36.

yerine, yanlarına Batılı anlamda kurumlar kurmayı tercih etmiştir. Dolayısıyla, kanaatimizce III. Selim'in reform çabaları, "devrimci bir reformculuk" anlayışı değil, "muhafazakar bir reformculuk" anlayışı olarak nitelenebilir.

B. II. Mahmud ve Sened-İ İttifak

28 Temmuz 1808'de Alemdar Mustafa Paşa'nın sayesinde Osmanlı tahtına oturan II. Mahmud, hayatını ve saltanatını borçlu olduğu bu kişiye sadaret mührünü teslim ederek, "Ruşçuk Âyânı"nı sadrazamlığa yükseltmiştir. Bu gelişme, imparatorluğun eski dönemlerinde zaman zaman görüldüğü gibi, egemenliği "iki başlı" bir duruma sokmuştur¹¹⁹.

XVIII. Yüzyıl boyunca Balkanlar, büyük çiftliklerin, zenginlik getiren tarımın ve ticaretin önemli merkezlerinden biri haline gelmiştir. Eskinin güçsüz ve küçük feodalleri ya eriyip ortadan kaybolmuşlar ya da iyice büyüüp zengin toprak beylerine dönüşmüşlerdir¹²⁰.

Yukarıdaki gelişmeler çerçevesinde Alemdar'ın amacı, merkezi hükümetle yerel beylerin çatışmasına meşveret usulüne başvurarak son vermek olmuştur. Bu nedenle, valileri ve güçlü âyânları başkentte "meşveret-i âmmeye" davet etmiştir. Bir anda İstanbul çevresine binlerce âyân askeri dolmuş ve bu durum yeniçeri ocağında tedirginliğe yol açmıştır. Hatta bu toplantılarda yeniçeri ocağının kaldırılması bile gündeme gelmiş, ancak sultan dahil bir çok âyân bu riski göze alamamıştır. Kaldı ki, Sultan Mahmud'un yeniçerileri âyân ordusuyla değil, kendi kuracağı orduyla ortadan kaldırmayı amaçladığı da bir gerçektir. Sonuçta, âyânlarla yapılan meşveretten "Sened-i İttifak" adı verilen belge ortaya çıkmıştır (7 Ekim 1808)¹²¹.

Bir savaş ve iç çatışma ortamında gerçekleşen Sened-i İttifak, âyânların padişahın otoritesi karşısında kendilerini garanti altına alma endişesi taşıyan bir belge olmaktan öteye gidememiştir. Nitekim, ilk dört şartta, padişahın merkezi ve mutlak otoritesi kabul edilmekle birlikte, hemen arkasından âyânın mevcut

119 ORTAYLI, İmparatorluğun, s. 28.

120 ORTAYLI, İmparatorluğun, s. 28-29.

121 İNALCIK Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hattı Hümayünü", Belleten, c. XXVIII, sy. 112, Ankara 1964, s. 260-261; TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 1998 s. 28-29; GİRİTLİ İsmet, Kısa Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 21-22; ERDOĞAN Mustafa, Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, Ankara 1997 1999, s. 18-19; PAMİR Aybars, "Osmanlı Egemenlik Anlayışında Sened-i İttifak'ın Yeri", AÜHFĐ, c. 53, sy. 2, Ankara 2004, s. 74 ((61-82); GÖZLER Kemal, "Sened-i İttifak", www.anayasa.gen.tr/senediittifak, 09. 11. 2005; YALÇINKAYA, "Osmanlı Dış Politikası", s. 642-643; AKŞİN Sina, "Siyasal Tarih 1789-1908", Türkiye Tarihi 3, Osmanlı Devleti 1600-1908 (yayın yönetmeni: Sina Akşin), İstanbul 2000, s. 93-94; SHAW, "III. Selim ve II. Mahmud", s. 619-620; ORTAYLI, İmparatorluğun, s. 29.

hakları ve durumlarının padişah karşısında garanti altına alınması söz konusudur. Aynı zamanda her âyânın, kendisine tabi daha küçük âyânlar üzerindeki egemenliği de onaylandığı gibi, âyânlığa bağlı hak ve yetkilerin babadan oğula geçmesi de teminat altına alınmıştır. Bu yönleriyle Sened-i İttifak, âyânların fiilen kurulu olan feodal düzenlerine sürekli bir hukukî ve meşru zemin oluşturma amacını içermektedir. Dolayısıyla söz konusu belge, modern devlet anlayışının Osmanlı'nın çağdaşı olan devletlerdeki doğal gelişimine zıt bir yaklaşım sergilemiştir¹²².

Öte yandan, hukuk tarihimizde Sened-i İttifak'ı, mutlak rejimi ve baskıyı sınırlama amacı güden bir belge olarak değerlendirmek mümkün görülebilir. Çünkü senede göre âyânlar, halkın temsilcisi ve koruyucusu olma rolünü üzerlerine almışlardır. Şu halde senet, bir bakıma merkezî yönetimin ve onun yerel temsilcileri olan vali vb. görevlilerin keyfi uygulamalarına karşı genel bir direnme teşebbüsü olarak yorumlanabilir. Bunun gibi, Senec-i İttifak'ı hürriyet ve asalet duygularını uyandıran hareketlerin ilk adımları olarak gören yazarlar da vardır. Örneğin Ziya Gökalp'e göre, Türkiye'de derebeylik dönemi, milletin en azından bir kısmında padişaha karşı reaya veya kulluk duyguları yerine hürriyet ve asalet duyguları uyandırmıştır. Öte yandan yazar, bu dönemin, halk egemenliğine giden yolda önemli bir gelişme olduğunu belirtmektedir. Abartılı sayılabilecek bu düşünce, az da olsa gerçeklik payı taşımaktadır. Gerçekten, II. Mahmud döneminde belli başlı âyânlar ortadan kaldırıldığı zaman, padişahın mutlak ve merkezî otoritesine karşı koyabilecek hiçbir kuvvet kalmamış ve tam bir istibdat dönemi başlamıştır¹²³.

Ayanların etkisizleştirilmesi, Osmanlı Devleti'nin toplumsal ve ekonomik kaderi açısından çok önemli sonuçlar doğurmuştur. Öncelikle, devlet bu sayede taşradaki ekonomik kaynaklar üzerinde tam bir egemenlik kurmuştur ki, bu kaynak, bir süre sonra yeni düzenlemelere tabi tutulacak olan topraktır. İkinci olarak, yönetim sorumluluğunu kısmen de olsa yerel halkın temsilcileriyle paylaşma gerekliliğini ortadan kaldırmıştır. Üçüncü olarak, bürokrasiyi politik üstünlüğüne veya ekonomik kaynaklar üzerindeki kontrolüne meydan okuyabilecek herhangi bir toplumsal gruba karşı keskin bir tavır almaya teşvik etmiştir. Diğer gruplar, ülkenin kaynaklarını ancak bürokrasiyle birlikte veya bürokrasinin belirlediği biçimde kullanabilir hale gelmiştir. Sonuçta, "merkezîleşme" kısa bir süre içinde sultanın mutlak iradesiyle eşanlamlı bir karakter kazanmıştır. Sultan ise bu durumu eski emperyal yönetim geleneğine dayanarak meşrulaştır-

122 İNALCIK, "Sened-i İttifak", s. 263-264; TANÖR, s. 36-37.

123 İNALCIK, "Sened-i İttifak", s. 264-265; AKYILMAZ, "Egemenlik", s. 149. Öte yandan, II. Mahmud'un şu sözleri dikkat çekicidir: "*Saltanatın millet için dehşet ve korku kaynağı değil, destek olmasını isterim*", KARAL, Osmanlı Tarihi, c. V, s. 152.

maya çalışmıştır¹²⁴. Ancak bu dayanağın, ilginç bir çelişki olarak, II. Mahmud'un reform ve yenileşme çabalarıyla sarsıldığı da gözden kaçırılmayacak bir noktadır.

Sonuç olarak Sened-i İttifak, Osmanlı siyasi iktidarının otoritesini sınırlayıcı bir görüntü sergilemekle birlikte, otoritenin sınırlanması sadece bir kısım yerel gücün lehine görünmektedir. Osmanlı Devleti'nde siyasi iktidar, toplum ve siyasi meşruluk bağlamında söz konusu belgenin olumlu etkiler bıraktığını söyleyebilmek güçtür. Meşruluk kriterleri açısından, Osmanlı siyasi iktidarı hala geleneksel yapıdan kurtulabilmiş değildir. Bununla birlikte, senede konulan şartların bir meşveret kurulu tarafından hazırlanarak kabul edilmesi, mutlak egemenliğin bir ölçüde gevşemesi olarak değerlendirilebilir.

D. Tanzimat Dönemi

Osmanlı Devleti'nde padişahın şahsında toplanmış mutlak egemenliğin az da olsa sınırlanması konusunda ilk teşebbüs sayılabilecek Sened-i İttifak'tan sonra, devletin siyasi yapısında köklü bir değişiklik yapma amacının ilk resmî belgesi, "Gülhane Hatt-ı Hümayûnu" denilen "Tanzimat-ı Hayriye Fermanı"dır. 3 Kasım 1839'da Sultan Abdülmecid adına, Hariciye Nazırı Mustafa Reşit Paşa tarafından Gülhane Kasrı'nda okunan bu ferman, 1789 Fransız Devrimi ile Avrupa'ya yayılan akımların izlerini taşımaktadır¹²⁵. Ferman, sadece bir hukuki metin olarak kalmamış, Osmanlı Devleti'nin modernleşme ve yenileşme çabalarının adeta "miladı" olarak değerlendirilmiştir. Gerçekten de genel olarak "Türk modernleşmesi" "Tanzimat öncesi ve Tanzimat sonrası" olarak ikiye ayrılmaktadır.

Osmanlı siyasi iktidarı ile ilgili olarak, Tanzimat Dönemi'nde Gülhane Hatt-ı Hümayûnu'ndan sonra diğer bir önemli belge de "İslahat Fermanı"dır. 1856'da ilan edilen ve üzerinde Avrupa baskısının daha çok hissedildiği bu belge, Tanzimat Fermanı ile ileri sürülen vaatleri tekrarlamakla birlikte, daha çok gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının (zimmîler) lehine düzenlemeler içeren bir hukuk metnidir¹²⁶.

1. Gülhane Hattı Hümayûnu (Tanzimat Fermanı)

3 Kasım 1839'da Gülhane Parkı'nda okunduğu için bu adla anılan Gülhane Hatt-ı Hümayûnu'nda bütün Osmanlı tebaası için can, mal ve namus güvenliği, mülkiyet hakkı, vergi ve askerlik işlerinde düzenlemeler yapılması, yargılama-

124 KARPAT, Modernleşme, s. 86-87.

125 ABADAN Yavuz, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", AÜHFĐ., c. XIV, sy. 1, Ankara 1957, s. 3; ALDIKAÇTI Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s. 40; GİRİTLİ, s. 25.

126 BERKES, s. 210; AKYILMAZ, Eşitlik, s. 127.

nun açık ve adil olması, hakim kararı olmadan suçlanmama ve cezalandırılmama gibi ilkeler yer almıştır. Böylece fermanla, yargılanmadan kimseye ceza verilemeyeceği, yani “kişi dokunulmazlığı” ve “kanunsuz suç ve ceza olmaz” gibi evrensel hukuk ilkeleri de benimsenmiş olmaktadır¹²⁷. Bu çerçevede padişah, o güne kadar kendisine tanınan cezalandırma hakkından vaz geçmiş görünmektedir. Müsadere yasağı ve vergilendirmede uygulanacak esaslar doğrultusunda (adil ve eşit vergilendirme) mal güvenliğinin de kabul edildiği görülmektedir. Ferman’da, söz konusu ilkeler doğrultusunda yeni kanunların çıkarılacağı vurgulanmıştır. “Yeni kanunlar” ibaresi” Osmanlı hukukunda olmayan yeni ilkeleri, bir başka ifade ile hukuk reformunu dile getirmektedir. Yeni yönetim usullerinin çatısını oluşturacak kanunlar kurullar tarafından (Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye) ve kolektif usulle hazırlanacaktır. Böylelikle padişahın yasama ve yargı yetkisini kullanırken kurullardan, danışma yöntemlerinden yararlanması ve hatta yetkilerinin kanunlarla sınırlanması yoluyla modern hukuk devleti kavramına doğru önemli bir adım atılmıştır. Ayrıca dikkat çekici bir nokta da söz konusu kurullarda üyelerin düşüncelerini açıkça ve çekinmeden açıklamaları telkin edilmiştir¹²⁸.

Yine Ferman’da Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye’de her konuda varılan kararların padişah onayından sonra kanunlaşacağı, bu kanunlara aykırı davrananların cezalarını belirlemek için ayrıca bir ceza kanunnamesi hazırlanacağı, suç işleyen herkesin (din farkı gözetilmeksizin) söz konusu kanuna göre cezalandırılacağı belirtilmiştir¹²⁹.

Tanzimat Fermanı ile Osmanlı uygulamasında “kanun önünde eşitlik” prensibine de adım atılmıştır. Belgede Müslüman tebaa ile gayrimüslim tebaa arasındaki eşitlik açık olarak belirtilmemiş, tanınan güvenceler dolayısıyla böyle bir eşitliğin söz konusu olduğu anlamı çıkarılmaya çalışılmıştır¹³⁰. Fermana yer alan; “...ve teba’a-i saltanat-ı seniyyemizde olan ahâl-i islam ve milel-i saire bu müsâade-i şâhânemize bilâ-istisnâ mazhar olmak üzere can ve ırz ve

127 BOZKURT Gülşihal, Batı Hukuku’nun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara 1996, s. 48-49; CİN/ AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 461-462.

128 “...ittifâk-ı ârâ ile karar verilmesi lazım gelmiş olmakla, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye âzâsı dahi lüzumu merteye teksîr olunarak ve vükelâ ve ricâl-i Devlet-i Âliye’nin dahi bazı tayin olunacak eyyâmda orada ictima’ ederek ve cümlesi efkâr ve mütâlâatını hiççekinmeyip serbestçe söyleyerek...”, Tanzimat Fermanı, Tanzimat ve Meşrutiyet’in Birikimi, s. 450.

129 BOZKURT, Batı Hukuku, s. 48-49; CİN/ AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 462.

130 HAZIR Hayati, “Tanzimat Fermanı’nın Anayasa Hukuku Açısından Tahlili”, Tanzimat’ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1991, s. 227; TANÖP Bülent, “Anayasal Gelişmelere Toplu Bir Bakış”, Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, c. 1, İstanbul 1982, s. 15; İNALCIK, “Sened-i İttifak”, s. 619; AKYILMAZ, Eşitlik, s. 125.

namus ve maddelerinden hükm-i şer'î iktizasınca Kâffe-i Memâlik-i Mahrûsemiz ehâlisine taraf-ı şâhânemizden emniyet-i kâmile verilmiş..."¹³¹ cümlesinden Müslümanlar gibi gayrimüslim tebaanın da tanınan haklardan eşit şekilde yararlanacağı anlaşılmaktadır. İfade, tartışmaya yer bırakmayacak kadar açıktır ve burada kastedilen, "kanun önünde eşitlik"ten başka bir şey değildir¹³². Dolayısıyla söz konusu Ferman ile Avrupa'da Fransız İhtilali'nin ürünü olan "kanun önünde eşitlik" ilkesi bizzat Osmanlı siyasi iktidarı tarafından kabul edilmiştir. Bu özellikleri sebebiyle Tanzimat Fermanı, Osmanlı-Türk anayasal gelişiminin başlangıcı, hukuk devleti olma yolunda ilk manifesto ve laik norm ve uygulamalar konusunda ilk adım niteliğini taşıyan bir "temel haklar fermanı" olarak değerlendirilmiştir¹³³.

Görülüyor ki Tanzimat Fermanı, Osmanlı tebaası için "kanun önünde eşitlik" sürecini kavramsal olarak başlatmış¹³⁴ ve Osmanlı yönetimi siyasi aidiyetle ilgili ortak bir laik anlayış geliştirmeye çalışmıştır¹³⁵. Ferman'ın deklare ettiği eşitlik prensibini siyasi meşruiyet bağlamında değerlendirmek gerekir. Daha önce de ifade edildiği gibi, İslam hukuku, Müslümanlarla gayrimüslimler arasında tam bir eşitliği öngörmemektedir. Ferman ile -üstü kapalı bir biçimde de olsa- Müslüman-gayrimüslim tebaanın eşitliğine vurgu yapılması, geleneksel İslam anlayışından kopuş anlamına gelecektir. Doğal olarak bu, Müslüman tebaayı hoşnut edecek bir gelişme değildir. İslam hukukunun gayrimüslimlere ilişkin hükümleri ve Osmanlı siyasi iktidarının yüzyıllardır süregelen uygulamalarıyla çelişen bu durum, Müslüman tebaaya meşruiyet sorgulamaları yaptracak nitelikte bir açılım olarak düşünülebilir. Dolayısıyla, Ferman'da "eşitlik" vurgusunun açıkça değil de üstü kapalı bir şekilde yapılması belki de bu gibi endişelerin bir sonucu olabilir.

Osmanlı siyasî iktidarı için meşruiyet ve İslam ilişkisi göz önüne alındığında, toplumsal açıdan gayrimüslim-Müslüman eşitliği, bir meşruiyet krizi yaratabilecek kadar sıra dışı bir gelişme olarak düşünülebilir. Kaldı ki, Müslüman

131 "Tanzimat Fermanı", *Tanzimat ve Meşruiyet'in Birikimi*, s. 450.

132 HAZIR, "Tanzimat Fermanı", s. 227; TANÖR, "Anayasal Gelişmeler" s. 15; İNALCIK, "Sened-i İttifak", s. 619; AKYILMAZ, *Eşitlik*, s. 125.

133 ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 273; CİN/AKYILMAZ, *Hukuk Tarihi*, s. 462; BOZKURT, *Batı Hukuku*, s. 49; ORTAYLI, *İmparatorluğun*, s. 88.

134 FINDLEY Carter V."The Acid Test of Ottomanism: The Acceptance of Non-Muslims in the Late Ottoman Bureaucracy", *Christians and Jews in the Ottoman Empire* (ed. Benjamin Braude/Bernard Lewis), vol. I, New York 1982, s. 341; TANÖR, *Osmanlı Türk*, s. 92; AKYILMAZ, *Eşitlik*, s. 124.

135 KARPAT Kemal H., "Millets and Nationality: The Roots of the Incongruity of Nation and State in the Post-Ottoman Era", *Christians and Jews in the Ottoman Empire* (ed. Benjamin Braude/Bernard Lewis), vol. I, New York 1982, s. 162; AKYILMAZ, *Eşitlik*, s. 125.

Osmanlı tebaası “Halife-i Rûy-i Zemîn” olan padişahu II. Mahmud’u “gâvurluk” ile yaftalayabilmiştir.

Tanzimat Fermanı’nın dikkat çekici yönü, Batılı tarzdaki ilkelerin “dine ve Şeriat”e bağlılık vurgusuyla ilan edilmesidir. Gerçekten de Ferman’ın gerekçesinde devletin dine ve Şeriat’e sarıldıkça güçlenip yükseldiği, bunlardan uzaklaştıkça zayıfladığı belirtilmektedir. Bir yandan, “din” vurgusu yapılarak¹³⁶, Osmanlı toplumu gibi dini hassasiyetlerin önemli olduğu bir toplumda çıkması muhtemel olumsuz tepkilere karşı tedbir alınmıştır. Öte yandan, ilan edilen prensiplerin toplumun yararına ve refahına hizmet edeceği, birliği ve bütünlüğü sağlayacağı ve devletin eski gücüne ulaşabilmesi için bunların gerekli olduğu ileri sürülmüştür. Kanaatimizce “din” vurgusu, fermanı, toplumun ve bir kısım elitin gözünde meşrulaştırmak amacını taşımaktadır. Osmanlı Devleti’nin hukuki ve toplumsal yapısı göz önüne alındığında, Ferman’daki “din” vurgusu oldukça normal karşılanabilir. Ancak, Ferman’ın getirdiği prensiplerin o zamana kadar Osmanlı toplumunda ve elitinde açık açık konuşulamamış, daha çok Avrupa menşeli prensipler olduğu da ortadadır. Dolayısıyla, muhtemel tepkilerin önüne geçebilmek için ferman içerisinde “din”e sıklıkla vurgu yapılması, hatta Ferman’ın hükümlerine uymayanların “Allah’ın lanetine uğramaları”¹³⁷ duasında bulunularak bir meşruiyet zemini oluşturulmaya çalışılmıştır.

Tanzimat Fermanı ile klasik Osmanlı “mutlak” siyasi iktidarı kendi kendini sınırlandırmıştır. Dolayısıyla bu, bir çeşit “oto-limitasyon” belgesi niteliğinde olup, Batı’daki gibi aşağıdan (yönetilenlerden) yukarıya (siyasi iktidara) doğru gerçekleşen bir baskı sonucunda, halkın talepleri, mücadeleleri neticesinde ortaya çıkmış bir belge değildir. Padişah, otoritesini kendi tek taraflı iradesiyle sınırlamıştır. Nitekim Ferman’ın sonunda, bu hükümlere uymayanlar “Allah’ın lanetine uğrasın” ifadesi genel bir ifadedir ve padişahu da içine aldığı açıktır. Doğal olarak böyle bir manevî müeyyide, Osmanlı padişahının hükümdarlık çerçevesini daraltmaktadır. Bununla birlikte, padişahın kendisini kayıtlayan bu iradeye aykırı davranması durumunda herhangi bir kurumsal yaptırımın var olmadığı da gözden kaçırılmamalıdır¹³⁸. Ancak her şeye rağmen, Osmanlı “mutlak” siyasi iktidarının “vaat” ederek bile olsa, egemenliğini kullanırken kanunlara uyacağını

136 Bkz. “Tanzimat Fermanı”, Tanzimat ve Meşrutiyet’in Birikimi, s. 449-451.

137 “Hemen Rabbimiz Taâlâ Hazretleri cümlemizi muvaffak buyursun ve bu kavânîn-i müessisenin hilâfına hareket edenler, Allahü Taâlâ Hazretleri’nin lânetine mazhar olsunlar ve ilelebed felah bulmasınlar, Amin”, Tanzimat ve Meşrutiyet’in Birikimi, s. 451.

138 MUMCU Ahmet, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 1994, s. 158; RUMPF Christian, Türk Arayasa Hukukuna Giriş, Ankara, 1995, s. 9; BOZKURT Gülnihal, “Tanzimat ve Hukuk”, Tanzimat’ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1991, s. 272 (271-277); AKYILMAZ, “Egemenlik”, s. 150.

belirtmesi, Osmanlı Devleti'nde "hukukî otorite"ye doğru gidişin önemli parametrelerinden biri olarak kabul edilmelidir. Ayrıca siyasi iktidarın kendi koyduğu kurallara uyacağı ilan etmesi önemli bir meşruiyet söylemidir.

2. 1856 Islahat Fermanı

Tanzimat Döneminde ortaya çıkan ikinci önemli hukukî belge, 1856 yılında ilan edilen "Islahat Fermanı"dır. Islahat Fermanı, Tanzimat Fermanı'nın tüm tebaayı içeren can, mal, ırz ve namus dokunulmazlıklarına ilişkin getirdiği hükümleri biraz daha pekiştirmekle birlikte, bütünüyle gayrimüslim tebaanın dinî, hukukî ve sosyal statüsünü esas alan ve bu yönde iyileştirmeler getiren bir belge olmuştur. Ayrıca söz konusu Ferman'da Gülhane Hatt-ı Hüsnâyûnu'ndaki gibi Şer'iat'e herhangi bir atf da yoktur; olması da mümkün değildir. Çünkü, klasik İslam hukukunun zimmîlere (gayrimüslim İslam devleti vatandaşı) tanıdığı hukukî statünün dışına çıkıldığı gibi, o döneme kadar siyasi iktidarın öngördüğü sosyal statünün de ötesine geçilmiştir¹³⁹. Bu bakımdan Ferman'ın Osmanlı Devleti'nde laik nitelikli düzenlemeler bakımından önemli bir belge olduğu düşünülebilir. Metinde Şer'iat'e yönelik atflar bulunmadığı gibi, Tanzimat Fermanı'nda ifade edilen; "kurallara uymayanların Allah'ın lanetine uğramaları" şeklindeki dinî baskı unsurları da görülmemektedir. Ancak, Batı eskisi ağır basmış olmakla birlikte, Islahat Fermanı'nın da siyasi iktidarın tebaaya verdiği bir ihsan ve lütuf olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.

Yöneten-yönetilen ilişkileri çerçevesinde Islahat Fermanı, Tanzimat'a oranla bir takım hakların genişletilmesi yönünde önemli hükümler içermektedir. Bununla birlikte söz konusu haklar daha çok gayrimüslimlerin lehine düzenlemeler olmuştur. Bunlar içerisinde belki de en önemlisi, "kamu hizmetlerine girebilmede din ayrımı gözetilmesi"nin ortadan kaldırılmasıdır. Fermana göre, bütün tebaa, askerlik dahil, her türlü devlet görevlerine eşit olarak kabul edilecektir. Aynı şekilde din farkı gözetilmeksizin tüm Osmanlı tebaası askeri ve sivil okullara girebilecektir. Bunun yanı sıra dinî cemaatler, programları ve öğretmenlerin seçimi devlet kontrolünde olmak şartıyla okul açabileceklerdir¹⁴⁰.

Tanzimat Fermanı ile biçimlenmeye başlayan, devleti kurtarmak için eşit vatandaşlık ve vatanseverlik kavramları, Islahat Fermanı ile yeni bir boyut kazanmıştır. Söz konusu kavramlar, artık ideolojik bir çerçeveye bürünme sürecine

¹³⁹ KARAL Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi*, c. VI, Ankara 1988; BÜLBÜL Gül, "Islahat Fermanını Hazırlayan Sebepler ve Islahat Fermanı", *SÜHFD*, c. 2, sy. 7, Konya 1989, s. 158; s. 5; BOZKURT, *Gayrimüslim*, s. 56; ÜNAL ÖZKORKUT, s. 131-132; Geniş bilgi için bkz. ERCAN, s. 173-250. Ferman'ın orijinal metni için bkz. "Islahat Fermanı", *Tanzimat ve Meşruiyet'in Birikimi*, s. 451-454.

¹⁴⁰ YENİÇERİ Özcan, "Kırım Savaşı, Islahat Fermanı Ve Paris Barış Antlaşması" *Türkler*, c. 12, Ankara 2002, s. 850. BÜLBÜL, s. 158; ÜNAL ÖZKORKUT, s. 132.

girmiş ve “Osmanlılık” ideolojisi bu dönemde vurgulanmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, padişah dahil Osmanlı devlet adamları, kimi zaman kaynaşma ve birleşmeyi kimi zaman da Osmanlı tebaasının kardeşliğini vurgulamak için “Te-baa-i Şâhâne”, “Təbaa-i Saltanat”, “Tebaa-i Devlet-i Âliye gibi “ideolojik yü-celtmeler” içeren ifadeleri kullanır olmuşlardır. Nitekim İslahat Fermanı, bu tip nitelermelerin sıklıkla kullanıldığı bir belgedir¹⁴¹. Pratikte, gerek Osmanlı siyasi iktidarının gerek diğer yönetici elitin böyle bir anlayışı benimsemesi doğaldır. Fransız İhtilali’nden itibaren yayılmaya başlayan, başta milliyetçilik, vatandaşlık ve insan haklarına ilişkin fikir akımları, dönemin çok uluslu imparatorlukları için hayati bir tendit oluşturmuştur. Osmanlı Devleti de böyle bir imparatorluk olmasının yanı sıra, siyasi ve ekonomik bakımdan oldukça güç bir durumdadır. Bu yüzden, iç barışı ve huzuru sağlamak ve devlete dışarıdan gelen baskı ve müdahaleleri önlemek amacıyla tebaanın eşitliğine vurgu yapılarak, devlete bağlılık duygusu güçlendirilmeye çalışılmıştır.

E. I. Meşrutiyet ve Kanun-ı Esasi Döneminde Osmanlı Siyasi İktidarı

Anayasal devlet olmak, bir devletin siyasi rejiminde hukukiliğinin önemli göstergelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bir devletin yazılı bir anayasa’ya sahip olmasıyla, siyasi iktidarın egemenliğini her zaman hukuki normlardan aldığı, dolayısıyla hukuki bir meşruluk zeminine oturduğu söylenemez. Şu halde, bir ülkede anayasanın şeklen var olmasından öte, o anayasanın getirmiş olduğu hükümlerin, siyasi iktidara sağlayacağı meşruluk zemi-ni daha fazla önem taşımaktadır. 1876 Kanun-ı Esasi’si bakımından bizim için önemli olan konu da budur.

Üyeleri padişah tarafından seçilip atanan 28 kişilik bir komisyon tarafından hazırlanan Kanun-ı Esasi, padişahın bir hatt-ı hümayûnu ile yürürlüğe girmiştir. Bu yönüyle söz konusu anayasayı bazı yazarlar “ferman anayasa” olarak nitelemektedirler¹⁴². Esas itibariyle 1830 Belçika Anayasası örneğine dayanan ilk Osmanlı Anayasası görüntüde anayasal bir monarşi (meşrutiyet rejimi) kurmuştur. Kanun-ı Esasi’ye göre, padişahın geleneksel mutlak yetkisi, kurulması öngörülen seçilmiş bir parlamento ile sınırlanacaktır. Daha da önemlisi, padişahın artık anayasaya bağlı olması öngörülmüştür. Ayrıca anayasanın getirdiği rejim, sadrazamı ve “heyet-i vükela”sı (bakanlar kurulu) ile ilk bakışta parlamentarizmi çağrıştırmaktadır. Ne var ki, anayasa dikkatle incelendiğinde, gerçek durum böyle olmadığı ve bu anayasanın “vesayetçi” iktidar anlayışında önemli bir

141 AKYILMAZ, Eşitlik, s. 130; BERKES, s. 211

142 TANÖR, “Anayasal Gelişmeler”, s. 19; TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 99.

değişiklik yapmış sayılamayacağı açıkça görülecektir¹⁴³.

İlk olarak, Kanun-ı Esasi'nin ilanıyla anayasalı bir rejime geçilmiş olmakla birlikte, gerçekte bu rejim, padişahı etkin biçimde sınırlayacak bir niteliğe sahip değildir. Gerçi, padişah yeni rejim altında eskisi kadar serbest hareket edebilecek bir konumda görünmemektedir. Bununla birlikte, anayasa padişahın tek taraflı bir fermanı ile yürürlük kazandığı için, yine padişah tarafından her zaman geri alınabilirdi, ki böyle de olmuştur¹⁴⁴.

Kanun-ı Esasi'de yasama yetkisinin padişaha ait olduğunu gösteren bir düzenleme yapılmıştır (m. 27, 28/2). Anayasa, "Heyet-i Mebusan" ve "Heyet-i Âyân olmak üzere iki meclis öngörmektedir ki ikisine birden "Meclis-i Umûmi" denmektedir. Heyet-i Mebusan'ın üyelerini Osmanlı vatandaşları seçerken, Heyet-i Âyân üyeleri, Meclis-i Mebusan'ın üye tam sayısının üçte birini aşmamak üzere, padişah tarafından kaydı hayat şartıyla atanır¹⁴⁵.

Yürütme yetkisi ise neredeyse tamamen padişaha aittir. Gerek sadrazamı, gerekse Heyet-i Vükela'yı padişah seçer ve görevden alır. Bunun gibi, Meclis-i Umumi'yi toplantıya çağırarak ve gerek duyarsa feshetmek yetkisi de yine padişaha tanınmıştır (m. 27-29).

Kanun-ı Esasi'ye göre yargı yetkisi bağımsızdır (m. 81) ve bu yetki, şeriye ve nizamiye mahkemelerince, her türlü müdahaleden "azade" olarak (m. 86) kullanılır. Ayrıca, yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi için hakimlik teminatı getirilmiştir. Buna göre, istifaları dışında hakimlerin işlerine son verilemeyecektir (m. 81). Bazı istisnalar dışında tabii hakim ilkesi geçerli olup, olağanüstü mahkeme kurulması kesin olarak kabul edilmemiştir (m. 89). Ceza hukukunun tartışmalı konularından biri olan af yetkisi ise sınırsız bir biçimde padişaha tanınmıştır¹⁴⁶.

Kanun-ı Esasî, öngördüğü düzenlemelerle hükümdarın yetkilerine bir sınırlama getiremeyişi bakımından "Sened-i İttifak"tan bile fiilen daha güçsüz bir belge olarak yorumlanabilir. Özellikle ünlü 113. madde¹⁴⁷ Anayasa'nın getirdi-

143 KARAMUSTAFAOĞLU Tuncer, Yasama Meclislerini Fesih Hakkı, Ankara 1982, s. 182; ERDOĞAN, Anayasalar ve Siyaset, s. 29.

144 ERDOĞAN, Anayasalar ve Siyaset, s. 30.

145 MUMCU Ahmet, "Osmanlı Devleti'nde 1876 Anayasasına Değın Temel Hak ve Özgürlükler ile 1876 Anayasasının Temel Yapısı", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüz Yılı 1876-1976, Ankara 1976, s. 37; MUMCU, İnsan Hakları, s. 164; TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 110; ALDIKAÇTI, S. 57; AKYILMAZ, Egemenlik, s. 152.

146 MUMCU, İnsan Hakları, s. 165.

147 "Mülkün bir cihâtinde ihtilal zuhur edeceğini müeyyid âsar ve emârât görüldüğü halde Hükümeti seniyenin o mahalle mahsus olmak üzere muvakkaten (idarei ırfiye) ilanına hakka vardır. (Idarei ırfiye) kavânin ve nizâmâtı mülkiyenin muvakkaten tatilinden iwalet olup (idarei ırfi-

ği bütün hak ve hürriyetlerin değerini bir anda ortadan kaldırmış ve onları geçici bir makyaj seviyesine indirmiştir. Söz konusu madde henüz “Encümen”de tartışılırken Namık Kemal’in söylediği şu cümle, günümüzde bile 113. maddenin en iyi kritiğidir: “*Bu madde değil Kanun-ı Esâsî’yi Tanzimat’ı bile ihlâl etmektedir*”¹⁴⁸.

Nitekim, meclisi kapatarak, Kanun-ı Esâsî’yi şeklen yürürlükte bırakan II. Abdülhamid, 113. maddeden aldığı yetkiye dayanarak, Anayasa’nın yapıcılarını bile yurt dışına sürüp bertaraf edebilmiştir. Meşrutiyet ve Kanun-ı Esâsî zaten geniş ve etkili bir halk hareketinin değil, belirli bir zümrenin çabaları sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, çok küçük bir azınlığı ifade eden bu zümrenin susturulması, kağıt üzerinde verilen bütün hak ve hürriyetlerin geri alınmasına yetmiştir. Toplumsal siyasî kültürün elitten farklı olduğuna kuşku yoktur. Toplumdaki Batılılaşma taraftarlarının bile Meşrutiyet ve Kanun-ı Esâsî’nin olmayışına çok büyük bir kayıp gözüyle baktıkları söylenemez. Bunların fiilen mücadelesini verenler çok daha dar bir aydınlar grubudur. İlanı da özellikle Mithat Paşa gibi yönetimin en üst mevkiinde bulunan bir aydının olağanüstü gayretleriyle gerçekleşmiştir. Anayasa’nın öngördüğü hak ve hürriyetlerin bir konfordan ibaret olmadığı, sonradan gelişen olaylarla daha iyi anlaşılmıştır¹⁴⁹.

Kanun-ı Esâsî’nin getirdiği yenilikler doğrultusunda, konumuz bakımından önemli bir diğer nokta, bu dönemde Osmanlı siyasi iktidarının egemenlik ve meşruluk bakımından durumudur. Arsel’e göre, 1876 Anayasası egemenliği sadece padişaha ait bir hak olarak tanımakla kalmamış, aynı zamanda bu hakkın onun tarafından ve onun istediği biçimde kullanabilmesinin esaslarını da hükme bağlamıştır. Yazar, bu anayasanın egemenlik tanımlamasında Osmanlı hanedanı’nın tek ve kutsal (m. 5) süje olduğunu ileri sürmektedir. “Ekber evlada” vasetle intikal eden saltanat (m. 8), egemenliğin tek ve gerçek sahibidir. Yazara göre, Osmanlı Haredanı başlangıçtan beri iktidarın kaynağını Allah olarak kabul etmiş, Osmanlı toplumu da bu düşüncüyü benimsemiştir. Kanun-ı Esasi, bu anlayışın izlerini taşıyan bir belgedir¹⁵⁰.

Rejimin meşruluğu açısından Arsel’in ifadelerini göz ardı etmek mümkün

ye) tahtından bulunan mahallin sureti idaresi nizâmı mahsus ile tayin olunacaktır. Hükkümetin emniyetini ihlâl etdikleri idarei zabutanın tahkikatı mevsukası üzerine sabit olanların memaliki mahrûsâi şâhânenen ihraç ve teb’id etmek münhasıran Zâtı Hazreti Pâdişâhî’nin yedi iktidarındadır”, ŞAKAR Müjdat, 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, İstanbul 1990, s. 299.

¹⁴⁸ ÇALIK Mustafa, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Anayasa Fikrinin Doğuşu ve Meşrutiyet Anayasalarında Siyasî Hürriyetler”, Türkiye Günlüğü, sy. 51, Ankara 1998, s. 64.

¹⁴⁹ ÇALIK, s. 64-65.

¹⁵⁰ ARSEL İlhan, Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına Ankara 1975, s. 24-25.

değildir. Ancak, dikkat edilmesi gereken nokta, egemenliğin ve siyasi iktidarın kaynağı Allah olarak kabul görürken, bu inancı yönetilenler de büyük oranda benimsemişlerdir. Geçmişte Tanzimat ve Islahat Fermanlarına Türk halkının tepkilerine bakıldığı zaman, “din ve hilafet” olgularının Osmanlı siyasi iktidarı için hala güçlü meşruluk kriterleri olmaya devam ettikleri görülecektir. Tekrar belirtmek gerekir ki; Kanun-ı Esasi, Meclis-i Mebusan’ı düzenlemekle “millet iradesi”ne doğru giden yolda önemli bir açılım başlatmıştır. Söz konusu meclisin yasamaya ilişkin yetkileri çok sınırlı da olsa, meşruluk ve hukukilik bağlamında bu, önemli bir gelişmedir. I. Meşrutiyet ve onun manifestosu olan Kanun-ı Esasi ile henüz hukuki otoriteye geçişin gerçekleşmediği ortadadır. Kaldı ki anayasanın ilanından kısa sayılabilecek bir süre sonra padişah, Meclis’i feshedip anayasayı fiilen askıya almıştır. Dolayısıyla, yöneten-yönetilen ilişkileri çerçevesinde, I. Meşrutiyet sürecinde meşruluk kavramının geleneksellik ile hukukilik arasında gezindiği anlaşılmaktadır. Ancak 113. madde, “hukukîlik” sürecine ağır bir darbe vurmuştur.

F. II. Abdülhamid: İdeolojinin Yükselişi

Son dönem Osmanlı tarihinin belki de en tartışmalı devri “II. Abdülhamid” yıllarıdır. II. Abdülhamid, İmparatorluğun çöküş sürecinde, ilk kez ilan edilen “Meşrutiyet Rejimi” ile iktidar olmuş, ancak kısa sürede taşları kendi lehine çevirip klasik Osmanlı mutlak monarşisini yeniden inşa etmiştir. Üstelik saltanatının neredeyse tamamını bir “mutlak monark” olarak sürdürmüştür. Ne var ki kaderinin garip bir tecellisi olarak, “meşrutî rejim” ile geldiği iktidardan, yine “meşrutî rejim” ile ayrılmak zorunda kalmıştır.

Sultan olmadan önce Abdülhamid, Mithat Paşa’ya Anayasa’yı kabul edeceği ve onunla ve onun ekibiyle birlikte çalışacağı yolunda taahhütte bulunmuştur. Ancak tahta oturduktan sonra, amcası Sultan Abdülaziz’in yeniden kazanmak için büyük mücadele verdiği otoriteyi önemli ölçüde sınırlandıran böyle bir anayasayı onaylamak konusunda acele etmemiştir. Sultanın Anayasa’yı pek benimsememesi, bu belgenin bileşimi üzerinde doğrudan etki yaratmıştır. Sonuç olarak Anayasa, Sultan’ın iktidarını Parlamente’ye devretmek zorunda kalmayacağı yönünde güvence verilmesiyle, bir mutabakat metni olarak ortaya çıkmıştır. 1831 tarihli Belçika Anayasası’na dayandırılmış olsa da Anayasa bir kurucu meclis tarafından değil, üyelerini Sultan’ın atadığı 28 kişilik bir grup tarafından hazırlanmış ve Sultan’ın bir lütfu olarak resmen ilan edilmiştir¹⁵¹.

1876 Anayasası’na göre egemenlik Sultana aittir. Ancak bu durum

¹⁵¹ KARPAT Kemal H./ZENS Robert W., “I. Meşrutiyet Dönemi ve II. Abdülhamid’in Saltanatı (1876-1909)” (çev. Nasuh Uslu), *Türkler*, c. 12, Ankara 2002, s. 874-875; AKYILMAZ, *Egemenlik*, s. 151.

Abdülhamid'in eseri değildir. Bu, Anayasa'nın merkezci, elitist ve otoriter anlayışıyla örtüşmektedir. Nitekim, daha Anayasa'nın mürekkebi kurumadan ve henüz polisiye bir yönetime kayış başlamadan Sultan, Anayasa'nın başlıca mimarı sayılan Mithat Paşa'yı ünlü 113. maddeyi¹⁵² işleterek, 5 Şubat 1877'de sınırdışı ettiğince hiçbir ciddi tepkiyle karşılaşmamıştır. Aynı şekilde, ilk Osmanlı Meclis-i Mebusan'ının yine padişah iradesiyle süresiz tatil edilmesi karşısında da önemli sayılabilecek bir tepki gösterilmemiştir¹⁵³.

Otoritesini güçlendirip, yönetimi tekrar "mutlak monarşi" çizgisine taşıyan II. Abdülhamid'in siyasi iktidarını dört ana temel üzerine kurmaya çalıştığı söylenebilir. Birincisi, ülkenin ihtiyacı olan kalıcı bir barış için komşularıyla dostça, genel olarak da tarafsız bir dış politika gütmektir. İkincisi, iktisadi açıdan güçlü olmayan devlettir., güçlü bir mali yapılanma içerisine girilerek, üretiminin, dolayısıyla vergi potansiyelinin artırılmasıdır. Üçüncü amaç, Abdülhamid'in "İslami" endişeleriye ilgilidir. Sultan, Müslüman tebaanın asli unsur olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, Müslüman tebaa, iyi eğitim ve sosyal imkanlarla desteklenmeli, dolayısıyla devlete, yani siyasi iktidara olan bağlılığı artırılmalıdır. Dördüncü noktayı adalet kavramı oluşturmaktadır. Güvenli ve hızlı işleyen bir adalet sistemi ile asayiş ve güvenlik başta olmak üzere, kamu hizmetleri yaygınlaştırılmalıdır. Ancak bu yapılırken, tebaa üzerindeki devlet denetimini pekiştirecek bir yönetim düzeni geliştirilmelidir¹⁵⁴.

Abdülhamid, jini temellere dayanan Osmanlı toplumunu birleştirmeye ve siyasi bir topluma dönüştürmeye çalışmıştır. Sultan ve Halife olarak, siyasi iktidar yetkilerini kullanırken, inancı ideolojik bir baskı unsuru ve meşruluk vasıtası haline büründürmüştür¹⁵⁵. Kendisi de çok dindar bir Müslüman olmasına rağmen, dini sosyal ve siyasi amaçlar için kullanmak konusunda tereddüt etmemiştir. Kendisine yönelik muhalefet ve tehditler, sadece liberal düşünceli Yeni Osmanlılar'dan veya Avrupa'dan kaynaklanmamaktadır. Tanzimat Dönemi'nin yenileşme rüzgarı içerisinde yetişmiş reformcu İslami gruplar da önemli muhalefet unsurları olarak Sultan'ın iktidarını eleştirmişlerdir. Bu yüzden Abdülhamid, İmparatorluk içerisindeki reformcu İslami grupların sıkı bir şekilde karşısında olmuştur. Çünkü bu grupların İslamcılık anlayışı, Klasik Osmanlı İslami'na karşı bir tepki hareketidir. İslamcılar, esas itibarıyla Batı karşıtı olma-

152 Kanun-ı Esasi, nr. 113: "...Hükümetin emniyetini ihlâl ettikleri idarei zabitanın tahkikatı mevsukası üzerine sabit olanların memâliki mahrusâi şahânedan ihrac ve teb'îd etmek münhasıran Zatı Hazreti Padişahînin yedi iktidarındadır", ŞAKAR, s. 116.

153 AKARLI Engin, "II. Abdülhamid: Hayatı ve İktidar" Osmanlı, c. 2, Ankara 1999, s. 256.

154 AKARLI, s. 257. II.

155 KARPAT/ZENS, s. 879.

larına rağmen modernist bir çizgi takip etmişlerdir¹⁵⁶. Onlara karşı Abdülhamid, var olan düzenin yara almadan devam edebilmesi amacıyla, Ortodoks İslam'ı desteklemiştir. Klasik medrese yapılanmasını sahiplenmekle birlikte, söz konusu kurumların, modern eğitim kurumlarıyla bütünleşmesi için çaba harcamıştır¹⁵⁷.

Abdülhamid'in İslam'ı bir ideolojik söylem ve toplumsal tutkal olarak kullanmasının altında elbette ki pek geçerli nedenleri vardı. Müslüman unsurun desteğini pekiştirmek için, kurulu düzene destek vermeye hazır bazı tarikatleri de kullanmıştır. Öteden beri pek çok İslam ülkesinde toplumsal örgütlenmenin temel birimlerinden olan tarikatler, 1880-1908 yılları arasında büyük bir canlanma göstermiştir. Sultan, bunların başlıca önderlerini İstanbul'a toplamaya, bütün ülkeyi bir ağ gibi sarmış olan teşkilatlarından bir iletişim ve propaganda aracı olarak yararlanmaya çalışmıştır¹⁵⁸.

Yönetimini meşrulaştırabilmek için, kullanılacak en iyi yolun propaganda olduğunu iyi bilen Abdülhamid, bu yöndeki en geçerli kozu olan İslam'ı kullanmaya devam etmiştir. Tarikat önderlerinden başka, nüfuzlu taşra ailelerini ve bir takım aşiretlerin de desteğini alabilmek için elindeki en güçlü silah, yine İslam'dır. Sultan'a göre, Tanzimat Dönemi'nin en önemli yanlışlarından biri, Müslüman cemaatin önderleri durumundaki bu kişilerin hoş tutulmaması, hatta üstlerine gidilerek, taşradaki etkinliklerinin kırılmaya çalışılmasıdır. Bu, devletin kendi bindiği dalı kesmesi gibi bir şeydir: Balkanlarda kiliselerin önderliğinde yürütülen ayrılıkçı hareketlerin ivme kazanmasının ve devletin zaafa uğramasının başlıca nedenlerinden biri, padişaha göre budur. Dolayısıyla, aynı hataya tekrar düşmemek için Abdülhamid, Anadolu ve Suriye'deki aşiretlerle sıcak ilişkiler kurmaya çalışmış, devlete ve dolayısıyla siyasi iktidara bağlı kalmaları şartıyla çıkarlarını zedelememeye dikkat etmiştir¹⁵⁹. Böylece, meşruiyet ilişkilerinin pazarlık çarkı bu şekilde işlemeye devam etmiştir.

Abdülhamid, saltanatının dini ve geleneksel yönünü vurgulamak suretiyle hem kendi konumunu güçlendirmeyi, hem de o dönemde kenâisine muhalif olan liberal yaklaşımları zayıflatmayı hedeflemiştir¹⁶⁰. Kendi politikalarını hayata geçirebilmek için otoriter bir yönetim kurmuştur. Onun anlayışında, demokratik bir yapılanma devletin bütünlüğünü zayıflatacak unsurları da beraberinde taşıma

156 OCAK Ahmet Yaşar, "Abdülhamid Dönemi İslamcılığının Tarihi Arka Planı: Klasik Dönem Osmanlı İslamı'na Genel Bir Bakış", Sultan II. Abdülhamid ve Devri Semineri, İstanbul 1994, s. 123.

157 KILINÇ Ramazan, "Muhafazakarlık: II. Abdülhamid Dönemini Anlamada Bir Anahtar", Türkler, c. 12, Ankara 2002, s. 935; AKARLI, s. 259.

158 AKARLI, s. 259.

159 AKARLI, s. 259.

160 ZURCHER, s. 120.

riskine sahiptir.⁶¹ Shaw'ın da belirttiği gibi, ilk Osmanlı Parlamentosu gerçek demokratik bir parlamentodur. Siyasi partiler vardır. Ancak parlamento, kriz dönemlerinde kararlı ve çözüme yönelik adımlar atmak yerine, çeşitli grupların kavga alanı haline gelmiştir. Siyasi partiler din ve milliyetçilik konularında maksadını aşan tartışmalar yapan liderlerin elinde kavga vasıtasına dönüşmüştür. Dolayısıyla, Parlamento, savaşın neden olduğu krizi tartışmak yerine vaktini, şu ya da bu etnik grubun ne kadar hakka sahip olacağı gibi, bütünlüğü bozacak konulara yoğunlaşmıştır. Parlamento üyelerinin uzlaştıkları tek şey, ülkenin içince bulunduğu buhrandan dolayı padişahı eleştirmek olmuştur. Bu durumun yansıması olarak II. Abdülhamid, oldukça merkezileşmiş ve otoriter bir yönetim kurmuştur¹⁶².

G. II. Meşrutiyet Dönemi

Abdülhamid mutlakiyetinin sürdüğü XX. Yüzyıl başlarında, siyasi iktidara karşı eleştiri ve muhalefet sadece liberal düşünceli gruplar, dış güçler, reformist İslamcı gruplar ya da genç subaylarla sınırlı kalmamıştır. Sultan'a karşı Avrupa'da mücadele eden "Genç Türkler", çıkardıkları ve el altından ülkeye soktukları yayınlarla etkili olmaya başlamışlardır. Başta eğitimli memurlar ve genç subaylar tarafından olmak üzere, Abdülhamid aleyhine çalışan gizli dernekler kurulmaya başlanmış ve bu derneklerle topluma mesaj verilmeye çalışılmıştır. Bu derneklerin en etkili olanı ise irili ufaklı pek çok fraksiyonun bir araya geldiği "İttihat ve Terakki"dir¹⁶³.

1. İttihat ve Terakki

1877 yılının başında Abdülhamid'in Mithat Paşa'yı azledip sürmesiyle başlayan mutlakiyet, Rus ordularının Ayastefanos'a kadar gelmeleri üzerine Meclis-i Mebusan'ın dağıtılmasıyla (1878) hız kazanmış ve 1908'de Meşrutiyet'in yeniden ilanına kadar devam etmiştir.

Sultan Abdülhamid'e karşı organize muhalefet hareketinin kuruluşu, 1889 yılında, Askerî Tıbbiye'de "İttihad-ı İslamî" adı altında gerçekleşmiş, 1894'te teşkilat İttihat ve Terakkî Cemiyeti adını almıştır. Aynı yıl cemiyet üyelerinin bir kısmı Avrupa'ya geçmeyi hızlandırmışlardır. Cemiyet, 1908 Devrimi'nden bir süre sonra siyasî parti olarak hayatını sürdürmüştür. İttihat ve Terakki, zaman zaman değişik ideolojiler ve kişilerle karşımıza çıkmaktadır, fakat bütün bu ideolojilerin arkasında "Osmanlı Devleti'ni kurtarma" fikri yatmaktadır. 1905'e

¹⁶¹ KILINÇ, s. 935.

¹⁶² SHAW Stanford J. Studies in Ottoman And Turkish History: Life With the Ottomans, İstanbul 2000, s. 338.

¹⁶³ OKANDAN, Umumi Amme Hukuku, s. 233; ABADAN, s. 30; TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 133 vd.

kadar cemiyet, kendini Namık Kemal'in "hürriyet" fikirlerinin varisi olarak gösterirken oldukça düzensiz bir çalışma yapmış, Avrupa'ya kaçan idarecilerinin bir kısmının 1897 yılında padişahla işbirliğini kabul etmesi, örgütü çok zayıflatmıştır¹⁶⁴.

İttihat ve Terakki'nin amaçları derli toplu olarak ilk kez Cemiyet'in Mısır'da yayınladığı "Şuray-ı Ümmet" gazetesinde açıklanmıştır. Bir program niteliğini taşıyan bu açıklamada şu ilkelere yer verilmiştir: "*Osmanlı Devleti'nin birlik ve bütünlüğününün yabancı müdahalesine karşı korunması, 1876 Kanun-ı Esâsisi hükümlerinin yeniden uygulamaya konulması ve istibdadın yıkılması, Osmanlıların kurtuluşunun ancak Osmanlılar'ın birliği sağlanarak gerçekleştirilebileceği, hükümette bulunanların çağdaş gelişmelerden haberdar edilerek uyarılması, ıslahat fikrinin yaygınlaştırılması, Osmanlı hanedanı ve hilafet makamının vatan ve millete faydalı olacak biçimde kuvvetlendirilmesi...*"¹⁶⁵.

2. II. Meşrutiyet

Abdülhamid yönetimine duyulan tepki, 1908 yılında yer yer yapılan grevler ve protesto gösterileriyle iyice belirginleşmiştir. Haziran ayında bu tepki bir askeri ayaklanma halini almıştır. Manastır ve Selanik'teki birlikler arasında başlayan hareket, hızla büyümüştür. Bir iç savaşa yol açmaksızın ayaklanmayı durdurmanın tek yolu olarak Abdülhamid, Anayasa'nın tüm maddelerini yeniden yürürlüğe koyduğunu ilan etmiştir (23 Temmuz 1908). Kısa zamanda seçimlere gidilecek, Meclis-i Mebusan'ın yeniden toplanması sağlanacaktır. Türk siyasi tarihinde II. Meşrutiyet¹⁶⁶ olarak adlandırılan bu olay, başta İstanbul olmak üzere, ülkenin bütün önemli şehirlerinde ve hatta küçük merkezlerde sevinç gösterileriyle karşılanmıştır. Demek ki Osmanlı toplumu artık Abdülhamid'in rejiminden bunalmıştır¹⁶⁷. Bu bakımdan "Temmuz Devrimi" olarak da adlandırılan II. Meşrutiyet, belli bir sosyal tabana dayanan bir hareket olarak değerlendirilebilir. 1876'da Meşrutiyet'in ilk kez ilan edilmesinde böyle bir sosyal tepkiden söz etmek mümkün değildir. II. Meşrutiyet'in ilanında toplumsal tepkilerin de su yüzüne çıkması Abdülhamid rejiminin yönetilenler gözünde iyice meşrutiyetini yitirdiği anlamına gelecektir. Belki de sosyal tepkilerin altında, toplumun

164 MARDİN, "XIX. Yüzyılda Düşünce Akımları ve Osmanlı Devleti", Türk Modernleşmesi Makaleler 4 (der. Mümtaz'er Türköne-Tuncay Önder), İstanbul 2004, s. 98.

165 KODAMAN Bayram, "Osmanlı Siyasi Tarihi 8(1876-1920)", Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi, c. 12, İstanbul 1989, s. 67.

166 I. Meşrutiyet hakkında geniş bilgi için bkz., KANSU Aykut, 1908 Devrimi, İstanbul 1995. Söz konusu çalışmada 1908 Devrimi çok yönlü bir analiz mantığı içerisinde incelenmeye çalışılmıştır. Olay, sadece siyasi ve sosyal çözümlerle değil, psiko-sosyal ve ekonomik parametrelerle de tahlil edilmiştir.

167 AKARLI, s. 262.

siyasi bilinci ve birey olma eğilimleri de yatmaktadır.

1908 Sonbaharı'nda yapılan seçimleri büyük farkla İttihat ve Terakki kazanmıştır. Elleri sağlam bir programları olmayan İttihatçılar, sorunlara çözüm getirebilecek kapasite ve yeterliğe sahip olmadıkları gibi, varolan bürokrasi ile de sürekli çatışma halinde olmuşlardır. Ayrıca kendilerine karşı muhalefete tahammül gösteremeyen İttihatçılar İstanbul'daki "kamuoyu"nun aleyhlerine dönmesine de engel olamamışlardır. Bunlara bir de henüz değiştirilemeyen Anayasa'nın yarattığı çelişkiler eklenmiştir. Bütün bu gerginlik ve çatışmalar bir büyük krize doğru yol almıştır¹⁶⁸. Yaklaşmakta olan aslında bir meşruiyet krizinden başka bir şey değildir.

3. 31 Mart: Bir Meşruiyet Krizi

Rûmî 31 Mart'ta gerçekleştiği için tarihe "31 Mart Olayı" olarak geçen bu çatışma, İttihatçılarla onlara karşı muhalif grupların ve alaylı subayların silahlı ayaklanmaları şeklinde gerçekleşmiştir (13 Nisan 1909). Çok farklı nitelikteki küme ve tepkileri bir araya getiren bu olay, Meşrutiyet fikrine ve düzenine karşı olmaktan çok, İttihatçılar'a ve "mektepli subaylar"a yönelik bir harekettir. Olaylarla Abdülhamid'in bir ilgisinin olmadığı bilinmektedir. Hatta başlangıçta göstericilerin bir kısmı Abdülhamid'i de suçlamışlardır. Ancak, Selanik'ten gelen "Hareket Ordusu"nun müdahalesiyle dağıtılan bu olay, Abdülhamid'in tahttan indirilmesine yol açmıştır¹⁶⁹.

1908 Devrimi'nden sonra İttihat ve Terakkî, hem Ahrar Fırkası'nın hem de geleneksel muhafazakar çevrelerin sonradan İttihad-ı Muhammedî adı altında örgütlenen sıkı muhalefetiyle yüz yüze kalmıştır. İttihat ve Terakkî'nin Ahrar Fırkası ile birleşme programının fiyaskoyla sonuçlanmasından sonra iki hareket arasındaki gerilim artmış ve bu gerilim, İttihatçı karşıtı yazılarıyla tanınan gazeteci Hasan Fehmi'nin öldürülmesiyle doruğa ulaşmıştır¹⁷⁰.

Muhafazakar çevrelerin muhalefet seslerini yükseltmeleri ise bir takım "dinsel" endişeler taşıyan taleplerle başlamıştır. Özellikle ulema ve kimi tarikat çevrelerinden yansıyan muhalefet bir dizi gösteri şeklinde varlığını hissettirmiştir. Ekim 1908'e rastlayan Ramazan ayı sırasında, meyhane ve tiyatroların kapanması, fotoğraf çekiminin yasaklanması ve kadınların hareket özgürlüğünün kısıtlanmasının istendiği bir çok olay ve ciddi gösteriler olmuştur. "İslamcı" olarak nitelenebilecek İttihad-ı Muhammedî Cemiyeti, bu olayların içinde olan muhafazakar çevrelerin örgütlendiği teşekkül olarak belirmiştir. Cemiyetin politik propagandasının merkezini, Jön Türklerin genel siyaseti ve onların din dışı,

¹⁶⁸ AKARLI, s. 253; ÖZCAN Azmi, s. 927; ABADAN, s. 31.

¹⁶⁹ TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 150-153; ABADAN, s. 31; AKARLI, s. 264.

¹⁷⁰ ZURCHER, s. 143; AKŞİN Sina, Jöntürkler İttihat ve Terakki, Ankara 1998, s. 177.

dünyevî yaklaşımlarına muhalefet oluşturmaktadır¹⁷¹.

İttihatçılar, geçmiş aylardaki bütün bu gerginliğe rağmen, 12 Nisan 1909 (30 Mart 1325) gecesi başkentte İslâm'ın ve Şeriat'in geri gelmesi adına silahlı bir ayaklanma meydana geldiğinde tam bir şaşkınlığa uğramışlardır. O gece, Taşkışla'daki Makedonya Taburları'nın subayları isyancılar tarafından esir alınmıştır. Ardından, çok sayıda softa ile medrese öğrencisinin de katıldığı bir kalabalık halinde Meclis binasına yürünmüştür. Sabah olduğunda isyana pek çok ulema ve asker de dahil olmuştur. Olaylar karşısında ne yapacağını kestiremeyen İttihat ve Terakkî hükümeti, kendine bağlı birlikleri sevketmeyi gözde alamayıp, yerine zaptiye müdürünü isyancıların isteklerini dinlemesi için göndermiştir. Göstericilerin sözcüleri şu talepleri dile getirmiştir: Sadrazamın, Harbiye ve Bahriye nazırlarının azledilmesi, kimi İttihatçı subayların başka yerlere sürülmesi, Meclis-i Mebusan'ın İttihatçı başkanı Ahmet Rıza Efendi'nin görevinden alınması, Bazı İttihatçı mebusların İstanbul'dan uzaklaştırılması, Şeriat'in geri getirilmesi ve isyancı askerler için genel affın ilan edilmesi¹⁷².

Bu talepler karşısında sadrazam öğleden sonra istifasını sunmuş, padişah da istifayı kabul etmiştir. Ertesi gün ılımlı ve renksiz bir diplomat olan Tevfik Paşa kabinesi göreve başlamıştır. Yeni kabinenin Harbiye nazırı Müşir Ethem Paşa, isyancılara destek veren askerleri ziyaret ederek övgülerde bulunmuş ve isteklerinin karşılanacağını bildirmiştir. Olaylarda İttihatçı oldukları zannıyla iki milletvekili ve yirmi kadar subay öldürülmüştür¹⁷³.

Ahrar liderleri 31 Mart isyanını ilk günden beri İttihat ve Terakkî karşıtı bir olaya dönüştürmeye çalışmışlardır. Bunu yaparken, olayların gerici, meşrutiyet aleyhtarı, v. v. Abdülhamid taraftarı bir yöne gitmesini önlemeye çalışmışlar, ancak bunda başarılı olamamışlardır. Bu arada ilginç bir gelişme daha yaşanmış, "Cemiyet-i İlmiye-i İslamiye"de toplanan bir grup üst rütbeden ulema, ayaklanmayı hiçbir şekilde desteklemediğini ilan ettiği gibi, 16 Nisan'da da açıkça kınadığını deklare etmiştir¹⁷⁴. "Din" söylemiyle hareket eden isyancılara böyle bir grubun destek vermemiş olması, kanaatimizce isyanın şiddetini ve boyutlarını küçültecek bir davranış olarak değerlendirilebilir. Hatta, yüksek dereceli ulemanın isyanı kınadığını belirtmesi, hareketin meşru olmadığına ilişkin topluma verilmiş iyi bir mesaj olarak düşünülebilir.

¹⁷¹ ZURCHER, s. 143-144.

¹⁷² ZURCHER, s. 144.

¹⁷³ AKŞİN, Jöntürkler, s. 178-179; ZURCHER, s. 144-145; DEMİR Halim, Yeralundan İktidara İttihat ve Terakki Darbeler ve Suikastler Tarihi, İstanbul 2005, s. 124-125; TUNAYA Tark Zafer, Türkiye'de Siyasal Partiler, c. 1, İstanbul 1988, s. 188-189.

¹⁷⁴ ZUCHER, s. 145.

İsyanın bastırılması, Mahmut Şevket Paşa komutasında Selanik'ten gelen "Hareket Ordusu." ile gerçekleştirilmiştir. Ordu, 24 Nisan 1909 günü fazla bir direnişle karşılaşmadan İstanbul'da otoriteyi eline alarak isyanı bastırmıştır. Ardından sıkıyönetim ilan edilerek iki askeri mahkeme kurulmuş ve pek çok isyancı bu mahkemelerde yargılanıp idam edilmiştir. Bu arada birçok Ahrar mensubu tutuklanmış ancak İngilizlerin baskısıyla salıverilmiştir. 27 Nisan'da ise Osmanlı'nın son otuz yılına damgasını vuran Sultan Abdülhamid tahttan indirilerek yerine Mehmet Reşat oturtulmuştur¹⁷⁵ Ahrarcıların İngiliz baskısıyla salıverilmesi ilginç olduğu kadar şüphe uyandırıcı bir durumdur. Böyle bir olay, söz konusu Fırka'nın İngiliz menfaatlerine hizmet edecek bir yapıda olduğu düşüncesini çağırılmaktadır.

Nisan 1909'daki olaylar için farklı nedenler sıralanabilir. Farklı gruplar farklı gerekçelerle Meşrutiyet yönetiminden hayal kırıklığına uğramıştır. Eski rejimin yıkılması, Abdülhamid düzeninin üyeleri olarak hayatlarını kazananları fena halde etkilemiştir. Bunlara, yıllarca padişaha jurnaller vermiş olan, İstanbul'da faal binlerce saray casusu da dahildir. Yeni hükümetin kimi politikaları, hükümet dairelerinde eski yönetimin adam kayırmacılığından kaynaklanan istihdam fazlalığına son vermeyi amaçlamıştır. Bunun sonucunda her kademedeki binlerce devlet memuru işlerinden olmuştur. Doğal olarak bu gelişmeler İstanbul gibi, "devlet kapısı"nın ana gelir kaynağı olduğu bir şehirde ciddi gerilimleri ve yönetenlere karşı muhalif eylemleri de beraberinde getirmiştir¹⁷⁶. II. Abdülhamid ile ilgili açıklamalarda da belirtildiği gibi, padişaha "sadık" bürokrasi, eski rejimin önemli unsurlarından biridir. Bu bağlamda Meşrutiyet rejiminin söz konusu sınıfa yönelik uygulamaları her şeyden önce bir menfaat çatışmasına neden olmuştur.

Kanaatimizce, İttihatçıların sorumsuz politikalarını ve sahip oldukları iktidarı diktatörlüğe doğru götürdüklerini diline dolayan Ahrar muhalefeti ile olan gerilim de isyanın meydana gelebileceği ortamın yaratılmasında etkili olmuştur.

31 Mart "isyanı"nın kim tarafından başlatıldığı konusunda dönemin baskı ve güç çevrelerinin hemfikir olduğu bir odak söz konusu değildir. İttihatçılara göre suç tamamen Abdülhamid ve İttihad-ı Muhammedî kaynaklı muhalefettir. O sıralarda isyancılar bol para bulunmasında ve askerlere ödemelerin görünüşte altınla yapılmış olmasında Sultan'ın parmağı olduğu düşülmüştür. Aynı nedenle kimileri, İngiltere ile Osmanlı liberalleri arasındaki yakın ilişkileri göstererek İngiltere'nin bulaşmış olmasından kuşkulandırmıştır. Fakat padişahın ayaklanma süresince son derece ihtiyatlı davrandığı da açıktır. İsyancıların dile

175 AKŞİN, Jöntürkler, s. 183-184.

176 ZURCHER, s. 146.

getirdiği talepler ve kimi muhalefet önderlerinin hatıralarında ifade ettikleri bilgiler, baş tahrikçi olarak Ahrar Fırkası'nı işaret etmektedir. İsyancıların saldırılarında İttihatçı kişileri ve onların işyerlerini seçmiş olmaları bu düşünceleri desteklemektedir. Bununla birlikte Derviş Vahdeti ve İttihad-ı Muhammedî çevresindeki dincî muhalefetin, ayaklanmanın örgütlenmesinde ve askerlerin harekete geçirilmesinde önemli bir rolünün olduğu açıktır. Ancak her şeye rağmen isyan toplumun geneline yayılmamış, taşradan büyük bir destek görememiştir¹⁷⁷.

4. 1909 Anayasa Değişiklikleri

31 Mart Olayı'nın ardından, Meclis-i Mebusan, Meşru İyet rejimini güvence altına almak, özellikle padişah ve hükümet karşısında parlamentonun durumunu güçlendirmek için anayasada değişiklikler yapma yoluna gitmiştir¹⁷⁸. Söz konusu değişikliklerle "meşruti monarşi"nin tam olarak gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır¹⁷⁹.

Kanun-ı Esasi'de yapılan bu değişiklikler, başta egemenlik anlayışı ve siyasi iktidarın konumu olmak üzere önemli sonuçlar doğurmuştur. Aslında daha Abdülhamid'in tahttan indirilmesi sırasında yeni egemenlik anlayışının sinyalleri verilmiştir. 26 Nisan 1909'da Yeşilköy'de toplanan Meclis-i Umumi şeyhülislam fetvasına dayanarak II. Abdülhamid'in tahttan indirilmesine ve veliaht Mehmet Reşat Efendi'nin V. Mehmed sıfatıyla padişah yapılmasına karar vermiştir. Bu önemli kararı alan Meclis-i Umumi, adımın sonuna "millî" sıfatını da ekleyerek "Meclis-i Umumi-i Millî" adını kullanmaya başlamıştır¹⁸⁰.

1909'da yapılan Anayasa değişiklikleri, egemenliği, kaynağı ve kullanılışı bakımından hükümdara ait bir yetki sayan anlayışı teori ve pratikte temelden sarsmıştır. Her şeyden önce padişahın yasama yetkisi kaldırılarak bu hak parlamentoya devredilmiştir. Yasama meclisinin seçilmiş üyeleri kanun teklifinde bulunma yetkilerini istedikleri biçimde kullanabileceklerdir (m. 53). Padişahın yasama konusundaki tek yetkisi, Meclis'in yaptığı kanunları onaylamaktır. Kendisine gönderilen kanunları sadece bir kez yeniden görüşülmesi için meclise geri

¹⁷⁷ ZURCHER, s. 147-148.

¹⁷⁸ ATAR Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya 2002, s. 24; ERDOĞAN, *Anayasalar ve Siyaset*, s. 36; ALDIKAÇTI, s. 70. Yeni bir anayasa yapmak yerine, mevcut anayasayı değiştirme yoluna gidilmesinin nedeni, Kanun-ı Esasi değişikliğini yapan mebusların, Kanun-ı Esasi hükümlerine göre seçilmeleri ve Kanun-ı Esasi'de tespit edilen yetkilere sahip olmalarıdır. Mebuslar Anayasa'nın 116. madde ile kendilerine verdiği yetkiyi kullanarak Anayasa'yı değiştirme yoluna gitmişlerdir. OKANDAN, *Umumi Amme Hukuku*, s. 286-287.

¹⁷⁹ ERDOĞAN, *Anayasalar ve Siyaset*, s. 36. 1876 Kanun-ı Esasi'sinin değiştirilen maddeleri için bkz. ŞAKAR, s. 300 vd.

¹⁸⁰ ALDIKAÇTI, s. 70; TANÖR, *Osmanlı-Türk*, s. 192; AKYILMAZ, *Egemenlik*, s. 155.

gönderebilir. Bu durumda Meclis aynı kanunu yeniden görüşüp ilk biçimi üzerinde üçte iki çoğunlukla ısrar ederse, padişahın veto yetkisi yoktur ve kanunu onaylamak zorundadır (m. 54)¹⁸¹.

1909 değişiklikleri ile padişahın 1876 metnine göre sahip olduğu haklar saklı tutulmuş, hatta értirilmiş gibiyse de¹⁸² kendisi bunları doğrudan doğruya kullanamaz hale gelmiştir. Çünkü padişah “sorumsuz” olduğu gibi, kabine de artık ona karşı değil, meclise karşı sorumlu olmuştur. Bu bağlamda, kurulan parlamenter hükümet sistemi içinde padişah, kendisine verilmiş gibi görünen bütün yetkileri ancak sadrazam ve ilgili bakanın girişim ve imzasıyla kullanabilecektir. Kabinenin bir konuyu görüşmek için önceden padişahın izin alması şartı da kaldırılmıştır. Bütün bunlarla, yürütme yetkisi padişahı kopup, demokratik yapılı bir “bakanlar kurulu”na kaymakta, siyasî ve fikrî birliği, bireysel ve müşterek sorumluluğu olan bu kurul yürütme yetkisinin gerçek sahibi olmaktadır. Böylece “kabine usulü” Osmanlı kamu hukukuna kesin olarak girmiştir¹⁸³.

1909 değişiklikleri kişi hak ve hürriyetleri bakımından da yeni sayılabilecek düzenlemeler getirmiştir. Öncelikle, kişi güvenliğini yok eden ünlü 113. madde metinden çıkarılmıştır. Kuşkusuz bu değişiklik siyasi iktidar ve meşruiyet bağlamında olumlu bir gelişmedir. Osmanlı siyasi iktidarının kişi güvenliğine saygıyı hukukî anlamda benimsemesi anlamına gelecektir¹⁸⁴. Ayrıca 1876 metni, kişi özgürlüğünü yalnız yasadışı cezalandırmalara karşı korumakla yetinirken, 1909 değişikliği hem cezalandırmalar hem de tutuklamalar bakımından “yasaya uygunluk” şartını getirmiştir (m. 10)¹⁸⁵.

II. Meşrutiyet ile gerçekleşen anayasa değişiklikleri, aslında 1876’da başlayan mücadelenin sonuçları olmuştur. Osmanlı siyasi iktidarı, tarihinde ilk defa gerçek anlamda “hukukî otorite” anlayışına doğru yol almıştır. II. Meşrutiyet dönemine kadar, egemenliğin tek sahibi Padişah’tır. Ancak 1909 süreci ile Osmanlı padişahı siyasi iktidarın ve egemenliğin sahibi olmaktan çıkmıştır. O, artık siyasi iktidarın sembolik tarafıdır. 1909’dan itibaren siyasi iktidarın kaynağını “yönetilenler” oluşturmaya başlamıştır. Dolayısıyla, yüzyıllardır siyasi iktidara meşruluk kazandıran geleneksel anlayışlar, yerini yönetilenlerin ortak kanaat ve uzlaşmalarına bırakmıştır.

181 ALDIKAÇTI, s. 72; MUMCU, İnsan Hakları, s. 173; AKYILMAZ, Egemenlik, s. 156; ATAR, s. 24.

182 Bkz. Anayasa, m. 7, ŞAKAR, s. 301.

183 TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 155.

184 TANÖR, Osmanlı-Türk, s. 157.

185 Kanun-ı Esasîsi m. 10: “Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masumdur. Hiç kimse Şer’ ve kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile tevkîf ve mücazat olunamaz.”, ŞAKAR, s. 302.

V. Sonuç

Tarihe yönelik çalışmalarda objektif ve sağlıklı sonuçlara ulaşılabilmesi için tarihi her olayın, kurumun ya da ilkenin kendi çağının şartları içinde ele alınması ve değerlendirilmesi gerekir. Ancak, bu çalışmada biraz daha farklı bir inceleme metodu izlenmiştir. Osmanlı Devleti'nde siyasi iktidarın meşruluk temelleri, modern hukuk ve siyaset bilimi ilkelerine göre değerlendirilmeye gayret edilmiştir. Bu yapılırken, incelenen dönemin kendine özgü koşullarına mümkün olduğunca özen gösterilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, üzerinde çalışılan kurum, kavram ya da ilkenin, önce kendi döneminin koşulları gözden geçirilmiş, ardından değerlendirmeye esas aldığımız kriterlerle incelemeye geçilmiştir.

İslam dinine girmeden önce Türkler, büyük ölçüde göçebe kabileler halinde yaşayan bir toplumdur. Bu nedenle, iktidarı, adaleti, dini ve diğer toplumsal normları belirleyici kurallar genellikle ortak toplumsal hafızada yaşayan kurallar bütünü şeklindedir. Söz konusu kurallar bütünü nesilden nesile aktarılmış ve fakat; çok az istisna dışında (Orhun Yazıtları gibi) kayda geçilmemiştir. Dolayısıyla, siyasi iktidarı ve toplumsal normları belirleyen kurallar, büyük ölçüde geleneksel ve anonim kurallar olarak belirmiştir. Siyasi iktidarın kaynağını ve sınırlarını belirleyen kurallar da başta din olmak üzere, “töre” adı verilen geleneksel ortak birikimle oluşmuştur. Bu çerçevede, Eski Türk siyasi anlayışında iktidar, ancak “töre”nin ve “kut”un çizdiği sınırlar içerisinde kalabildiği sürece “meşru”dur. Bir başka deyişle, Eski Türklerde “Hakan”ın iktidarına meşruluk kazandıran norm, gelenektir.

İslamiyetle birlikte, Türklerin egemenlik ve siyasi iktidar anlayışlarında değişimler yaşanmıştır. “Töre” hala önemli bir meşruluk ölçütüken, “Gök Tengri”nin verdiği “kut” un yerini, “Allah’ın yeryüzündeki gölgesi” olmak almıştır. Bu bağlamda; tüm egemenliklerin ve iktidarın kaynağı ve sahibi “Allah”tır. Dünyeyi siyasi iktidar, O’nun çizdiği kurallar çerçevesinde otoriteyi kullanır. İslam, sadece ibadetleri içeren bir din olarak kalmamış, toplumsal hayatın tüm hatlarına nüfuz etmiştir. Buna bağlı olarak, orijinal bir hukuk sistemi getirmiştir. “Allah’ın yeryüzündeki gölgesi” (ve/veya halifesi) olan hükümdar, ancak bu kurallara uyduğu ve yönettiklerine adaletle hükmettiği sürece meşrudur. Bu anlayış, Türklerin Müslüman olarak kurmaya başladıkları tüm devletlerde kabul görmüştür. Ancak bunun yanında, “kadimden beri” süregelen geleneksel normlar da etkisini yitirmemiştir.

Osmanlı Devleti, “Küçük Asya”nın Batısında, yıkılmaya yüz tutmuş bin yıllık Bizans Devleti’nin yanı başında, bir küçük aşiret yapısı olarak tarihi rolünü oynamaya başlamıştır. Henüz kurumlaşmasını sağlayamayan bu küçük beylikte siyasi iktidar, belirgin şekilde geleneksel normlar ve kısmen de İslami ölçülerle şekillenmiştir. Bu süreçte, iktidara meşruluk kazandıran kriterler içerisinde “Ka-

yı”dan olmak ile “gaza ve cihad” anlayışı öne çıkmıştır.

Devletin ve dolayısıyla siyasi iktidarın kurumlaşmaya başlaması ile giderek merkezi otoritenin güçlü olduğu bir yapılanma gerçekleşmiştir. Sınırların genişlemesiyle birlikte, devlet artık çok uluslu, çok dinli ve çok kültürlü bir imparatorluk olma sürecine girmiştir. Ancak coğrafi bakımdan büyüme karşılık, merkezi otoritenin daha da güçlendirilmeye çalışıldığı gözlenmektedir. “Klasik Dönem” olarak adlandırılan bu dönemde Osmanlı siyasi iktidarının meşruluk temellerini, din ve adalet kavramı biçimlendirmeye başlamıştır. Erken dönemde başlayan “gaza ve cihad” anlayışı, bu kez “nizâm-ı ‘alem ve îlâ-yı kelimetullah” söylemiyle bir çeşit resmi ideolojiye dönüşmüştür.

Bu dönemde adalet kavramı, yöneten-yönetilen ilişkilerinin seyrini belirleyen en temel unsur haline dönüştürülmeye çalışılmıştır. Başta, Padişah’ın kendisi olmak üzere, Dîvan-ı Hümayûn ve devletin diğer üst yönetim ve yargı birimleri, Müslim-gayrimüslim tüm tebaanın kişisel olarak adalet talep edebileceği makamlar olmuştur. Dolayısıyla, “tebaa”nın huzur ve güvenliği için uygun ortam sağlanmaya çalışılmıştır.

Klasik dönemde, İslam hukuku temeline oturmasına rağmen Osmanlı hukuk sistemi, siyasi iktidarın yarattığı hukuk olan Örfî hukuk alanında, benzeri görülmemiş bir gelişme kaydetmiştir. Özellikle, Padişahların devletin temel nizamını, idari, mali ve hukuki yapısını düzenleyen “Kanunnameler” çıkarmaları, bir bakıma kendine özgü bir hukuki otorite gerçekleştirme amacı olarak değerlendirilebilir.

Sonuç olarak Klasik Osmanlı siyasi iktidarı, dini kaygıların ağır bastığı geleneksel meşruluk kriterlerine dayanan bir görüntü sergilemektedir. Bununla birlikte iktidarın hukukî uygulamalara atıfta bulunarak, kendi koyduğu kurallara sadece yönetilenlerin değil, kendisinin de bağlı kalması yönündeki eğilimi, meşruluk ölçütünün salt geleneksel ve dini kaygılarla açıklanamayacağını göstermektedir. Dolayısıyla “adalet” çok etkili bir ölçü olarak önemsenmiştir. Her ne kadar iktidarın görüntüsü “modern anlamda hukukî otorite” olarak değerlendirilemese bile, zamanın tarihi ve sosyo-politik şartları göz önüne alındığında, bu konuda kesin bir tavır ortaya koymak pek mümkün görünmemektedir.

Tanzimat’ın hemen öncesinde, III. Selim ve II Mahmud dönemlerinde başlayan yenileşme hareketleri, bir bakıma Tanzimat’ın altyapısını oluşturmuştur. Selim ve Mahmud dönemlerinde zayıflayan merkezi otoriteyi güçlendirme çabaları göze çarpmaktadır. Mahmud döneminde Sultan’ın âyânların lehine olarak kabul ettiği Sened-i İttifak (1808), Osmanlı tarihinde ilk kez padişahın kendi iradesiyle iktidarını sınırladığı belgedir. Söz konusu belge, yönetilenler lehine herhangi bir iyileştirme içermemektedir. Bu nedenle Sened-i İttifak’ı hukuki otoriteye doğru atılmış bir adım olarak görmek kanaatimizce zor görünmektedir.

Osmanlı Devleti'nde gerileme ile birlikte din, siyasi iktidar üzerinde giderek önemli bir baskı unsuru olmaya başlamıştır. Özellikle yenileşme ve reform çabalarına yönelik tepkilerin neredeyse tamamı dini endişeler taşımakta ve iktidarın hareket alanını kısıtlamaktadır. Dolayısıyla bu dönemde din bir meşruluk ölçütü olmaktan öte, meşruluk krizini derinleştiren bir öge olmaya doğru gitmiştir. Elbette ki burada din ile kastedilen, Osmanlı Devleti'nde dini otoriteyi oluşturan ulema'dır. Bunun yanında yozlaşmış geleneksel bürokratik yapılanma, siyasi iktidarın yenilik hareketlerini bir meşruiyet bunalımına dönüştürmek konusunda ulemadan geri kalmamıştır. Bu itibarla, Tanzimat dönemine girilirken Osmanlı siyasi iktidarında meşruluktan çok meşruluk krizleri ön plana çıkmaktadır. Siyasi iktidara yönelik isyan ve ayaklanmalar söz konusu krizlerin önemli göstergeleri olmuştur.

Tanzimat dönemi ile ülkede yeniden yapılanma sürecine girilmiştir. Devletin içinde bulunduğu derinleşmiş ve kronikleşmiş sorunlar karşısında, söz konusu dönemde gerçekleştirilmeye çalışılan reformlar, yöneten-yönetilen ilişkilerinde çok önemli sayılabilecek gelişmeler sağlayamamıştır. Ancak Tanzimat ve Islahat Fermanları ile "lütufluk" niteliğinde de olsa, yönetilenlere yönelik bir takım hukuki ilke ve normların kabul edilmesi, hukuki otoriteye doğru göz ardı edilemeyecek gelişmelerdir.

Türk-İslam hukuk tarihinde ilk kez meşruteli ve anayasal iktidar alanında önemli bir adım olan Kanun-ı Esasi ve I. Meşrutiyet dönemi ele alınmıştır. Her ne kadar, bu ilk adım yönetilenlerden ciddi ve olumlu tepkiler almış olmasa da hukuk tarihimiz açısından önemli bir gelişme olarak görülmelidir. 1876 yılında Kanun-ı Esasi'nin kabulü ve Meşrutiyet'in ilanı ile başlayan süreç başarısız olmuştur. Çok kısa bir meşrutiyet ve parlamenter monarşi denemesinden sonra, Osmanlı padişahı, Anayasa'nın kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak mutlak monarşiyi yeniden kurmuştur. 30 yıl kadar süren bu otoriter rejim, 1908 yılına kadar devam etmiştir. Ancak rejimin son yıllarında bir kısım sivil-asker bürokrat ve aydınının muhalefetinden öte, artık "meşrutiyete tepki vermeyen yönetilenler" de meşrutiyet sorgulamasına başlamışlardır. Sonuçta, Meşrutiyet ile gelen padişah II. Abdülhamid, monarşiyi sürdürdüğü iktidarına yine Meşrutiyetle veda etmek zorunda kalmıştır. Üstelik Meşrutiyet'i de yine kendisi ilan etmiştir.

1908 Devrimi ile başlayan "yeni rejim" henüz emekleme aşamasındayken önemli bir meşrutiyet krizi ile sarsılmıştır. Tarihe 31 Mar. Olayı olarak geçen isyan hareketi, Osmanlı toplumunun geleneksel güç odakları ile Meşrutiyetçi yeni muhalefetin, İttihat ve Terakkî iktidarına karşı ortaklaşa giriştikleri bir darbe girişimi olarak değerlendirilebilir. Ancak bu olay, her şeyden önce bir "yeniyi kabullenmeme" ve süregelen çıkarları koruma hareketi olarak düşünülebilir. Bu önemli meşrutiyet bunalımı sonucunda, Osmanlı'nın son otuz yılına damgasını vurmuş, ancak 1908 Devrimi ile "meşruteli" bir hükümdar kimliğine büründürül-

müş II. Abdülhamid'i de tahtından etmiştir.

II. Meşrutiyet dönemi, 1876 Anayasa'sında yapılan önemli değişikliklerle (1909), ilk kez modern anlamda hukuki otoritenin temellerini atmıştır. Padişah, günümüz modern demokrasilerine benzer bir şekilde yürütmenin "sorumsuz" kanadını oluşturan devlet başkanı konumuna geçmiştir. Böylece yaklaşık altı yüzyıllık geleneksel Osmanlı iktidarı "meşrutî" rejim ile yetkilerini "yönetilenlerin" seçtiği temsilcilere devretmiştir.

KAYNAKÇA

- ABADAN Yavuz, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", AÜHFD, C. XIV, sy. 1, Ankara 1957.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, Gönüllü Kulluk Üzerine Söylev, Ankara 1995.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/KÖKER Levent, Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı, Ankara 2000
- AKAD Mehmet/DİNÇKOL (VURAL) Bihterin, Genel Kamu Hukuku, İstanbul 2000.
- AKARLI Engin, "II. Abdülhamid: Hayatı ve İktidarı" Osmanlı, C. 2, Ankara 1999.
- AKDAĞ Mustafa, Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası Celali İsyancıları, İstanbul 1995.
- AKDAĞ Mustafa, Türkiye'nin İktisâdî ve İçtimâî Tarihi, C. 1, İstanbul 1995.
- AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri C. 1, İstanbul 1990.
- AKŞİN Sina, "Düşünce ve Bilim Tarihi (1839-1908)", Türkiye Tarihi 3, (Yayın Yönetmeni: Sina Akşin), İstanbul 2000.
- AKŞİN Sina, "Siyasal Tarih 1789-1908)", Türkiye Tarihi 3, Osmanlı Devleti 1600-1908 (yayın yönetmeni: Sina Akşin), İstanbul 2000.
- AKŞİN Sina, Jöntürkler İttihat ve Terakki, Ankara 1998.
- AKYILMAZ Gü., Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000.
- AKYILMAZ Gül, "III. Selim'in Dış Politika Anlayışı ve Diplomasi Reformu Çerçevesinde Batılılaşma Siyaseti", Türkler, c. 12, Ankara 2002.
- AKYILMAZ Gül, "Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi", SÜHFD, c. 7, sy. 1-2, Konya 1999.
- AKYILMAZ Gül, Reis-ül Küttâb ve Osmanlı Hariciye Nezaretinin: Doğuşu (yayınlanmamış doktora tezi), Konya 1990.
- ALDIKAÇTI Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982.
- ALKAN Ahmet Turan, "Osmanlı'dan Cumhuriyete Müdevver Resmi İdeoloji Unsurları

Hakkında”, *Düşünen Siyaset*, Ağustos-Eylül 1999 sy. 7-8, İstanbul 1999.

ARSEL İlhan, *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına*, Ankara 1975.

AYDIN Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2005.

BABINGER Franz, *Mehmed the Conqueror and His Time* (çev. R. Mannheim, ed. W. c. Hickman), Princeton 1978.

BALI Ali Şafak, “Tarih Boyunca Türk Devletlerinde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri”, *SÜHFD*, c. 12, sy. 1-2; Konya 2005.

BEETHAM David, *The Legitimation of Power*, London 1991

BERKES Niyazi, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, İstanbul 1978.

BOZKURT Gülnihal, “Tanzimat ve Hukuk”, *Tanzimat’ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 1991.

BOZKURT Gülnihal, *Batı Hukuku’nun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, Ankara 1996.

BÜLBÜL Gül, “İslahat Fermanını Hazırlayan Sebepler ve İslahat Fermanı”, *SÜHFD*, c. 2, sy. 7, Konya 1989.

CİN Halil, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Konya, 1992.

CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, c. 1, Konya 1995.

CİN Halil/AKYILMAZ Gül, *Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni*, Konya 1995.

CİN Halil-AKYILMAZ Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 2003.

ÇALIK Mustafa, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Anayasa Fikrinin Doğuşu ve Meşrûiyet Anayasalarında Siyasal Hürriyetler”, *Türkiye Günlüğü*, sy. 51; Ankara 1998.

ÇETİN Halis, “İktidar ve Meşruiyet”, *Siyaset* (ed. Mümtaz’er Türköne), Ankara 2003.

DAVISON Roderic H., *Osmanlı İmparatorluğu’nda Reform 1856-1876* (çev.

ELDEM Edhem, “18. Yüzyıl ve Değişim”, *Cogito 19* (Osmanlılar Özel Sayısı), İstanbul 1999.

ERGİN Muharrem, *Orhun Abideleri*, İstanbul 1980.

FINDLEY Carter V. “The Acid Test of Ottomanism: The Acceptance of Non-Muslims in the Late Ottoman Bureaucracy”, *Christians and Jews in the Ottoman Empire* (ed. Benjamin Braude/Bernard Lewis), vol. I, New York 1982.

FINDLEY Carter V., *Bureaucratic Reform in The Ottoman Empire: The Sublim Porte 1789-1922*, Princeton 1992.

GÖRGÜN Tahsin, “Osmanlı’da Nizâm-ı Âlem Fikri ve Kaynakları Üzerine Bazı Gözlemler”, *İslamî Araştırmalar*, c. XIII, sy. 2, Ankara 2000.

- GÖZLER Kemal, "Sened-i İttifak", www.anayasa.gen.tr/senediittifak, 09. 11. 2005.
- GÖZLER Kemal, "Tanzimat Fermanı", www.anayasa.gen.tr/tanzimatfermani.htm/ 15. 11. 2005.
- GÜNGÖR Erol, Tarihte Türkler, İstanbul 1996.
- HADJ Rıfa'at Abou el-, Modern Devletin Doğası, 16. Yüzyıldan 18. Yüzyıla Osmanlı İmparatorluğu (çev. Oktay Özel-Canay Şahin), Ankara 2000.
- HAMMER Joseph V., Osmanlı Tarihi (çev. Mehmet Ata, günümüz Türkçesiyle özetleyen: Abdülkadir Karahan) c. I, İstanbul 1997.
- HASSAN Ümit, Osmanlı Örgüt-İnanç-Davranış'tan Hukuk-İdeoloji'ye, İstanbul 2005.
- HAZIR Hayati, Anayasa Hukuku, Ankara 2004
- HAZIR Hayati, "Tanzimat Fermanı'nın Anayasa Hukuku Açısından Tahlili", Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1991.
- HIRSCH Ernst E., "İktidar ve Hukuk" (çev. Hayrettin Ökçesiz), Hukuk Araştırmaları, c. 2, sy. 3, İstanbul 1987.
- HOBBS Thomas, Leviathan: Veya Bir Din veya Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti (çev. Semih Lim), İstanbul 1995.
- IMBER Colin, "Erken Osmanlı Tarihinde İdealler ve Meşruiyet" (çev. Sermet Yalçın), Kanuni ve Çağı Yeniçağda Osmanlı Dünyası (editörler: Metin Kunt-Christine Woodhead), İstanbul 2002.
- IMBER Colin, "Osmanlı Hanedanı Efsanesi", Söğüt'ten İstanbul'a Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu üzerine Tartışmalar (der. Oktay Özel-Mehmet Öz), Ankara 2000.
- İBNİ HALDUN, Mukaddime (çev. Zakir Kadiri Ugan), c. I, İstanbul 1990.
- İNALCIK Halil, "15. Asır Türkiye İktisâdî ve İçtimâî Tarihî Kaynakları", Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi, İstanbul 1993.
- İNALCIK Halil, "Adaletnâmeler", Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000.
- İNALCIK Halil, "Kutadgu Bilig'de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri", Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000.
- İNALCIK Halil, "Osmanlı Devleti'nin Doğuşu Meselesi", Söğüt'ten İstanbul'a Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu Üzerine Tartışmalar (der. Oktay Özel-Mehmet Öz), İstanbul 2000.
- İNALCIK Halil, "Osmanlı Padişahı, AÜSBFD, c. XII, No. 4, Ankara 1958.
- İNALCIK Halil, "Osmanlılarda Saltanat Veraseti Usulü ve Türk Hakimiyet Telakkisiyle İlgisi", SBFD, c. XIV, sy. 1, 1959.
- İNALCIK Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hattı Hümayûnu", Belleten, c. XXVIII, sy. 112, Ankara 1964.
- İNALCIK Halil, "Şikayet Hakkı: Arz-i Hâl ve Arz-i Mahzar'lar", Osmanlı Araştırmala-

- nı, VII-VIII. İstanbul 1988.
- İNALCIK Halil, *An Economic and Social History of the Ottoman Empire, Volume One 1300-1600*, Cambridge 1994.
- İSLAMOĞLU İNAN, Huri, "Mukayeseli Tarih Yazını İçin Bir Öneri: Hukuk, Mülkiyet, Meşruiyet", *Toplum ve Bilim*, sy. 62, İstanbul 1993.
- JENNINGS Ronald c. "Gazi Tezi Üzerine Bazı Düşünceler" (çev. Canay Şahin), *Söğüt'ten İstanbul'a*, Ankara 2000.
- KAFESOĞLU İbrahim, *Türk Millî Kültürü*, İstanbul 1995.
- KANSU Aykut, *'908 Devrimi*, İstanbul 1995.
- KAPANİ Münci, *Poitika Bilimine Giriş*, İstanbul 2001
- KARAL Enver Ziya, "Gülhane Hatt-ı Hümayûnunda Batının Etkisi", *Belleten*, c. XXVIII, sy. 112, Ankara 1964.
- KARAL Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi Islahat Fermanı Devri 1856-1861*, c. VI, Ankara 1954.
- KARAL Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi Nizâm-ı Cedîd ve Tanzimat Devirleri*, c. V, Ankara 1988.
- KARAL Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi*, c. VI, Ankara 1988.
- KARAMUSTAFAOĞLU Tuncer, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara 1982.
- KARPAT Kemal H, *Osmanlı Modernleşmesi Toplum, Kuramsal Değişim ve Nüfus* (çev. Akile Zorlu Durukan-Kaan Durukan), Ankara 2002.
- KARPAT Kemal H., "Millets and Nationality: The Roots of the Incongruity of Nation and State in the Post-Ottoman Era", *Christians and Jews in the Ottoman Empire* (ed. Benjamin Braude/Bernard Lewis), vol. I, New York 1982.
- KARPAT Kemal H., "Osmanlı Tarihinin Dönemleri: Yapısal Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım", *Osmanlı ve Dünya* (haz. Kemal Karpat, çev. Mustafa Armağan, Ömer Baldık, Kemal Kahraman, Talip Küçükcan, Ümit Şimşek), İstanbul 2004.
- KARPAT Kemal H./ZENS Robert W. "I. Meşrutiyet Dönemi ve II. Abdülhamid'in Saltanatı (1876-1909)" (çev. Nasuh Uslu), *Türkler*, c. 12, Ankara 2002.
- KILINÇ Ramazan, "Muhafazakarlık: II. Abdülhamid Dönemini Anlamada Bir Anahtar", *Türkler*, c. 12, Ankara 2002.
- KOCA Salim, "Eski Türklerde Devlet Geleneği ve Teşkilatı", *Türkler*, c. 2, Ankara 2002.
- KÖPRÜLÜ Orhan F., "Osmanlı Devleti'nin Kuruluş ve Gelişmesindeki İtici Güçler", *Osmanlı*, c. 1, Ankara 1999.
- KUNT Metin, "Siyasal Tarih (1300-1600)", *Türkiye Tarihi 2* (yayın yönetmeni: Sina Akşin), İstanbul 2000.

- KUNT Metin, "Siyasal Tarih (1600-1908)", Türkiye Tarihi 3 Osmanlı Devleti (yayın yönetmeni: Sina Akşin), İstanbul 2000.
- LINDNER Rudi Paul, "İlk Dönem Osmanlı Tarihinde İtici Güç ve Meşruiyet", Söğüt'ten İstanbul'a, Ankara 2000.
- MANTRAN Robert, Osmanlı İmparatorluğu Tarihi I (çev. Server Tanilli), İstanbul 2002.
- MARDİN Şerif, "Batıcılık", Türk Modernleşmesi Makaleler 4 (derl. Mümtaz'er Türköne-Tuncay Önder), İstanbul 2004.
- MARDİN Şerif, "XIX. Yüzyılda Düşünce Akımları ve Osmanlı Devleti", Türk Modernleşmesi Makaleler 4 (derleyenler: Mümtaz'er Türköne/Tuncay Önder), İstanbul 2004.
- MARDİN Şerif, Jön Türklerin Siyasi Fikirleri, İstanbul 2004.
- MARDİN Şerif, Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu (çev. Mümtaz'er Türköne/Fahri Unan/İrfan Erdoğan), İstanbul 2004.
- MUMCU Ahmet, Dîvân-ı Hümâyûn, Ankara 1986.
- MUMCU Ahmet, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 1994.
- MUMCU Ahmet, "Osmanlı Devleti'nde 1876 Anayasası'na Değın Temel Hak ve Özgürlükler ve 1876 Anayasasının Temel Yapısı", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, Ankara 1976.
- OCAK Ahmet Yaşar, "Abdülhamid Dönemi İslamcılığının Tarihi Arka Planı: Klasik Dönem Osmanlı İslamı'na Genel Bir Bakış", Sultan II. Abdülhamid ve Devri Semineri, İstanbul 1994.
- OCAK Ahmet Yaşar, Osmanlı Toplumunda Zındıklar ve Mülhidler, İstanbul 1998.
- OKANDAN Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976.
- OKANDAN Recai Galip, Umumi Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, İstanbul 1948.
- OKTAY Cemil, Siyaset Bilimi İncelemeleri, İstanbul 2003.
- ORTAYLI İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, İstanbul 1995.
- ORTAYLI İlber, Osmanlı Barışı, İstanbul 2004.
- ORTAYLI İlber, "Osmanlı Devleti'nde Laiklik Hareketleri Üzerine", Ü. Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982.
- ORTAYLI İlber, "Son Universal İmparatorluk ve II. Abdülhamid", Türkler, c. 12, Ankara 2002.
- ÖGEL Bahaeddin, Türklerde Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl Soğalar'ına Kadar), Ankara 1982.
- ÖZ Mehmet, "Klasik Dönem Osmanlı Siyasi Düşüncesi", İslamî Araştırmalar, c. XII, sy.

- I, Ankara 1999.
- ÖZCAN Azmi, "Sultan II. Abdülhamit", *Türkler*, c. 12, Ankara 2002.
- ÖZCAN Besim, "Sultan III. Selim Devri Islahat Hareketleri (Nizâm-ı Cedîd)", *Türkler* c. 12, Ankara 2002.
- ÖZÇELİK Selçuk, *Anayasa Hukuku I (Umumi Esaslar)*, İstanbul 1984.
- ÖZEL Ahmet, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı Darü'l İslam-Darü'l Harb*, İstanbul 1984.
- ÖZTEKİN Ali, *Siyaset Bilimine Giriş*, Ankara 2001.
- PALMER Alan, *Son Üç Yüz Yıl Osmanlı İmparatorluğu (Bir Çöküşün Tarihi)* (çev. Belkıs Çorakçı Dışbudak), İstanbul 2002.
- PAMİR Aybars, "Osmanlı Egemenlik Anlayışında Sened-i İttifak'ın Yeri", *AÜHFD*, c. 53, sy. 2, Ankara 2004.
- PARMAKSIZOĞLU İsmet, *Türklerde Devlet Anlayışı (İmparatorluk Devri 1289-1789)*, Ankara 1982.
- ROUSSEAU Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi* (çev. Vedat Günyol), İstanbul 1984
- SAN Coşkun, *Ma. Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi*, Ankara 1971
- SARIBAY A. Yaşar, *Siyasî Sosyoloji*, İstanbul 1998.
- SARIBAY A. Yaşar/ÖĞÜN S. Seyfi, *Politikbilim*, İstanbul 1999.
- SHAW Stanford J. *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye I* (çev. Mehmet Harmanacı), İstanbul 1994.
- SHAW Stanford J *Studies in Ottoman And Turkish History: Life With the Ottomans*, İstanbul 2000.
- SHAW Stanford J., "Osmanlı İmparatorluğu'nda Geleneksel Reformdan Modern Reforma Geçiş: Sultan III. Selim ve Sultan II. Mahmud Dönemleri" (çev. M. Faruk Çakır), *Türkler*, c. 12, Ankara 2002.
- SHAW Stanford J./SHAW Ezel Kural; *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye* (çev. Mehmet Harmanacı), c. 2, İstanbul 2000.
- ŞAKAR Müjdat, *1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar*, İstanbul. 1990.
- TANÖR Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul 1992.
- TANÖR Bülent, "Anayasal Gelişmelere Toplu Bir Bakış", *Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, c. 1, İstanbul 1982.
- TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2003.
- UNAN Fahri, *İdeal Cemiyet İdeal Devlet İdeal Hükümdar*, Ankara 2004.
- ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1996.

- ÜNAL ÖZKORKUT Nevin, Hukuk Devleti Düşüncesinin Osmanlı Devlet Yapısına Etkisi (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara 2000.
- WITTEK Paul, "Tevşirme ve Şeriat" (çev. Mehmet Öz), Türkiye Günlüğü, sy. 58, Ankara 1999.
- WITTEK Paul, Osmanlı İmparatorluğunun Doğuşu (çev. Fatmagül Berktaş), İstanbul 1985.
- YAYLA Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1986.
- YENİÇERİ Özcan, "Kırım Savaşı, Islahat Fermanı ve Paris Barış Antlaşması", Türkler, c. 12, Ankara 2002.
- ZURCHER Eric Jan, Modernleşen Türkiye'nin Tarihi (çev. Yasemin Saner Gönen), İstanbul 2002.



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: II

SAYI: 3 - 4

YIL: 2007

**ARALIK – 2007
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İsmail KAYAR

SORUMLU MÜDÜR

İzzet DURGUT

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZİ- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAIL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
---	---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

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

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
5. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltilmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süheyl BATUM
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Doç. Dr. Murat ŞEN
Doç. Dr. Yavuz KAPLAN
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN
Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ
Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN
Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN

EDİTÖRLER

Doç. Dr. Murat ŞEN
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Ayşe BOZTOSUN, Doç. Dr. Yusuf BÜYÜKAY, Doç. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Yavuz KAPLAN, Doç. Dr. Murat ŞEN, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN, Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN, Yrd. Doç. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ, Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK, Öğr. Gör. Ömer ÇELEN, Öğr. Gör. Akın ÜNAL, Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ, Arş. Gör. Musa İYİLER, Arş. Gör. Akif KARACA, Arş. Gör. Aslı NANECLİ, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Recep ÇİĞDEM

Bahçesaray/Kırım Mahkemesi Tutanakları Işığında Mâmeleke
Karşı İşlenen Suçlar..... 3-23

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN

Öğretim Üyelğine Yükseltme ve Atanma Kriterlerinin
Üniversitelerce Belirlenmesi Bağlamında İki Danıştay Kararının
Değerlendirilmesi 25-39

Dr. Mehmet Nihat KANBUR

Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu (YTCK m.100).... 41-49

Öğr. Gör. Ömer ÇELEN

Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu 51-80

Öğr. Gör. Fatih BİRTEK

Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan
Sorumluluğu..... 81-128

Mehmet AKÇAKOCA

Dar Anlamda Seçim Suçlarının Tanımı, İşlevi ve Bu Suçların
Düzenleniş Tarzına Eleştirel Bir Bakış 129-163

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Murat ŞEN

7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'ne Göre Hizmet Sözleşmesi ile İstihdam Edilen Personelin İş Kanununa Tabi Olup Olmadığı Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.03.2007 Tarihli Kararı Çerçevesinde)..... 167-193

Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Donatan ve Donatanın Sorumluluğu Üzerine Hükümler 195-242

Öğr. Gör. Hatice KARACAN

Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve Zamanı (Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak)..... 243-270