MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYIN NO.: 543
HUKUK FAKÜLTESİ YAYIN NO.: 6

FACULTATIS DECIMA ANNIVERSARIA

10. YIL ARMAĞANI

M.Ü. Hukuk Fakültesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYIN NO.: 543
HUKUK FAKÜLTESİ YAYIN NO.: 6

FACULTATIS DECIMA ANNIVERSARIA

10. YIL ARMAĞANI

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

İSTANBUL-1993

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

ISBN : 975-400-099-9

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
TEKNİK EĞİTİM FAKÜLTESİ
DÖNER SERMAYE İŞLETMESİ
MATBAA BİRİMİNDE BASILMIŞTIR

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883
MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SUNUŞ

1992 senesinde, 10. kuruluş yılını idrak ettiğimiz Fakültemiz, kökeni Osmanlı İmparatorluğu dönemine dayanan bugünkü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1925 yılında Ankara'da bizzat Atatürk tarafından kurulup öğretime açılmış bulunan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve 1979 da İzmir'de açılan Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden sonra faaliyete geçen Türkiye'nin dördüncü Hukuk Fakültesidir.

Fakültemiz, 20 Temmuz 1982 gün ve 17760 sayılı Resmi Gazete'de Yayınlanan 41 sayılı "Yüksek Öğretim Kurumları Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin" 14. maddesinin (a) bendi uyarınca kurulmuş olup, Marmara Üniversitesi'ne bağlı dokuz fakülteden biri olarak 3 Kasım 1982 tarihinde eğitim-öğretim başlamıştır. Nüfusu o tarihlerde 5 milyon civarında olan, coğrafi konum bakımından Marmara Denizi'nin ve İstanbul Boğazı'nın iki yakasında yaygınlaşmak zorunluluğunu taşıyan ve toplam 6 Üniversiteye sahip olan İstanbul için ikinci bir hukuk fakültesinin kuruluşu gerçekten büyük bir ihtiyacın ürünü olarak değerlendirilmek gerekir. Kezâ, yurdumuzda, yargı görevlileri açığının boyutu düşünülecek olursa, diğer hukuk fakülteleri ile birlikte fakültemizin nasıl büyük bir ihtiyaca cevap vermek durumunda olduğunun anlaşılmasında sanırım zorluk çekilmeyecektir.

3 Kasım 1982 tarihinde Üniversitemizin Ziverbey Kampüsündeki geçici binamızda, çok mütevazi fiziki şartlarla başladığımız eğitim-öğretimimizi iki yıl bu binada sürdürdükten sonra, 1984 yılı Ağustos ayında, hâlen içinde bulunduğumuz tarihi Haydarpaşa binasına taşındık. Bu binada başlatılan restorasyon, imar ve inşa çalışmaları hızlı bir tempoda tamamlanmış ve Fakültemize eğitim-öğretimini, 200'er kişilik 4 yeni anfide sürdürme imkanı sağlamıştır.

3 Kasım 1982'de, 100 öğrenci ve 9 öğretim üyesi ile eğitim-öğretim başlamıştık. O tarihten bu güne kadar geçen zaman dilimi içerisinde verimli bir gelişme süreci geçirdik. 1992'de, yedinci mezuniyet dönemini ardında bırakan Fakültemize, 1992 güz dönemi dahil, bu güne kadar 2774

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

öğrenci kaydolmuş, bunlardan 921 mezun olmuştur. Mezunlarımız, yargıç, savcı, avukat, noter..... vs. sıfatıyla hukuk mesleğini en üst düzeyde icra edebilecek teorik ve pratik bilgiyle donatılmışlardır. Mezunlarımız, bugün, toplum hayatını yakından izleyerek, yapılmasında önderlik edecekleri kanunlar, yargıç olarak tesis edecekleri içtihatlar, yazıp, açıklayacakları görüşleri ile toplumsal tekamul ve ilerlemeyi sağlamak durumundadırlar. Mezunlarımız, toplumun temel sorunları üzerinde objektif değer yargıları verebilecek derecede fikri olgunluğa sahip, Atatürk İlke ve İnkılâplarına, Hukukun Üstünlüğüne, İnsan Hak ve Hürriyetlerine bağlı şerefli birer hukukçu olarak yetiştirilmişlerdir.

Bu olguda, Fakültemizin Akademik kadrosunun payı büyüktür. Fakültemizin akademik kadrosunda yer olan profesör, doçent, yardımcı doçent, öğretim görevlisi, araştırma görevlisi, okutman sayısı, 1992 itibariyle, 100 civarındadır. Bu sayı içinde yaklaşık 16 öğretim üyesi başka öğretim kurumlarının mensubu olup, Fakültemizde ders vermek suretiyle eğitim-öğretimimize değerli katkılarda bulunmaktadırlar. Kendilerine bu sürekli ilgi ve desteklerinden dolayı teşekkür ederim.

Fakültemizde, dört sınıfta okutulan toplam, 50 civarında meslek dersinin yanı sıra, Atatürk ilkeleri ve İnkılap Tarihi, Türk Dili, Güzel Sanatlar ve Yabancı Dil dersleri de çok değerli, öğretim görevlisi, okutman ve uzmanlarca gereken ciddiyet ve titizlikle yürütülmektedir. Lisan hocalarımız öğrencilerinden başka, öğretim elemanlarına da yabancı dil ve yabancı hukuk terminolojisi öğretmektedirler. Böylece Fakültemizin yabancı dil derslerine ne denli büyük önem verdiği açıkça görülmektedir. Bu çerçevede olmak üzere Bebek Lioness Derneği'nin Fakültemizde yaptırmış olduğu 30 kişilik video sistemli "Lisan Laboratuarı" 1988-1989 öğretim yılında hizmet vermeye başlamıştır.

Fakültemizin, lisans öğretimine paralel olarak, 1986-1987 ders yılında, Özel Hukuk ve Kamu Hukuku alanlarında başlattığı Yüksek Lisans Programlarını Fakültemizin mezunlarının yanı sıra, diğer hukuk fakültelerinin mezunları da takip etmişlerdir. Ayrıca, İstanbul, Boğaziçi, ve Marmara Üniversitelerinde İşletme, İktisat ve Maliye öğrenimini tamamlayan öğrencilerin istekleri dikkate alınarak Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Programlarının yanı sıra Mali Hukuk alanında da Yüksek Lisans programı açılmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Lisans-üstü Programının son ve esaslı kademesini teşkil eden Doktora Programı ise, 1988-1989 öğretim yılında faaliyete geçirilmiştir. Fakültemizde sürdürülen Lisansüstü öğretimin amacı, genelde, öğrenciye, bazı hukuki konularda derinliğine bilgi sahibi olmak, güncel sorunlarda en yeni görüşleri tartışabilmek, bilimsel, orijinal ve metodlu araştırma yapabilmesini öğrenmek imkânını sağlamaktır.

Lisans-üstü eğitimin fiziki alt yapısını teşkil eden ve Master Tez Savunması, Doktora Yeterlik Sınavı ile Doktora Tez Savunmasının yapılacağı çok amaçlı "Doktora Salonu" yine Bebek Lioness Derneği tarafından inşa ettirilip, döşettirilerek, 1988'de, Fakültemizde, hizmete açılmıştır.

Fakültemiz, bugüne kadar geçen zaman içerisinde, yeterli sayıda bilimsel konferans, toplantı, sempozyum ve panel düzenlemiştir. Bunlardan birçoğuna yabancı ülkelerden davet edilen konuk bilim adamları da iştirâk etmişlerdir. Fakültemizin yayın durumu da, mevcut şartlara nazaran, giderek memnuniyet verici bir düzeye ulaşmıştır. Bu cümleden olmak olmak üzere, bir taraftan, öğretim elemanlarınca, ders kitabı, monografi, tebliğ ve çeşitli meslek dergilerinde makaleler yayınlanmış, diğer taraftan da, Fakültemiz tamamen kendi imkânları ile, 1986'da, bilimsel bir araştırma dergisi olan Hukuk Araştırmaları Dergisini ülkemizdeki hukuk periyodikleri arasına katmıştır.

Fakültemizde, bilimsel/akademik faaliyetlerin dışında, değişik, kültürel, sportif ve sosyal faaliyetler de ön planda yer almıştır. Bu cümleden olmak üzere, "Lucerna Iuris" (Hukuk Feneri) adlı mezuniyet yılhğı çıkarılmış, öğrencilerimizin, öğretim üyelerimizin de katılımlarıyla "Hukuk Balosu", "Mezuniyet Yemeği", "Gezi", "Piknik", gibi çeşitli organizasyonları gerçekleştirmeleri temin edilmiştir. Her yıl belirli tarihlerde periyodik olarak tekrarlanan bu tür faaliyet ve sosyal muhtevalı girişimlerin giderek güçlenip yerleşeceği, üzerinden uzunca bir zaman dilimi geçtikten, örneğin asır değiştirerek 2000 yılına gelindikten sonra, "Geleneksel" sıfatını taşıyacak manevi değerler olarak Marmara Hukuk Fakültesi'nin tarihine malolacağı ümidini ve inancını taşımaktayım.

Fakültemizin, öğrenciler katındaki bu sosyal faaliyet ve organizasyonlara, mezunlar arasındaki dayanışmanın sağlanması amacıyla, 1986 yılında, "MÜHF Mezunlar Derneği"nin kurulması, mensupları arasındaki dayanışmanın sağlanması amacıyla da "MÜHF Mensupları Yardımlaşma Derneği"nin kurulmasıyla, devamlılık arzedecek yenilerini eklemiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu noktada, sevinçle belirtmek istediğim bir diğer konu da, kütüphanemizin durumudur. Daha bir kaç sene önceye kadar büyük çoğunluğu Türkçe eserlerden oluşan 15 bin civarındaki kitap sayımız, bugün, bir hayli artmıştır. Bir taraftan, yurt içinden temin edilen kitap bağışlarıyla, diğer taraftan, A.B.D. ve Avrupa Üniversiteleri Hukuk Fakültelerine yaptığımız yazılı müracaatların sonucu bu ülkelerce, çoğunluğu Federal Almanya'dan olmak üzere, Fakültemize bağış olarak gönderilen 10 bin civarındaki hukuk kitabıyla, kütüphanemizin kitap mevcudu 25 bini aşmış bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, basım tarihleri yer yer 1893'lere 1930'lara inen süreli yayın koleksiyonuna sahip, kütüphanemize, 75 yerli, 55'de yabancı olmak üzere, toplam 130 civarında, değişik, süreli yayın gelmektedir. Bu suretle, öğretim elemanlarımızın ve öğrencilerimizin ülkemizde olduğu kadar, yabancı ülkelerdeki hukuki gelişmeleri de yakından takip etmelerine ve ülkemizin hukuki sorunlarına çağdaş ve uygar çözümler getirmelerine imkân ve kolaylık sağlanmış olunmaktadır.

Kütüphane kompleksimiz 1992 yılında Merhum Prof.Dr. Feyzi N. Feyzioğlu varisleri tarafından Fakültemiz bünyesinde tesis edilen "Prof.Dr. Feyzi N. Feyzioğlu Kitaplığı" ile daha da zenginleşmiştir.

İçinde bulunduğunuz 1992 yılında, Fakültemiz, kuruluşunun 10. yıldönümünü çeşitli aktivitelerle kutlanmak, kararını almış ve bunun için de bir komisyon teşkil etmiştir. Bu komisyon, bir taraftan, bütün bir yıl devam edecek çeşitli akademik faaliyetlerin icrasına, diğer taraftan da, 10. Yıl Armağanının yayınlanmasına karar almıştır.

Fakültemizin 1992 yılında gerçekleştirdiği 10. yıl aktiviteleri şunlardır :

10. Yıl (1992 yılı) aktiviteleri;

- 27.2.1992'de, İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Hunusi ÖZDEMİR'in "Ağır Cezada Bir Olay" adlı konferansı

- 18.3.1992'de Avusturya Kültür Ofisi Başkanı Dr. Erwin LUCIUS'un "Avusturya-Türkiye İlişkileri" adlı konferansı

-14.4.1992'de Prof.Dr. Hans Joachim HIRSCH'in "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Durumu ve Özellikle Zararın Tamiri" adlı konferansı

- 29.4.1992'de, Dr. Thilo HUBER'in "Türk-Alman Hukuk İlişkileri" adlı konferansı

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

– 15.5.1992'de Dr. Barbara HUBER'in "İngiliz Hukukunda Savcılık Müessesesi" adlı konferansı

21.5.1992'de, Dr. Alain BAUER'in "Yeni Nöşatel Medeni Usul Kanunu" adlı konferansı

– 21.10.1992'de, Prof.Dr. Klaus SOJKA'nın "Milletlerarası Çevre Hukuku ve Hayvanların Korunması" adlı konferansı

– 21-28 Ekim 1992'de, Türk Hukukçu Kadınlar Derneği ile Ceza Hukuku ve Kriminoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından ortaklaşa düzenlenen "Adliye ve Çocuk Suçluluğu" adlı uluslararası sempozyum

Bu vesileyle 10. Yıl aktivitelerinde büyük emeği geçen, 21 Temmuz 1991 yılında kurulmuş olan, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Uygulama ve Araştırma Merkezine teşekkür ederiz.

Fakültemizin bir yayını olan 10. yıl Armağanının ise, muhtevası tetkik edildikte, genellikle, kamu ve özel hukuka ait çeşitli özgün araştırma yazılarından ve tercümelerden oluştuğu görülmektedir. Bu muhteva ile Armağan milli hukukumuza önemli bir bilimsel katkı sağlayacaktır. Bu vesile ile, bu Armağanın hazırlanmasında samimi çaba gösteren Fakültemiz öğretim elemanlarına, yardım ve katkılarından ötürü teşekkürlerimizin sonsuz olduğunu belirtmek isterim. Armağanın basılmasında büyük gayretleri ve emekleri geçen Prof.Dr. Feridun Yenisey, Prof.Dr. Bülent Tahiroğlu ve Doç.Dr. Turan Yıldırım'a ve basım işlerini gereken titizlikle yürüten Arş.Gör. Semiha Yavuz'a ve özenli çalışması dolayısıyla Teknik Eğitim Fakültesi Matbaa Bölümü'ne ayrıca şükranlarımızı sunarım.

Bu armağanı Fakültemizin kuruluşunun 10. yıldönümüne adıyoruz.

Satırlarıma son verirken, Ulu Önder Atatürk'ün bir konuşmasına değinmeden geçemiyeceğim. Ulu Önder Atatürk Türk Hukuk Reformunu başlatmak amacıyla, 5 Kasım 1925'de Ankara Hukuk Fakültesini açarken yapmış oldukları o veciz konuşmalarında, o gün kurulan Ankara Hukuk Fakültesini "Cumhuriyetin Müeyyidesi" olarak nitelendirmiş, o gün hissettiği saadeti başka hiçbir teşehhüste duymadığını ve bunu izhar ve ifade etmekle memnuniyet duyduğunu dile getirmiştir. Bu yıl mütevazi etkinliklerle Fakültemizin kuruluşunun 10. yılını kutlarken, bizlerin

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

duyduğu memnuniyet ve kıvancın, büyük Ata'nın hissetiği mutluluk ve sevinç kadar büyük ve samimi olduğuna inancım tamdır.

10. kuruluş yılını kutladığımız Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Atatürk'ün arzu ve iradesi doğrultusunda "Cumhuriyetin Müeyyidesi" olmak özellik ve işleviyle mücehhez olması ve daha nice 10 yıllar ülkemize hizmet etmesi en büyük emelimizdir.

Haydarpaşa, 3 Kasım 1992

Prof.Dr. Ergun ÖNEN
Dekan

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İÇİNDEKİLER

Prof.Dr. Fahiman TEKİL	Müşterek Avarya'da Kurtarma-Yardım'da Aktüel Sorunlar	1-18
Prof.Dr. Vural Fuat Savaş	Ekonomik Anayasa	19-34
Prof.Dr. Bülent Tahiroğlu	La Perquisition De La Chose Volée En Droit Romain Et Ses Effets Sur Certains Droits Modernes (1)	35-42
Prof.Dr. Merih Kemal OMAĞ	Türk Hukukunda Özellikle 3167 Sayılı Kanun Açısından Karşılıksız Çek	43-61
Prof.Dr. Mehmet AKAD	Genel Kamu Hukukunun Alanı veMetodu Üzerine Bir Araştırma	63-74
Doç.Dr. Nur CENTEL	Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi	75-93
Doç.Dr. Turan YILDIRIM	1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanı	95-130
Yrd.Doç.Dr. Lerzan YILMAZ	Cirosu Yasaklanmış Çek	131-144
Yrd.Doç.Dr. Kamil YILDIRIM	Medeni Usul Hukukunda Reformatio İn Peius Yasağı	145-177
Yrd.Doç.Dr. Bikterin DİNÇKOL	Aristo ve Rousseau'da Kadın Erkek Eşitsizliği	179-191
Yrd.Doç.Dr. Gökhan ANTALYA	Opsiyon Akdi ve Opsiyon Hakkı	193-213
Yrd.Doç.Dr. Abdullah DİNÇKOL	Seçyedeğik Verilerin Sosyal Güvenlik Politikaları ve Sistemlerine Etkileri	215-233
Yrd.Doç.Dr. Osman DOĞRU	Türk Anayasa Yargısının Kuruluş Öncesi Antidemokratik Mevzuatı Tesbit Komisyonları	235-243
Ar.Gör. Nuray EKŞİ,	Forfaiting Sözleşmesi	245-280

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ar.Gör. Süheyla ŞENLEN — İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler ve Bu İlkeler Karşısında İdari Yargı Hakimi 281-300

Ar.Gör. Sibel İNCEOĞLU — İnsan Hakları Açısından Kriz Hukuku ve 1982 Anayasası 301-339

ÇEVİRİLER

Prof.Dr. M.H.J Hirsch
(Çev. Prof.Dr. Emin ARTUK) — Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Durumu ve Özellikle Zararın Tamiri 341-352

Dr. B. HUBER
(Çev. Doç.Dr. Nur CENTEL) — Savcılık Konum, İşlev, Denetleme 353-381

Prof.Dr. P. GILLES
(Çev. Ar.Gör. Füsun UYANIŞ) — Günümüz Alman Hukukunda Yargı Sistemi Federal Almanya'daki Adli Yargı Sistemi Örneğinde Problemlere Analizlere ve Reform Çalışmalarına Bir Bakış 383-401

Dr. A. BAUER
(Çev. Doç.Dr. Selçuk ÖZTEK) — Yeni Nüşatel Medeni Usul Kanunu 403-447

Prof.Dr. K. SOJKA
(Çev. Ar.Gör. Ayla SARUHAN) — Çevre Hukuku ve Çevre Koruması 449-463

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MÜŞTEREK AVARYA'DA KURTARMA-YARDIM'DA AKTÜEL SORUNLAR

Prof. Dr. Fahiman TEKİL*

I. Yeni Kurtarma ve Yardım Konvansiyonu'nun "No Cure No Pay" Esası ve Müşterek Avarya Üzerindeki Etkileri

1. GİRİŞ

Müşterek avarya ile kurtarma ve yardım'ın bazı nazik sorunları üzerinde durmadan önce kurtarma ve yardım alanındaki yeni konvansiyonun özelliklerine ve ortaya çıkardığı sorunlara değinmek yerinde olacaktır.

Kurtarma ve yardım alanında 23.9.1910 Brüksel Konvansiyonu, harp gemilerinin de Konvansiyon kapsamına girmesini sağlayan 27.5.1967 tarihli Protokol bir yana 79 yıl hiç bir değişikliğe uğramadan uygulandıktan sonra 28.4.1989 tarihli Londra Konvansiyonu ile yenilenmiştir. Bu değişiklik, etkilerini Lloyd's Form ve ayrıca müşterek avarya alanına da yayarak York-Anvers Kuralları'nın VI. no.lısının da Haziran 1990'da Paris'te akdedilen CMI'in organize ettiği konferansta yeniden düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur.

28.4.1989 tarihli Konvansiyon'un en önemli özelliği "çevrenin korunması" gereğini kurtarma ve yardım ücreti'ni belirleyen kriterler içine dahil etmesi ve çevrenin korunması için gerekli önlemler alanında "ücret" yönünden kurtarma ve yardım'ı karakterize eden başarı, diğer bir deyimle "no cure no pay" koşulunu dahi aşabilmesi ve hatta kurtarma ve yardım mecburiyetini yalnız gemi ve/veya içindeki yük tehlikede iken değil, onlar tehlikeden kurtulmuş olsalar bile sırf çevrenin korunması için ihdas etmiş bulunmasıdır (1).

"Çevre" konusu, deniz hukukunda gerçi bazı uluslararası konvansiyonların düzenlenmesine yol açmıştır ama 1989 Konvansiyonu ile ön-

* Marmara Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1. Bu suretle çevrenin korunması, kurtarma ve yardım ücretini belirleyen unsurlar arasında yer almış bulunmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

görülen hükümler bunlardan oldukça farklıdır.

Bu Konvansiyonun yapısına girmeden önce hidrokarbürler yolu ile deniz kirlenmesi alanındaki gelişmelere bir nazar atfı yerinde olacaktır.

1967'de tankerin uğradığı kazanın önce İngiltere ve daha sonra Fransa kıyılarında neden olduğu deniz kirlenmesinin doğurduğu büyük zararın önlenmesi için yapılan olağanüstü harcamalar kısa zamanda uluslararası alanda yeni düzenlemelere gidilmesi sonucunu doğurmuş ve sonuçta 20 Kasım 1969 tarihini taşıyan iki Brüksel Konvansiyonu meydana getirilmiştir. Bunlardan birincisi hidrokarbürler nedeniyle deniz kirlenmesinde doğan zararlar için hukuki sorumluluk ile ilgilidir (2).

Hukuki sorumluluk alanında sözügeçen konvansiyon'un seçtiği çözüm şudur. Malikin kim olduğunu tespit de gayet kolaydır. Sicile bakılacak geminin sicilde kaydı yoksa mülkiyetine kimin sahip olduğu "Malik" sıfatını kesinlikle belirleyecektir.

Konvansiyon'a göre, sözleşen bir Devlet sicile kayıtlı ve dökme olarak 2000 tondan fazla hidrokarbür taşıyan bir geminin malikı kirlenme zararları için bu Konvansiyon hükümlerine göre doğacak sorumluluğunu karşılamak üzere bir sigorta yaptırmak veya bir banka garantisi ya da bir uluslararası tazminat fonu tarafından 5'inci maddenin 1'inci paragrafında öngörülen sorumluluk sınırlarını uygun olarak düzenlenmiş bir sertifika gibi diğer bir mali garanti vermekle yükümlüdür (m.7, paragraf 1).

Konvansiyon'un 5'inci maddesinin 1'inci paragrafına göre "Gemi malikı, bu konvansiyon hukumleri gereğince sözkonusu olan sorumluluğunu her olay başına geminin beher tonilatosu için 2000 Frank (Poincaré Frank) ile sınırlayabilir. Bununla beraber bu toplam miktar, hiçbir halde 210 milyon Frankı (Poincaré Frankını) aşamaz. Bununla beraber Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması hakkındaki 1976 Londra Konferansı Poincaré Frankı yerine Özel çekme Hakkı'nı (ÖÇH) hesap birimi olarak dikkate aldığından bu Konvansiyon'un kabul edildiği 1976 Londra Konferansı sırasında ayrıca düzenlenen üç Protokol'den

2. Türkiye'nin katılmadığı bu Konvansiyon'un Türkçe metni ve üzerinde ayrıntılı bilgi için bk. TEKİL, F.: Deniz Hukuku c. II: Uluslararası Konvansiyonlar, İstanbul 1987, sh. 263.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

biri ile bu maddedeki "Poincaré Frankı" biçimindeki değer, 2000 Frank 133 ÖÇH ve 210 milyon Frank 14 milyon ÖÇH olarak ÖÇH'na çevrilmiş ve sözkonusu hüküm bu doğrultuda değiştirilmiştir.

Konvansiyon'da "Geminin Olay Sırasındaki Maliki'ne ait sorumluluk, ilke olarak kusursuz sorumluluk, diğer bir deyişle objektif sorumluluk esasına dayanmakla birlikte malik, kirlenme zararlarını:

a) Bir harp, düşmanlık, iç savaş veya ayaklanma ya da istisnai, kaçınılmaz ve dayanılmaz karakterde bir tabii olaydan doğduğunu veya,

b) Bütünü ile, üçüncü bir kişinin zarar verme kasdı ile bilinçli hareketi veya ihmalinden ileri geldiğini veya,

c) Fenerlerin veya seyre yardımcı diğer unsurların bakımından sorumlu bir hükümetin veya diğer bir yetkili makamın bütünü ile bu görevin ifası ile ilgili ihtimalinden veya zarar verici diğer bir eyleminden doğduğunu kanıtlarsa sorumlu olmaz." (m.3, paragraf 2).

Diğer taraftan gemi maliki, kirlenme zararlarının kısmen veya tamamen zarar görenin zarar verme kasdı ile giriştiği bir hareketten veya ihmalinden ya da başkaca bir kusurundan doğduğu kanıtlanırsa bu kişiye karşı olan sorumluluğundan kısmen veya tamamen kurtulabilir (m.3, paragraf 3).

1969 Konvansiyonu'nun tek sorumlu olarak gemi malikinin öngörmesi kuralının bir istisnası Konvansiyon'un 7'inci maddesinin 8'inci paragrafında şöyle açıklanmıştır: Kirlenme zararları nedeni ile her çeşit tazminat isteği doğrudan doğruya sigortacıya veya malikin kirlenme zararlarından doğan sorumluluğu için garanti vermiş her kişiye karşı ileri sürülebilir."

"Torrey-Canyon" olayından sonra yaşanan diğer bir büyük olay "Amoco Cadiz" de davaya bakan amerikan mahkemesi hâkimi Mc. Garr, 2 milyar dolarlık tazminat talebi karşısında ilgililerin durumunu incelerken 1969 Brüksel Konvansiyonu'nun sadece "gemi maliki"ni sorumlu tuttuğunu ve onun adamları ya da vekillerine karşı kirlenme nedeni ile hiç bir dava açılamıyacağı hükmüne vardığını açıkladıktan sonra böyle bir sonucun Birleşik Amerika'da görülmekte "Amoco Cadiz" davasını hiç bir şekilde etkilemiyeceğini, çünkü davanın Konvansiyon'a göre yürümediğini açıklamış bulunmaktadır. 230 000 ton ham petrolün yine Manş Denizi yakınlarında denize döküldüğü, çünkü 16 Mart 1978 günü çok ko-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tü bir havada kumanda edilemez durumunda kalan tankeri bütün bir gün boyu iki römorkörün önden ve arkadan çekme denemelerini sonuçsuz kalması üzerine tankerin altının gece vakti dibe değmesi sonucu meydana gelen büyük kaza ve zarar karşısında Fransa'da yatırılan 16.35 milyon dolar teminattan sonra Birleşik Amerika'da açılan 2 milyar dolarlık davada olay ile ilgililerin tesbiti şöyle yapılmıştır: "Amoco Cadiz" tankeri, "Amoco Transport Company" adlı Amerikan şirketinin mülkiyeti altındadır. Gemiyi işleten ise "Amoco International Oil Company"dir. Bu iki şirket, "Standart Oil Company'nin yavru şirketleridir. Kaldı ki iki yavru şirket arasındaki sözleşme de bir vekil/müvekkil (agent/principal) ilişkisini yansıtmamaktadır. Bu ilişki bir "işleten/bağımsız âkid (owner/independant contractor) ilişkisidir. Nitekim olayda işleten'in (Amoco International Oil Company) geminin sefere elverişliliği yönünden ihmal gösterdiği ve tankerin kumanda kabul etmez durumuna gelişinin de böyle bir ihmalin ürünü olduğu anlaşılmıştır. Üstelik "Amoco-Cadiz" personelinin yeteri kadar iyi yetiştirilmediği de görülmüştür. Üstelik "Amoco-Cadiz" personelinin yeteri kadar iyi yetiştirilmediği de görülmüştür. Kararda işletenin geminin yapımını süpervizör olarak onayladığı da açıklanarak böyle bir durumda eksiklikleri belirtmemesi nedeni ile kusurlu olduğu da bildirilmekte, gemi maliki "Amoco Transport Company'nin geminin işletilmesi, bakımı, personel durumu ve gemi enspektörleri tarafından Bermuda'daki adreslerine yollanan raporlarla hiç ilgilenmiyerek onun da kaza kusurlu olduğu ve her iki işletmenin de sorumluluğunu sınırlıyamıyacağı sonucuna varmaktadır. Kararda ayrıca gerekli denetimi göstermediği için "Standart Oil" adlı ana şirket de kusurlu görülmektedir.

2. Kurtarma ve Yardım

Deniz kirlenmesi ile kurtarma ve yardım ilişkileri bazı soruları davet edici olmaktadır ki bunlar şöyle sıralanabilir:

a) Kurtarma ve yardım hizmeti yalnız kazayı değil, kaza sonucu meydana gelecek deniz kirlenmesi zararlarını da önlemiş sayılır mı? Farzedilsin ki ham petrol yüklü bir tanker, bir rafineri iskelesine yanaşmış, ama daha boşaltmaya başlamamış iken bordada yangın çıkmış, fakat gemiye giren kurtarıcılar bu yangını zamanında söndürerek alevlerin petrolün denize dökülmesini önlemiş olsunlar. Bu takdirde hukuki durum nedir?

b) Kurtarma ve yardım başarısız, fakat kirlenmenin yayılmasını önleyici tedbirler başarılı ise durum nasıldır?

c) Deniz kirlenmesi nedeni ile zarar görenler kusurlu buldukları kurtarıcıya karşı dava açabilirler mi? Nitekim "Amoco Cadiz" olayında bütün gün iki römorkör gemiyi çekebilmeyi başaramamışlar ve sonunda karaya oturan gemiden büyük miktardaki ham petrol denize dökülerek çok büyük bir zarar ortaya çıkmıştır. Böyle bir durumda zarar görenlerin gemi maliki ile birlikte kurtarıcıya ya da yalnız kurtarıcıya karşı direkt dava hakları var mıdır?

d) Gemi ve içindeki şeyler kurtarılmak istenirken kurtarıcı tarafından bu amaçla yapılmış eylem deniz kirlenmesini doğurmuş değil, fakat sadece fazlalaştırmışsa o takdirde durum nedir?

Yukarıdaki bir yığın soruya karşı cevaplar şöyle sıralanabilir: a) Kurtarma ve yardım gemi ve gemideki şeylerin kurtarılmasını amaçlar. Bu meyanda deniz kirlenmesinin de doğumunun önlenmesi elde olunan başarıyı değerlendirici bir unsurdur. Çünkü gemi maliki deniz kirlenmesi nedeni ile sorumluluktan da kurtarılmıştır (Liability Salvage). Bununla beraber kurtarma ve yardım hükümlerine göre kurtarıcıyı bunun için ayrı bir ücret ödenmez. Fakat, kurtarılan geminin, malikine böyle bir yararın da sağlanmış bulunması kurtarma ve yardım ücretinin değerlendirilmesindeki unsurlardan "elde olunan sonuç" yönünden fikrimce "değerlendirici" bir etkendir. Konuya deniz kirlenmesi ile ilgili 1969 Brüksel Konvansiyonu açısından bakıldığında durum şudur: Konvansiyonun 1'inci maddesinin 7'inci bendinde, tazminatın kapsamına gireceği m.1 no.6 da açıklanan "koruma önlemleri masrafları" ancak olayın vukuundan "sonraki" harcamalardır. O bakımdan deniz kirlenmesinin önlenmesi veya sınırlı tutulması konusundaki masraflar tazminat yönünden ancak bu çerçevede dikkate alınabilirler. Diğer taraftan ölçüler de değişiktir: Kurtarma ve yardım ücretinin ödenebilmesi için "başarı" şarttır. Oysa 1969 Konvansiyonu'na göre deniz kirlenmesini önleme veya sınırlı tutma masraflarının tazminat çerçevesine girebilmesi için bunların "makul" karakterde olması yeterlidir. Kurtarma ve yardım ücreti hiçbir zaman kurtarılan değerlerin tutarını aşamaz. Kirlenme zararının tazmininde ise eğer gemi maliki kişisel olarak kusurlu değilse m.5 de yazılı esaslara göre sorumluluğunu sınırlıyabilir. b) Olaydan sonra olmak koşulu ile kirlenmenin önlenmesi veya sınırlı tutulması konusunda "makul" olarak alınmış olan önlemlerden doğan masraflar 1969 Konvansiyonu'na göre tazminat

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

talebine konu teşkil edebilirler. Tazminatın tutarı yönünden "sorumluluğun sınırlandırılması" hakkındaki hükümler pek doğaldır ki saklıdır. c) Eğer kusurlu iseler, kurtarıcılara (kurtarma ve yardım için çalışan römorkörlere) karşı da direkt dava açılması hakkı haksız fiiller hukukuna göre-eğer olay yeri kanunu aksini söylemiyorsa açıktır. Ancak kurtarıcıya karşı kusurundan doğan zarar için zarar görenle tarafından ileri sürülebilecek hükümler, sadece donatanın sorumluluğu ile ilgili genel hükümler olabilir. Yoksa 1969 Konvansiyonu hükümleri değildir. Bunun nedenini Konvansiyonda yer alan gemi malikinin müstahdem ve görevlilerine başvuru yasağı getiren hüküm (m.3,4) teşkil etmez. Çünkü kurtarıcı bağımsız çalışan bir müteahhittir. Kurtarıcıya veya kurtarıcı römorköre ya da gemiye karşı 1969 Konvansiyonu'na göre talep yapılamamasının nedeni, 1969 Konvansiyonunda düzenlenmiş tazminat sisteminin yalnız fiilen dökme halinde hidrokarbür taşıyan deniz gemi veya araçlarından (bk. Konvansiyon anlamındaki gemi tanımı, m.1,1) sızan veya bırakılan hidrokarbürlerin doğurduğu deniz kirlenmesi zararlarının tazminine özgü bulunmasıdır. Bununla beraber İngiltere'de 1970 de düzenlenmiş "The Merchant Shipping Oil Pollution Act", kurtarma ve yardım sırasında meydana gelmiş deniz kirlenmesi için kurtarıcının sorumsuzluğu hükmünü açık bir surette getirmiştir (m. 3,6a). d) Kurtarma eyleminin deniz kirlenmesini arttırması, örnek gerekirse geminin hafifletilmesi amacı ile gemideki ham petrolden bir kısmının denize dökülmesi durumunda Konvansiyon'un 1'inci maddesinin 6'ıncı bendinde açıklandığı gibi gemiden sızan veya bırakılan hidrokarbürlerin meydana getirdiği bir zarar sözkonusu olduğuna göre Konvansiyon gereği gemi malikini dava etmek mümkündür. Böyle bir durumda gemi malikinin kusurlu kurtarma ve yardım müteahhidine karşı rücu hakkı var mıdır? Eğer ağır kusur (veya hile) sözkonusu ise böyle bir durumda rücuu, sözleşmedeki sorumsuzluk hükmü de önliyemez (TBK, 99/2). Diğer hallerde rücu yönünden uygulamada görülen durum şudur: Lloyd's Standard From of Salvage Agreement, No Cure No Pay) taraflar arasındaki kurtarma ev yardım sözleşmesini teşkil ettiği takdirde rücu işler. Çünkü bu sözleşme tipine göre, müteahhid gemiyi ve hamulesini kurtarmak için elinden gelen bütün gayreti göstermekle yükümlüdür (m.1) ve sözleşmede müteahhidin sorumsuzluğuna ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Buna karşılık Fransız sözleşme modeli olan Contrat d'assistance maritime "No cure no pay" Formule L.D. (Léopold Dor)", 5 hükmüne göre kurtarma

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve yardım ameliyesi ile tehlikedeki geminin ve üçüncü kişilerin uğradıkları bütün zararlardan münhasıran kurtarma ve yardım hizmeti göre gemi donatanı sorumludur. (3) Ayrıca bazı sözleşmelerde sadece deniz kirlenmesi zararları ile ilgili rücu hakkını konu edinen ve "PIOPIC Klozu" adı verilen bir klozun varlığı da görülür. Ancak burada doğrultu terstir: Bu Kloza göre, deniz kirlenmesinden zarar görenlere ödenen tazminat için rücu hakkı, kurtarma ve yardım müteahhidinden tanker donatanına doğrudur. Şöyle ki PIOPIC Klozu'na göre, üçüncü kişilere deniz kirlenmesi için tazminat ödeyen kurtarma ve yardım müteahhidi, kirlenmeyi önlemek üzere aldığı önlemlere ilişkin masraflar da dahil olmak üzere ödediği tüm miktar için tanker donatanına 15 milyon dolarlık bir sınır çerçevesinde rücu edebilir (4).

Kurtarılan gemiden gelecek kirlenmeyi önleme masrafları acaba kurtarma ve yardım masrafları arasında yer alabilir mi? Alabilir. Ancak Kurtarma ve Yardım ücreti kurtarılan değerlerin tutarını aşamaz. Bu nedenle aynı masrafların böyle bir yoldan değil de 1969 Konansiyonu uyarınca istenilmesi konusunda kurtarıcının bir seçim hakkı vardır (5).

3. 28.4.1989 Tarihli "Yardım Konvansiyonu" İle Tesis Edilen Rejim

a) Tehlike ve Ücret

Kurtarma ve yardım -bilindiği üzere- "No Cure No Pay" esasına bağlıdır.

Burada bir nokta üzerinde ârizen durmak gerekmektedir: 31.5.1992 tarihli Hürriyet Gazetesi'nde Ege'de yangın geçiren İstanbul feribotuna ilişkin haberde "Yardıma gelen tarafın denizcilik kurallarına ve uluslararası anlaşmalara göre "No Pay No Cure" (Ödeme Yoksa Yardım da Yok) adı verilen belgeyi zor durumdaki geminin kaptanına imzalatabiliyor şeklinde halka bilgi verilmiştir. Oysa belirtmek gerekir ki, böyle bir anlaşma, uluslararası denizcilik kurallarına ve uluslararası an-

---

3. bk. TEKİL, F.: Kurtarma ve Yardım, İstanbul 1966, sh. 203203

4-5. SIMON, P.: Pollution et remorquage, DMF 1979, sh. 201. Ayrıca bk. RODIERE, R.: Traité Général de Droit maritime Introduction-L'armement Paris 1976, sh. 667; DOUAY, C.: L'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, DMF 1981, sh. 456; BALLENEGGER, J.: La pollution en droit international, doktora tezi, Lausanne 1975, sh. 92.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

laşmalara göre caiz değil, aksine kabili iptaldir. Nitekim TTK, 1228'e göre, kurtarma ve yardım hakkında yapılan bir sözleşme tehlike zamanında ve tehlikenin tesiri altında yapılmış ve kabul edilen şartlar hak ve nasafet esasına aykırı bulunmuş olursa; talep üzerine mahkeme tarafından değiştirilebilir ve iptal olunabilir (Aynı doğrultuda bk. Kurtarma ve Yardım Hakkındaki 1910 tarihli Brüksel Konvansiyonu, 7).

b) Çevrenin Korunması Önlemlerinin Kurtarma ve Yardım Ücretini Belirleyici Nedenler İçinde Yer Alabilmesi Düşüncesi ve 28 Nisan 1989 Tarihli Londra Konvansiyonu

1990 tarihli Lloyd's Form tarafından da esasları benimsenmiş 1989 Londra Konvansiyonu'nun düzenlediği ana sorun şudur: Kurtarma ve yardım ücretini belirleyici unsurlar arasında "çevrenin korunması" yolunda sarfedilmiş özen ve çabanında yer alması. Konvansiyonun 13. ve 14. maddeleri bu amaçla bazı yeniliklere şöyle yer vermiş bulunmaktadır:

Madde 1

Ücretin Tespitinde Gözönünde Tutulacak Kriterler

1. Ücret yardım ameliyelerini teşvik etmek amacıyla sıralarına bakılmaksızın aşağıdaki kriterler dikkate alınarak tespit edilecektir:

(a) Geminin ve kurtarılmış diğer malların değeri,

(b) Yardımcının çevreye gelecek zararı önlemek veya asgariye indirmek için harcamış olduğu gayretler ve beceri,

(c) Yardımcının başarısının şümulü,

(d) Tehlikenin bünye ve önemi,

(e) Yardımcıların gemiyi, diğer malları ve can kurtarmadaki becerileri ve göstermiş oldukları gayretler,

(f) Yardımcıların harcamış oldukları zaman, masraf ve uğramış oldukları kayıplar.

(g) Yardımcıların sorumluluk riskleri ve kendileri veya malzemeleri için maruz bulundukları sair riskler,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(h) Verilen hizmetlerin süratı,

(i) Yardım ameliyeleri için gemilerin veya diğer teçhizatın varlığı ve kullanılıp kullanılmadığı,

(j) Yardımcının teçhizatının hazır olup olmadığı ve verimliliği ve bu teçhizatın değeri.

2. 1'inci paragrafa dayanılarak tespit olunan ücret, gemi ve kurtarılmış diğer mallarla ilgili taraflarca kurtarılmış değerlere oranla ödenecektir. Bununla beraber bir sözleşen Devlet Kanunu, ödeyen ilgilinin diğer ilgililere payları oranında rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla ücretin ilgililerden yalnız biri tarafından ödeneceğini öngörebilir. Bu maddenin hiç bir hükmü herhangi bir savunma hakkının kullanılmasını engelleyemez.

3. Ücretler, bu nedenle ödenmesi gereken faiz ve hukuki masraflar bir tarafa, kurtarılmış gemi ve diğer eşyanın kurtarılmış değerini aşamaz.

Madde 14

Özel Tazminat

1. Eğer yardımcı, çevreye zarar tehdidi taşıyan bir gemi veya yük için yardım ameliyesi gerçekleştirmişse ve en azından bu maddeye göre hesaplanmış bir özel tazminata eşit bir ücreti 13'üncü maddeye istinaden kazanamamışsa, bu uğurda sarfettiği masraflara eşit bir özel tazminatı gemi malikinden talep etmeye hak kazanacaktır.

2. Eğer 1'inci paragrafta belirtilen durumlarda, yardımcı gerçekleştirdiği yardım ameliyeleri ile çevreye zararı önlemiş veya asgariye indirmişse, malik tarafından yardımcıya 1'inci paragraf uyarınca ödenecek özel tazminat yardımcının yapmış olduğu masrafların en çok %30'u oranında arttırılabilir. Ancak Mahkeme, uygun görürse 13'üncü maddenin daha da arttırabilir. Ancak bu artışın toplamı tutarı yardımcının masraflarının %100'ünü aşamaz.

3. 1'inci ve 2'inci paragraflar için yardımcının masrafları, yardımcı tarafından makul bir şekilde yapılan masraflar ve yardım ameliyesinde kullanılan teçhizat için makul bir bedel ve fiilen makul bir şekilde ihti-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yar olunan personel masrafları demektir. Bu alandaki değerlendirmede 13'üncü maddenin 1 (h), (i) ve (j) maddeleri dikkate alınmalıdır.

4. Bu maddeye dayanılarak toplam özel tazminat, ancak bu tazminatın yardımcı tarafından 13'üncü maddeye göre alınabilecek herhangi bir ücretten daha fazla olması koşulu ile ödenir.

5. Eğer yardımcının ihmali varsa ve bu ihmalden dolayı yardımcı zararı önlemekte veya asgariye indirmekte başarısız olmuşsa bu maddeye dayanılarak ödenecek tüm tazminattan veya tazminatın bir kısmından mahrum edilebilir.

6. Bu maddenin hiç bir hükmü gemi malikinin rücu hakkını etkilemez (6).

c. Comité Maritime International'in Haziran 1990 Paris Konferansında kabul edilmiş olan York-Anvers Kuralları'nın yeni VI No.lı Kuralı

Kural VI

Kurtarma ve Yardım

(a) Müşterek bir deniz sergüzeştine girmiş taraflarca kurtarma ve yardım için bir sözleşme uyarınca veya başka bir şekilde yapılmış ödemeler, Kurtarma ve Yardım ameliyelerinin müşterek deniz sergüzeştine konu olan malvarlıklarını tehlikeden korumak amacı ile yapılmış olması koşulu altında müşterek avaryaya kabul edilirler.

Müşterek avarya olarak kabul edilen harcamalara 1989 tarihli Yardım Konvansiyonu'nun 13'üncü maddesinin 1 (b) paragrafında sözü edilen çevreye yönelik zararı önlemek veya asgariye indirmek için yardımcıların becerileri ve sarfettikleri gayreler nazara alınarak ödenen bir kurtarma ve yardım ücreti de dahil olacaktır.

d) 28.4.1989 tarihli Konvansiyon Üzerinde Değerlendirme

---

6. 28.4.1989 tarihli Konvansiyon hakkında geniş bilgi için bk. DOUAY, C. Le régime juridique de l'assistance et mar selon la Convention de Londres du 28 avril 1989, DMF 1990, sh. 211 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) Dikkat edilirse m. 14 Özel Tazminat izin sadece gemi maliki'ni sorumlu tutmuştur. Böylece 1969 Hukuki Sorumluluk Konvansiyonu ile bir paralellik kurulmaktadır. Kurtarma ve Yardım hakkındaki 1910 Brüksel Konvansiyonu'nda kurtarma ve Yardım ücretinden dolayı kimin sorumlu tutulacağı belirlenmemiş ve bu husus ulusal hukuklara bırakılmıştır.

b) Değişiklik o derecededir ki bu yeni sistemde yardımcının çevreye yönelik zararı önleme veya asgariye indirme masrafları "no cure no pay" esası dikkate alınmaksızın ödeme sonucunu dahi ortaya koyabilmektedir.

c) Kurtarma ve yardım "no cure no pay" ve kurtarılan mal varlıklarının değerinin ücrete tavan teşkil etmesi esasına bağlı olduğu halde Özel Tazminat için Konvansiyon bu ölçülerden tamamen bağımsız olarak ayrı bir baraj tesis etmiştir. Şöyle ki "Özel Tazminat" namı altında ödenebilecek olan, sadece masraflar olup Konvansiyon'a göre bu masraflar ancak % 30 ve istisnai durumda % 100'den fazla artırılamaz.

d) Mahkeme, kurtarma ve yardım ücretine hükmederken ücretin belli bir bölümünün çevreye yönelik zararın önlenmesi veya asgariye indirilmesi işleminden kaynaklandığını açıklamışsa o takdirde dahi ücretin kesintisiz ve olduğu gibi müşterek avarya alacaklı masasına dahil olabilmesi amacıyla bu sonucu engelleyen 1974 değişikliği ile-yukarıda açıklandığı üzere-yeni bir muhtevaya kavuşturulmuş bulunmaktadır.

e) Çevreye yönelik zararı önlemeye veya asgariye indirmeye ilişkin masraflar m.13 çerçevesinde ödenmişse bakılacak olan şudur: M 13 çerçevesinde ödenmiş bu masraflar m 14 ile kabul edilen kriterlere göre ödenecek Özel Tazminat tutarını tamamen karşılamıyorsa o takdirde kalan kısım için ayrıca m.14'ün işletilmesine gerek vardır. Bu durumda kurtarma ve yardım ücreti tekne sigortacısı, kalan kısım ise geminin P and I klübü tarafından üstlenilmek gerekir.

Kurtarma ve yardım ücretinin belirlenmesinde gerek, mahkemeler, gerek hakemler tarafından ücretin ne kadarının çevreye yönelik söz konusu hizmetler için takdir olunduğunun kararda belirtilmesi uygun olur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. Kurtarma ve Yardım Ücreti İçerisinde Masraflar Kaleminin Ayrıca Gösterilmemiş Olmasının Deniz Sigorta Hukuku Alanında Doğurabileceği Sorunlar

Ülkemizde verilen bir hakem kararında a) Ücretin âdil bir şekilde tesbiti hususunda TTK, 1226 da yazılı unsurlar gerçi dikkate alınırsa da hükmedilecek meblâğın yine de bir "kurtarma ve yardım ücreti" olduğu ücret içinde zarar için bir ayırım yapılmadığı, kaldı ki kurtarma ve yardım ücreti konusunda bir sözleşme varsa, yani ücret göturu olarak tesbit edilmişse geminin hasarının artık sözkonusu olamıyacağı b) Prim ödenmiş ve risk gerçekleşmişken tazminatın ödenmemesinin prim ile kabul edilen tehlike arasındaki dengeyi bozacağı, kurtarma ve yardım ücreti ile sigorta tazminatı arasında bir illiyet bağının esasen bulunmıyacağı, kaldı ki ücret içinde zararın dikkate alınmadığı bir mahkeme ya da hakem kararında açıklansa bu takdirde tazminatı ödeyen sigortacının rücua dahi hakkı olmıyacağı gerekçesi ile tekne sigortacısının sigorta tazminatını ödemekten kaçınamayacağı hükmüne varılmıştır (7).

Amsterdam Üst Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da aynı konuda şöyle denilmiştir: "Kurtarma ve Yardım ile ilgili bazı kuralların birleştirilmesi hakkındaki 1910 Brüksel Konvansiyonu hükümlerine göre kurtarıcının yardım görene başvurusunun hukukî sebebini kurtarıcı gemi tarafından uğranılan zararlar değil, yapılan yardım teşkil eder. Bu ilke, aynı Konvansiyon'un ücretin tesbitinde diğer unsurlar arasında kurtarıcı geminin uğradığı zararların da dikkate alınması yolundaki Brüksel Konvansiyonu, 8 hükmüne hiçbir şekilde aykırı düşmez. Yardım görenin kurtarıcıya ödediği meblağ, asla ona ait geminin uğradığı zararın tazmini için değildir. O bakımdan kurtarıcının sigortacısı sigorta hukuku ilkelerine aykırı olarak zararın iki defa tazmin edildiğini ve kurtarıcının ücrette, gemisini hasarları için özle bir kısım tesbit ettirmemek suretiyle sigortacıların risklerini ağırlaştırdığını ileri süremez (8).

Doktrinal alanda ise fikirler aksi doğrultudadır: Prodromidès'e göre "Yardım" bir kâr ameliyesidir. Fakat gemiyi özel risklere de sokar. Bu riskler sigortacılar tarafından temin edilir. O bakımdan sigortacının bunları sigortalının kurtarılan gemiden tahsil edemediği ölçüde tazmin

7. 14.5.1965 tarihli bu kararın tam metni için bk. TEKİL, F.: age., sh. 225-226.
8. 24.5.1933 Rev. Dor. 29, sh. 317 altında not. DMF 1957, sh.397.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

etmesi normaldir. Eğer kurtarıcı bu nedenle hem sigortacıdan tazminat almış, hem de sonradan kurtarılan tarafından tazmin edilmişse fazla kısmı sigortacıya geri vermelidir (9). Pierre Lurceau ise bu düşünceye ek olarak aşağıdaki düşünceyi ileri sürmüştür: "Aksi takdirde sigorta sözleşmesi, bir tazminat sözleşmesi olmaktan çıkar, bir kâr kaynağı olur" (10). Aynı yazısında Prodromidès, kurtarma ve yardım ücretinin tesbitinde kurtarıcının hasar ve masraflarının temel takdir unsuru olduğunu özellikle İngiliz ve Amerikan Yargıtay ve Mahkeme kararlarına dayanarak (11) belirttikten sonra şöyle demiştir: "Kurtarıcı herşeyden önce en az hasar ve masrafları, tahsil edebilmelidir (12). Michel de Juglart ve Jacques Villeneau "Kurtarma ve Yardım" ile ilgili eserlerinde Amsterdam Üst Mahkemesinin yukarıda adı geçen kararını isabetli görmediklerini, bu kararın "bir hayli paradoksal tarzda, verilmiş bulunduğu ifade suretiyle açıklamışlardır (13).

Uygulamada üç ülkede tekne poliçesi genel şartları (Fransa, m. 10, Federal Almanya, A.D.S. § 64 ve Norveç, m.69) kurtarıcı gemideki zarardan dolayı tekne sigortacısının kurtarma ücreti ile karşılandığı ölçüde sorumlu olmadığı hakkında açık hüküm taşımaktadır. Ancak bu tarz bir düzenleme olmadığı takdirde durum nasıldır? Bu konudaki kişisel düşüncem şudur:

1. İlk, 1126 ve Brüksel Konvansiyonu, 8 hükümleri, ücretin tesbitinde kurtarıcının ameliye sırasında uğradığı zararların da dikkate alınmayacağını öngörmüş bulunmaktadır. Aslolan da esasen budur. Ücrette, ücret karşılığı yapılan ameliye ile ilgili zarar ve masrafların tazmini bir temel hukuk kuralı ve Prodromidès'in dediği gibi hizmet görenin asgari hakkıdır.

Durum bu iken ücreti maktuan tesbit etmenin uğranılacak zararların tazmininden feragat demek olmadığı doğal bir sonuç halinde kabul

---

9. PRODROMIDES, M.: Dieppe Ticaret Mahkemesi'nin 18.2.1956 tarihli kararı altında not, DMF 1957, sh. 297-298.

10. LUREAU, P.: DMF 1957, sh.298

11. House of Lords, 29.5.1925, "Jolly Frank" davası, Lloyd's List Law Reports XXII, sh. 163; Rev. Dor. II, sh. 189, A.B.D. Üst Mahkemesi 2. Circuit, 2.7.1928 "Miskianza" davası, American Maritimes Cases 1928, sh.1332, Rev. Dor. 18, sh. 384-385.

12. Ibid

13. de JUGLART, M.-VILLENEAU, J.: Répétoire méthodique et pratique de l'assistance en mer, Paris 1972, sh.60.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

edilmek gerekir. Diğer bir deyimle, maktuan tespit suretiyle her müteahhit gibi kurtarıcının da dikkate alarak hareket ettiği kabul olunmak gerekir (14). Eğer böyle hareket etmemişse kârını iyi hesaplıyamamış demektir. Yok uğradığı hasar ve yaptığı masraflar, aldığı ücretten daha fazla olmuşsa bu takdirde sözkonusu ücret, tamamen kurtarıcının zararını kapamaya ilişkin bulunmuş demektir. Bu durumda ücretin karşılıyamadığı zarar kısmını sigortacının ödemiş, sözügeçen Fransız, Alman ve Norveç poliçe hükümlerinin de yerinde olarak kabul ettikleri gibi- dil ve sigorta hukuku ilkelerine uygundur.

2. Aksi çözüm tarzı, haksız zenginleşmeye imkân verebilecek niteliktedir. Kurtarıcının aynı zarar için her iki yoldan tazminat alması ve bu imkân içinde zararını kasden dahi fazlalaştırması mümkün ve hattâ çok kolay olabilecektir.

3. Kurtarma ve yardım ücreti ile sigorta tazminatı arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığını tesbit, Fikrimce meselenin çözümünü etkileyecek bir araştırma olmaz. Çünkü anlaşmazlık doğrudan doğruya sigorta sözleşmesinin sigortacıya yüklediği vecibe üzerindedir. Sigorta sözleşmesi bir "tazmin" sözleşmesidir. Sigortacı, sigortalının ancak temin edilmiş risk dolayısiyle uğradığı zararı öder. Bu itibarla sigortalının giriştiği ameliye sırasında uğradığı zararın bu sayede kazanmış olduğu ücret içinde esasen tazmin edilmiş olduğunu ileri sürmek, sigortacı için bir hak ve aksinin kanıtlanmış bulunması hariç geçerli bir savunu teşkil eder.

4. Diğer taraftan, ücretin bir bütün olduğu ve zarar, hizmet bedeli v.b. gibi bölümler şeklinde parçalanmayacağı acaba gerçekten bir hukuki realite midir? Hayır, çünkü kanunda buna engel hüküm bulunmadığı gibi aksine paylaştırma sırasında zarar ve masrafların evvelemirde tahsil olunan ücretten ayrılacağı ve ancak ondan sonradır ki bakiyenin donatan, kaptan ve gemi adamları arasında belirli oranlar çerçevesinde pay edileceği emredici hüküm olarak TTK, 1230 da esasen yazılıdır. Aynı şekilde çarter partilerde çok defa ücretin gemi maliki ve taşıyan arasında yarı yarıya paylaşılacağı kararlaştırılmıştır. Bu halde de paylaştırmaya gidilirken önce zarar ve masrafların ücret üzerinden indirilmesi usulden-

14. Esasen tip sözleşmelerde ücret kısmı boş bırakılır ve ameliye sonunda uygun rakam konulur. Lloyd's Form'a göre itiraz halinde sözleşmede yazılı rakam yok farzolunarak tahkim sonucuna itibar edilir (m.1.).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dir. Nitekim bir çok kararda ücret tutarının yanısıra bu ücret içinde yer alan kurtarıcıya ait zarar ve masraf miktarının ayrıca gösterildiği de görülür.

5. Ancak bir kurtarma gemisinin hasarının % de 90'ı kurtarma ve yardım ameliyesinden doğduğuna göre bu hasarların ücret içinde tazmin edildiği kabul olunduğu vakit kurtarma gemilerinin yolcu gemileri ile aynı prim tahtında sigortalanması, bir haksızlık teşkil etmek suretiyle acaba aksi tezin haklı bulunduğunu göstermiş olmaz mı? Olmaz, çünkü sigortacının doğrudan doğruya sigorta sözleşmesini hukuki mahiyetine dayanarak sahip olduğu bir hak, prim oranının yüksek tutulmuş veya tutulmamış olması ile değişmez. Buna karşılık, kurtarma ve yardım ile ilgili bütün hasar ve masrafların tamamen sigortacı tarafından karşılanacağı kabul edilirse bu gemilerin faaliyetlerinin %90'ı kurtarma ve yardım olduğuna göre o vakit primi kurtarma gemileri için yolcu gemilerinden üstelik yüksek tutmak gerekmez mi? Diğer taraftan unutulmamak gerekir ki kurtarma ve yardım ücreti, yalnız ameliye başarı ile sonuçlandığı vakit vardır. Ayrıca zarar miktarı bazan ücreti dahi aşabilir. Çünkü ücret, kurtaranın değeri ile değil ancak kurtarılan değerle sınırlıdır.

III. Kurtarıcı Geminin Uğradığı Zararı Tespit Yöntemleri

"Will Everard" adlı İngiliz gemisi, çok şiddetli bir fırtınada batmak üzeredir. Fakat sonra hava sakinleşiyor ve iki gün denizde sürüklenen gemiye oradan geçmekte olan "Jacques Henri" adlı Fransız gemisi yardımda bulunmak istiyor. Katan ve mürettebattan üç kişi tehlikedeki gemiye çıkıyor ve onu kendi gemilerine bağlıyarak çekme girişiminde bulunuyor. Ancak bu sırada iki gemi çarpışıyor ve "Jacques Henri" batıyor. Gemi adamlarının hepsi mecburen "Will Everard"a çıkıyor ve orada "Will Everard'ın başka bir gemi tarafından kurtarılmasını sağlayan faydalı hizmette bulunuyorlar. Sonuç olarak gemi kurtuluyor ve diğer gemiyle birlikte" Jacques Henri" yararına 3/4'ü uğradığı zarara ilişkin bir ücret takdir ediliyor. Ancak batan geminin değeri, kurtarılan gemiden yüksektir.

Bu durumda, ücretin tesbitinden önce Jacques Henri'nin uğradığı zararı tekmilen tazmin etmiş olan sigortacıya alınan ücretten acaba hangi ölçüde bir iade yapılmak gerekeceği farklı uygulamalara yol açmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Nitekim davaya bakan mahkeme, bu karar altına not yazan Pierre Lureau ve nihayet Üst Mahkeme, sigortacıya geri verilecek miktarı ayrı tutanlar olarak tesbit etmişlerdir. Aşağıda bu değişik çözüm yollarını rakamlar farazî şekilde alınmak üzere-sırasiyle sunulmaktadır.

Batan gemi yararına hükmedilen ücret 600 000 000 veya aynı geminin sigorta bedeli 800 000 000 olsun.

Birinci, çözüme göre bu durumda sigortacıya ücret üzerinden iade edilecek miktar, sigorta değeri ile sigorta bedeli oranının tahsil olunan ücret tutarıyla çarpılması ile bulunur: 8/10x600 000 000 = 480 000 000

(Sigortacıya geri verilecek miktar).

Önerilen bir ikinci çözüm yolu şudur: Sigortalı, sigortacıdan 800 000 000, gemiden 600 000 000 olmak üzere toplam olarak 1 400 000 000 tahsil etmiştir. O halde sigortacıya geri vermesi gereken miktar, 1 400 000 000 - 1 000 000 000 (zarar) = 400 000 000 şeklindeki zararını aşan kısımdır.

Üçüncü çözüm yolu olarak önerilen bir başka uygulama da şöyledir: Mahkeme kararında ücret tutarı içinde geminin ziyanının 3/4 oranında yer aldığı açıklanmaktadır. O halde 600 000 000 tutarındaki ücretin 450 000 000 tutarındaki kısmı geminin ziyaı için verilmiştir. Bu miktarı ortada eksik sigorta yokmuş gibi doğrudan doğruya sigorta değerinden indirmek ve ondan sonra geri kalana eksik sigorta oranını uygulamak gerekir. Hesaplamaya şöyle başlanmalıdır: 1 000 000 000 - 450 000 000 = 550 000 000. Bu sigortacının sigorta bedeli sigorta değerine eşit olsaydı borçlu bulunmuş olacağı meblağı gösterir. Sigorta eksik olduğuna göre, eksik sigorta oranı bu miktara uygulanırsa sigortacının gerçek borcu ortaya çıkar: 8/10 x 550 000 000 = 440 000 000. Sigortacı 800 000 000 ödemiştir. O halde sigortacının alacağı 800 000 000 - 440 000 000 = 360 000 000 dur (15).

Fikrimce, doğru olan sonuncu tarz uygulamadır. Çünkü bu şekilde ücret üzerinde kurtarıcıların hizmet payları da dikkate alınmakta vekendilerine bırakılmaktadır. Sigortacının borcu ise yerinde olarak zararın ücret yolu ile tazmin olunmayan kısmı şeklinde hesaplanmıştır.

15. DMF 1957, sh. 293 ve DMF 1968, sh. 90

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

IV. Müşterek Avarya Dispeçinin Sigorta Poliçesine Uygulanması

Bir geminin müşterek avarya nedeni ile alınan müşterek selâmet önlemi sonucu uğradığı ve alacaklı masaya kaydolunan zararının tutarı, dispekçe 600 000 000 olarak takdir edilmiştir. Geminin garameye katılma değeri yükün katılma değerinin bir katıdır. Bu nedenle donatan, yükle ilgiliden 600 000 000 tutarındaki zararın ancak üçte biri olan 200 000 000'u almıştır. Ancak gemisini dispeçin yapıldığı limanda değil, bir başka limanda tamir ettirmiştir. Bu yeni limanda amir için ödediği masraf tutarı 600 000 000 değil 450 000 000 dur. Bu durum karşısında donatan, acaba sigortacıdan ne miktarda tazminat istiyebilir? Akla gelen çözüm yolları şöyle sıralanabilir.

1. Dispeçte gösterilen rakama itibar olunur. Bu nedenle, müşterek avarya fedakârlığı olarak belirtilen 600 000 000 dan yükten garame payı olarak tahsil edilmiş 200 000 000 çıkartılacak ve geriye kalan 400 000 000 donatanın tazmin olunacak müşterek avarya zararını teşkil edecektir. O bakımdan donatanın sigortacıdan 400 000 000 istemesi doğaldır.

2. İkinci bir çözüm yolu şudur: Gerçeğe bakılmak gerekir. Müşterek avarya zararı gerçekte 600 000 000 değil, 450 000 000 dur. Geminin garameye katılımı 2/3 oranında olacağına göre 450 000 000 un 2/3 ünün teşkil eden 300 000 000 sigortacının bu sebeple ödemesi gereken tazminat tutarıdır.

3. Üçüncü çözüm yolu nisbeten değişik olarak şöyledir: Gerçek zarar dikkate alınmalıdır. Burada 450 000 000 gerçek müşterek avarya masrafını teşkil etmektedir. Buna karşılık geminin müşterek avarya nedeni ile uğradığı kayıp-ki sigortacı sadece bunu tazmin edecektir-donatan hamule ilgisinden 200 000 000 tahsil ettiğine göre ancak 250 000 000 olabilir.

Fikrimce, konuya şöyle yaklaşmak gerekir: Sigortacı ancak zarardan sorumludur. Ve bu sorumluluğa sigorta bedeli avans teşkil eder. Nitekim bu anlamda olarak TTK 1399/1 de şöyle denilmiştir: "Sigortacı zarardan ancak sigorta bedeli tutarınca sorumludur." İncelenen olayda tamir bedeli, dispeçte varma limanı fiyatları dikkate alınarak tesbit edilmiş, fakat dispeç kesinleştiği sırada tamir henüz yapılmamıştır. İlke, yalnız makul değil aynı zamanda gerçek zararın ödenmesi bulunacağına

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

göre sonuç olarak üçüncü çözüm yolunun benimsenmesi gerekir. Bununla beraber geminin tamir masrafının dispeçin düzenlendiği liman dışındaki başka bir limanda sarfı durumunda bu masrafın ikinci limanda daha yüksek olması hipotezinde bu defa sigortacı yine sigortalının uğradığı gerçek zararı mı ödeyecektir? TTK, 1394/1 buna engeldir. Çünkü bu hükümde sigortalının "dispeçte... zarar için takdir edilmiş olan paradan fazlasını sigortacıdan istemek hakkını haiz olmıyacağı" açıklanmıştır (16).

16. Müşterek avarya dispeçi sonuçlarının sigorta poliçesine uygulanması konusunda bk. TEKİL, F.: Hukukunda Müşterek Avarya, İstanbul 1966, s. 287-367.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

EKONOMİK ANAYASA

Prof. Dr. Vural Fuat SAVAŞ*

GİRİŞ

Çağımız demokrasilerinde bazı özellikler ülkeden ülkeye derece farkı gösterse de, devamlı özellikler halini almaya başlamıştır. Örneğin demokratik Batı ülkelerinde devlet harcamalarının milli gelirdeki payı %30'ları aşmıştır. Devlet "karşı konulmaz" bir büyüme eğilimi içindedir. Öte yandan devlet bütçeleri, "bütçe" kavramıyla bağdaşmayacak şekilde "devamlı" ve "gittikçe büyüyen" açıklar vermektedir. Bu nedenle çağdaş demokrasilerin bir adı da "açık bütçeli demokrasiler" olmuştur. Açık bütçeler, beraberlerinde, kendileri gibi "devamlı" ve "gittikçe büyüyen" devlet borçları ile emisyon artışını getirmektedir. Böyle bir mali ve parasal politika ise, hemen daima enflasyonist baskılar yaratmaktadır.

Çağdaş demokrasilerin bu gözle görünen ve sayısal olarak tesbiti mümkün özellikleri yanında, gözle görülmeyen fakat her dakika varlıkları hissedilen başka özellikleri de vardır. Bunların başına devletin, ekonomik yaşama yaptığı "sık" ve "takdiri" müdahaleler gelir. Önceden kestirilemeyen bu tür müdahaleler, ekonominin yönlendirilmesinde esas unsur olan piyasa güçlerinin yerini almakta ve ekonomiyi geniş ölçüde politize etmektedir. Günlük politikalarla yönlendirilen ekonomilerde ise "belirsizlik" ve "risk" artmakta, vatandaşların üretici olarak ve tüketici olarak karar vermesi güçleşmektedir. Kararların gerektiği biçimde alınmaması ise fertlerin ekonomik yönden özgürlüklerinin sınırlanması hatta kaybedilmesi anlamına gelir.

Çağdaş demokrasilerin üç temel aktörü vardır. Bunlar "seçmenler", "politikacılar" ve "bürokratlar"dır. Demokratik rejimin bu vazgeçilmez üç aktörü çok karmaşık bir ilişkiler yumağı içinde birbirine bağlanmıştır. Seçmen, sınırlı gelirinden elde edeceği tatmin düzeyini, teknik deyimle "fayda"yı veya "refah"ı maksimize etmek isterken, politikacı en çok oyu alıp siyasal iktidarı eline geçirmek ister. Bürokrat ise bütçe ve personel imkanlarını devamlı şekilde genişletmek ve bu yoldan, verdiği hizmetin miktarını ve kalitesini arttırmak arzusundadır.

* Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ekonomik çıkarlarını korumak ve arttırmak isteyen seçmen, bunun ancak politikacının alacağı kararlarla gerçekleşeceğini bilir. Buna karşılık politikacı, seçimi kazanıp siyasal iktidarı ele geçirmenin ancak, daha çok seçmenin oyunu almakla mümkün olacağının bilinci içindedir. Bu durumda "kişisel çıkar-oy alış verişi" kendiliğinde gündeme gelir. Seçmen kendi çıkarına hizmet edecek olana oy vermeyi, politikacı da oy kazanabilmek için seçmenlerin çıkarına uygun davranmayı ve "ver oyunu, al istediğini" ilkesini uygulamayı tercih eder.

İşte demokrasilerin yukarıda belirtilen kalıcı özellikleri bu ilişkiden kaynaklanır. Bu ilişki nedeniyledir ki devletin ulusal ekonomideki yeri ve önemi her gün biraz daha artmış ve bu gün devlet, ünlü filozof Thomas Hobbes'un üç yüzyıl önce sözünü ettiği deniz canavarı "Leviathan" gibi kontrol edilemez bir büyüklük ve etkinlik kazanmıştır. (Savaş, 1989'a s.3).

Yirmi birinci yüz yıla girerken, çağdaş demokrasilerin gündemindeki temel sorun, vatandaşın, siyasal hal ve özgürlükler açısından olduğu kadar, ekonomik hak ve özgürlükler yönünden de devlete karşı korunmasıdır. Ferdin "kişilik ve mülkiyet hakları" devletten önce gelir. Devlet, bu hakların "kaynağı" değil, bu hakların kullanılış biçimi ile ilgili "toplumsal tercih"i yansıtan bir "kurumsal" ve "kuramsal" varlıktır. Kutsal olan devlet değil, vatandaştır.

Anayasanın Gerekliliği

Demokrasinin, insan aklının düşünebildiği en iyi rejim olduğu ne kadar doğruysa, demokrasinin "vazgeçilmez bir rejim" olduğu da o kadar doğrudur. Çağdaş demokrasilerin, kişinin ekonomik hak ve özgürlüklerini kısıtlayan bir takım özelliklerinden söz etmek, demokrasiden vazgeçmek için değil aksine; onu bu özelliklerden kurtarıp sağlıklı ve devamlı kılmak istek ve iradesinin işaretidir. Demokrasinin vaz geçilmez üstünlüklerini korumak ve yozlaşan yönlerini ıslah etmek için, yapılması gereken, "oyunun kuralları"nı gözden geçirmek ve yeniden düzenlemektir. Demokrasilerde oyun kurallarını, yani seçmen, politikacı ve bürokrat arasındaki ilişkileri belirlemenin en etkin aracı "anayasa"dır.

Anayasa, fertlerin içinde yaşadıkları ve birbirlerini etkiledikleri "kurallar" ve "kurumlar" ortamıdır. Bir benzetme yaparsak, anayasa,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

her hangi bir oyunun kurallarına benzetilebilir. Bir oyunun kuralları oyunun nasıl oynanacağını, ne tip davranışlarda bulunulabileceğini, amacın ne olduğunu ve oyunun ne zaman kazanılıp kaybedileceğini belirler. Bir oyuncunun bu kurallar içinde nasıl bir oyun tarzı izleyeceğine karar vermesi ile; bu kuralları başka kurallarla değiştirmek istemek birbirinden çok farklı davranış biçimleridir.

Bu benzetmenin açıkça ortaya koyduğu gibi, mevcut anayasa kuralları içinde kalmak koşuluyla, değişik davranış biçimlerinin neler olabileceğini araştırmak başka şey, mevcut anayasa kurallarını yeni kurallarla değiştirmeye kalkmak tamamen başka bir şeydir. Anayasa kurallarını belirlemek vatandaşın, yukarıdaki deyimle seçmenin, yetkisindedir. Politikacı ve bürokrat ise, seçmen tarafından belirlenen kurallar içinde kalmak ve bu kurallara uygun "davranış biçimleri" arasında tercih yapmak durumundadır.

Anayasa kurallarının seçimi söz konusu olduğu zaman fertler, seçimlerini alternatif kuralların, sayısız ve önceden kestirilmesi mümkün olmayan muhtemel etkilerine göre yaparlar. Ayrıca böyle bir tercih belirsiz bir zaman boyutu için yapılır. Daha açık bir deyişle, bir anayasal kuralı tercih ederken fert, bu kuralın hem yürürlükte kalacağı süre ve hem de bu süre içinde kendi durumunun ne olacağı ve nasıl değişeceği konusunda belirsizlik içindedir. Yeni anayasal tercih; kişisel durumun bilinmesi ve belirlenmesi yönünden bir -"bilinmezlik perdesi" arkasında yapılır. (Buchanan-Tullock, 1967). Böyle bir yöntemin amacı, anayasal kuralları koyanların, bu kuralları mevcut ve/veya gelecekte olması muhtemel kişisel çıkarlarına hizmet edecek şekilde düzenlemelerini önlemektir. Bunun içindir ki anayasa hazırlama görevi "Kurucu Meclis" adını taşıyan ve sadece anayasanın hazırlanmasıyla görevlendirilen organlara verilir. Anayasanın böyle bir bilinmezlik ortamında yapılmasına karşılık, belli bir anayasal kural karşısında seçilecek davranış biçimi ise doğrudan doğruya ferdin kendi statüsü ile ilgili bilgi ve tahminine dayanacak, bilinmezlik önemli ölçüde ortadan kalkacaktır.

Anayasanın tanımını ve "anayasal tercih" ile "anayasa sonrası tercih" arasındaki temel farkı belirledikten sonra, şimdi de neden bir anayasa gereklidir? sorusu üzerine kısaca duralım.

Toplumsal yaşam için anayasanın gerekli olduğu yolundaki düşüncenin çıkış noktasını Hobbes'un önerisinde buluyoruz. Hobbes'a göre te-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mel mülkiyet haklarının (yaşama hakkı dahil) ve bu hakların kişiler arasında değiştirilmesini sağlayan kuralların bir "toplumsal yaptırımı" olmadığı sürece insan yaşamı "tiksindirici, kaba ve kısa" olacaktır. Hobbes, böyle bir anarşik kaosun alternatifi olarak, siyasal gücün hükümete veya bir başka otorite kurumuna verilmesini önermiştir. Bu öneriye göre toplumsal düzeni korumanın temel yöntemi "zor kullanma gücünün tekelleştirilmesi" ve bunun devlete verilmesi olacaktır.

"Virginia Okulu" diye adlandırılan bir düşünce sistemi, Hobbes'un bu görüşü ile J.J. Rousseau'dan kaynaklanan "toplumsal sözleşme" geleneğini telif etmiştir. Bu görüşe göre; vatandaşların "anarşi" yerine "düzen"i tercih etmeleri halinde, devletin ortaya çıkmasını, vatandaşların devleti gönüllü olarak benimsemelerinin bir sonucu olarak görmek gerekir. Bir başak deyişle devlet, "fertler istediği" için ve "fertlerin verdiği" görevleri, "fertler adına" yapmak için vardır. Devletin toplumsal uzlaşma ile belirlenen görevler ve yetkiler dışında herhangi bir görev ve yetkisi yoktur. Devletin vardığı, bu şekilde vatandaşların gönüllü tanımalarına bağlı olunca, devletin niteliğini sorgulamak ta mümkün olur. özellikle, vatandaşlar devletin zor kullanma gücünü hiç bir sınırlama olmaksızın kullanmasına müsaade edecekler midir? Veya aksine devletin davranışlarına sınırlamalar koymak mı isteyeceklerdir? Soruları gündeme gelir.

Geleneksel iktisat politikası ve özellikle vergi teorisi "hayırhah devlet" (baba devlet) varsayımına bağlılığını sürdürmektedir. Buna göre, devlet toplumsal tercihlere uygun davrandığı sürece, siyasal iktidarın kullanılmasına anayasal sınırlamalar getirilmesine gerek yoktur. Çünkü bu tür sınırlar,devletin "arzu edilen" faaliyetlerini engelleyecektir. Devletin anayasal sınırlarla sınırlanmasını savunan görüş ise, devlete verilen her hangi bir yetkinin, bazı alanlarda ve bazan; vatandaşlar tarafından belirlenen anayasal tercihlere uygun olarak kullanılmayacağı tahminine dayanır. Modern "Toplumsal Tercih Teorisi" (Theory of Public Choice)nde vurgulandığı gibi, "yönetenler" olarak görev yapan temsilcilerin, vatandaşlardan farklı bir yanları yoktur. Vatandaşlar, hangi etkenlerden etkileniyor ve davranışlarını neye göre belirliyorlarsa, "yöneticiler"de aynı etkenlerden etkilenecek ve davranışlarını bu etkenlere göre belirleyeceklerdir. "Metodolojik Ferdiyetçilik" (Methodological Individualism) adı verilen bu yaklaşıma göre; fertler toplumsal mevki ve görevleri ne olursa olsun, "kişisel çıkarlarını gözeten", "hesaplayan" ve "seçen" varlıklardır. Dolayısıyla tercihleri "kişisel tercihler" ve "toplumsal tercih-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ler" diye ayırmak doğru olmayıp, sadece "kişisel tercihler"den sözetmek doğru olur. (Brennan-Buchanan, 1980, s.)

Kuşkusuz bu yaklaşım, devlet adına karar veren kişilerin "başkalarını düşünen" (alturistic) davranışlarda da bulunabilecekleri olasılığını göz ardı etmeyi gerektirmez. Sadece, böyle bir davranışı normatif analizin temeli olarak kabul etmemek yeterlidir. Böyle yapıldığı zaman, "baba devlet" yaklaşımını yok etmek ve devlet üzerinde anayasal sınırlamaların gerekli olduğunu kabul etmek mümkün olur.

Anayasal Sınırlama Araçları

Siyasi iktidar üzerinde anayasal sınırlamaların gereği kabul edilince, tartışılması gereken konu, bu sınırlamaların ne tür sınırlamalar veya ne gibi anayasal kurallar olacağı sorusudur: Vatandaş ne tür araçlarla, siyasal iktidarın kullanılmasını; arzu ettiği alanlarda ve arzu ettiği ölçüde sınırlayabilir?

İktisatçıların büyük bir kısmı, yaşadığımız yüz yılın yaygın bir inancını benimseyerek "demokratik seçim yöntemleri"nin; devlet faaliyetini kabul edilebilir sınırlar içinde tutmaya yeterli olacağını öne sürmüşlerdir. Böyle düşünenlere göre alternatif seçim sistemleri arasında tercih yapmak, vatandaşların anayasa ile ilgili en önemli araştırma konusunu oluşturmalıdır. Toplum tercihlerini yansıtacak ideal bir seçim sistemi bulunduğunda, hiç bir sorun kalmayacaktır. Bu görüşün eksik, hatta yanlış bir görüş olduğunu, demokratik ülkelerin yukarıda değinilen kalıcı özellikleri yaratmış olması kanıtlamaktadır. Çağımızın ünlü düşünürü Hayek bu düşünceyi "trajik yanılgı" diye nitelendirmektedir: (Hayek, 1973, s.5):

"... Demokratik yöntemlerin benimsenmesi ile, siyasal iktidar üzerinde başka sınırlamalara gerek kalmadığının sanılması, asrımızın trajik bir hatasıdır. Demokratik yöntemlerin kullanılması... siyasal iktidarın denetlenmesinde kullanılan geleneksel sınırlamalara artık ihtiyaç kalmadığı inancını da yaygınlaştırmıştır. Halbuki belli çevrelerin yararına olan faaliyet programlarını destekleyecek çoğunluk gruplarını oluşturmak zorunluğu, yeni bir keyfilik ve tarafsızlık kaynağı olmuş ve çoğunluğun ahlaki prensipleriyle bağdaşmayan sonuçlar yaratmıştır... Parlamento çoğunluğu, çoğunluk olarak kalabilmek için çeşitli çıkar çevrelerinin desteğini satın almak ve bunun için de ne istiyorlarsa yapmak

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zorundadır."

Hayek'in bu sözleri, çağdaş demokrasilerin seçmenle politikacı arasındaki "oy verme-çıkar sağlama" pazarlığını gözler önüne sermekte ve demokrasilere "çıkar grupları demokrasisi" adını vermenin haklılığına işaret etmektedir. Vatandaşların gittikçe dozunu arttıran bu pazarlığın farkına varması, demokrasiye olan inancı köklü biçimde sarsmıştır. Yine Hayek'in çarpıcı sözlerini dinleyelim (Hayek, a.e., s.10):

"Bu pazarlık ortamından doğan hayali 'çoğunluk iradesi' kavramı yalnız desteklevicilerine ve diğer vatandaşlar aleyhine çıkar sağlayan bir anlaşmadan başka bir şey değildir. Politikanın bu şekilde bir seri pazarlıktan oluştuğunun farkına varılması siyasetin itibarını azaltan en önemli etkendir".

Bu sözlerin de ortaya koyduğu gibi sadece seçim sistemlerini geliştirmek yoluyla siyasal iktidarın sınırlandırılabileceğine inanmak yanılgı olur. Nitekim pek çok anayasada, bu gün, devletin faaliyetini sınırlayan kurallar vardır. Bu tür kurallar devletin neleri yapıp neleri yapamayacağını gösterir. Bu kuralların bir kısmı devlet gelirlerinin, devlet görevlileri tarafından kötüye kullanılmasını, hatta çalınmasını önleyecek sınırlamaları içerir. Politikacıların devlet gelirlerini kendi ceplerine aktarma olasılığı, ayrıntılı muhasebe sistemlerinin ve harcama ilkelerinin anayasal kurallarla belirlenmesini zorunlu kılmıştır. Bundan daha önemlisi devletin meşru ve olağan faaliyeti ile ilgili sınırlamalar da getirilmiştir. Örneğin, devlet tarafından temin edilecek hizmetlerin hangileri olacağı ve hangi konuların kanunla düzenleneceği gibi sınırlamalar bu türdendir. Bazı hallerde devletin yapısı ile ilgili sınırlamalar da getirilmiştir. "Merkezi idare–yerel yönetimler" ayrımı, veya belli kuruluşların "hiyerarşik yapısı" gibi konularda bu tür sınırlamalar görülebilir. Bu örneklerin de gösterdiği gibi anayasalarda seçim sistemi ile ilgili kurallar yanında, seçim sistemi dışındaki alanları düzenleyen kurallar da vardır ve bu iki gruptan birini diğerine üstün tutmanın belli bir dayanağı yoktur.

Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi

Siyasi iktidarın sınırlanması söz konusu olduğu zaman hemen gündeme getirilen bir karşı tez vardır. "Parlamentonun üstünlüğü ilkesi" adı verilen bu teze göre; parlamento halkın temsilcisidir ve "halk egemenliği"ni "halk adını" parlamento kullanır. Bu görüş, ilke itibariyle

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

doğru olmakla beraber, uygulamada rastlandığı gibi, "parlamentoda çoğunluğu sağlayanların istedikleri her yasayı çıkarabilecekleri", görüşüne dönüştüğü zaman bütün vatandaşların hem siyasal ve hem de ekonomik hak ve özgürlükleri yönünden vahim bir potansiyel tehtide dönüşür.

Siyasi iktidarın; hem parlamento ve hem de hükümet anlamında, dilediğini yapabilme gücüne sahip olduğu ve böyle bir güce sahip olduğunun sanılması yaygın bir görüştür. Toplum, bir şeyin doğruluğuna bir defa inandırıldı, o şekilde kosullandırıldı mı, o şeyin gerçekten doğru olup olmadığını araştırmak gereğini duymaz. Parlamentonun üstünlüğü ilkesinde de böyle olmuştur. Parlamentonun üstünlüğü ilkesi, tarihsel gelişim içinde, padişah, sultan, kral, imparator ve benzeri monarklara karşı parlamentoların "halkın temsilcisi" olarak oraya çıkmasından kaynaklanmıştır. "Üstünlük" iddiası monarka karşıdır ve monarkın yetkilerini sınırlamak amacıyla savunulmuştur. İngiltere parlamentosunun 1768 yılında, mutlak egemenlik sahibi olduğunun ilan edilmesiyle, bu ilke demokratik ülkelere "parlamentonun üstünlüğü" ilkesi olarak yayılmıştır.

Parlamentonun üstünlüğü ilkesi, İngiltere'deki geleneğe uygun olarak, birbirine bağlı olduğu sanılan iki anlam taşır. Bunlardan birincisi parlamentonun "en yüksek" organ olduğu, ikincisi de "sınırsız" bir otoriteye sahip olduğu anlamlarıdır. Parlamentonun en yüksek organ olması, yargı da dahil olmak üzere devletin diğer kurumlarının çalışma ilkelerini ve amaçlarını belirleyen yasaları yapma gücüne sahip olmasının doğal bir sonucudur. Ancak parlamentonun en yüksek organ olması; onun dilediği alanı, dilediği gibi düzenleyebilecek sınırsız bir otoriteye sahip olduğu, anlamına asla gelmez. (Savaş, 1989a, s.33). Parlamento, halk adına yasama yetkisine sahip olduğuna göre, sahip olduğu bu yetkiyi, halkın kendisine gösterdiği alanlarda ve ölçüde kullanmak durumundadır. Bu sınırları belirleyen kaynak ise "anayasa" ve "evrensel hukuk kuralları"dır. Bu nedenle başta parlamento olmak üzere, devletin bütün kurumlarını anayasa ve evrensel hukuk kuralları ile sınırlamak gerekir. Kendini anayasa ve evrensel hukuk kuralları ile bağlı saymayan bir parlamento, ne kadar büyük bir çoğunluğa dayanırsa dayansın "demokratik" sayılmaz. Hayek'in belirttiği gibi (Hayek, 1979, s.5):

"Demokratik kurumların hukukun üstünlüğü ilkesi ile sınırlanması yoluna gidilmezse, bu kurumlar sadece "totaliter demokrasi"ye yol açmakla kalmaz, zamanla 'plebisitçi diktatörlüğe' dönüşür."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu açıklamalar parlamento da dahil, bütün demokratik kurumların "hukukun üstünlüğü" ilkesine tabi olması gerektiğini, bu amaçla da bir "toplumsal sözleşme" niteliği taşıyan "anayasa" ile sınırlandırılmalarının kaçınılmaz olduğunu gösterir.

Ekonomik Anayasa

Çağdaş demokrasilerin yaygınlaşan "istenmeyen özelliklerini ve siyasi iktidarın, parlamento da dahil, anayasal kurallarla sınırlamanın gereğini belirttikten sonra, bu genel açıklamaları "ekonomik anayasa" kapsamında daraltmak ve somutlaştırmak kolay olacaktır.

Çağdaş demokrasilerde siyasal iktidar; parlamento, hukumet ve bürokrasi anlamında; kendisine "halk adına" ve "halk için" kullanılması şartı ile verilen üç "tekel"e sahiptir. Sadece devletin kullanabildiği bu üç tekel; "kanun çıkarma ve zor kullanma tekeli", "vergi toplama tekeli" ve "para basma" tekelidir. Siyasal iktidarı elinde tutan kişilerin, bu iktidarı kullanırken, tıpkı yaşamlarının diğer yönlerinde yaptıkları gibi, kişisel çıkarlarını ön planda tutacaklarını varsaymanın doğru olacağını en azından, böyle varsaymanın tahmin gücümüzü arttıracağını yukarıda belirttik. Bu üç tekel yetkisi yönünden bir defa daha tekrarlarsak, siyasal iktidar sahipleri yani iktidar partisine mensup "seçilmişler", bu yetkileri gelecek seçimleri için kazanmak için; bürokratlar, yani "atanmışlar" da kadro ve bütçe olanaklarını artırmak için kullanacaklardır. Sonuçta da, yazımızın başında belirttiğimiz gibi devlet harcamaları artacak, bütçe açıkları büyüyecek, devlet borçları kabaracak ve para basımı hızlanacaktır. Bu olumsuz gidişi durdurmak ancak bir "ekonomik anayasa" yapmak ve siyasi iktidarın ekonomik yaşama müdahalesini kontrol altında tutmak ile mümkün olur.

B u amaçla hazırlanması gereken Ekonomik Anayasanın temel konuları şunlardır:

I. Ekonomik Hak ve Ekonomik Özgürlük Tanımı

I. Ekonomik Hak ve özgürlüklerin tanımı; bu hak ve özgürlüklerin tarihsel gelişimi içinde birbirine karışmış ve nedense terminoloji konusunda çok titiz olan hukukçular bu karışıklığı gidermek gayretini göstermemişlerdir. Oysa ki "ekonomik özgürlükler" ve "ekonomik haklar" bir-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

birlerinden çok ayrı kavramlar olduğu gibi, anayasal yönden çok değişik sonuçlar yaratır. (Savaş, 1989-b. s. 174-201; Savaş, 1990, s.8-11).

Ekonomik özgürlükler, siyasal iktidarın negatif edimini, yani bu alanlara hiç karışmamasını gerektirir. Bu açıdan bakıldığında ekonomik özgürlükler ile siyasal özgürlükler arasında hiç bir fark yoktur. Her ikisi de ferdin, insan olma niteliğinden doğan, vazgeçilmez, devredilmez ve hiç bir nedenle özüne dokunulmaz özgürlüklerdir. Ekonomik haklar ise "ferdi toplumdan alacaklı kılan" ve devlete pozitif edimlerde bulunma zorunluğu getiren haklardır. Ekonomi terminolojisi ile söylersek, ekonomik haklar devletin, çeşitli yöntemlerle gelir dağılımına müdahale etmesini, onu belli kişiler lehine (dolayısıyla belli kişiler aleyhine) değiştirmesini gerektirir. Ekonomik özgürlükler "evrensel" olduğu halde, ekonomik haklar toplumun, sosyal, kültürel, ideolojik ve ekonomik yapısından kaynaklanır. Anayasalarda sıkça kullanılan "sosyal devlet" veya "refah devleti" gibi kavramların içeriğini ekonomik hakların sayısı ve kapsamı belirler. Devlet almadan veremez. Bu nedenle toplumun bazı kesimlerine ekonomik haklar yoluyla bir "gelir transferi" yapılacak ise, bu ancak bazı kesimlerden ek vergiler toplamakla mümkün olacaktır. Bu nedenle ne gibi ekonomi haklar anayasada yer alacak ise bunun mutlaka toplumsal uzlaşma ile belirlenmesi gerekir. Bu konuda toplumsal uzlaşmayı sağlamak için çeşitli yöntemler düşünülebilir. Bunlardan birincisi, yeni bir ekonomik hakkın verilmesini, iktidar partisinin (veya partilerinin) seçim bildirgelerinde bu hakkı vaad etmiş olmaları şartına bağlamak olabilir. Bir başka yöntem olarak, parlamentoda yeni bir hak getiren yasanın 3/4 4/5 vb. "kaliteli oy çokluğu" ile kabulü şart koşulabilir. Bir başka yöntem de yeni bir hak içeren yasanın kabulünden sonra "halkoyu"na sunulmasıdır. Ayrıca bir "hak" ki öngören yasanın, bu hakkın finansmanının nasıl yapılacağını göstermesi de şart koşulabilir. Bu yönemler

, tek tek veya değişik bileşimlerle anayasada yer alabilir.

2. Vergileme Yetkisinin Sınırlanması

Çağdaş demokrasilerde devletin, "karşı konulmaz" bir büyüme içinde olduğu belirtilirken, bir noktanın daha belirtilmesi gerekir. O da "devlet harcamaları" ile "devlet gelirleri" arasındaki "ilgisizlik"tir. Bir bireyin harcamalarının artması, normal koşullarda, ancak gelirinin artması ile mümkündür. Çağdaş demokrasilerde, ise gelir ile harcama arasındaki bu normal ilişki ortadan kalkmıştır. Çünkü gelecek seçimleri ka-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zanmayı amaçlayan politikacı, devlet harcamalarını arttırınca "oy kazanacağını", vergileri arttırdığı zaman ise "oy kaybedeceğini" öğrenmiş ve bu nedenle "vergileri arttırmadan harcamaları arttırmak" yöntemini keşfetmiştir. Bu yöntemin de borçlanmayı ve emisyon artışını hızlandıracağı açıktır. Bu yönteme literatürde "iyi politika-kötü iktisat" adı verilir. Hem kısa ve hem de uzun dönemde ekonomik istikrarı önemli ölçüde olumsuz şekilde etkileyen bu durumun önüne geçmek için çeşitli kurallardan oluşacak bir "mali anayasa" hazırlanmalıdır.

Mali anayasanın birinci kuralı "vergi ile ilgili bütün düzenlemelerin yasa ile yapılması"nı öngören kuraldır. Vergileme, bir devletin temel yetkilerinden biridir ve bu yetkinin kullanımı halk adına parlamentoya verilmiştir. Bu konuda "yekilin vekili olmaz" kuralı gereği, tek yetkili ve görevli parlamento olmalı, "kanun hükmünde kararname" yoluyla vergi alanında hiç bir düzenleme yapılmamalıdır.

Vergilerin hangi "konular"dan ve ne "oranda" alınacağı da ya anayasa ile belirlenmeli (*) veya bu konuda çıkacak yasaların "kaliteli çoğunluk" ile kabulü şart koşulmalıdır.

Vergi oranları ile ilgili bir tartışma, gelir vergilerinin "artan oranlı" veya "sabit oranlı" olup olmayacağı ile ilgilidir. Hayek ve bazı düşünürler, "Bütün kurallar veya kanunlar genel olmalıdır ve bütün vatandaşlar onların etkisine aynı derecede maruz kalmalıdır." Şeklinde belirlenen "yasalar karşısında eşitlik ilkesi" uyarınca vergilerin sabit oranlı olması gerektiğinde ısrar etmektedirler. (Hayek, 1960)

Devlet bütçesinin; vergi gelirleri'nin harcamalara eşitliği anlamında "denk" olabilmesini sağlamak için de bazı önlemler düşünülebilir. Bunların bir kısmı önce gelir bütçesinin sonra gider bütçesinin kabulünü şart koşmak, her yeni harcama teklifinin finansman kaynağı ile birlikte parlamentoya getirilmesini istemek gibi Bütçe yasasının görüşülme ve kabulüne ilişkin yöntemlerdir. Diğer bir kısmı da bütçenin, belli bir yüzde ile borçlanmaya, belli bir yüzde ile Merkez Bankası kaynaklarına (yani emisyona) başvurmasına izin veren sınırlamalardan oluşabilir.

---

* Kaliforniya anayasasında (proposition 13) diye adlandırılan bir değişiklik ile gayri menkul vergisinin, gayri menkulün cari piyasa değerinin %1'ini aşamayacağı bir anayasa kuralı haline getirilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Mali anayasanın bir başka önemli konusu literatürde "anayasal asimetri" diye adlandırılan durumdur. Anayasalarda vergiler ile ilgili düzenlemeler yer aldığı halde, harcamalar ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Oysa ki devlet harcamalarının eğitim, sağlık, savunma, alt yapı yatırımları vb alanlar arasında dağıtımı hem "toplumsal öncelikler" yönünden ve hem de "kamu sektörü-özel sektör ilişkileri" yönünden büyük önem taşır. Harcamaların sektörler arasında dağılımı, hiç kuşku yok ki, ekonominin o günkü koşullarına bağlı olarak değişecektir. Ancak siyasal iktidarın takdiri biçimde köklü değişiklikler yapmasına da imkan verilmemelidir. Bu nedenle harcamaların sektörel dağılımı ile ilgili değişiklik yapma yetkisinin, bu değişikliklerin iktidar partisinin (veya partilerinin) seçim bildirgesinde yer alması; harcama azaltma ve yükseltmelerinin alt ve üst sınırlarının belirlenmesi gibi, yöntemlerle sınırlanması yoluna gidilmelidir.

Mali anayasanın bir başka önemli konusu, merkezi idare ile yerel yönetimler arasındaki gelir ve harcama dağılımının belirlenmesidir. Literatürde "mali federalizm" adı altında incelenen bu konu ile ilgili anayasal düzenlemelerin, ulusun sosyo-ekonomik yapısına göre şekilleneceği kuşkusuzdur. Genel eğitim, savunma ve adalet gibi toplumun tümünü kapsayan harcama alanlarının merkezden yönetilmesi, diğer faaliyetlerin yerel yönetimlere bırakılması düşünülebilir. Hizmet, dolayısıyla harcama alanlarının ayrımı nisbeten kolay olduğu halde vergilerin merkezi ve yerel yönetimler arasında nasıl bölüştürüleceği çetin bir konudur. Bu konu üzerinde henüz genel kurallar koymaya elverişli bir ortak anlayış oluşmamıştır.

Mali anayasa, son yıllarda ortaya çıkan ve "fon" adı verilen uygulamalarla ilgili düzenlemeleri de kapsamak zorundadır. Çünkü fon uygulaması, siyasi iktidarlara çok cazip gelmiş ve hızla yaygınlaşmıştır. Fonlar, sadece devlet gelir ve giderlerinin "bütünlüğünü" ve bu nedenle "kontrol edilebilir olma" niteliğini ortadan kaldırmakla kalmamış, devletin faaliyetlerini de bir ölçüde kamu oyunun izlemesine engel olarak literatürde "yeraltı hükümeti" (underground government) adı verilen bir yönetim biçiminin doğmasına neden olmuştur. Bu nedenle anayasaya, "devletin bütün gelir ve giderleri genel bütçe içinde yer alır ve aynı denetim esaslarına tabidir." şeklinde bir madde konulması yararlı olacaktır.

Mali anayasa ile ilgili olarak değineceğimiz bir diğer konu da "mali asimetri"nin bir başka örneği olacaktır. Anayasalarda "kamulaştırma ve

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

devletleştirme" ile ilgili hükümler yer aldığı halde, "özelleştirme" konusunda her hangi bir düzenleme söz konusu değildir. Özelleştirmenin kapsamı, yöntemi ve hangi kurum aracılığı ile gerçekleştirileceğine ilişkin bir düzenleme anayasada yer almalıdır.

3. Para Basımı Yetkisinin Sınırlanması

Para basımı, paranın yapıldığı madenin de (altın ve gümüş gibi) bir maden değerine sahip olduğu devirlerde, toplum yönünden her hangi bir sorun yaratmamıştır. Maden miktarı artınca, para miktarı da artmış; ortaya çıkan enflasyonist baskılar, sabit döviz kuru sisteminde ihracatı azaltıp, ithalatı arttırmak suretiyle kendiliğinden ortadan kalkmış ve ekonomiler uzun dönemde istikrarlarını korumuştur. Ancak II. Dünya Savaşı'ndan sonra önce dolar aracılığı ile altına bağlanan paralar, bu bağı gereği gibi korumakta güçlük çekip dalgalı döviz kuru sistemine geçerken 1973'de ABD'nin doların altınla ilişkisini kesmesinden sonra altınla bağlarını tümüyle kaybetmişlerdir. Bu gün "devlet parası sistemi" adı verilen bir sistem geçerli olup, parayı ülke içinde geçerli bir mübadele aracı kılan tek güç, arkasındaki devlet gücüdür.

Siyasi iktidar, vergi gelirlerinden fazla harcama yaptığı zaman kısmen borçlanmaya, kısmen de para basımı (emisyon)na yönelmektedir. Eski zaman simyacıları taştan altın yapmayı becerememişlerdir ama günümüz politikacıları kağıdı paraya çevirmenin sırrını keşfetmişlerdir. Para basımının ekonomik anlamı, devletin gelecek dönemlerde elde edeceği vergi gelirlerini şimdiden ve faiz ödemeden toplayıp harcamasıdır. Böyle bir durumun başta enflasyon olmak üzere çeşitli sakıncaları vardır.

Bu sakıncaları önlemek için çeşitli anayasal önlemler önerilmiştir. Bunlardan en çok taraftar bulanı yıllık para arzı artışlarının belli bir oranla sınırlandırılması önerisidir. Bu görüşü Milton Friedman şöyle savunmaktadır. (Friedman-Friedman, 1981, s.296):

"Şimdilik yapılacak en iyi şey parasal otoritelerden para bazı artış hızını sabit bir oranda tutmalarını istemek olacaktır. Anayasada bunu sağlayacak değişikliği kaleme almak çok zor bir iştir. Çünkü yapılan önerinin belli bir kurumsal yapıyla sıkı bir ilişkisi vardır. Bununla birlikte şöyle bir değişiklik önerisi yapılabilir:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kongre, hükümeti faiz yükümlülüğünü taşımayan tahvilleri ya para şeklinde veya kaydi olarak çıkarmaya yetkili kılma gücüne sahiptir. Şu şartla ki mevcut dolar miktarı yılda: % 5'ten çok %3'ten az artmayacaktır."

Friedman, ayrıca, enflasyon dönemlerinde devlet tahvillerinin ihraç değeri üzerinden ödenmesini "mülkiyet hakkının zedelenmesi" olarak görmekte ve bunun önüne geçmek için de anayasaya şöyle bir madde konulmasını önermektedir. (a.e.):

"ABD hükumeti ile yapılan ve dolarla ifade edilen bütün sözleşmeler ve federal yasalarda yer alan dolarla belirlenmiş miktarlar, bir önceki yıl genel fiat seviyesinde ortaya çıkmış değişmeye göre düzenlenir."

Diğer Konular

Yukarıda "mali anayasa" ve "parasal anayasa" ile ilgili önerileri özetledik. Şimdi de bu iki bölüm dışında kalan ve onlar kadar önemli saydığımız bazı konulara değinmek istiyoruz. Bu konuları da "ekonomiye takdiri müdahalelerin önlenmesi" "Ekonomik ve Sosyal konsey" "Çoğunluğun Yanlış kullanımına önlenmesi" ve "Anayasa Yargısı" başlıkları altında özetleyeceğiz.

Ekonomiye Takdiri Müdahalelerin önlenmesi

Çağımızda, bir taraftan "sosyal devlet" veya "refah devleti" adı verilen ve kanımızca tıpkı çağdaş demokrasiler gibi yeniden ele alınıp incelenmesi gereken devlet anlayışı, diğer taraftan da "Keynesyen İktisat" adı verilen ve devletin ekonomiye müdahalesinin, belli konularda, gerekli olduğunu savunan teorinin etkisiyle, devletin ekonomiye müdahalesi herkes tarafından "normal" karşılanır hale gelmiştir. Bu yaygın inancın ne ölçüde doğru olduğunu bir tarafa bırakıp, devlet müdahalesinin bir an için zorunlu olduğunu kabul edelim. Bu taktirde cevaplandırılması gereken soru devletin "ne gibi hallerde" ve "ne gibi araçlarla" ekonomiye müdahale etmesi gerektiğidir.

Bu soruya verilecek cevap ta ayrı bir araştırma konusu oluşturur. Onun için biz burada sadece, 1982 Anayasası'nda yeralan "...özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini" (m.48), ve "...piyasaların... sağlıklı ve düzenli işlemesini sağlayıcı"

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(m.167) gibi belirsiz nitelemelerle devlete müdahale etme olanağı sağlanmasının sakıncalarına işaret etmekle yetineceğiz. Bu maddelerde yer alan "milli ekonominin gerekleri", "sosyal amaçlar", "sağlıklı ve düzenli işlemek" terimleri son derece belirsiz kavramlar olup, siyasi iktidara geniş bir müdahale alanı yaratır. Bunlar yerine "tam istihdam, fiat istikrarı amaçları" ve "tam rekabet koşullarına uygun işlemesini sağlayıcı" gibi ekonomik içeriği belli tanımlar koymak gerekir. Anayasalar, tıpkı diğer yasalar gibi, belirsiz kavramlara ve tanımlara sahip olursa, amacının çok dışında yorum ve uygulamalara neden olabilir.

Ekonomik ve Sosyal Konsey

Demokratik rejimin iki unsurundan biri "görüş ve düşünce ayrılığı" diğeri de "hoş görü ve uzlaşma"dır. Bu unsurların bir arada bulunması, ancak konuların ilgililer arasında enine boyuna tartışılması ile mümkündür. Siyasal iktidarın ekonomik konularda, isabetli kararlar alabilmesi, özel sektörün isteklerini ve ihtiyaçlarını doğru biçimde ve zamanında tesbit edebilmesine bağlıdır. Böyle bir imkan, "Ekonomik ve Sosyal Konsey" adı ile oluşturulacak bir anayasal kuruluşla sağlanabilir. Fransız Anayasası'nda düzenlenmiş bulunan bu istişari nitelikli kuruluşun, diğer anayasalar tarafından benimsenmesinde büyük yararlar vardır. Böyle bir kurum, siyasi iktidarın hem yerinde kararlar almasına ve hem de anayasal sınırlar içinde kalmasına yardımcı olur.

Çoğulculuk ilkesinin yanlış kullanımının önlenmesi

Çağdaş demokrasilerdeki yozlaşmalardan biri de "çoğunluk ilkesi"nin yanlış yorumlanıp yanlış uygulanmasıdır. Yarıdan bir fazla oya sahip çoğunluğun, dilediği her kararı alabileceği düşünülmekte, "ulusal egemenlik" bu çoğunlukla özdeşleştirilmektedir. Böyle bir tutum, herhangi bir karar alma durumunda, çoğunluğu ele geçirenlerin, azınlıkta kalanları dışlamasına neden olmakta toplumsal uzlaşma, istenilen boyutta gerçekleşmemektedir. Bu nedenle başta ekonomik anayasa ile ilgili konular olmak üzere bütün kararların mümkünse "oy birliği" ile, bu mümkün değilse 3/4, 4/5 gibi "kaliteli çoğunluk"la alınmasına özen gösterilmeli, anayasada yer alan karar süreçleri ile ilgili hükümler bu yönde düzenlenmelidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Anayasa Yargısı

Anayasalar ne kadar dikkatli hazırlanırsa hazırlansın siyasi iktidarların zaman zaman bu kurallar dışına çıkma eğiliminde olacağı unutulmamalıdır. Demokratik bir sistem içinde, siyasi iktidarın anayasa sınırları dışına çıkma tehlikesini en etkin biçime önlemek, "anayasa yargısı"nı işletmek ile mümkündür. Bunun için de Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkisi bütün mesleki kuruluşlara tanınmalıdır. Hatta söz konusu olan; kişisel hak ve özgürlüklerin ihlali ise kişiler de Yüce Mahkemeye başvurulabilmelidir.

Son Söz

Öne sürdüğümüz bu görüş ve önerilerin, bir kısmının benimsenmemesi ve bir kısmının da çeşitli duraksamalara neden olması gayet doğaldır. Hiç kuşku duymuyoruz ki bu önerilerden daha fazla işlerliği ve etkinliği olan başka öneriler de bulunabilir. Önemli olan, insan aklının düşünebildiği en iyi rejim olan demokrasiyi, daha düzgün işleyen ve hepimizi özgür kılan bir rejime dönüştürebilmeyi mümkün kılacak anayasal yöntemleri bulabilmektir. Bunun temel koşulu, Buchanan'ın deyimiyle "kendini oluşturan fertlerden akılcı daha üstün olacağı düşünülen organik bir devlet kapsamını red etmek" ve sonra şu soruyu sormaktır: "Kendi değerlerini yaratabilen ve yaratması gereken fertler olarak, özgürlüklerimizi korurken, nasıl barış, refah ve ahenk içinde birlikte yaşayabiliriz?" (Buchanan, 1987)

Bu soruya cevap arama gayreti içinde olan her düşünce, ve öne sürülen her öneri bizim peşinen katıldığımız ve saygı duyduğumuz bir gayret ve öneri olacaktır. Amacımız bu gayreti paylaşmak ve canlı tutmak olmalıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKLAR

H.G. Brennan-J.M. Buchanan, The Power to Tax- Analytical Foundations of a Fiscal Constitution (London: Cambridge University Press 1980).

James M. Buchanan-Gordon Tullock, (1967) The Calculus of Consent-Logical Foundations of Constitutional Democracy (Ann Arbor: The Univesity of Michigan State, 1967).

James M. Buchanan, (1987), 'The Constitution of Economic Policy' ç. American Economic Review June 1987, vol. 77, No.3. Yazarın Nobel Ödül Töreninde yaptığı konuşma metni, Türkçeye çevirisi için bkz: Vural F. Savaş, İktisat Politikası Anayasası, M.Ü.İkt.İd.B.Fakultesi Dergisi, 1988, cilt VI Sayı: 1-2, s. 3-14.

Milton Friedman-R. Friedman (1981), How to Choose (New York: Avon Publishers, 1981)

F.A.Hayek; (1960); The Constitution of Liberty (London: Roudledge Kegan, 1960)

F.A.Hayek; (1973); Law, Legislation and Liberty, Vol. 1-3 (Chicago University of Chicago Press. 1979).

Vural F.Savaş (1989-b): "T.C. anayasalarında Ekonomik Hak ve Özgurlükler Anayasa Yargısı, 6. Ankara 1989

Vural F. Savaş (1989-a); Anayasal İktisat, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1989)

Vural F.Savaş, (1990); "İktidar ve Ekonomi: 1982 Anayasasının Eleştürisi" ç. Maliye Yazıları, Ocak-Şubat 1990, No:22

Vural F.Savaş (1991); "Mali Anayasanın Temel Konuları", Anayasa Yargısı, 8, Ankara 1991.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

LA PERQUISITION DE LA CHOSE VOLEE EN DROIT ROMAIN ET SES EFFETS SUR CERTAINS DROITS MODERNES (1)

Prof. Dr. Bülent TAHIROĞLU*

Le fur manifestus est primitivement le voleur a été pris sur le fait ou a été capturé avant d'avoir pu mettre l'objet du vol en sûreté (2).

On peut supposer que le voleur a échappé à ses poursuivants. Il a amené ou transporté la chose jusqu'au lieu choisi par lui quo destinaverat. La phase de la poursuite est alors close. La justice privée perd-elle dès ce moment tous ses droits? Non pas. Une procédure solennelle qui se retrouve avec de frappantes similitudes de formes chez bien d'autres peuples anciens permet au volé de pénétrer dans toute habitation suspecte pour y poursuivre ses recherches (3).

Il existe des textes relatifs aux systèmes analogues non seulement du droit hellénique auquel une doctrine grossière et vieillie admettait un emprunt direct, mais du droit germanique, du droit slave, du droit celtique, du droit hindou, des droits scandinaves, islandais et tchèque.

Ces formes ont fréquemment éveillé l'idée d'une institution commune, antérieure à la séparation des diverses branches de la famille indo-européenne (4).

La procédure romaine d'enquête, dite "lance et licio" nous est sommairement décrite par Gaius d'après la loi des XII Tables (III, 192).

Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta; lex autem eo nomine nullam poenam constituit: hoc solum praecepit, ut, qui quaerere uelit, nudus quaerat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.

"L'action au quadruple d'empêchement à poursuite du vol a été int-

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1. Communication présentée au Congrès de la SIDHA (Société Internationale des Droits de l'Antiquité), Italie (Ferrara-Modena), septembre 1989.
2. Monier R., Manuel de Droit Romain, Les Obligations, 1954, p.47.
3. De Visscher F., Etudes de Droit Romain. L'enquête "lance et licio" et les actions "concepti" et "oblati", 1931, Gand, p.217 et sv.
4. Girard P.F., Manuel Elémentaire de Droit Romain, p.405, n.3; De Visscher, op.cit. p.217.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

roduite par l'édit du préteur; quant à la loi, elle n'établit aucune sanction à ce titre. Elle se borne à prescrire que celui qui veut rechercher le vol fasse sa quête tout nu, ceint d'un simple pagne, un plateau à la main; s'il trouve quelque chose, la loi déclare que c'est un vol flagrant."

Si le voleur a laissé des traces de son passage, qui permettent de reconnaître de quelle maison il était parti, le volé ne peut immédiatement pénétrer chez lui avec ses amis: il doit se dépouiller de sa toge et procéder à une perquisition solennelle, vêtu seulement d'un caleçon (licium) et tenant à la main un plateau (lanx). Ces usages archaiques que l'on rencontre chez un grand nombre de peuples paraissent être des rites magiques: il est en effet impossible de les expliquer rationnellement. Le lanx serait un vase rempli d'eau ou un plat de métal, miroir primitif, dans lequel venait se refléter l'image du voleur (5).

Selon Gaius l'explication est plus simple (III commentaire, 193). On s'est demandé ce que c'est qu'un pagne. C'est probablement une espèce de tissu destiné à cacher les parties sexuelles. De ce fait la loi est parfaitement ridicule. Car celui qui empêche de rechercher un vol quand on est habillé empêchera d'autant plus de la rechercher nu que si la chose recherchée est trouvée selon cette procédure, la peine est plus sévère. D'autre part, l'obligation de tenir un plateau a pour objet ou bien de l'empêcher de poser quoi que ce soit dans les mains de l'occupant, ou bien d'y faire déposer sa trouvaille; et les deux choses sont impossibles si l'objet du vol est d'une dimension ou d'une nature telle qu'il ne puisse être ni subtilisé ni posé sur le plateau. Il n'est certainement pas douteux qu'il est satisfait à la loi de quelque matière que soit le plateau.

C'était à la victime du vol à prendre ses précautions pour qu'on ne puisse résister à sa visite domiciliaire, en s'entourant de parents et d'amis prêts à lui assurer leur concours. Dans tous les cas, le délit présente un caractère d'évidence tel qu'il s'y a place pour aucun doute dans l'esprit des assistants (6).

Pour donner une notion complète du système et même des institutions qui l'ont remplacé il faut signaler deux dispositions se rattachant to-

5. Monier R., op.cit., p.47
6. Monier R., op.cit., p.47.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

utes deux à l'idée de perquisition et qui font, l'une que le vol non manifeste pourra après coup être tenu pour manifeste, l'autre que, sans être tenu pour manifeste, il pourra être puni d'une amende plus forte que la peine du double.

Le premier cas est celui de la perquisition lance licioque.

Le vol non manifeste est après coup assimilé au vol manifeste quand il est constaté à la suite de cette perquisition solennelle faite suivant des formes arrêtées. On considère comme voleur manifeste celui chez qui la chose est trouvée à la suite d'une pareille perquisition et suivant Girard sans doute aussi celui qui s'y oppose, quoique Gaius dise le contraire par inintelligence de l'ancien système (7).

La perquisition domiciliaire faite dans le but de découvrir l'objet volé est préalable au procès de vol et constitue une particularité de ce délit (8). Cette recherche, pour laquelle l'objet à trouver doit toujours être indiqué auparavant avec précision (9).

D'autre part, au système répressif coutumier, la loi des XII Tables est venue apporter un complément très important, en ouvrant un recours judiciaire à la victime qui n'a pu s'emparer du voleur, avant qu'il ait porté à destination la chose volée, et n'a pas ensuite découvert la chose au cours d'une perquisitio lance licioque. Elle a accordé une action contre tous ceux qui, en cachette, avaient commis un délit contre la chose d'autrui, et ainsi, à côté du fur manifestus puni des peines coutumières, est apparue dans la sphère juridique, la notion abstraite d'un délit de furtum donnant droit à une action au double de la valeur de la chose volée: ce fut l'actio furti qui plus tard fut appelée action furti nec manifesti pour la différencier de l'action prétorienne furti manifesti. On rattache généralement à la loi des XII Tables les actions furti concepti et furti oblati, qui sont données au triple de la valeur de la chose volée. D'après certains auteurs, elles s'expliqueraient par l'existence, à l'époque des XII Tables d'un nouveau procédé non solennel de perquisition; la première serait donnée contre le receleur chez qui la chose a été trouvée sans l'em-

---

7. Girard P.F., op.cit., p.405.
8. Mommsen T., Le Droit Pénal Romain, trad. Par Duquesne J., Tome Troisième, 1907, p.61.
9. Paul D. 2, 31, 22 qui furtum quaesturus est, antequam quaerat, debet dicere, quid quaesturus sit et rem suo nomine et sua specie designare D. 11, 4, 1, 8.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ploi des formalités coutumières; la seconde serait accordée au receleur contre celui qui lui avait remis la chose volée. Mais il parait aujourd'hui démontré qu'il n'existait à l'époque des XII Tables qu'une seule sorte de perquisitions: la perquisitio lance licioque (10).

Suivant M. De Visscher (11), l'action concepti se donne contre le receleur, lorsque celui-ci n'est pas le voleur, et action oblati assure ensuite le recours de receleur contre la personne qui lui avait fourni la chose. Suivant Huvelin (12), il est plus vraisemblable d'admettre que les actions furti concepti et furti oblati n'existaient pas encore à l'époque des XII Tables, et que le receleur était alors toujours présumé être l'auteur du vol.

Ainsi le recel n'est pas par lui-même un délit, la simple détention de l'objet volé n'est pas punie par la loi (13). L'essentiel est la saisie de l'objet volé (furtum conceptum) faite devant témoins au cours d'une visite domiciliaire chez le receleur; encore faut-il que celui-ci n'ait pas déclaré, avant toute perquisition, que l'objet est dans sa maison; on présume dans ce cas qu'il ignore être dépositaire d'une chose volée. A défaut de cette déclaration, le receleur ne peut exciper de sa bonne foi; il n'est pas admis à prétendre que l'objet a été introduit et caché dans sa maison à son insu; il est en faute d'ignorer ce qui se passe chez lui. A une époque où il n'y avait pas de police municipale, tout chef de famille avait le devoir de faire la police de sa maison. La peine encourue par le receleur varie suivant les cas: elle est du double s'il a fait une fausse déclaration; On le punit comme un voleur non manifeste. Elle est du triple si la déclaration a été reconnue inexacte au cours d'une visite domiciliaire à laquelle il s'est prêté de bonne grâce. Mais s'il s'oppose à la perquisition s'il exige qu'elle soit faite solennellement lance et licio, il est traité comme un voleur manifeste: il encourt une peine capitale. L'action au triple, qui est la plus ordinaire, porte le nom d'action furti concepti. Le receleur condamné a un recours contre celui qui a déposé l'objet volé: On lui accorde une action

10. Huvelin P., Cours de Droit Romain, Tome Deuxième, Paris, 1929, p.20

11. Revue historique de droit, IV, 1925, pp. 32,33 et Revue d'histoire du droit, Haarlem, 1926, pp.249-270.

12. Huvelin, Furtum, p. 53; Huvelin P., Cours, p.20.

13. Cuq E., Manuel des Institutins Juridiques des Romains, Seconde Edition, Paris, 1928, p.564.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

au triple furti oblati. Dans ce cas comme dans le précédent l'action furti est donnée contre une personne qui n'a pas pris part à l'accomplissement du vol.

L'enquête lance et licio se trouve seule rattachée par la tradition à la loi des Douze Tables. D'autre part, nous savons positivement qu'elle a été abolie par la Lex Aebutia (14); sans doute était-elle déjà à cette époque tombée en désuétude. Cependant l'enquête privée est encore en usage dans l'Empire. Elle n'a donc pu subsister que dépouillée de ses rites primitifs; c'est nécessairement à cette forme nouvelle, simplifiée, d'enquête que se rapporte l'expression de Gaius: "testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa", puisque dans ce paragraphe (3,186) le juriste s'occupait de déterminer les conditions qui, de son temps, donnaient ouverture à l'action concepti. Par suite de la disposition du rite lance et licio, la découverte de l'objet volé a cessé de produire les sanctions du vol manifeste. Comme conséquence de l'abandon de la procédure "testibus praesentibus" les Institutes de Justinien (4,1,4) signale la désuétude des quatre actions furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti.

Les sources nous montrent que depuis l'abolition du rituel lance et licio, la théorie du vol manifeste a perdu tout contact avec la procédure d'enquête; seules les actions concepti et oblati subsistèrent dans l'Edit du préteur comme sanctions de la découverte de l'objet.

L'opposition faite à la perquisition (15) et le refus de restituer l'objet trouvé (16) ont été assimilés pour la répression par l'édit du préteur vol et même à la forme du vol la plus grave que connaisse le droit privé. Plus tard, ces actions privées sont tombées en désuétude (17) et ont été remplacées par des peines pécuniaires publiques (18).

---

14. Aulu Gelle, Nuits Attiques, 16, 10, 8 Girard P.F., op.cit., p.406, De Visscher F., op.cit., 221-222.

15. Gai. 3, 188 I. 4,1,4: est etiam prohibiti furti (actio) adversus eum qui furtum quaerere volentem prohibuerit. 193: prohibiti (furti) actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta.

16. I. 4,1,4: poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit.

17. I. 4,1,4. Gai. 3, 190, 191, 4, 173 et Paul 2, 31, 14 traitent ces actions comme étant encore usitées.

18. Ulpien D. 11,4,3 Les magistrats municipaux sont frappés d'une amende de 100 sous d'or, lorsqu'ils ne donnent pas un appui convenable à la poursuite des esclaves fugitifs (D. 11,4,1,3).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

A côté de la procédure lance et licioque qui avec quelques modifications paraît avoir été encore employée à l'époque impériale (19), il est d'usage pendant la dernière période que la perquisition domiciliaire soit demandée au magistrat et que celui-ci adjoigne au chercheur un agent subalterne du tribunal (20).

Dans les droits modernes, on peut définir la perquisition comme la recherche par les juges d'instruction, en des lieux normalements clos, et particulièrement au domicile des citoyens, des objets et documents susceptibles de constituer le corps du délit ou d'apporter la preuve d'une culpabilité.

Cette définition (ni aucune autre) ne se rencontre dans les codes de Procédure Pénale. Le législateur a estimé avec raison que ce terme entré depuis longtemps dans le langue et la pratique judiciaire était suffisamment explicite.

La perquisition constitue une atteinte grave au principe de l'inviolabilité du domicile et dans la mesure où elle a conduit à une saisie, elle préjudice à la propriété.

Aujourd'hui nous pouvons considérer, l'institution de perquisition prevue dans les arts 97-98 dans le Code de Procédure Pénale Turc comme la continuation de la perquisition lance et licio (Il existe des dispositions semblables dans le Code de Procédure Pénale Allemand). Selon le Code, la perquisition ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi.

L'article 94 du Code de Procédure Pénale Turc concerne la perquisition des lieux et des choses appartenant au prévenu, à son complice et

---

19. Mommsen, op.cit., p.52

Dans la perquisition domiciliaire faite à l'occasion de la fuite d'un esclave décrite par Pétrone le chercheur paraît dans un vêtement aux couleurs variées (vestis) et tenant dans les mains un plat d'argent, c'est à peu prés l'ancienne forme, car sous le nom de vestis on a dû penser au vêtement de dessous et le plat n'a sans doute pas été nécessairement d'argent, mais devait seulement être d'un brillant qui frappe les yeux.

20. Mommsen, op.cit. 52, n.3.

Chez Pétrone, à la perquisition domiciliaire se lie la publication de l'objet volé avec promesse de récompense pour le dénonciateur; c'est pourquoi le chercheur porte dans son plat la récompense promise (lindicium), et aussi, semble-t-il, la caution pénale par laquelle il s'oblige à tenir secret le nom du dénonciateur (fides). Le chercheur est accompagné d'un bérout et d'un servus publicus qui ouvre les portes de force, lorsque cela est nécessaire. Chez Plaute, on loue des praecones pour la perquisition domiciliaire et on demande au préteur des inquisitores in vicis omnibus.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

à son receleur. La perquisition peut avoir lieu au domicile ou aux autres lieux du prévenu ou de son complice soupçonné de commettre un délit. On peut pratiquer aussi la fouille corporelle et on peut perquisitionner ses objets.

Selon l'article 95, la perquisition peut avoir lieu au domicile du prévenu comme à celui des tiers présumés détenir des objets ou documents de nature à intéresser la découverte de la vérité.

Selon l'article 96, les perquisitions ne peuvent être effectuées que pendant la jour sauf au flagrant délit ou aux cas dont le retards peuvent entraîner des dangers ou à la capture du fugitif.

L'inviolabilité du domicile, entraîne cette conséquence que la perquisition ne peut être commencée avant une heure du lever de soleil et aprés une heure au coucher de soleil.

Mais, cette restriction ne s'applique pas aux lieux dans lesquels tout le monde a accès pendant la nuit, où les condamnés se retrouvent ou bien on cache des objets obtenus à la suite du crime, aux lieux livrés à la débauche, aux maisons des jeux secrets.

Le législateur a confié la charge de décider à la perquisition au juge. Ainsi, la perquisition ne peut être ordonnée en principe que par le juge. Aux cas dont les retards peuvent occasionner des dangers, les Procureurs de la République et les agents de police judiciaire au nom des procureurs, peuvent opérer la perquisition.

Les articles 97-98 du Code Procédure Pénale qui concernent les formalités de la perquisition rappellent beaucoup lance et licio du droit romain. C'est sa forme moderne. Si le juge ou le Procureur de la République ne sont présents, il faut requérir l'assistance deux personnes du conseil d'administration du lieu et deux voisins pour effectuer la perquisition au domicile ou aux lieux de travail et aux lieux clos.

La législation a parfois soumis d'une façon exceptionnelle, en raison de la nature des locaux où la perquisition est effectuée, son accomplissement à des formalités particulières. Ainsi, le juge d'instruction ou bien la Procureur de la République qui a besoin de pénétrer dans un établissement militaire doit remettre une réquisition à son commandement qui prend les mesures nécessaires.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

L'article 98 qui concerne les personnes qui peuvent être présents à la perquisition, prévoit aussi la présence du voisin: Selon l'article précité, le propriétaire des lieux soumis à la perquisition ou le possesseur de l'objet peut être présent à la perquisition. En cas d'absence, la perquisition a lieu en présence de son représentant ou d'un de ses parents et alliés, ou d'une personne domiciliée avec lui ou bien d'un de ses voisins.

En guise de conclusion on peut dire que, aujourd'hui la découverte de l'objet volé ne produit pas les sanctions du vol manifeste. D'ailleurs, cette sanction était tombée en désuetude en droit romain. Mais la présence des voisins qui n'ont pas une fonction officielle dans certaines formes, quoique exceptionnelle, de la perquisition devenue tout à fait officielle, devait porter l'influence de la lance et licio du droit romain.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TÜRK HUKUKUNDA ÖZELLİKLE 3167 SAYILI KANUN AÇISINDAN KARŞILIKSIZ ÇEK

Prof. Dr. Metin Kemal OMAĞ*

I. Konunun Takdimi

Hukuki mahiyeti itibariyle bir havale, iktisadi fonksiyonu itibariyle de bir ödeme vasıtası olan çek, 7 Nisan 1330 (1914) Osmanlı İmparatorluğu mevzuatına yirmialtı maddelik "Çekler Hakkında Kanun" ile girmiştir. Bu kanunun üçüncü maddesine göre (1), çek keşidesi şartlarına aykırı olarak çek düzenlenmesi, vadeli çek tanzimi, o tarihlerde yürürlükte bulunan 1274 tarihli Ceza Kanunu Hümayununun 155. maddesi ile bir ilâ üç yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ile müeyyidelendirilmekte idi (2).Karşılıksız çek keşidesi de aynı madde çerçevesinde cezalandırılıyordu (3).

Osmanlı Çek Kanunu 1926 tarihli Eski Ticaret Kanunu yürürlüğe girince uygulamadan kalkmış, Eski Ticaret Kanununun (4) yerini de 1957 yılında yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu almıştır. Çek, Türk Ticaret Kanununun 692-735. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanununun "Karşılığa" ve "Karşılıksız Çeke" ilişkin düzenlemesi ise 695. madde çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Türk Ticaret Kanunundaki karşılıksız çekle ilgili kanuni düzenlemenin, özellikle karşılıksız çeki caydırma açısından yeterli olmadığı görüşü zamanla çek hukukuna hâkim olmuştur. Karşılıksız çeki cezalandıran özel bir kanunun bulun-

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

1. Bu kanunun 3. maddesine göre: "Çek ancak keşidecinin emrine tabi akçe bulunan bir sahıs üzerine ve muhatabın çeki tediyeye mecbur kılan bir mukavele-i sarihа ve zımniye tevfikan keşide olunur. Fıkra-i sabıkada beyan olunan şerâite riayet olunmayarak veyahut senedin çek olmak üzere sıhhatine halel irâs olunmayarak ancak üzerine muahhar tarihi vaz-ı ile mevki-i tedavüle bir çek ihraç edenler hakkında Ceza Kanunu'nun 155. maddesine tevfikan tayini ceza olunur". Bkz. ve karş. Domaniç, Karşılıksız Çek, İstanbul, 1983, s.12.
2. Erem; Uygulamada Karşılıksız Çek, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur'a Armağan, AUSBF Yayını, Ankara 1983, s.411.
3. Bkz. Domaniç (KÇ) s.14
4. Bkz. ETK. m.608-636.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yorum kararı (5) ile karşılıksız çeklere "Dolandırıcılık" hükümlerinin (Bkz. TCK.m.503) uygulanması, bir çok halde (örneğin, sonraki tarihli çeklerde) karşılıksız çek düzenleyicilerinin cezadan kurtulmaları, yepyeni bir kanunun yürürlüğe konulmasının gerekçelerini oluşturmuştur (6). Böylece, orijini itibariyle, özellikle Fransız Çek Kanununa (7) dayanan ve 19/3/1985 tarihinde kabul edilen 3167 sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun" (8) yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun ratio legis'i, karşılıksız çek keşidesini caydırmak suretiyle, bir taraftan çeke güveni sağlayarak çekle ödemelerin yaygınlaştırılması ve teşviki olup, diğer yandan da, çek hamillerinin korunmasıdır (9).

3167 sayılı Çek Kanunu, karşılıksız çek keşidesini bağımsız suç olarak müeyyidelendirmiş, keşideciye düzeltme hakkı (droit de réctification) tanıyarak çeki karşılıksız çıkan hamilin zararının süratle giderilmesini sağlamaya çalışmış, ayrıca, bankalara ve keşidecilere karşılıksız çek keşidesini caydırıcı nitelikte bazı yükümlülükler ve ödevler tahmil etmiştir.

3167 sayılı Çek Kanunu Türk Çek Hukuku bakımından ileri ve önemli bir merhale teşkil etmekteyse de, kanunun bazı boşluklar ihtiva ettiği, bazı hükümlerin uygulanmasının bankacılık tatbikatında çeşitli

---

5. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 7.1.1929 tarih ve 471 sayılı yorum kararı.

6. Bkz. Reisoğlu; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek. Ankara 1986, s.5. Karş. Poroy; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları. İstanbul 1989, s.252. Canbolat; Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki 3167 sayılı Kanun ile ilgili Bir İnceleme, ABD. Yıl 1985, S.2, s.257, 258. Erdem; Çek Artık Çektir. HD. Şubat 1987. S.53, s.12 vd.

7. Bkz. POROY (KEHE), s.269. Fransız Çek Hukukundaki aktüel sistemi kuran ana metinler şunlardır: 3.1.1972 tarih ve 72/10 sayılı "Çekler Konusunda Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Kanun", bu kanunun bazı maddelerini değiştiren 3.1.1975 tarih ve 75/4 sayılı Kanun, ayrıca, Kanunun uygulanma şartlarını tesbit eden 3.10.1975 tarih ve 75/803 sayılı Kararname (Bkz. Poroy, Fransız Çek Hukukunda Gelişmeler. Batider. Aralık 1981, C.XI, S.2 s.18). Ayrıca bkz. ve karş. Varinard/Cruzo/Proutat, A propos de la loi N.75 4 du 3 Janvier 1975 relative a la prevention et a la repression des infractions en matiere de cheques: un essai de depenalisation sans risque. Revue Trimestrielle de Droit Commercial Paris t.29.1977, s.306 vd.

8. Bu kanunu incelememizde kısaca çek Kanunu (ÇK) olarak adlandıracağız.

9. Bkz. Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması; Türk Ticaret Kanunu Şerhi. IV, İstanbul 1990, s.769 vd. Donay, Son Değişiklikler Açısından Çek. İstanbul 1986, s.98,99. Karş. Donmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler. İstanbul 1990, s.434,435. Hafızoğulları, "3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesinde öngörülmüş olan Suçun Sınırları", Batider, Aralık 1988, C.XVI, S.4, s.24,25.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

güçlüklere ve tereddütlere yol açtığı da bir vakıadır (10).

İncelememiz, münhasıran Türk Hukuku ve bankacılık tatbikatı açısından karşılıksız çek kavramını ve bu kavrama bağlanabilecek hukuki sonuçları araştırmaya, tespite ve değerlendirmeye açmaya yöneliktir.

II. Karşılıksız Çekin Tanımı

Bir tanıma göre karşılıksız çekten maksat: "tediye maksadı ile bankaya ibraz edildiği anda, çeki keşide eden, yani çekte yazılı miktarın lehdara ödenmesi için bankaya talimat veren kimsenin hesabında, çekte yazılı miktarı karşılayacak meblağın bulunmaması" demektir (11).

Diğer bir tanıma göre ise: "çek hesabında (hiç veya) yeterli para yoksa, ya da keşideci ile muhatap arasında bir çek anlaşması kurulmamışsa (12), muhatabın bu sebeplerle (çeki) ödememesi çeki karşılıksız kılar" (13). Çekin çek anlaşması olmaması sebebiyle ödenmeyerek karşılıksız kalmasına, genelde, bankacılık tatbikatında pek rastlanılmaması gerekir. Zira çekler ÇK.m.3 uyarınca bankaların bastırdıkları ve keşideciye verdikleri çek karnelerinin ihtiva ettikleri çek yaprakları üzerinde düzenlenir. Muhatap bankanın keşideciye çek karnesi vermiş olması ise zımni (örtülü) bir çek anlaşmasının varlığını gösterir (14).

3167 sayılı Çek Kanunu ise "Karşılıksız Çek" kenar başlığını taşıyan 16. maddesinde "ibraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edildiğinde (sonraki tarihli, postdate çek) yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen (veya tamamen) de olsa ödenmeyen çeki..." karşılıksız çek olarak tanımlar.

III. Karşılıksız Çekin Unsurları

Karşılıksız çekin yukarıda sıralamış bulunduğumuz doktrindeki tanımlarıyla, Çek Kanunundaki tanımına hâkim ortak-kurucu unsurları şu şekilde tespit etmek mümkündür:

---

10. Bkz. 3167 sayılı Çek Kanunu Sempozyumu. Batider, Aralık 1989. C.XV. S.2.
11. Bkz. Erman. Karşılıksız Çek. Batider. Aralık 1981. C.XI. S.2 s.123.
12. Türk Ticaret Kanununun 695. maddesine göre, çek keşidesi için karşılığın (provizyon) yani sıra, keşidecinin bu karşılık üzerinde çek keşide etmek suretiyle tasarruf hakkına sahip olacağına dair banka ile keşideci arasında sarih veya zımni bir anlaşmanın varlığı şarttır.
13. Bkz. İnan. Özel Hukukta Karşılıksız Çek. Batider. Aralık 1981. C.XI S.2 s.106.
14. Bkz. Erman. s.129. Karş. TTK.m.695.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1. Geçerli Bir Çek

Karşılıksız çekin sözkonusu olabilmesi için ortada Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun (Bkz. TTK.m.692, m.693) yani hukuken geçerli bir çekin mevcudiyeti gerekir (15).

3167 sayılı Çek Kanunu m.3/f.1'de bankalarca bastırılacak her çek yaprağının üzerinde "Çekle işleyen hesabın bulunduğu şubenin adı" ile "keşidecinin hesap numarası"nın yer alması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu unsurların çekin Türk Ticaret Kanununca belirlenen mecburi şekil şartlarına ekler oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır.

Donay (16) bu unsurların çek yaprağı üzerinde bulunmasını şekil şartı saymakta, bunlara, "keşidecinin açık kimliği" unsurunun da ÇK.m.2'deki bankaların basiret ve itina yükümüne dayandırarak, eklenmesi gerektiğini savunmaktadır (Bkz. ve karş. ÇK'na ilişkin Tebliğ, No:1 m.2/g).

Domaniç ise (17) ÇK.m.3 ile Merkez Bankası düzenlemelerini BK.m.11 anlamında şekil şartı olarak değerlendirmemekte, bunlara muhalefetin, sadece ÇK.m.2, m.14 ve m.18'deki müeyyidelerin uygulanmasını gerektireceğine işaret etmektedir. Domaniç'e göre 3167 sayılı Çek Kanunu ile Merkez Bankası Tebliğlerine aykırı fakat TTK.m.692, 693 şartlarına uygun çekler geçerlidir.

Bu tartışmalar ışığında şeklin mevcudiyeti yönünde kanuni bir sarahatin bulunmadığı böylesine tereddütlü ve tartışmaya müsait bir durumda, ÇK.m.3/f.1'de belirtilen unsurlar hakkındaki tereddütleri, çek

---

15. Bkz. Domaniç (KEHU), s.813. Hafızoğulları, s.27, s.30. Şener, Eksik Unsurlu Karşılıksız Çek Keşidesi Eylemini 3167 sayılı Çek Kanununun 16. maddesi ile cezalandırmak mümkün müdür? AED. S.1962/2 s.239 vd.; YCGK. E.1989/6-130 K.1989/154 T.16.5.1989 (YKD.C.XV S.11 Kasım 1989 s.1627 vd.). Ayrıca bkz. Y 7 CD. 11.5.1987 E.2064 K.6489 (İKİD. Temmuz 1990, S.355 s.7313). Y 7 CD. 10.9.1987 E.2152 K.10730 (İKİD. Temmuz 1988, S.331 s.5767). Y 7 CD. 8.10.1987 E.3575 K.12038 (İKİD. Şubat 1988, S.326 s.5451). Y 7 CD. 29.12.1989 E.1989/9758 K.1989/13360 (YKD. C.XVI S.8 Ağustos 1990 s.1251). Y 7 CD. 4.11.1988 E.1988/3705 K.1988/10684 (KD. Mart-Nisan 1989 S.2 s.50). Karş. Donay, s.99. Ayrıca: Y 7 CD. 20.4.1989 E.1988/9655 K.1989/3589 (YKD. C.XV S.8 Ağustos 1989 s.1202). Y 7 CD. 27.10.1987 E.3677 K.12949 (İKİD. Şubat 1988 S.326 s.5450). YCGK. 1.6.1987 E.86 K.87/321 (İKİD. Ocak 1988 S.326 s.5379 vd.).

16. Bkz. Donay, s.10 vd., s.99.

17. Bkz. Domaniç, (KEHU), s.564. Ayrıca bkz. ve karş. Gök, 3167 S. Kanuna Göre Çekin Unsurları, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.239/240.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hamilinin himayesi bakımından, şekil şartı olmadıkları yönünde yorumlamak gerekir. ÇK.m.3/f.1'deki unsurların, çekin, Türk Ticaret Kanununca tespit edilen mecburi şekil şartlarına ekler oluşturduğunu varsayarsak, bu şartlardan birinin yokluğu halinde, çeki geçersiz olarak kabul etmemiz gerekir. Zira burada şekil bir sıhhat şartı olup, şekil şartlarına uymamanın klasik müeyyidesi de geçersizliktir (Bkz. TTK.m.693). Hamil tarafından karşılıksız çek müeyyidesinin işletilebilmesi için ortada geçerli bir çekin varlığı gerektiğinden, geçersizlik müeyyidesi, çek kanunu ile korunması amaçlanan hamilin durumunu ağırlaştırmakta ve onu bu kanunla sağlanmak istenen himayeden mahrum bırakmaktadır. Vardığımız bu sonuç Çek Kanununun ratio'su ile açıkça çelişmektedir. Hamili, Çek Kanununun himayesinden mahrum bırakacak derecede ağır bir müeyyide olan geçersizliği nazara aldığımızda, ÇK.m.3/f.1'deki unsurları şekil şartı sayabilmemiz için kanunda bu yolda bir sarahatin bulunması gerekir. 3167 sayılı Çek Kanununda ise bu yolda bir açıklığa rastlamamaktayız (Bkz. ve karş. Poliçe: TTK.m.583,584; Bono: TTK.m.688,689; Çek: TTK.m.692,693). Netice itibariyle ÇK.m.3/f.1'deki unsurları ÇK.m.15 çerçevesinde ağır para cezası ile müeyyidelendirilen ve bankalara tahmil olunan mükelleftiyetler olarak değerlendirmek, çekin esaslı şekil şartlarının sadece Türk Ticaret Kanununda düzenlendiğini kabul etmek, 3167 sayılı Çek Kanununun ratio'suna uygun düşer.

2. İbraz

Karşılıksız çekin sözkonusu olabilmesi için ikinci unsur ibraz'dır. Hukuken geçerli bir çekin ibraz süresi içinde (10 gün, 1 ay, 3 ay. TTK.m.708) veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce (sonraki tarihli veya postdate çek) usulüne uygun olarak hesabın bulunduğu banka şubesine veya bu şube dışındaki başka bir şubeye ibrazı gerekir (ÇK.m.4). Çek Kanunu, çekin karşılıksız olması ile, çekin keşide edildiği anda değil, ibrazı anında karşılığının olmadığını kastetmektedir (18).

---

18. Bkz. Rezoğlu, s.122. Ayrıca bkz. ve karş. Y. 7. CD. 13.7.1987 E.1987/2205 K.1987/10231 (YKD., C.XIII, S.11 Kasım 1987, s.1722); Y.7. CD. 17.9.1987 E.1987/3455 K.1987/11124 (YKD., C.XIII, S.12 Aralık 1987, s.1833); Y. 7. CD. 2.12.1988 E.4580 K.12020 (İKİD., Temmuz 1990, S.355, s.7311); Y. 7. CD. 24.11.1989 E.1989/2523 K.1989/11436 (YKD., C.XVI, S.6, Haziran 1990, s.924); Y. 7. CD. 22.4.1988 E.1987/16433 K.4921 (İKİD., Temmuz 1990, S.355, s.7311); Y. 7. CD. 4.5.1989 E.1988/10855 K.1989/4511 (KD., Eylül-Ekim 1989, S.8, s.52); Y.7.CD. 7.12.1988 E.1988/7177 K.1988/12072 (KD, Mart-Nisan 1989/2, s.51).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3. Karşılıksızlık

Karşılıksız çekin söz konusu olabilmesi için üçüncü unsur, karşılıksızlıktır.

A. Karşılık Kavramı

Türk Ticaret Kanununun 695. maddesinin 1. fıkrasına göre çek keşidesi için çek anlaşmasının yanı sıra karşılığın (:provizyon) varlığı da gerekli bir şarttır. Karşılıktan maksat, ibraz anında, çekte yazılı miktarda meblağı ödemeye yetecek paranın keşidecinin hesabında bulunmasıdır (19).

B.Karşılığın Nitelikleri

Karşılığın teknik anlamda mevcut olabilmesi için bir takım nitelik ve özelliklere sahip olması gerekir. Karşılık,

- Muhatap banka tarafından hemen nakit olarak ödenmeye elverişli olmalı,
- Keşideci tarafından her an çek yolu ile tasarruf edilebilir olmalı,
- En aşağı çekte yazılı tutarda olmalı,
- Çekin ödenmesi için ibrazı anında mevcut olmalıdır (20).

C.Karşılığın Kaynakları ve Tezahür Şekilleri

Karşılık muhtelif şekillerde tezahür eder. Ticari mevduat, vadesiz tasarruf mevduatı, döviz tevdiat hesapları (21) üzerinde çek keşide edilebilir. Bankacılık tatbikatında kendilerine çek karnesi verilen döviz tevdiat hesabı sahipleri, ihracatçılar, ithalatçılar, döviz üzerinden hizmet geliri sağlayanlar, transit taşımacılık yapanlar, uluslararası alanda faaliyet gösteren nakliyatçılar, yurt dışındaki müteahhitler, banka ve sigorta şirketleri, yurt dışında yerleşik gerçek veya tüzel kişiler, serbest meslek sahipleri, yurt dışında çalışan Türk vatandaşları ve yabancı uyruklulardır.

---

19. Bkz. Erman, s.128; Reisoğlu, s.115.

20. Bkz. İnan, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s.29; Erman, s.128. Karş. Hémard/Laederich, Chèque, Dallor, Répertoire du Droit Commercial, Paris 1974, S.8, No. 89-91.

21. Bkz. Donay, s.59. Ayrıca bkz. ve karş. YCGK. 9.10.1989 E.1989/7213 K.1989/280 (YKD., C.XVI, S., Mart 1990, s.428 vd.).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Keşidecinin bankada mevduatının bulunmamasına rağmen bankaca kendisine açılan ve kullandırılan kredi de karşılık sayılır (22).

Çek keşide edilen hesapta karşılık bulunmamasına rağmen, keşidecinin aynı bankadaki veya aynı şubedeki başka hesaplarındaki yeterli paradan virman (23) yapılmak suretiyle çekin ödenmesi halinde de karşılık mevcut sayılır (24).

D. Karşılıksızlık Hallerine Örnekler

Çekin üzerinde belirtilmiş hesapta, ibrazında, çek tutarını karşılayacak miktarda para yoksa, çek karşılıksızdır. Hesaptaki para çek tutarını ödemeye kifayet etmezse, "kısmi karşılıksız çek" sözkonusu olur (25).

Keza, kapatılmış bir hesaba keşide edilen çek, hayâli kişi adına açılmış hesaba çekilen çek de karşılıksız sayılır (26).

Keşide anında mevcut karşılıktan ibrazında çek hamilinin yararlanmasına engel olucu bir tasarrufda bulunulması halinde "çekin karşılıksız bırakılması" sözkonusu olur. Bu cümleden olmak üzere, ibraz süresi içinde cayma, yani çek bedelinin ödenmemesi için bankaya talimat verilmesi ve muhatabın çeki ödememesi (bkz. TTK.m.711/1-2) (27) veya karşılığın bankadan kısmen ya da tamamen çekilmesi halinde karşılıksız çek sözkonusu olur. Ancak keşidecinin ibraz süresinden sonra muhatabın ödeme yetkisinin sürdüğü ahvalde karşılık üzerinde tasarrufta bulunması (:cayma, karşılığın çekilmesi) çeki karşılıksız kılmaz (28).

Buna karşılık "ödemeden men" halinde (Bkz. TTK.m.711/f.3), yasağın temelini teşkil eden iddialar doğru değilse, karşılıksız çek çekme sözkonusu olabilir (29).

---

22. Hémard/Laedrich, s.8, No.95; Erman, s.139.
23. Virman: Hesaptan hesaba nakil anlamına gelir. Bu konuda teferruatlı bilgi için bkz. Cabrillac, Le Chèque et le Virement, Paris 1967.
24. Reisoğlu, s.170; Erman, s.130; Donay, s.28.
25. Bkz. İnan, (ÇRDS), s.30.
26. Bkz. Reisoğlu, s.115, s.170.
27. Fransız Çek Kanununun 66/1 maddesi (1976 değişikliği ile) cayma sonucu çekin ödenmemesi halini açıkça karşılıksız çek olarak nitelendirmektedir.
28. Bkz. ve karş. Erman, s.135; İnan, (ÖHKÇ), s.110.
29. Bkz. Poroy, (KEHE), s.261.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İbraz süresi içinde keşidecinin hamile karşı ileri sürebileceği bir şahsi def'i sahibi olması (:lehdar-hamilin malların bedeli için peşinen çek aldığı halde malları yollamaması sebebiyle keşidecinin satım sözleşmesini feshetmesi ve muhataba çekin ödenmemesini bildirmesi), çekin bankaca ödenmemesi şartıyla, çeki karşılıksız çek olmaktan kurtarmaz (30).

Keza ihtiyati haciz konmuş bir hesaba bilahare bir çek keşide edilmişse ve çek bu sebeple bankaca ödenmemişse, ortada karşılıksız bir çek sözkonusu olabilir. Zira bu durumda, çek hesabında nakit para bulunsa dahi, keşidecinin para üzerinde tasarruf etme yetkisi yoktur. Bu husus ise karşılığın nitelikleriyle çelişmektedir (31).

4. Ödenmeme

Karşılıksız çekin son unsuru, tamamen veya kısmen karşılığı olmaması sebebiyle çekin muhatap bankaca ödenmemesidir (32). Muhatap banka tamamen veya kısmen karşılıksız kalan bir çeki ödeyebilir. Bu şekilde ödenen çek, kambiyo hukuku açısından karşılıksız çek sayılmaz (33).

IV. Karşılıksız Çekin Hükümleri

1. Muhatap Açısından

A. Çek Üzerine Kayıt Düşülmesi ve İadesi

Karşılıksız çek keşidesi halinde muhatap ibraz tarihi ile çekin karşılıksızlık sebebiyle ödenmediği hususunu çekin üzerine yazar ve çeki hamile geri verir (TTK.m.720; ÇK.m.5). Bankacılık tatbikatında, çeklere "karşılıksız" ibaresi yazılmadan ve ihtar (ÇK.m.7) gönderilmeden önce, hesaba alacak kaydedilmesi gereken bir havalenin veya virman talimatı ile senet bedeli olup olmadığı araştırılmakta, varsa, bu tutarlar hesaba alacak kaydedilmektedir. Bunun yanı sıra, keşideci ile de ilişki kurularak çek meblağını hesaba yatırması sağlanmaya çalışılmakta, karşılık

30. Bkz. İnan, (ÖHKÇ), s.110/111; Reisoğlu, s.103, 170.

31. Bkz. Donay, s.27; Karş. Reisoğlu, s.170.

32. Çekin karşılıksız olmasının yanı sıra, çek hesabı üzerinde haciz, ihtiyati tedbir, rehin, ödeme yasağı ...vs. bulunması halleri de çekin ödenmesini engeller.

33. Bkz. (İnan, (ÖHÇK), s.106. Karşılıksız çeki ödeyen muhatap banka, keşideciyi, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme, havale ve kredi ilişkisine dayanarak takip edebilir (Bkz. Reisoğlu, s.110 vd.). Ayrıca bkz. Çekin keşideci tarafından haricen ödenmesi için Y. 7. CD. 10.11.1989 E.1989/1813 K.1989/10790 (YKD., C.XVI, S.2, Şubat 1990, s.305).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sağlanamazsa gerekli işlemler yapılmaktadır.

B. Hesap Sahibine İhtar Mektubu Gönderilmesi

Karşılıksız çek keşide eden hesap sahiplerine çekin ibraz tarihini takip eden on iş günü içinde (ibraz günü, resmi tatil, bayram günleri hariç) her çek yaprağı için ayrı ayrı olmak üzere, düzeltme hakkının (ÇK.m.8) (34) bulunup bulunmamasına göre, değişik muhtevalı ihtar mektubu gönderilir (ÇK.m.7).

-Hesap sahibinin düzeltme hakkı bulunması halinde banka şubelerince,

a. Çekin keşide tarihi, numarası, ibraz tarihi, ibraz edildiği banka şubesi, tutarı, keşide edildiği banka şubesinin adı ve hesap numarası, ibrazında veya provizyon alındığında hesabın bakiyesi, karşılıksız kalan miktar, hamilin adı ve adresi,

b. İhtar mektubunun tebliği tarihinden itibaren, yedi iş günü içinde hesap sahibinin, kendisinin veya vekil ve temsilcilerinin elinde bulunan (35) bütün çek karnelerini (tüm çek yaprakları ile birlikte) aldığı (tüm) bankaların şubelerine geri vermesi, aksi takdirde ilgili bankaların kanuni mercilere ihbar zorunda kalacakları (Bkz. ÇK.m.13/f.1).

c. Çek Kanununun 8. maddesi uyarınca yedi iş günü içinde (...) düzeltme hakkını kullanabileceği, aksi halde, çekin ibraz tarihinden itibaren bir yıl süre ile çek keşide edemiyeceği (:idari yasaklama),

d. Aksine davranışların kanunda öngörülen cezai müeyyideleri gerektireceği hususları, hesap sahibine bildirilir (36).

-Hesap sahibinin düzeltme hakkı bulunmaması halinde, hesap sahiplerine bankalarca gönderilecek ihtar mektubunda, Tebliğin 4. madde-

34. Düzeltme hakkı için bkz. IV.2.C.

35. İhtarın kanuni muhatabı hesap sahibi olmakla birlikte, çek karnelerine sahip olan temsilci veya vekile de, adresleri bankaca makul olmak şartıyla, ihtarda bulunulması, bankaların genel basiret ve ihtimam mükellefiyetinin tabii bir sonucudur (ÇK.m.3) (Bkz. Domaç, s.30/31).

36. Merkez Bankası Tebliği, Sıra No:1, m.4/A (RG. 24.9.1985, S.18578). Ayrıca bkz. Y. 7. CD. 16.5.1989 E.1988/8833 K.1989/4582 (KD., Eylül-Ekim 1989, S.5, s.51); Y. 8. CD. 27.11.1989 E.6088 K.209 (İKİD., Şubat 1989, S.338, s.6218); Y. 7. CD. 13.7.1988 E.1988/5433 K.1988/6133 (YKD., C.XV, S.12, Aralık 1988, s.1708/1709); Y. 7. CD. 17.3.1988 E.1987/13367 K.1988/2618 (İKİD., Aralık 1988, S.336, s.6089)/ Karş. Eliçin, Mahkemelerin 3167 Sayılı Çekle İşlemlerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 7. Maddesinden Hareketle Düzeltme Hakkı Bulunmayan Keşidecilere Bankalarca İhtar Çekilmesini Zorunlu Kılan Yanlış Uygulama, İBD., 1989, Nisan/Mayıs/Haziran, C.63, S.4/5/6, s.250/251.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sinin (A) fıkrasının (a), (b) ve (d) bendlerinde yer alan hususlar yanında, keşidecinin çekin karşılıksız kalan kısmını (efektif veya döviz olarak) %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap banka şubesine veya ilgili bankanın herhangi bir şubesine kanunda öngörülen süre içinde yatırmış bulunması halinde şikayet hakkının doğmayacağı belirtilecektir.

-İhtar mektubu gönderilmeden önce karşılığın yatırılması halinde bankalarca ne şekilde hareket edilecektir? Bankacılık tatbikatında, yukarıda belirtilen on iş günü içinde çekin karşılıksız kalan tutarını %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte hamil adına hesabın bulunduğu şubeye yatırıldığı veya havale edildiği takdirde, ihtar mektubu yine gönderilmekte ve keşideci düzeltme haklarından (ÇK.m.8) birini kullanmış sayılmaktadır.

-Muhatap bankanın çek hesabının açıldığı şubesi dışındaki diğer bir şubesine ibraz edilen ve yeterli karşılığı olmaması sebebiyle kısmen veya tamamen ödenmeyen çekler hakkında gerekli bilgiler çekin ibraz edildiği şube tarafından hesabın bulunduğu şubeye bildirilerek, ihtar mektubunun gönderilmesi sağlanır (37).

-Bankalarca ihtar mektubunun gönderilmiş olması, hesap sahibinin, karşılıksız çek keşidesi sebebiyle cezalandırılıp cezalandırılmamasını tayin bakımından önem arzetmektedir. Şöyle ki, bankacılık tatbikatında, karşılıksız çek sebebiyle, çek hamili, Cumhuriyet Savcılığına şikayette bulunduğu takdirde, Savcılık, muhatap bankadan, ihtar mektubunun gönderilip gönderilmediğini sormakta, şayet ihtar mektubu gönderilmemişse, hesap sahibi karşılıksız çek tutarını %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte hamil adına bankaya yatırmamaktan ötürü cezalandırılmamaktadır. Buna karşılık, muhatap banka aleyhine ÇK.m.7'ye aykırılıktan ağır para cezasına hükmolunmaktadır (ÇK.m.15).

-İhtar mektubu, herhangi bir adres değişikliği bildiriminde bulunmadığı müddetçe, çek hesabı sahibinin hesabı açtırırken bildirdiği adrese yapılmakla geçerli olur (Bkz.ÇK.m.12). Bankacılık tatbikatında, hesap sahibinin bilinen adresinden geçici veya sürekli ayrılması, ya da ihtar mektubunu teslim almak istememesi sebebiyle ihtarnamenin tebliğ ettirilememesi halinde dahi kendisine tebligat yapılmış sayılmaktadır.

---

37. Merkez Bankası Tebliği, Sıra No:1, m.4/B.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

C. Savcılığa İhbar

Banka, karşılıksız çek keşide eden ve kendisine ihtar mektubu gönderilmesine rağmen çek karnelerini geçerli bir mazereti (temsilcinin, vekilin çek karnelerini vermemesi, çek karnesinin kaybedilmesi, çeklerin kullanılmış olması vs.) olmadığı halde, tebligat tarihinden itibaren yedi iş günü içinde iade etmeyen keşidecileri savcılığa ihbarla mükelleftir (Bkz. ÇK.m.13/f.1) Bankacılık tatbikatında, çek karnelerini kaybettiğini veya çaldırdığını yahut hepsini keşide ettiğini bildiren keşidecinin bu beyanı geçerli bir sebep sayılmakta ve keşidecinin yazılı beyanının alınmasıyla yetinilerek, savcılığa ihbarda bulunulmamaktadır.

Hesap sahibinin düzeltme hakkına sahip olması ve bu hakkı kullanması, onu çek karnelerini iadeden alıkoyamayacaktır (38). Bankacılık tatbikatında, keşideciye, birinci ve ikinci düzeltme hakkını kullandıktan sonra tekrar çek karnesi verilip verilmemesi hususu bankalarca gözden geçirilerek yeniden değerlendirilmektedir. Bir yılda iki defa düzeltme hakkını kullandığı halde tekrar karşılıksız çek keşide eden hesap sahibinden çek karneleri geri alındıktan sonra bir yıllık süre doluncaya kadar kendilerine yeni çek karnesi verilmemesi cihetine gidilmektedir (Bkz. ve karş. ÇK.m.8/f.1).

D.Merkez Bankasına Bildirim Mükellefiyeti

Muhatap bankalar, karşılıksız oldukları hamilleri tarafından belgelendirilen çeklerin keşidecileri hakkındaki gerekli bilgileri, tüm bu belge ve bilgilerin santralize edilerek karşılıksız çek keşide edenlerle etkin bir mücadele amacıyla, Merkez Bankasına bildirmekle mükelleftirler (Bkz.ÇK.m.9) (39).

Bankalarca yapılacak bu bildirimde önce hesap sahibi hakkındaki bilgiler (:adı, soyadı, ticaret ünvanı, baba adı, doğum yeri, tarihi, adresi) sonra da hesabın açıldığı şubedeki çek hesabına ilişkin bilgiler (:çekin hesap numarası, keşide tarihi, ibraz tarihi, seri ve sıra numarası, tutarı "TL. veya döviz", düzeltme hakkının kullanıldığı tarih) yer alır (40).

---

38. Bkz. Reisoğlu, s.129/10.
39. Merkez Bankası Tebliği, Sıra No: 1, m.5.
40. Merkez Bankası Tebliği, Sıra No:1, Ek Mektup Örneği, No:9

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Merkez Bankasına yapılacak bildirimler, hesabın bulunduğu banka şubesince, keşidecinin düzeltme hakkı varsa ihtar mektubunu aldığı veya almış sayıldığı tarihten itibaren yedi iş günlük sürenin bittiği tarihi, keşidecinin düzeltme hakkı yoksa çekin karşılıksız kaldığı tarihi takip eden on iş günü içinde yapılır (Bkz. ÇK.m.9). Bankacılık tatbikatında, sözü edilen bildirimlerin on iş günü içinde Merkez Bankasında bulundurulması aranmaktadır.

Bu bildirimleri hiç yapmayan veya geç yapan bankalara ağır para cezası müeyyidesi uygulanır (Bkz. ÇK.m.15).

E. Çek Karnesi Vermeme-Çekle İşleyen Hesap Açmama Mükellefiyeti

Çek Kanunu m.9 ile Merkez Bankasının 1 No.lu Tebliğinin 5. maddesi gereğince, banka şubelerince, tamamen veya kısmen karşılıksız kalan çeklerle ilgili olarak Merkez Bankasına intikal ettirilen bilgileri Merkez Bankası, intikal tarihinden itibaren otuz iş günü içinde Banka Genel Müdürlüklerine bildirir. Banka Genel Müdürlüklerinin bu bilgileri en seri bir şekilde şubelerine aktarmaları gerekmektedir.

Merkez Bankası duyurusuna şube tarafından ittila kesbedildiğinden ve her halde duyuru tarihini (:Merkez Bankası duyurusunun Banka Genel Müdürlüklerince alındığı tarih) takip eden onbeşinci günün bitiminden itibaren bir yıl süre ile hesap sahibine veya vekil ve temsilcilerine çek karnesi verilmez ve çekle işleyecek hesap açılmaz (ÇK.m.9/f.2). Bu mükellefiyete aykırı davranan bankaya ağır para cezası müeyyidesi uygulanır (ÇK.m.15).

F. Hamile Sınırlı Ödemede Bulunma Mükellefiyeti

Bankalar, süresi içinde ibraz edilmeleri şartıyla, karşılıksız veya kısmen karşılığı olan çeklerin, çek meblağını da dikkate almak suretiyle kısmi karşılık (:hesaptaki tutar) dahil azami 20.000 TL.'nı (41) keşideci dışındaki hamillere ödeyeceklerdir (Bkz. ÇK.m.10). Örneğin: Çek tutarı-

41. Çek Kanunu m.10/f.2'de yer alan "Birinci fıkrada belirtilen meblağ tutarı Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayınlanan Toptan Eşya fiyatları Yıllık Endekslerindeki artışlar gözönünde bulundurularak, T.C. Merkez Bankası tarafından arttırılabilir" hükmüne dayanılarak 20.000 TL., 125.000 TL.'nı yükseltilmiştir (Bkz. Merkez Bankası Tebliği, Sıra No: 2, m.3/f.1. - RG. 16.3.1990, S.20469).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nın 100.000 TL. olması ve hesapta 20.000 TL. bulunması halinde bu 20.000 TL., çek tutarının 100.000 TL. olması ve hesapta 15.000 TL. bulunması halinde kanuni mükellefiyet olan 5.000 TL.'nın ilavesiyle toplam 20.000 TL.; çek meblağının 18.000 TL. olması ve hesapta 10.000 TL. bulunması halinde de kanuni mükellefiyeti olan 8.000 TL.'nın ilavesiyle yine toplam 18.000 TL. ödenecektir. Çek tutarı 20.000 TL. ise ve hesap bakiyesi sıfırsa, hamile 20.000 TL. herhangi bir tazminat ve gecikme faizi ilave edilmeksizin ödenir (42).

Bankalar bakımından hamile sınırlı ödemede bulunma mükellefiyetinin kanunlaştırılmasından amaç "çek kullanımının yaygınlaşmasını, çek hamillerinin güvenlerinin bir ölçüde korunmasını ve ayrıca bankaların çekle işleyen hesap açarken daha titiz davranmalarını temin..." dir (43). Yirmibin TL.'sının keşideci dışındaki hamillere ödenmesinin sebebi ise, keşidecinin kendisini lehdar gösterek (Bkz. TTK.m.730/1) karşılığı olmadığını bildiği bir çekten faydalanmasını engellemektir (44).

Bu mükellefiyet, bankacılık tatbikatında, çek yaprağı üzerinde muhatap banka şubesi olarak ünvanı yer alan şubelerce, sair şubelerce de muhatap şubeden ödeme hususunda yetki alındıktan sonra ifa edilmektedir.

Bu mükellefiyet keşidecinin düzeltme hakkı yoksa heman yerine getirilecek, düzeltme hakkı varsa keşideciye ihtar mektubunun gönderilmesi ve ihtar mektubuna rağmen düzeltme hakkı kullanılmazsa, bu hakkın kullanılmasına ilişkin sürenin bitmesi aşamalarından sonra yerine getirilecektir. Zira, Çek Kanunu m.10/f.1,c.2, ihtar ve düzeltme hakkına taalluk eden ÇK.m.7 ve m.8 hükümlerini saklı tutmaktadır (45).

Bankacılık tatbikatında, keşidecinin imzasının sahteliği, keşidecinin çeki ödemeden men etmesi (TTK.m.711) veya hamil ya da keşidecinin bu konuda mahkeme kararı getirmesi, icraca hesap üzerine haciz veya mahkemece tedbir konulması ya da çekin ibraz süresinin geçmiş olması durumunda bu mükellefiyet ifa edilmemektedir.

---

42. Bu tür çekler için bkz. Donay, s.47/48. Karş. Domaniç, (KEHU), s.781
43. Bkz. Çek Kanununa ilişkin madde gerekçeleri (Donay, s.149).
44. Bkz. Donay, s.46.
45. Bkz. Donay, s.46.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Çek Kanunu, her çek yaprağı için sözkonusu olan bu sınırlı ödeme mükellefiyetini, hesap sahibi ile banka arasında mevcut bir kredi sözleşmesi hükmünde görmektedir. Ayrıca bu kredi sözleşmesinin feshedilemeyeceğini de hükme bağlamıştır (Bkz. ÇK.m.10). Bankacılık tatbikatında, bankalar, genellikle, "vadesiz alacaklı cari hesap taahhütnameleri"ne bir madde ekleyerek bu kredi sözleşmesine işlerlik kazandırmak, kredinin geriye dönmesini garanti altına almak cihetine gitmektedirler. Taahhütnameye eklenen bu madde ile keşideci her çek yaprağı için 20.000 TL. olmak üzere tespit edilecek toplam miktarın hesabından alınarak bloke hesaba aktarılmaya bankayı yetkili kılmakta ve bu bloke hesap üzerinde bankaya rehin hakkı veya mahsup yetkisi tanımaktadır. Ayrıca, keşideci ile banka, çekler ödendikçe, her çek yaprağı için 20.000 TL.'nın bloke hesaptan çıkarılarak alacaklı cari hesaba geçirileceği hususunda anlaşmaktadırlar.

G. Kısmi Karşılığı Ödeme ve Çeki İade Mükellefiyeti

Çek Kanunu m.4, ağır para cezası müeyyidesi altında (Bkz. ÇK.m.15) bankayı, kısmi karşılığı bulunan çekin kısmi karşılığını ödeme mükellefiyetine sokarken (46), Çek Kanunu m.5 de burada, kısmi karşılıksız çek sözkonusu olacağından, kısmen ödenmeme sebebinin (:karşılıksızlık) çekin üzerine yazılarak, çekin hamile iade mükellefiyetini kanunlaştırmıştır. Bu durumda, bir taraftan, banka için kısmi karşılığı ödeme mükellefiyeti doğarken, diğer taraftan, keşideci için de, kural olarak, karşılıksız çek hükümleri uygulanma alanı bulacaktır.

Bankacılık tatbikatında, genelde, kısmi karşılık söz konusu olduğunda, kısmi karşılık ödenirken çekin bankaca iade edilmemesi, bankada alıkonulması cihetine gidilmektedir. Çekin aslının hamile iade edilmemesi halinde, hamil, karşılıksız kalan kısım için çek borçlusunu takip imkanından mahrum kalacaktır. Zira, çek borçlusunu takip için çekin aslının takip talebine eklenmesi gerekir (47). Bir hak mahrumiyetine sebebiyet verecek bu sakıncanın yanı sıra, çekin bankada alıkonularak ha-

---

46. Ayrıca bkz. ve karş. TTK.m.686/f.2.

47. Bkz. İcra ve İflas Kanunu m.167/f.2 "Alacaklı takip talebinde 68. maddedeki hususlardan başka iflasa tabi borçlusu aleyhine haciz ve iflas yollarından hangisini istediğini bildirmeğe ve takip talebine kambiyo senedinin aslını ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğini eklemeğe mecburdur".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mile iade edilmemesi, bir yandan Çek Kanununun 4. ve 5. maddesinin emredici nitelikleriyle, diğer yandan da Türk Ticaret Kanunu m.730 No:8'in atfı dolayısıyla kısmi ödemenin çekin üzerine işaret edilerek muhataba bir makbuz verilmesini öngören TTK.m.621 ile açık çelişki halindedir. Bankacılık tatbikatında, bu sorunun, çekin aslının hamile iade edilerek, bankanın noterden tasdikli çek fotokopisini saklaması suretiyle çözümlenmesi pek haklı ve yerinde olarak önerilmektedir (48).

2. Keşideci Açısından

A. Çek Karnelerini İade Mükellefiyeti

Bu mükellefiyet hakkında yukarıda IV/1/B ve C'de teferruatlı bilgi sunulduğundan, gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla, o bölüme atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

B. Çek Keşide Etmeme Mükellefiyeti

Düzeltme hakkına (ÇK.m.8) sahip olmasına rağmen bu hakkını hiç veya usulüne uygun olarak kullanmayan hesap sahibi bir yıl süreyle çek keşide etmemekle mükelleftir (ÇK.m.7) (49).

Merkez Bankasının I No.lu Tebliğinin 4. maddesinin (A) bendinin (b) fıkrası, bir yıllık sürenin başlangıcı olarak, karşılıksız kalan çekin ibraz tarihini tespit eder (50).

Çek keşide etmesi yasaklanan keşideci hukuken geçerli bir çek (Bkz. TTK.m.692, m.693) keşide ederse, karşılığı olmak şartıyla, banka bu çeki ödemek zorundadır (ÇK.m.4) (51). Ancak yasağı ihlal eden keşideci hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılır (ÇK.m.13/f.2).

C. Keşideciye Düzeltme Hakkı Tanınması

Karşılıksız çek keşide edene Çek Kanunu m.8 bir düzeltme hakkı (:droit de réctification) tanımıştır. Bu hakkın kullanılmasının şartları şunlardır:

---

48. Bkz. Reisoğlu, s.120.
49. Bkz. IV.1.B.c.
50. Aksi fikir için bkz. Domaç, s.57.
51. Bkz. Reisoğlu, s.130.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

-Karşılıksız kalan çek meblağının, %10 tazminatı ve gecikme faizi (Bkz.GKTFK.m.2/f.3, TTK.m.3) ile birlikte hamil adına muhatap bankaya tevdi edilmesi gerekir (ÇK.m.8),

-Bu ödeme keşideciye gönderilen ihtarın (ÇK.m.7) tebliğinden itibaren (bu tarih hariç) yedi iş günü içinde yapılmalıdır (ÇK.m.8). Keşidecinin bu tebligatı beklemeden, almadan da bu ödemeyi yapmasına bir engel yoktur,

-Düzeltme hakkı karşılıksız çekin ibraz tarihini takip eden bir yıl içinde iki defa kullanılabilir (ÇK.m.8). Bu bir yıllık sürenin geçirilmemiş sayılması bakımından karşılıksız çeklerin aynı banka üzerine keşide edilmiş olması gerekli değildir (52).

Düzeltme hakkının kullanılmasına bağlanabilecek hukuki sonuçlar şunlardır:

-Bu hakkı kanuna ve usulüne uygun olarak kullanan keşideci çek keşide etme hakkını yeniden kazanır,

-Bu hakkı kanuna ve usulüne uygun olarak kullanan keşideci çekle işleyen hesap açabilir (ÇK.m.8/f.2),

-Bu hakkın kanuna ve usulüne uygun olarak kullanılması halinde karşılıksız çek keşide etme suçunun takibi için gerekli şikâyet hakkı doğmaz (Bkz. ÇK.m.16/f.2).

Bu hak kullanılmadığı takdirde ise, keşideci, bir yıl süreyle çekle işleyecek hesap açamayacağı gibi, çek keşide etme hakkından da yoksun kalır (Bkz. ÇK.m.7 ve m.9), takibi şikâyete bağlı karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından da hamilinin şikâyet hakkı doğar (Bkz. ÇK.m.16 a contrario). Banka şubeleri düzeltme işlemini yerine getirmemeleri sebebiyle bir yıl süre ile çek keşide edemeyecek hesap sahiplerinin açık kimliklerini Merkez Bankasına bildirecek, Merkez Bankası da, bu bilgileri intikal tarihinden itibaren otuz gün içinde Banka Genel Müdürlüklerine iletecektir (53).

---

52. Bkz. ve karş. Y. 11. HD. 11.2.1987 E.1987/7941 K.1987/6992 (YKD., C.XV, S.6, Haziran 1988, s.802 vd.); Y 7. CD. 9.10.1985 E.1985/6018 K.1985/7952 (YKD., C.XII, S.2, Şubat 1986, s.301).

53. Merkez Bankası Tebliği, Sıra No:1, m.6/a-b.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

D. Karşılıksız Çek Çekme Suçunun İkaı ve Cezalandırılması

-Bir ile Beş Yıl Arası Hapis Cezası: Karşılıksız çek keşidesi halinde, fail hakkında 3167 sayılı Çek Kanunu ile bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (ÇK.m.16/f.1). Karşılıksız çek çekme suçundan dolayı takibat yapılabilmesi için çek hamilinin şikâyeti gerekir. Hamil hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetten vazgeçebilir. Karşılıksız çek keşide edenin düzeltme hakkını kullanması (ÇK.m.8) veya (bu hakkı yoksa) yedi iş günü içinde düzeltme hakkının konusunu teşkil eden meblağı muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırması halinde ise şikâyet hakkı doğmaz (ÇK.m.16/f.2) (54).

-Çek Hesabı Açamama-Çek Keşide Edememe: Karşılıksız çek suçu işleyenler hakkında mahkeme ayrıca, işlenen suçun mahiyetine göre bir ilâ beş yıl arasında belirleyeceği bir süre için failin bankalarda çek hesabı açmasının ve çek keşide etmesinin yasaklanmasına karar vermek zorundadır (emniyet tedbiri). Yasaklama kararı bütün bankalara duyurulmak üzere Merkez Bankasına bildirilir (ÇK.m.16/f.1) (55).

3. Hamil Açısından

-Karşılıksızlık sebebiyle çekin ödenmemiş olduğu hususunun çekin üzerine yazılması ve bankaca imzalanması halinde (Bkz. ÇK.m.5; Karş. TTK.m.720/2) hamil, keşideciye (varsa) ciranta ve avalistlere müteselsil borçlu sıfatıyla müracaat edebilir. Türk Ticaret Kanununun müracaat

---

54. 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:
"Bu fiillerden dolayı takibat yapılması çek hamilinin şikâyetine bağlıdır. Şikâyet süresi çekin bankaya ibraz tarihinden başlar. Şikâyetten vazgeçmekle, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verileceği gibi, keşidecinin çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde de, vazgeçme şartı aranmaksızın, kamu davasının ve cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilir. Fiili işleyenin 8 inci maddeye göre düzeltme hakkını kullanmak suretiyle hamilin zararını karşılamış olması veya düzeltme hakkı yoksa, anılan maddede belirtilen müddet içinde çek bedelinin karşılıksız kalan kısmını %10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırmış bulunması halinde şikâyet hakkı doğmaz." (Bkz. RG. 26.1.1993, S.21477).

55. Bu konuda daha fazla ve teferruatlı bilgi için bkz. Dönmezer, s.437 vd.; Domaniç, (KEHU), s.787 vd.; Donay, s.95 vd.; Uyar, Karşılıksız Çek Çekmek (Keşide Etmek) Suçu, AÜD., S.1987/5-6, s.871 vd.; Başaran, Karşılıksız Çek Vermek Suçu, AD., 1986, Eylül-Ekim, S.5, s.85 vd. Fransız Hukuku bakımından karş. Hémard/Laederich, s.9, No:110 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hakkının kullanılmasına ilişkin hükümleri (TTK.m.720, m.721, m.722) Çek Kanunu m.8'de düzenlenen düzeltme hakkı ile, Çek Kanunu m.16/f.2'de düzenlenen hak ile birlikte ele alınmak gerekir (56). Kural olarak, çeki karşılıksız kalan, ancak düzeltme hakkını kullanmayan keşidecinin, hamile karşı, TTK.m.695/2 ile TTK.m.722'ye dayalı mali sorumluluğu saklı sayılmaktadır (57).

-Hamil, çekin karşılığının kısmen bulunması halinde, bu kısmi karşılığı bankadan talep edebilir. Banka da bu meblağı hamile ödemek zorundadır (ÇK.m.4) (58).

-Hamil, tamamen veya kısmen karşılıksız çekin her çek yaprağı için bankadan 20.000 (125.000) TL. talep hakkını haizdir. Banka bu meblağı ödemekle mükelleftir (ÇK.m.10) (59).

-Hamil, karşılıksız çek keşidesi dolayısıyla keşideciyi Savcılığa şikâyet ederek, cezalandırılmasını talep edebilir (ÇK.m.16) (60).

56. Bkz. ve Karş. Poroy, (KEHE), s.271.

57. Bkz. Domaniç, (KEHU), s.787. Karş. Karakaya, En son Değişikliklerle Karşılıksız Çek ve Uygulaması, Ankara 186, s.52 vd.

58. Burada kısmi karşılıksız çek sözkonusudur. Bkz. IV.1.C.

59. Bkz. IV.1.F.

60. Bkz. IV.1.2.D.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KISALTMALAR

ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
AD.	:	Adalet Dergisi
AÜSBF.	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BATİDER.	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	:	Borçlar Kanunu
C.	:	Cilt
f.	:	Fıkra
İKİD.	:	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
Karş.	:	Karşılaştırınız
KD.	:	Kararlar Dergisi
m.	:	Madde
RG.	:	Resmi Gazete
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
t.	:	Tome
TCK.	:	TürkCeza Kanunu
TTK.	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	Ve devamı
YCD.	:	Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK.	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHD.	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
YKD.	:	Yargıtay Kararları Dergisi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

GENEL KAMU HUKUKUNUN ALANI VE METODU ÜZERİNE BİR ARAŞTIRMA

Prof. Dr. Mehmet AKAD*

Hukuk Fakültelerinin son sınıflarında yer alan "Genel Kamu Hukuku" dersinin içeriğine baktığımızda, genelde konunun -az çok farklı yaklaşımlara rağmen-iki başlık altında ele alındığını görürüz; "Siyasi Düşünceler Tarihi (ya da Devlet doktrinleri) ve "Temel Hak ve Özgürlükler." Bu iki konu, dersi veren kürsü üyelerinin eğilimlerine göre şekillenmekte, bu nedenle de konulardan biri ötekine oranla ağırlık taşımakta, böyle olunca iki inceleme alanı arasındaki denge bir türlü kurulamamaktadır.

Bu çalışmamızda, birbiriyle yakından ilişkili, ama ilk bakışta sanki ayrı alanların konularıymış gibi duran bu iki başlıktan oluşan bütünün ilgi alanı ve metodunun ne olduğu ya da ne olabileceği üzerinde durmak istiyoruz. Böylece belki de konuya ilişkin bir tartışma başlayabilecek, konuya ve özellikle de metoda ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılarak bu disipline yeni boyutlar, yaklaşımlar kazandırılabilecektir. İnanıyoruz ki, Genel Kamu Hukuku'na bu yönde getirilecek renk tonları ve çeşitlemeler ile konu daha kapsamlı ve pedagojik olarak da daha bir ilgi ile izlenebilen kimliğe kavuşacaktır...

GENEL KAMU HUKUKUNUN KONUSU:

Yukarda da belirtildiği gibi, Genel Kamu Hukukunun iki ana başlığını oluşturan Siyasal Düşünceler Tarihi ile Temel Hak ve Özgürlükler; gerek Anglo-Sakson, gerekse Kara Avrupası üniversitelerinde iki ayrı ders halinde ve farklı sınıflarda ele alınmaktadır. Bu çerçevede örneğin Fransa modelinde "Genel Kamu Hukuku"ndan sözedildiğinde Fransız Anayasa Hukuku Profesörü François Luchaire şu ilginç açıklamayı yapmaktadır; "Hukukun genel problemine baktığımızda, hukukçuların şu soruyla karşılaştığını görürüz; Hukuk, hangi ölçüde ve niçin zorlayıcıdır? Dünyanın kuruluşu kadar eski olan bu soruna çeşitli cevaplar getirilmişse de bugün bir disiplin olarak adına Genel Kamu Hukuku veya Hukuk

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Felsefesi denilen bir hukuk dalı konuyu ele almış ve tarihsel gelişim içinde getirilen görüşleri de sergileyerek cevap aramayı sürdürmüştür" (1).

Şimdi bu kısa açıklamaya bakarsak, Genel Kamu Hukukunun ilgi alanının ana çizgilerini ve hangi konuyu araştırdığını da anlarız; bu konu; hukukun zorlayıcı gücünü nereden ve nasıl aldığını araştırır, tarihsel gelişim içinde geçirdiği evreleri ele alır ve inceler. Bu haliyle hukuk felsefesine yakındır, ya da daha açık bir deyişle onunla özdeşleşmiştir...

Acaba, bu tesbit bugün de geçerli midir, şimdi onu görelim.

F. Lüchaire, gene aynı çalışmasında Siyaset Sosyolojisi ile Siyaset Biliminin ilgi ve araştırma alanlarını tesbit etmeye çalışırken bakın ne diyor; "Marcel Prélot'un ayırımına baktığımızda şunları görürüz; Siyasal Düşünceler; Hukuk fakültesi 4. sınıfında okutulmaktadır, Siyasal Kurumlar; Anayasa Hukuku ve İdare Hukukunun inceleme alanına girer, son olarak Siyasal Yaşam; siyaset bilimi ya da siyaset sosyolojisinin ilgi alanını oluşturur" (2).

Görülüyor ki, Siyasal düşünceler tarihi, ayrı bir ders olarak Hukuk Fakültelerinin son sınıflarında yer alıyor. Temel Hak ve Özgürlüklerin de gene aynı fakültelerde "Kamu Hürriyetleri" (Libertés Publiques) başlığı altında ele alındığını biliyoruz (3). Böyle olunca, iki ayrı dersin ve dolayısıyle de disiplinin konusunu oluşturan Özgürlükler ve Siyasal düşünce'nin nasıl bir bağlamda tek başlık altında toplanacağı sorusuyla karşılaşıyoruz..

Sorunun yanıtı, kanaatimce Genel Kamu Hukukunun alanını oluşturan iki konunun birbiriyle ne ölçüde ilişkili olduğu ve hangi noktada kesiştiklerinin tesbitinde saklıdır. Daha başka bir deyişle, Temel Haklar ve Özgürlükler ile Siyasal Düşünce Tarihi (ya da Devlet Doktrinleri) ilk bakışta sanıldığı gibi birbirinden kopuk alanlar mı, yoksa onları birbirine yaklaştıran bir ortak zemin var mı?

---

1. Bkz. F.Luchaire, Cours d'Introduction à La Sociologie Politique, Polycop., Paris, 1969, s.46.
2. Bkz. F.Luchaire, age. s.26.
3. Bu konuda J.Rivero, J.Roche, C.A.Colliard, J. Robert'in "Kamu Hürriyetleri" kitapları örnek gösterilebilir. Jean Roche, kitabına bu konunun Hukuk Fakülteleri 3. sınıfında okutulması nedeniyle hazırlandığını belirterek başlıyor. Bkz. Libertes Publiques, Ed. Montchrestien, Paris, 1975, s.1. Daha geniş bir liste için bkz. J.Mourgeon J.P. Theron, Libertés Publiques, PUF, Paris, 1979, s.15.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Gerçekten, ister Siyasal Düşünce Tarihi diyelim, ister Devlet Doktrinleri, her şeyden önce bu başlık altında Devletin ortaya çıkışı ve gelişmesinin incelendiğini bu alandaki çeşitli ülkelerden düşünürlerin görüşlerinin ele alındığını biliyoruz. Bu konuda hazırlanan bir ders kitabının önsözünde şu açıklamalara rastlıyoruz. "İlkçağlardan günümüze dek toplum, devlet, iktidar, kişi hak ve özgürlükleri ve eşitlik kavramları ve bunların insanlar ve toplumlar için yarattığı sorunlar güncelliğini korumaktadır. (...) Bu görüşlerin ve düşünce sistemlerinin toplum düzeni, devlet yapısı, iktidar anlayışı ise, birey açısından bireyin toplum içindeki yeri ve önemi, hakları, yetkileri, özgürlüğü bakımından önemlidir" (4).

Görülüyor ki, Genel Kamu Hukukunun inceleme alanı belirlenirken; geçmişte ve günümüzde toplum çerçevesinde oluşan DEVLET, İKTİDAR, KİŞİ HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ VE EŞİTLİK kavramları, birbiriyle yakın ilişkisi açısından ele alınıyor ve inceleme alanının sınırları ve konuları açıklanıyor. Burada bir yanda devlet yapısı ve onun içindeki iktidar olgusu, öte yanda ise toplum içindeki bireyin yeri, önemi, yetkileri, hak ve özgürlükleri bir bütünün iki parçası gibi kabul edilmiş ve araştırma konusu olarak ele alınmıştır. Daha sadeleştirirsek, bir yanda devlet ve onun motor gücü olan siyasal iktidar, öte yanda da toplum ve onu oluşturan bireylerin davranışlarını düzenleyen hak ve özgürlükleri...

Gene bir başka ders kitabında da Kamu Hukukunun ilgi alanı şöyle açıklanıyor; "Bu kitapta Kamu Hukuku başlığı altında, birbirine çok bağlı, iki genel konu ele alınmıştır. Bunlardan birincisi, Devletle ilgili görüşlerdir ki, buna Devlet Doktrinleri diyoruz. İkincisi ise kişinin Devlete karşı korunması, hak ve özgürlüklerinin incelenmesi ile ilgilidir, buna da Temel Hak ve Özgürlükler bölümü diyeceğiz" (5).

Yukarıda ki gözemimiz, burada da geçerli. Gerçekten, devletle ilgili sorunlar ele alındığında akla hemen kişinin toplumdaki yeri ve durumu geliyor, nasıl bir çerçevede korunacağı ortaya çıkıyor ve sonuçta hak ve özgürlükler sistemine eğilmek zorunluğu doğuyor. Burada dikkat çeken bir başka önemli nokta da, bu iki konunun birbirine çok bağlı olduğu gözlemidir. Bu tesbite katılmamak elde değil; devlet ve iktidar denilince akla otorite ve zorlama yetkisi geliyor, bu yapı ortaya çıkınca da kişinin durumu ve korunması sorunu bir çağrışım olarak kendini gösteriyor.

4. Bkz. Ayferi Göze, Siyasal düşünceler ve Yöntemler, Bte y., İst., 1986, s..V.
5. Bkz. İlhan Akın, Kamu Hukuku, 4. Bası, İst., Üçdal Y., s.XI

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Devlet-Toplum ve İktidar-Kişi ikilemleri bu çerçevede ve Genel Kamu Hukukunun ilgi alanları şeklinde en genel çizgileriyle belirlenmiş oluyor...

İşte bu anlayışın ve yaklaşımın bir uzantısı olarak her ders yılı başında, konuların incelenmesine girmeden önce öğrencilere TOPLUM çerçevesinde İKTİDAR-KİŞİ ilişkisi ve diyalogunu şematik olarak vermeyi gelenek haline getirdim. Toplum düzeni ve onun bağlı olduğu Devlet modelini biçimleyen iktidarın yapısı, işleyişi ve toplumla olan bağlantısının tarihsel gelişim içinde incelenmesini, "Siyasal Düşünceler Tarihi başlığı altında (ya da "Devlet doktrinleri") ele alırken, metodik yaklaşımı da belirlemiş oluyorum. Öte yandan toplumu oluşturan kişilerin, siyasal iktidarın ortaya çıkışından bu yana, iktidarla etki-tepki ilişkilerini, istek ve taleplerini iletme yollarını da gene aynı bağlamda ele almak gerekiyordu. Kişiler, tek tek, ya da topluca ve örgütlü olarak iktidara seslerini nasıl duyuruyorlar, denetleme fonksiyonlarını hangi kanallardan yararlanarak yerine getiriyorlar gibi soruların karşılığı ise, bizi Haklar ve Özgürlükler sisteminin incelmesine götürüyordu.

Gerçekten, siyasal iktidar, Devletin motor gücü olarak yasa koyma ve uygulama yoluyla toplumu yönetme fonksiyonunu yerine getirirken, o toplumun üyelerinin de karşılık olarak iktidarı etkileme, yönlendirme ve uyarma faaliyetlerini yerine getirecek kanallara gereksinmesi olduğu sonucuna varılıyor. Bu kanallar aracılığı ile kişiler, isek ve taleplerini "meşru" şekilde iktidara iletebileceklerdir ki biz bunlara, Anayasa'da düzenlenen şekliyle "Temel Haklar ve Özgürlükler" sistemi diyoruz. İşte ancak bu yoldan kişiler iktidara seslenebilecekler ve kendilerini duyurmaya çalışabileceklerdir. Siyasal iktidarın demokratik toplumlarda ve çoğulcu yapıda meşru yoldan denetlenmesinin başka yolu yoktur!

Burada bir başka noktaya daha açıklık getirmek istiyorum; neden global olarak "Devletin"in değil de siyasal iktidarın ve onun bağlı olduğu toplumdaki kişilerle olan ilişkinin tarihsel evrimi?

Sorunun ilk yanıtı, yakınlarda yayımlanan bir doktora tezinin "Giriş"inde açıklanıyor; "Önce Devlet, modern siyasi-hukuki düşüncenin merkez kavramı olarak, zaman ve mekanla sınırlanacak ve bir Devlet felsefesinin ancak XVI.y.y.da Batı'da doğabileceği, bu sınırlar dışında, modern anlamda Devlet'in düşünülemeyeceği..."(6).

6. Cemal B.Akal, Sivil Toplumun Tanrısı, Afa y.İst., 1990, s.9.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Gerçekten, benim de katıldığım bu görüş açısından olaya yaklaşırsak, ilk çağdaki eski Yunan toplumundan XVI. yüzyıla gelene dek inceleme alanı olarak seçilen siyasal yapıya "devlet" demenin, öyle tanımlamanın olanaksız olduğu anlaşılıyor (7).

İkinci yanıt, ikinden daha karmaşık ve öncelikle Anayasa Hukukunda Kara Avrupasında başlayan "Devletin üzerindeki mistik örtünün kaldırılması akımına bağlı...(8) Bunun bir sonucu olarak da artık Devlet olgusu ve anayasal kurumları, tüm ülkeler için geçerli ve mutlak değerde değil, farklı ülkelerin yapılarına ve inançlarına göre şekillenen göreli siyasal rejimler olarak ele alınıp incelenecektir (9).

Böyle bir yaklaşım, doğal olarak Siyasal Kurumları ve onların tahlilini ön plana çıkarırken, siyaset bilimine ve giderek siyaset sosyolojisine de ilgi artmıştır. (bkz. supra, F.Luchaire ve M.Duverger'nin referans verilen eserleri) Sorunumuzun yanıtı da sanırım burada saklıdır; Devlet olgusuna yaklaşırken "İktidar kimin elinde? "sorusunun karşılığı bizi siyasal iktidarın yapısı ve niteliği üzerinde araştırma yapmaya yöneltirken, Devletin kutsal, dokunulmaz, tartışılmaz gibi duran kurumsal dokusunun üzerindeki örtünün de kaldırılmasını zorunlu kılıyor...(10) Böyle olunca da artık iktidarın çözümlenmesi ve onun toplumdaki kişilerle karşılıklı ilişkilerinin ele alınıp inceden inceye gözden geçirilmesi gerekiyor. İşte bu gerekirlik, Genel Kamu Hukuku disiplinin, iktidarın ve özgürlüklerin tarihsel gelişim içinde birlikte, iki alt başlık halinde inceleme alanını oluşturuyor.

Gerek iktidar, gerekse özgürlüklerin tarihsel gelişim içinde baştan sona gözden geçirilmesinin ortaya çıkardığı malzemenin değerlendirilmesi ise bize bu iki öğenin teorik çerçevesini çizmekte yardımcı oluyor. Tarih boyunca iktidarın geçirdiği evreler sonucu kimlik değiştirmesi-monarşik iktidar, azınlık iktidarı, çoğunluk iktidarı, demokratik iktidar, sosyal-demokrat iktidar gibi-özgürlükleri de etkilemiş, onlar da klasik haklar ve özgürlükler, siyasal haklar ve özgürlükler, ekonomik, sosyal, kültürel haklar ve ödevler gibi kimlikler kazanmışlardır. Aynı şekilde

---

7. Bu konuda bkz. Jean Touchard, Histoire Des Idées Politiques, PUF, Paris, 1961, s.244 vd.
8. "La Démystification de L'Etat" kavramı için bkz. Maurice Duverger, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, PUF, Paris, 1970, s.6.
9. Bkz. m. Duverger aynı yerde.
10. Bkz. F.Luchaire, age. s.9.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

eşitlik anlayışının yasa karşısında başlayıp sosyal'den geçerek siyasal'da tamamlanması gibi...(11).

Böylece bir yandan iktidar renk değişimlerine uğrarken, hemen ona paralel özgürlükler de aynı yönde muhtevasını zenginleştirmiş, alanını genişletmiş, toplumsal yapıdaki çoğulculuğa birlikte ayak uydurmuşlar...

Burada sırası gelmişken, iktidar-özgürlük ilişkisinin tarihsel gelişimi konusundaki klâsik şema üzerine küçük bir açıklama yapmak istiyorum; bilindiği gibi, haklar ve özgürlükler, toplum-iktidar çerçevesinde ele alınırken, hep iktidardan koparılan ödünler, ya da onun sınırlandırılmasıyle orantılı olarak ortaya çıkmış, gelişmiş ve yaygınlaşmıştır diye kabul edilir (12). Böyle olunca, tarihsel evrim içinde haklar ve özgürlüklerin günümüzde varılabilecek en geniş ve iktidarın etki alanından uzak bir aşamaya vardığı sanılabilir. Ne var ki, uygulama, bu teorik varsayımı doğrulamıyor.

Gerçekten, gene F.Luchaire'in belirttiği gibi; monarşiler döneminin kuramcılarından J.Bodin ve T.Hobbes, o dönemde egemenin (kralın) her şeyle uğraşmadığını, kişiye özgürlüğünü kullanacağı geniş bir alan bırakıldığını, hele bugüne oranla iktidarın etkisinin hatırı sayılır ölçüde sınırlı olduğunu söylemektedirler (13).

İlk bakışta olumsuz gibi gözüken bu tesbit, dikkatle incelenince büyük bir gerçek payı taşıyor kanısındayım. Çağdaş devleti tanımlar ve açıklarken "müdahaleci-devlet, koruması-devlet, refah-devleti" ve nihayet "sosyal devlet" başlıklarını kullanmamız, bu anlayışın sonucu olarak iktidarın kişinin mutluluğunu sağlamak, gerekli tedbirleri almak için ekonomik, sosyal ve kültürel hemen her alana el atmasını istememiz ve bunda ısrar etmemiz, doğrudan iktidarın etki ve faaliyet alanının genişlemesini de kabul etmemiz anlamına geliyor. Öyle ki, anayasalara kişinin önündeki engelleri kaldırmak, maddi ve manevi gelişmesini sağlamak için devlete görev veren hükümlerin de (AY. 5.md) konmasıyle bu husus, Anayasal düzeyde de tescil ve kabul edilmiş oluyor. Aynı yöndeki anlayışın bir sonucu olarak sosyal devlette planlı kalınma ilkesinin kabul edilmesi ve gerekli örgütlenmelere iktidar düzeyinde yer verilmesi

11. Bkz. İ.Akın, age. s.315 vd.
12. Geniş açıklama için Bkz. İ.Akın, age s.280 vd.
13. F.Luchaire, age. s.16-17.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bu alan genişlemesinin bir başka örneği sayılmalıdır.

Böyle olunca, insanlar siyasal tercihlerini göstererek belirledikleri iktidardan salt sosyal ve ekonomik güvenceler değil, günlük yaşamlarını, boş zamanlarını da kapsayacak düzenlemeler, önlemler alınmasını bekliyorlar; Spor alanlarının çoğaltılması, müze ve tiyatroların açılması ve korunması, çeşitli sanat etkinliklerinin sağlanması gibi...

Bir yandan klâsik haklardan başlayarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklara kadar uzanan bir haklar ve özgürlükler demeti, öte yandan çağdaş devlet anlayışının bir sonucu olarak toplum içinde ve çeşitli gruplar halinde yaşayan insanın gereksinmelerinin iktidarca karşılanması zorunluğu, gerçekten giderek insanı yönetimlere ve onun düzenleyici gücüne daha bağımlı, daha duyarlı kılmıştır. bilindiği gibi, hak ve özgürlüklerin yasayla düzenlenmesi esastır ve hukuk devletinin temel ilkesidir. İnsanların iktidardan çeşitli alanlardaki beklentilerinin topluma yansımasının çaresi de bu durumda, yasal düzenlemeler olacaktır. Her düzenleme beraberinde bir tanımlama ve sınırlama da getirir (14). Böylece istem ve gereksinimleri doğrultusunda çıkarılan yasal düzenlemeler ağı ile sarılan insanoğlunun gerçekten F. Luchaire'i haklı çıkaracak şekilde eski dönemlerde olduğu gibi geniş bir özgürlük alanına sahip olduğu, bugün için artık kolayca söylenemeyecektir.

TEORİ VE UYGULAMA; METOD SORUNU

Genel Kamu Hukukunun ilgi alanını ve iki temel dalını siyasal iktidarın gelişmesi ve işleyişi-kişilerin hakları ve özgürlükleri bağlamında tesbit edip ele aldığımızı yukarda açıklamıştım.

Basite indirgersek, iktidar-özgürlük diyaloğunun tarihsel evrimini incelemek bize teorik yapıyı ve öğelerini günümüzdeki boyutlarıyla görmemize olanak tanıyordu (15). Bu noktada akla hemen uygulamanın, yani Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı, tavrı ve bakışı acaba nasıl ve ne yöndedir sorusu geliyor ve cevabın araştırılmasının metod sorununa da ışık tutacağı için dikkatle yapılması gerekiyor...

14. Bu konuda bkz. M. Akad, Genel Kamu Hukuku-Ders Notları, İst., 1989, s.64 vd.
15. Bkz. M.akad, age s.50 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu konuda bize yardımcı olabilecek ilk kararında şöyle diyor Yüksek Mahkeme: "Anayasalar, bir devletin dayandığı hukuki yapının belkemiği niteliğindedir. Devletin temel kuruluşlarının düzeni ile o kuruluşlara düşen görevler ve kişileri hak ve ödevleri bu hukuki yapının bütününü oluştururlar" (16).

Karardan çıkarılacak ilk önemli sonuç, devletin temel kuruluşları diye anılan iktidar organlarının GÖREVİ ile kişilerin HAK VE ÖDEVLERİNİN anayasal düzen içinde karşılıklı diyalogla bir bütün oluşturduklarıdır. Bir başka deyişle, bir yanda devletin temel kuruluşlarının düzeni, yani iktidar ve organlarının işleyişini hükme bağlayan kurallar bütünü, diğer yanda insan hak ve ödevlerini gösteren ve düzenleyen ilkeler. Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme anayasayı tanımlarken onun öğelerine de yer veriyor ve nasıl bir ilişki içinde sistematize edildiğini açıklıyor. Bunu yaparken de hem iktidarın hem de insan hak ve ödevlerinin fonksiyonlarına işaret etmiş oluyor.

Kararın bize gösterdiği ikinci bir sonuç; Anayasa Mahkemesinin kararlarını oluştururken sırası geldikte hem iktidarın yapısı ve işleyişine, hem insan hak ve özgürlüklerinin niteliklerine yönelik yorumlar, açıklamalar getirmesidir. Böyle olunca, iktidarın ve hakların tarihsel gelişim süreci içinde yerini ve bugününü inceleme alanı olarak seçmiş olan Genel Kamu Hukuku'nun, bu kararları da eğilmesi, çözümlemesi gerekmektedir. Bu gerekirlik, hukukun bu dalının metod sorununa da katkıda bulunmakta, teori ile uygulamanın nasıl ilişkilendirileceğini bize göstermektedir.

Bir başka kararında ise Yüksek Mahkeme Anayasa'nın bir hükmünün Anayasa'ya uygunluğunu araştırırken, o hükmü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden bulup çıkardığı "İNSAN HAKLARI İLKESİNE" aykırı sayıyor ve iptal ediyor (17).

Yüksek Mahkeme bu gerekçeyi oluştururken, kararda görüleceği gibi, önce insan haklarına dayalı devlet kavramını alıyor, oradaki insan hakları kavramını açıklamak için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bakıyor, ilgili hükmü karara koyuyor. Böylece ortaya uluslararası hukuktan başlayarak Anayasa'dan geçen çizgide bir "İNSAN HAKLARI İLKESİ çıkıyor.

---

16. Karar için bkz. E: 78/41, K: 71/37, 13.4.1971 T.K. için AMKD. sy. 9, s.428.
17. Bkz. E: 76/43, K: 77/4, 27.1.1977 T.K. için AMKD, sy. 15, s.117

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Haklara ve özgürlüklere ilişkin örnek olarak gösterdiğimiz bu kararının yanı sıra Anayasa'nın getirdiği devlet anlayışını tanımlayan kararları da var Anayasa Mahkemesi'nin. Bunlardan ilkinde çağdaş devletin "Hukuki" özünü şöyle açıklıyor: "Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunduğu bilinciden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir" (18).

Bu biraz uzun ama içerik bakımından zengin ve anlamlı tanıma baktığımızda, yukarda verilen İnsan Hakları İlkesi'ne paralel yönde insan hakları-hak ve özgürlükler bağlantısının kurulduğunu, bu çerçevede bunların korunup güçlendirilmesi gereğine işaret edildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı çok önemlidir ve dikkatle altının çizilmesi gerekir, çünkü evrensel boyutuyla insan haklarını belirledikten sonra bu kavramın Anayasal düzeydeki haklar ve özgürlüklerle açıklanıp düzenleneceğini karara bağlamaktadır. Böylece Genel Kamu Hukuku açısından inceleme alanı olabilecek kaynak yaratma işlevini yerine getirmektedir (19).

Bir başka deyişle, Yüksek Mahkeme, Anayasa'daki ilke ve hükümleri yorumlar ve açıklarken, iktidarlara nasıl bir devlet anlayışı içinde görev üstleneceklerini göstermekte, kuramsal yapının özelliklerini belirtirken, Kamu Hukukunun ilgi alanına giren konuda yoğun içerikli malzemeyi dikkatlere sunmaktadır.

Gene devletin niteliğine ilişkin çok önemli bir başka kararında bu defa da "Sosyal Hukuk Devleti'ni tanımlıyor:" Güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurumlarıyla anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yo-

18. Bkz. E. 85/31, K.86/11, 27.3.1986 T.K. için R.G.9.5.1986-19109.
19. İnsan Hakları kavramının bir açıklaması için bkz. M.Akad., age. s. 78 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

luyla gerçekleştirilebilir" (20).

Çağdaş devlet anlayışının dokusu ve yapısını açıklarken sosyal devlet ve hukuk devleti sentezinden yararlanan Yüksek Mahkeme, özellikle günümüzde insanın korunmasının salt yasa karşısında değil ama toplumsal yaşamda ve sosyo-ekonomik koşullar karşısında da sağlanması gerektiğine işaret etmektedir. Anayasa'nın ikinci maddesinde yer alan "demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmü de bu anlayışla hukuk devletinin artık "sosyal güvenlik ve sosyal adaleti"de gözönünde tutan bir yaklaşımla uygulamaya taşınacağını iktidarlara söylemektedir. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi bu kararıyle hem devletin temel kuruluşlarına, anayasal kurumlarına ve bu mekanizmayı işletecek motör güç siyasal iktidarlara çağdaş devletin amacı ve hedefini işaret etmekte, öte yandan da toplumdaki kişiye ve onun korunmasına (hukuksal ve sosyo-ekonomik planlarda) ancak bu yaklaşımla bakıldığında ve uygulama yapıldığında etkili olunabileceğini hükme bağlamaktadır.

İşte insan ile siyasal iktidarın karşılıkla etki-tepki ilişkisinin, diyaloğunun belirlenip sergilendiği bu çerçeve, Genel Kamu Hukuku'nun inceleme alanıdır.

Böylece teori ve uygulama açısından metod sorusuna baktığımızda; bir yandan iktidarın, hak ve özgürlüklerin tarihsel gelişimi ile teorik çerçevenin çizilebildiğini, öte yandan da Yüksek Mahkeme'nin kararları ışığında ayın yapının uygulamaya taşınmasının getirdiği verilerin incelemesiyle de konunun diğer yüzünün aydınlatılabileceğini tesbit etmiş oluyoruz.

Teori ile pratiğin aynı yapı içindeki kavramlar aracılığı ile birbirine yakınlaştığı, kimi zaman da kesiştiği bu ortamın tümüyle Kamu Hukuku'nda bugüne kadar geçerli olan metodla çözümlenebileceği söylenemez. Yukarda da belirttiğim gibi, (supra, siyaset sosyolojisinin rolü) siyasal bilimin ve siyaset sosyolojisinin yaklaşım modelleri, devlet-iktidar bütününe özellikle günümüzün çok yönlü, çok boyutlu olguları nedeniyle, artık farklı bir içerikle bakmayı sağlamakta, hem de zorunlu kılmaktadır (21).

---

20. Bkz. E. 88/19, K. 88/33, 26.10.1988 T.K. için R.G. 11.12.1988-20016

21. Bu konuda etraflı bir çalışma için bkz. M.Duverger, Sociologie de la Politique, Paris, PUF, 1973, passim. Bir uygulama denemesi için bkz. M. Akad, Baskı Gruplarının Siyasal İktidarla İlişkileri, İÜHF y., 1976, s.6 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Böyle olunca, günümüzün mozaikleşmiş çoğulcu toplum yapısının incelenmesi de, artık bu yaklaşım modelleri aracılığı ile ele alınacak, siyasal bilimin metodları yardımcı araç olarak birer başvuru kaynağı kabul edilecektir. Böyle bir bakış açısı, iktidara yaklaşırken bizleri hukuk tekniğinin normatif yapısının getirdiği sertlikten kurtaracak, öte yandan da "siyasal katılmanın koşulları", "propaganda", "kamuoyu", iktidarı etkileme, istek ve talep ulaştırılması yolları ve kanalları gibi sosyo-politik öğelerin sivil-siyasal toplum bağlamında nasıl ele alınması gerektiğini gösterecektir.

Yukarda da söylediğim gibi, bu yapı Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına da yabancı değildir. Gerçekten Yüksek Mahkeme, sırası geldikte verdiği milli, laik, demokratik devlet tanımlarının yanı sıra bir kararında "toplumsal açıdan büyük önem gösteren alanlardaki yüksek öğretim ve eğitimin gerek siyasal çevrelerinin ve özellikle siyasal iktidarın, gerekse toplumdaki çeşitli kümelerin etkilerinin dışında tutulmuş bir öğretim ve eğitim düzeni ile olabilir." (22) diyerek iktidar-baskı grupları ilişkisine değinmiş ve böylece çağdaş pluralist yapının öğelerini ve işlevlerini açıklamıştır. Konunun ekonomik gereksinmelere ilişkin boyutunu ise gene bir başka kararında şöyle sergiliyor;" Toplumda bireyleri birarada yaşamaya iten nedenler arasında kuşkusuz ekonomik gereksinmeler başta gelir. Siyasal otoritenin niteliği de bu gereksinmelerin karşılanmasında ve güvence altına alınmasında tutulan yola göre değişmektedir. Bu yol ya belirli kişi veya grupların ya da toplumu oluşturan bireylerin tümünün çıkarları doğrultusunda olabilir" (23).

Son bir örneği de "demokratik toplum düzenine ilişkin kararından vermek istiyorum; "Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz" (24).

Örnekleri çoğaltmak mümkün. Ne var ki, şu kısa karar alıntıları dahi Yüksek Mahkeme'nin demokratik toplum yapısı, öğeleri, iş ve meslek gruplarının oluşturduğu kümeleri simgeleyen baskı gruplarını, bunların siyasal iktidarla ve toplum çerçevesinde karşılıklı etki tepki ilişki-

22. Bkz. E: 69/81 K. 71/3, 12.1.1971 T.K. için AMKD: sy.9, s.143.
23. Bkz. E: 77/100, K: 77/148, 22.12.1977 T.K. için AMKD, sy.15, s.664-65.
24. Bkz. E: 85/8, K:86/27, 26.11.1986 T.K. için MKD. sy. 22, s.365.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lerini, nihayet böyle bir toplum yapısında hangi kanallardan ve hangi ölçülerde iktidara ulaştırılabileceğini ana çizgileriyle ama açık seçik açıkladığının kanıtı sayılmalıdır, kanaatimce de yeterlidir... Kararların ortaya koyduğu kavramsal yapıya ve kurumsal düzeydeki açıklamalara dikkatle bakıldığında, Genel Kamu Hukukunun metodunu oluşturmada, teori ve pratik arasındaki bağı kurmada Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının ne denli gerekli ve vazgeçilmez olduğu görülmektedir. İktidar-özgürlük ikileminin geçerli olduğu toplum tipinde (pluralist demokratik toplum) bu kavramların işlerliği, büyük ölçüde karşılıklı iletişim kanallarının tıkanmamasına ve bunların (yani Temel Hak ve Özgürlüklerin) yüksek yargı organı tarafından denetlenmesine bağlıdır. Siyasal yapıyla hukuk düzeni ve kuralları arasındaki ilişki, aralarındaki uyum, kanaatimce ancak böyle sağlanabilir. Zaten görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme'nin kararları da hem siyasal toplumun öğelerine, sırası geldikçe değinmekte ve açıklamakta, hem de normatif hukuk düzeninin kurallarına bağlılığı geçerli kılmak için denetim işlevini yerine getirmektedir. Sözkonusu kararların devlet yapısı, özellikleri, iktidarın niteliği, işleyişi ve haklar ve özgürlüklerin tanınması, düzenlenmesi ve sınırlanmasına deyin muhtevasının disiplinimiz bakımından inceleme alanı seçilmesinin gerekçesi de burada gizlidir. Teori ve uygulama, kurumsal yapı ile işleyiş modelleri ve biçimleri arasındaki bağlantı ancak böyle kurulabilir.

SONUÇ:

Bu çalışmada Genel Kamu Hukuku'nun ilgi alanı, ana temaları ve metodu hakkında küçük bir araştırma yapmak, bu suretle sanki gölgede kalmış gözüken kimi konulara ışık tutmak istedim.

İki temel başlık üzerine kurulu olan bu disiplinin, ilk bakışta sanki birbiriyle ilişkisiz gibi gözüken konuları arasında organik ve fonksiyonel bir bağın olup olmadığını araştırırken, böyle bir köprünün ancak teori ve pratik arasında kurulabileceğini, tesbit ettim. Bu tür bir gözlemi kolaylaştıran malzeme ve veri kümesi ise zaten mevcuttu; toplumların tarihsel gelişiminin getirdiği birikim ve uygulamanın; yargı kararlarının bize sunduğu tanımlar, tasniflerden oluşan ve normatif yapıyı çözümleyen zengin muhteva... İki ana temaya bu iki yaklaşımla baktığımda ise, Genel Kamu Hukuku'nun konusu ve metoduna ilişkin yukardaki inceleme denemesi ortaya çıktı. Bu yüzden, çalışmamın konuya ilişkin bir tartışmayı ve değerli etüdleri başlatmasına aracı olmasını diliyor ve bekliyorum...

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA VÜCUDUN MUAYENESİ

Doç Dr. Nur CENTEL*

I. GİRİŞ

Ceza muhakemesinin yürütülebilmesi, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bazı hallerde sanığın veya diğer kişilerin vücudunun muayene edilmesi, kanından örnek alınması veya vücuduna müdahalelerde bulunulması gerekebilir. Ceza muhakemesi açısından, maddi delilleri saptamaya ve güvencelemeye yarayan bu işlemler, anayasa hukuku açısından kişinin vücut bütünlüğüne müdahale teşkil ederler. Bu nedenle, özellikle rızanın bulunmadığı hallerde (1) sözkonusu işlemlere başvurabilmenin koşulları ile sınırını belirlemek gerekir. Aşağıda bu konu, kaynak Alman ceza muhakemesi yasasındaki hükümler ışığında incelenecek ve sonra Türk hukukundaki durum belirtilecektir.

II. GENEL BİLGİLER

1. Kavram

Vücudun muayenesi, ceza muhakemesi açısından önemi bulunan olguları saptayabilmek amacıyla, yaşayan insan vücudunun incelenmesi veya vücuda müdahale edilmesi demektir.

Konuya ilişkin ayrıntılı hükümler bulunan Alman hukukunda vücudun muayenesi, "basit muayene" ve "vücuda müdahale" olarak ikiye ayrılmaktadır.

---

* Marmara Üniversitesi İcra ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

1. Alman öğretisinde, temel haklardan birine müdahale edilmesini kabul etme özgürlüğünün mutlak olmadığı, sözkonusu özgürlüğün, hukuk devleti ile uygun orantı ilkeleri ve insan onuruyla sınırlı bulunduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre, bir temel hakka müdahaleye rızı olmanın geçerli sayılmayacağının yasada açıkça belirtilmemesi, rızanın geçerli olacağını göstermez. Böyle bir durumda, teleolojik yorumla, ceza muhakemesi hukukunun, temel hakka müdahaleye rızı olmaya izin mi verdiği, yoksa kamu çıkarı nedeniyle bu yolu kapatmak mı istediği ortaya çıkarılır. Kamu çıkarı genellikle sözkonusu rızaya karşıdır. Bak K.Amelung, "Zulässigkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung bei strafprozessualen Grundrechtsbeeintrachtigungen", Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, Festgabe zum 10. Jaahrigen Jubilaeum der Gesellschaft für Rechtspolitik (yay. D. Rüthers/X. Starck, München 1984, 7-11.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Basit muayene, yaşayan insan vücudunun veya vücut kısımlarının niteliklerinin, özellikle vücut içindeki yabancı maddelerin varlığının saptanmasıdır. Basit muayenenin bir hekim tarafından yapılması şart değildir (2). Vücuda müdahale edilmeksizin psikolojik durumun veya beynin çalışma biçiminin denetlenmesi bu kavrama dahil olduğu gibi (3), Alman Yargıtayına göre, saç-sakalın kesilmesi veya stilinin değiştirilmesi de basit muayene sayılmaktadır (4).

Vücuda müdahale ise, yaşayan insan vücudundan kan, idrar, sperm, sıvı alınması veya vücuda bir madde verilmesi ya da vücudun deri veya kaslarla örtülü iç kısmına müdahale edilmesi demektir (5). Ağız, anüs veya vajinanın muayenesi ya da sabit olmayan diş protezinin çıkarılması, vücuda müdahale değil, basit muayene sayılmaktadır (6). Ancak, ağız, anüs veya vajinadan, alet kullanılarak yabancı bir cisim alınması, vücuda müdahale kapsamında görülmektedir. Rontgen çekilmesi, ışın verilmesindeki risk nedeniyle, vücuda müdahale sayılmaktadır (7). Vücuda müdahalenin özelliği, sadece hekim tarafından yapılabilmesidir (Alman CMUK m. 81a/1).

Alman uygulamasında basit muayene ile vücuda müdahaleyi ayırıcı ölçü, işlemin acı vermesi veya tıbbi aletlerin kullanılması değildir. Sözgelimi, kan basıncının ölçülmesi, eloktrokardiyografi (EKG), beyin dalgalarının muayenesi (EEG), alet kullanılarak yapıldığı halde basit muayene sayılır ve yardımcı personelce uygulanabilir (8). Buna karşılık, başvurulması sağlık açısından zarar doğurabilecek olan tedbirler, vücuda

---

2. **Dahs** (Löwe/Rosenberg), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Berlin New York 1988, m.81a k.no.15; **H.Dzendzalowski**, Die Körperliche Untersuchung, eine Strafprozessual kriminalistische Untersuchung zu den Paragraphen 81a und 81c StPO, Frankfurt a. Main 1969, 35.
3. **LR-Dahs**, m.81a k.no. 15; **Dzendzalowski**, 35.
4. **BGH**, 9.3.1977, 1 BJs 128/76-Stb 56/57 (**KK-Pelchen**, Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung Gerichtsverfassungsgesetz, yay. G. Pfeiffer, München 1987, m.81a k.no.6). Karş. **J.Benfer**, Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, Köln Berlin Bonn München 1982, 110.
5. **LR-Dahs**, m.81a k.no.22; **Dzendzalowski**, 35; **Benfer**, 111; **V.Stratz**, Körperliche Eingriffe im Strafverfahren, Freiburg 1978, 9; **M.Kohlhaas**, Körperliche Untersuchung und erkennungsdienstliche Massnahmen, Stuttgart 1972, 34-35.
6. **KK-Pelchen**, m.81a k.no.6. Karşıt görüş **H.Rüping**, Das Strafverfahren, München 1983, 80; **K.Peters** Strafprozess, Heidelberg 1985, 328.
7. **LR-Dahs**, m.81a k.no.23; **Benfer**, 113. Ayrıca bak. **Stratz**, 103.
8. **LR-Dahs**, m.81a k.no.23.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

müdahaledir, hekim tarafından uygulanması gerekir. Anjiyo yapılması, beyin ya da omurilikten sıvı alınması veya mide muhtevasının boşaltılması gibi (9).

2. Hukuki Nitelik

Ceza muhakemesi hukukunda vücudun muayenesi, bir koruma tedbiridir. Vücudun muayenesi, koruma tedbirlerinin sınıflandırılmasında, koruma tedbirinin yöneldiği değerler açısından vücuda (10) ya da vücut bütünlüğüne (11), amaç bakımından, delil güvencelemeye, tedbirin uygulanacağı kişiler yönünden sanığa ve üçüncü kişilere yönelik koruma tedbiridir. Tedbire karar verecek makam açısından ise, kural olarak hâkim, istisnaen savcı ve kolluk tarafından düzenlenebilecek (12) koruma tedbirleri arasında yer almaktadır.

Vücudun muayenesi, vücudun aranmasından farklı bir kavramdır (13) Bu farklılık, bir görüşe göre (14), arama ile güdülen amaçtan kaynaklanmaktadır. Şöyleki, vücudun muayenesi, tamamen veya kısmen çıplak vücudun veya vücut kısımlarının niteliklerini öğrenmek amacıyla yapılan incelemedir. Buna karşılık, vücudun aranmasının amacı ise, elbiseler altında veya arasında ya da vücut yüzeyinde, ağız, anüs ve vajinada saklı maddeleri bulmaktır. Aynı görüşe göre, sözgelimi, döğme, ben, leke, siğil gibi vücut alâmetlerini veya tırnak arasında kan, deri parçası, vücutta tırnak ya da enjektör izi gibi suçtan kaynaklanan izleri bulmak amacıyla vücut yüzeyinin incelenmesi, bunlar açıkça göze çarpmıyorsa (el üstündeki, yüzdeki iz gibi), vücudun muayenesi kavramına girer. Buna karşılık, sözgelimi, vücut yüzeyine flasterle sabitleştirilmiş maddeleri veya ağız, anüs ve vajinada saklı maddeleri araştırmak ise, arama sayılır (15). Yutulan veya vücut içinde bulunan maddelerin aran-

---

9. **Benfer** 111, **Kohlhaas**, 35.
10. **Peters**, 415
11. **C.Roxin**, Strafverfahrensrecht, München 1989, 186; **H.H.Kühne**, Strafprozeßlehre, eine Einführung, Heidelberg 1988, k.no.165.
12. **Peters**, 416-417.
13. **Peters**, 329; **Roxin**, 217; **Kaping**, 79; **Dzcudzalowski**, 36; **LR-Dahs**, m. 81a k.no.16; **H.Henkel**, Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1968, 294.
14. **LR-Dahs**, m.81a k.no.16. Ayrıca bak. **Benfer** 116.
15. **Roxin** 217.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ması ise, daima vücudun muayenesi kavramına girer (16).

Diğer görüşe göre ise (17), vücudun muayenesi ile vücudun aranması, amaç bakımından değil, konu açısından birbirinden ayrılır. Aramada, giyinik vücudu kontrol ile yetinilir, muayenede ise, çıplak vücut inceleme konusu olur. Ağız, anüs ve vajinanın incelenmesi de muayene kavramına girer.

III. ALMAN HUKUKUNDA VÜCUDUN MUAYENESİ

1. Tarihsel Gelişim

Kaynak Alman ceza muhakemesi yasasında, 1933'e kadar, vücudun muayenesi ve kan alınmasına ilişkin hükümler bulunmamaktaydı. İlk kez 24.11.1933 günlü yasayla bu konuda yasal düzenleme getirilmiş ve 12.9.1950, 4.8.1953 günlü yasalarla da, vücudun muayenesine ilişkin hükümlerde bazı değişiklikler yapılmıştır (18).

Yasal düzenleme yapılmadan önce Alman hukukunda sanığın vücudunun muayenesinin hukuki niteliği ve koşulları tartışmalıydı. Mahkeme içtihatlarında, bu konuda "arama"ya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirtiliyor (19), öğretide ise, farklı görüşler ileri sürülüyordu. Bir görüşe göre, insan vücudunun incelenmesi, kişinin aranmasından farklıydı ve keşif hakkındaki hükümler uygulanmalıydı (20). Diğer bir görüşe göre ise, vücudun muayenesi, muayenenin amacına göre, kısmen arama, kısmen keşif hükümlerine tabi olmalıydı (21). Kan alınması ise, geçerli sayılmıyordu (22). Ancak, vücudun muayenesi ve

16. **LR-Dahs**, m.81a k.no.16.

17. **Rüping**, 79; **Peters**, 330; **Dzendzalowski**, 36; **Stratz**, 7; **Kohlhaas** 34.

18. Tarihçe için bak. **Dzendzalowski**, 115 vd.

19. Bak. **LR-Dahs**, m.81a k.no.1.

20. Bak. **G.Knuhr**, Die Zulässigkeit einer körperlichen Untersuchung im Strafverfahren, Breslau 1928, 22; **A.Mayer**, Augenscheinsinnahme und Durchsuchung im geltenden Strafprozessrechte unter Berücksichtigung des Entwurfes, Breslau 1911, 49; **A.Klaus**, Die Frage der Duldungspflicht körperlicher Untersuchungen, München 1933, 31.

21. Bak. **G.Arndt**, Die Durchsuchung des menschlichen Körpers im geltenden Strafprozessrecht, Köln 1929, 26-27; Ayrıca bak. **B.Mergenthaler**, Der lebende menschliche Körper im geltenden Strafprozessrecht unter Berücksichtigung des Entwurfes, Bayreuth 1919, 1-5.

22. Bak. **K.Arthur**, Die Frage der Duldungspflicht körperlicher Untersuchungen, München 1933, 114. Ayrıca bak. **R.v. Hippel**, der deutsche Strafprozess, Marburg 1941, 430-431 dn 7.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kan alınması konusunda, Alman ceza muhakemesi yasasının "bilirkişi ve keşif" başlıklı yedinci faslına, sanığın şuurunun incelenmesine ilişkin m.81 (CMUK m.74)'den sonra getirilen 81a vd. hükümleriyle sözkonusu tartışmalar çözümlenmiş oldu (23).

2. Muayenenin Koşulları

a. Sanığın vücudunun muayenesinin koşulları

Alman CMUK m. 81a, muhakeme için önemli olguların saptanması amacıyla sanığın vücudunun muayenesine olanak tanımaktadır. Bu amaçla kan alınmasında ve bir hekim tarafından, hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak yapılacak diğer müdahalelerde sanığın rızası aranmaz. Ancak, bu işlemler, sanığın sağlığı açısından herhangi bir zarar doğurmayacak olmalıdır. Alman CMUK m. 81a'da vücuda müdahale türleri sayılmamış, sadece kan alınmasından açıkça sözedilmiştir. Bu maddenin başlıca uygulanma alanının da kan alınması olduğu belirtilmektedir (24). Sanığın vücudunun muayenesi konusunda aranan koşullar şunlardır:

aa. Şüpheli kişi olma

Alman CMUK m. 81a'ya göre, ancak şüpheli kişinin vücudunun muayenesi mümkündür. "Şüpheli kişi", bu madde anlamında, aleyhinde hazırlık soruşturması yürütülenden başka, kamu davası açılmış ya da sonsoruşturmaya başlanmış olan kişi, yani sanıktır. Ayrıca, geniş anlamda şüpheli kişi kavramına, hakkında verilen hüküm kesinleşmiş olan kişinin, yani mahkûmun da girdiği belirtilmektedir (25).

Bir olayda hazırlık soruşturmasının başlamış sayılması için belli

---

23. Ancak, bu işlemlerin anayasaya uygunluğu konusunda kuşku duyan yazarlar da Alman öğretisinde yok değildir. Bak. **H.Schorn**, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Bingen a. Rhein 1963, 111; **W.Rossmanith**, Die Verfassungsmässigkeit von körperlichen Eingriffen nach Paragraph 81a StPO, Würzburg 1969, 66 vd.

24. **Benfer**, 112-113. İngiliz hukukunda vücudun muayenesi konusunda bak. **A.Wegner** Die Strafprozessuale Durchsuchung und körperliche Untersuchung im englischen Recht, Köln, 1977, 3 vd.

25. Bak. **KK-Pelchen**, m. 81a k.no.2, **LR-Dahs**, m. 81a k.no.6; **Dzendzalowski**, 38.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir işlemin yapılmış olması gerekli değildir. Hazırlık soruşturması, kişinin vücudunun muayenesi istemiyle de başlamış olabilir ki, Alman uygulamasında buna sık sık rastlanmaktadır. Ancak, muayene kararı verilebilmesi için, suç şüphesinin, hazırlık soruşturması başlatılmasını haklı gösterecek ölçüde önemli olması, yani Alman CMUK m. 152/2 (CMUK m. 148/11) anlamında "yeterli dayanak noktaları" bulunması gerekir. Suç şüphesinin bulunup bulunmadığı ancak vücudun muayenesinin sonucuna göre ortaya çıkacaksa, bu işleme başvurmak yerinde olmayacaktır. Alman öğretisinde, Alman CMUK m. 81a'daki önlemlerin amacının, sadece belli bir suç şüphesini kuvvetlendirmek veya çürütmek olabileceği belirtilmektedir (26).

Öte yandan, olayda bir dava engelinin bulunması durumunda vücudun muayenesi sözkonusu olamaz (27). Sözgelimi, diplomasi dokunulmazlığından yararlananlar hakkında Alman CMUK m.81a uygulanamayacağı gibi, milletvekilleri de ancak, suçüstü yakalanmaları halinde dokunulmazlıklarının kaldırılmasına gerek bulunmaksızın muayene edilebileceklerdir (28).

bb. Önemli olguların saptanması

Alman CMUK m. 81a'ya göre, şüphelinin vücudunun muayenesi ve vücuda müdahale, sadece muhakeme için önemli olan olguların saptanması amacıyla yapılabilir. Bunun dışında insan vücudu keyfi incelemelere konu edilemez (29). Ancak şüpheli kişinin vücudunu muayene, şüpheli dışındaki kişiler için olduğu gibi "olayın iz ve sonuçlarını bulma" ile sınırlandırılmış değildir (Alman CMUK m. 81a, 81c).

Dolaylı da olsa suçu, faili, şüphelinin kusurunu ispatlamaya yarayan olgular muhakeme açısından önemli sayılır. Mahkûmiyet, beraat, davanın düşmesi kararları ya da ceza takdiri için önemli olan olgular nedeniyle de muayeneye başvurulabilir (30).

Sözgelimi, kanda alkol veya uyuşturucu madde bulunup bulunma-

---

26. Bak. **LR-Dahs**, m.81a k.no.7; **Dzendzalowski**, 38.
27. **Dzendzalowski**, 38.
28. **KK-Pelchen**, m. 81a k.no. 11-12.
29. **Dzendzalowski**, 40.
30. **LR-Daha**, m.81a k.no 13.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dığını saptamak amacıyla kan alınması ya da olay esnasındaki mücadele nedeniyle sanıkta meydana gelmesi muhtemel yara, bereyi aramak için muayeneye başvurulmasında, muhakeme için önemli olguların saptanması sözkonusu demektir (31).

cc. Sağlık için sakıncalı olmama

Vücudun muayenesi, muayene edilecek kişinin sağlığı açısından herhangi bir sakıncanın sözkonusu olmaması koşuluna bağlıdır (Alman CMUK m. 81a/1). Sağlığın korunması, vücudun dış görünümünün korunması kadar, acı duygusunun ve psikolojik durumun da gözönüne alınmasını gerektirir (32).

Vücut bütünlüğü sürekli ya da muayene süresini önemli ölçüde aşacak biçimde ihlâl ediliyorsa, sağlık için sakınca sözkonusu demektir. Acı veya geçici hoşnutsuzluk duygusu, tek başına sağlık için sakınca bulunduğu anlamına gelmez. Aynı durum, korku ve daha sonraki ruhsal bozukluklar için de sözkonusudur. Öte yandan, sağlık açısından sakıncanın mutlak olması gerekmez, kuvvetle muhtemel olması da yeterlidir. Gerektiğinde, sağlık için sakınca doğurma tehlikesinin bulunup bulunmadığı, bilirkişiye denetlettirilir. Ancak, endişenin yerinde olup olmadığı hekim değil, hakim tarafından takdir edilecektir (33).

dd. Uygun orantı bulunması

Alman CMUK m. 81a'ya göre vücuda müdahale edilebilmesi, suç şüphesinin belli bir ağırlıkta olmasına bağlanmış değildir. Yani, uygun orantı ilkesi bu konuda açıkça ifade edilmemiştir. Ancak, tüm koruma tedbirleri açısından aranan sözkonusu ilke gereğince, suç şüphesinin, vücudun muayenesini haklı gösterecek derecede kuvvetli olması gerektiği kuşkusuzdur (34). Alman Yüksek Mahkeme kararlarında da, bu ilkenin gözönüne alındığı belirtilmektedir (35).

Uygun orantı ilkesine göre bir koruma tedbirine, aydınlatılması ya

31. **Dzendzalowski**, 40.
32. **Dzendzalowski**, 44-45.
33. **LR-Dahs** m.81a k.no.26.
34. **LR-Dahs** m.81a k.no.27.
35. Sözgelimi: BVerfGE (Alman Anayasa Mahkemesi Kararı), NJW 1963, 1598 (**Dzendzalowski**, 46).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

da soruşturulması istenen eylemin ağırlığıyla, sözkonusu tedbir orantılı ise, başvurulabilir. Hatta bir görüşe göre, muayenenin yapılması sadece amaca uygun olmakla kalmamalı, gerçeğin bulunması için mutlaka zaruri de olmalıdır (36). Ağır müdahalelere, ancak olay başka yolla aydınlatılamayacaksa başvurulmalı, önce daima basit muayene tercih edilmelidir. Ancak, sözgelimi, nefesten alkol muayenesi yapılabilecek olduğu halde kan alınarak bunun kontrolü, uygun orantı ilkesinin ihlâli anlamını taşımayacaktır. Çünkü, nefes testi yapan aletlerle, kan tahlilinde olduğu kadar güvenilir sonuçlar elde edilemediği belirtilmektedir (37).

b. Diğer kişilerin vücudunun muayenesinin koşulları

Alman CMUK m. 81c/1'de, sanık dışındaki kişilerin, tanık iseler, gerçeğin bulunması amacıyla, rızaları olmasa da, vücutlarında belli bir iz veya suç sonucunun bulunup bulunmadığını saptamak için muayene edilebilecekleri belirtilmektedir. Nesebin tespiti için sanık dışındaki kişiler üzerinde yapılacak araştırmalar ve kan örneği alınmasında da, sağlık açısından sakıncalı değilse ve bu işlemlerin yapılması, gerçeğin araştırılması için zorunluysa, yine kişinin rızası aranmaz (Alman CMUK m. 81a/2) Sanık dışındaki kişilerin muayenesi konusunda aranan koşullar şunlardır:

aa. Olayın iz veya sonuçlarını bulma

Alman hukukunda, sanığın vücudunun muayenesinin aksine, sanıktan başka kişilerin vücudunun muayenesi sadece "suçun iz veya sonuçlarını bulma" amacıyla sınırlandırılmıştır. Rıza yoksa, suçun sonucu olmayan vücut özelliklerinin araştırılması ve incelenmesi sözkonusu olamaz. Nitekim, Alman CMUK m. 81c/1'de sanık dışındaki kişilerin, vücutlarında bir suçun iz veya sonucunu taşıyıp taşımadıkları konusunda bilgi edinmek amacıyla, rızaları olmasa da, muayene edilebilecekleri öngörülmektedir.

Suçun izi, suçun doğrudan doğruya mağdurun vücudunda neden olduğu değişikliklerdir. Kullanılan silâhın türünü tespite olanak verecek

36. Bak. U.Denzel, Übermaassverbot und Strafprozessuale Zwangsmassnahmen, Heidelberg 1969, 185.

37. Bak. LR-Dahs, m.81a § no.28

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir yara, çizik veya failin olay sırasında durduğu yer konusunda fikir verme açısından kurşunun giriş yolu gibi. Mağdurun vücudundaki bazı şeylerin muayenesi soruşturma açısından önemli olabilecekse, yine iz kavramına girer. Sözgelimi, mağdurun vücudunda failin kan izleri veya mağdurun tırnak aralarında failin kanından, derisinden parçalar veya ırzına geçilen kadındaki spermler gibi (38).

Suçun sonuçları ise, mağdurun vücudunda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak suçla meydana gelen, ancak fail veya suçun icrası konusunda bilgi vermeyen değişikliklerdir. Deri sıyrıkları, hastalık bulaşması gibi. Bunların sürekli olması ya da suçun yasal unsurlarından sayılması gerekmez (39).

İlgili kişinin vücudunda, sadece suçun belirli iz veya sonuçları aranabilir. Muayene kararından önce, muayene ile hangi iz veya sonuçların bulunabileceği, sonut olayın özelliklerine göre tahmin edilebilmelidir. Vücudun muayenesiyle herhangi bir iz veya suç sonucunun ortaya çıkabileceği düşüncesi, muayeneye başvurulabilmesi için yeterli değildir (40).

bb. Gerçeğin bulunması açısından zaruri olma

Sanık dışındaki kişilerin vücudunun, suçun iz veya sonuçlarını bulmak amacıyla muayenesi, ancak gerçeğin bulunması için zaruri ise sözkonusu olabilir. Bu nedenle sözgelimi, soruşturmanın sözkonusu muayenenin sonucuna bağlı olmaması durumunda, sanık dışındaki kişinin vücudu muayene edilemez.

Alman öğretisinde bir görüşe göre (41), ancak aynı değerde başka delil yoksa, vücudun muayenesi sözkonusu olabilir. Diğer görüşe göre (42) ise, yasa metninden, sadece diğer deliller değerlendirildiği halde olay aydınlanmıyor ve başka delil ikamesi de olanaksız veya çok zor ise, son çare olarak sanık dışındaki kişilerin muayenesine başvurulabileceği sonucu çıkarılamaz. Çünkü, vücuttaki iz ve suç sonuçları genellikle çok çabuk kaybolur, bunlar ancak mümkün olduğu kadar çabuk tespit edilirse, bir değer taşır.

---

38. **LR-Dahs**, m.81c k.no.14.
39. **LR-Dahs**, m.81c k.no.15.
40. **Dzendzalowski**, 49; **Strate**, 32.
41. **Dzendzalowski**, 48.
42. Bak. **LR-Dahs**, m.81c k.no.17.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Nesebin saptanması amacıyla sanık dışındaki kişilerin muayenesi ve kanlarının alınmasında da, bu işlemlerin gerçeğin araştırılması açısından vazgeçilemez olmaları ve sağlık için sakınca taşımamaları aranmaktadır. Bu koşullar gerçekleşmişse, artık rıza da aranmaz (Alman CMUK m. 81c/2).

cc. Tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmamış olması

Tanıklıktan çekinme nedenleriyle, muayene ve kan alınmasından çekinme mümkündür. Muayeneden veya kan alınmasından çekinmeyi yasal temsilci de talep edebilir (Alman CMUK m. 81c/3) (43). Ancak, hâkimin kişi üzerinde yapacağı teftiş (Alman CMUK m. 86; CMUK m. 78), tanıklıktan çekinme hakkının kapsamına girmemektedir (44).

İlgili kişi veya yasal temsilcisi, sözkonusu işlemlere başvurulmadan önce, çekinme hakkının bulunduğu konusunda, bu işlemlere başvurulmasına karar verecek makam tarafından aydınlatılmalıdır (45).

Birden fazla sanıklı davalarda, sanıkların sadece birisi yönünden tanıklıktan çekinme nedenine sahip olan kişi de, o davada muayeneden veya kan alınmasından çekinebilir, sonradan davalar ayrılsa bile, bu çekinme geçerlidir (46).

Genel tanıklıktan çekinme nedenleriyle de, kişi tanıklıktan ve muayeneden çekinebilir. Ancak hiç bir neden bulunmaksızın muayeneyi reddeden kişiye karşı disiplin para cezası veya zor hapsi (Alman CMUK m. 70; CMUK m. 63) uygulanabilir (47).

---

43. Alman CMUK m. 81c/3; "Araştırmalardan ve kan örneği alınmasından, tanıklıktan çekinme nedenleriyle çekinilebilir. Küçüklük veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı dolayısıyla hazır altına alınmış olanların, anlama olgunluğunun tam olmaması veya anlayış zayıflığı nedeniyle çekinme yetkisinin anlamını tam olarak kavrayamamaları durumunda, yasal temsilcileri bu konuda karar verebilir. 52. maddenin 2. fıkrasının 3. cümlesi ve 3. fıkrası uygulanır. Yasal temsilcinin karar vermesi yasaklanmışsa (m.52. fıkra 2. cümle 2) veya başka bir neden zamanında karar vermesine engel oluyorsa, derhal araştırma yapılması ve kandan örnek alınması gerekli ise, bu işlemler sadece hakimin kararı ile yapılabilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz. 3. cümle uyarınca toplanan deliller, sonraki muhakemede, ancak bu konuda yetkili olan yasal temsilcinin rızasıyla değerlendirilebilir.

44. **KK-Pelchen**, m.81c k.no.10; **LR-Dahs**, m.81c k.no.30.

45. **BGHSt** 5 (138) (**LR-Dahs** m.81c k.no. 32 dn. 87; **BGHSt** 13,394,399 **Benfer**, 123)

46. **LR-Dahs**, m.81c k.no.30.

47. **Benfer**,124.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sanık dışındaki kişilerin muayeneden çekinmesinden, sanık aleyhine sonuçlar çıkartılmamalı ve talep edildiğinde, çekinen kişi çekinme nedenini belgelemelidir (48).

dd. Muayenenin uygun olması

Alman hukukunda, belli bir iz veya suç sonucunun tespitinin gerçeğin bulunması için zorunlu olduğu anlaşıldıktan sonra da, muayenenin ilgili kişi açısından uygun olup olmadığının araştırılması gerekmektedir (Alman CMUK m. 81c/4). Bu hüküm, bir suçun aydınlatılmasındaki kamu çıkarıyla, temel hak ve özgürlüklere dokunulmamasındaki bireysel çıkarın iyi dengelenmesini gerektirmekte ve tüm koruma tedbirleri için aranan uygun orantı ilkesinin bir ifadesi olmaktadır (49). Sözgelimi hemofili hastalığı olanlardan kan alınması uygun değildir. Alman öğretisinde, sözkonusu hüküm karşısında artık muayene veya kan almanın sağlık açısından sakınca doğurmama koşuluna bağlanmış olması da (Alman CMUK m. 81c/2 cümle 1) gereksiz bulunmaktadır (50).

3. Muayene Kararının Verilmesi

Alman hukukunda vücudun muayenesi kararını vermeye kural olarak hâkim yetkilidir. (Alman CMUK m. 81a/2; 81c/5) Kamu davası açılmadan önce bu konuda sulh hâkimi ile sorgu hâkimi, iddianame verildikten sonra, sonsoruşturma açılmasına karar vermeye yetkili mahkeme, duruşma başladıktan sonra ise, davaya bakan mahkeme yetkilidir (51).

İstisna olarak, gecikme soruşturmanın başarısını tehlikeye düşürecekse, savcı ve yardımcısı olan kolluk memuru da, vücudun muayenesi veya kan alınması kararını verebilir (Alman CMUK m. 81a/2, 81c/5). Öğretide, savcının yardımcısı olmayan polis memurunun sözkonusu yetkiye sahip olmadığı (52), ancak kişiyi, muayene kararı vermeye yetkili bir mercie götürme yetkisinin bulunduğu (53) belirtilmektedir.

---

48. **LR-Dahs**, m. 81c k.no.31.
49. **Benfer**,123; **Dzendzalowski**,56.
50. Bak. **LR-Dahs**, m.81c k.no.35.
51. **LR-Dahs** m.81a k.no.52.
52. Bak. **T.Kleinknecht**, "Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81a StPO" NJW XVII, 47(19.11.1964), 2186.
53. Bak. **E.Kaiser** "Zwangsmassnahmen der Polizei gemäss § 81a StPO" NJW XVII, 13 (26.3.1964), 580-581.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hâkim, sanığı dinlemeden muayene kararını verebilmekte, ancak savcılığın mütalâası alınıyorsa, sanığın da dinlenmesi gerekmektedir. Gecikmede tehlike bulunması durumunda, sanığın dinlenmesi sözkonusu olmamaktadır (54).

Hâkimin muayene konusundaki kararı gerekçeli olmalıdır. Kararda hangi müdahalelerin yapılmasına izin verildiği ve bu yolla saptanacağı umulan olgular ayrıntılı olarak belirtilmeli, bazı ağır müdahaleler öngörülüyorsa, bunların zarurîliği ispatlanmalıdır. Sanığın sağlığı için tehlikeli bir tekniğin yasaklanması sözkonusu değilse, müdahalenin hangi yöntemle yapılacağı hekimin takdirine bağlıdır. Kişinin, muayene ya da müdahale için, hastaneye gönderilmesi gerekiyorsa, muayene kararında, orada en fazla ne kadar kalacağı da belirtilmelidir (55).

Gecikmede tehlike bulunması nedeniyle muayene kararını savcı veya kolluk veriyorsa, yazılı karar bulunması gerekmemektedir (56).

4. Muayenenin Yapılması

Muayene veya kan alınması konusundaki mahkeme kararı savcılıkça yerine getirilmektedir. Muayeneye davet edilen kişi, kendiliğinden gelmezse, zorla getirilebilmekte ve yakalamaya başvurulabilmektedir (57). Sanık dışındaki kişilere karşı zor kullanılabilmesi için ise, hâkimin özel kararı gerekmektedir (Alman CMUK m. 81c/6).

Muayene kararını yerine getirecek olan polis memurunun, şüphelinin vücudunu veya o kişiyi bulmak amacıyla onun veya üçüncü kişilerin evini arama yetkisi yoktur. Bunun için yasal arama koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir (58).

Alman öğretisinde, Alman CMUK m. 81a'da açıkça öngörülmemesine karşın, uygun orantı ilkesi gözönüne alınmak koşuluyla, sanığın muayeneye karşı koymasını engelleyecek her önleme başvurulabileceği belirtilmektedir (59). Bu açıdan, sanık, zor kullanılarak muayene veya

54. **LR-Daha**, m. 81a k.no.54.
55. **LR-Daha**, m. 81a k.no.55,56.
56. **LR-Daha**, m. 81a k.no.55.
57. Bak. **LR-Daha**, m. 81a k.no.57,59-61.
58. Bak. **LR-Daha**, m. 81a k.no.62.
59. **Dzendzalowski**, 66.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

müdahalenin yapılacağı yere getirilebilir, orada bir sandalyeye bağlanabilir, zor kullanılarak muayene durumuna sokulabilir, zorla elbiseleri çıkartılabilir veya gözü açılabilir (60). Ancak, zor kullanma, sadece muayenenin sonucunun tehlikeye düşeceğinden korkuluyorsa sözkonusu olmalıdır (61). Ayrıca, sanık dışındaki kişilere karşı zor kullanılabilmesi için hâkimin özel kararı gerekir (Alman CMUK m. 81c/6).

Alman öğretisinde, muayene amacıyla hekime götürülmek için sanığın özgürlüğünün zorla kısıtlanabilmesine Alman CMUK m. 81a'nın olanak verdiği kabul edilmekte (62), ancak hekime götürülmenin, polis karakoluna getirilmeyi kapsamadığı belirtilmektedir (63). Ayrıca, giderek artan ölçüde, özgürlüğün sadece doğrudan doğruya muayene ile bağlantılı olarak kısıtlanmasının Alman CMUK m. 81a, 81c kapsamında sayılabileceği, bunun dışında ise, yakalama koşullarının (Alman CMUK m. 127; CMUK m. 127) gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılması gerekeceği kabul edilmektedir (64).

Basit muayenenin hekim tarafından yapılması gerekmez. Ancak, vücuda müdahale ve kan alma, sadece hekim tarafından yapılabilir.Hatta, özellikle tehlikeli müdahaleler sadece uzman hekim tarafından yapılmalıdır (65).

Alman hukukunda, muayene veya kan alınması sırasında sanığın, hekim tarafından kendisine yöneltilen sorulara cevap verme yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmektedir (66). Alman Yüksek Mahkemesine göre, (67) sanık, vücuduna yapılan müdahalelere katlanmak zorundadır, ancak aktif bir davranışla bunları kolaylaştırmakla yükümlü değildir. Sözgelimi sanık, alkol testi için balona üflemek ya da diz kırmak, kol

---

60. **LR-Dahs**, m.81a k.no.64.

61. **Dzendzalowski**, 68.

62. Bak. **Kleinknecht**, 2183. **Peters** 328; **Dzendzalowski**, 68. Karşıt görüş: **Eb. Schmidt**, "Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmassnahmen, NJW XV, 15 (12.4.1962), 664.

63. Bak. **K.Peters**, "Zwangsbefugnisse nach §. 81a StPO", Blutalkohol II, 6 (1964), 243.

64. **Dzendzalowski**, 68.

65. Bak. **LR-Dahs**, m.81a k.no. 30-31.

66. Bak. **Eb.Schmidt**, zur Lehre... 664; **H.Dahs/R.Wimmer** "unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht" NJW XIII, 49 (2.2.1960), 2218.

67. **BGHSt** 10,266,267 (**Benfer**, 114).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

uzatmak, dönmek, yürüyüş provası yapmak zorunda değildir. Hekim vücuda müdahalede bulunurken, hekimlik sanatının kurallarını gözönüne almak zorundadır. Müdahale sadece muayene amacını taşımalı ve ahlâka aykırı olmamalıdır (68).

Alman hukukunda, muayene edilecek kişinin bir kadın olması durumunda, muayenenin, utanma duygusunu incitebilecek nitelikte ise, sadece bir kadın veya hekim tarafından yapılabileceği öngörülmüştür (Alman CMUK m. 81d). Bu arada muayene edilecek kişinin yanında başka bir kadının veya yakınının bulunmasına da izin verilmesi gerektiği (Alman CMUK m. 81d/1 cümle 2) gibi; muayene edilecek kadın razı olsa bile, muayeneyi bir kadın veya hekimden başkasının yapması yasaklanmıştır. (Alman CMUK m. 81d/2)

5. Kanunyolu

Alman hukukunda, mahkeme ve soruşturma organlarının vücudun muayenesine ilişkin kararlarına karşı hangi kanunyoluna başvurulabileceği Alman CMUK m.81a ve 81c'de gösterilmiş değildir. Bu nedenle Alman öğretisinde ve uygulamasında, kanunyollarına ilişkin genel kurallara başvurularak sorunun çözümlenmesi yoluna gidilmiştir. Ayrıca Alman hukukunda bu konuda, Anayasa Mahkemesinde anayasaya aykırılık davası açılabilmesinin, ceza yasasının müessir fiil ve özgürlüğü tehdite ilişkin hükümlerinin işletilebilmesinin,hâkim, savcı ve yardımcılarına karşı disiplin muhakemesinin tahrik edilebilmesinin ve tazminat davası açılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir (69).

a. Hâkimin kararına karşı kanunyolu

Alman hukukunda bazı Eyâlet Yüksek Mahkemesi kararlarına göre, yasada açıkca öngörülmediği için vücudun muayenesine ilişkin kararlara karşı acele itiraz yoluna başvurulamaz, yasada bu konuda bir açıklık bulunmaması, kanunkoyucunun kanunyoluna başvurulabilmesini istemediğini gösterir (70). Buna karşılık ise, Alman CMUK m. 81a'nın,

---

68. BGHSt 8,144,148 (Benfer, 117; Stratz, 34).
69. Dzendzalowski, 71, 74-75.
70. Bak. Dzendzalowski, 72.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kendisinden önce gelen ve acele itiraza olanak tanıyan m.81'i tamamlayıcı nitelikte olduğu, o nedenle burada da acele itirazın geçerli bulunduğu savunulmaktadır (71). Diğer bir görüşe göre (72) ise, hâkimin, henüz tamamen infaz edilmemiş muayene kararlarına karşı, sansoruşturmanın açılması aşamasında adi itiraz mümkündür. Alman Yargıtayı da bu konuda adi itiraz yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir. Çünkü, yüksek mahkemeye göre, vücudun muayenesi, bir temel hakka müdahale niteliğindedir ve diğer temel haklara (sözgelimi, kişi özgürlüğüne) müdahalede adi itiraz mümkündür (73).

Kanunyoluna başvurulmuş olması, muayenenin yapılmasını ertelemeyecektir. Ancak hâkimin, erteleme kararı vermesi mümkündür (Alman CMUK m. 307; m. 300).

Yerine getirilmiş bir muayene kararının hukuka aykırılığını saptamak amacıyla itirazın ise, mümkün olmayacağı, Alman Yargıtayı (74) ve bazı yazarlarca kabul edilmekteydi (75). Ancak, daha sonraları, bu konudaki hâkim kararının hukuka aykırılığının saptanmasında haklı bir çıkar bulunduğu takdirde, itiraz yoluna gidilebilmesi görüşü savunulmaya başlandı (76).

b. Savcı ve yardımcılarının kararlarına karşı kanunyolu

Alman hukukunda, savcı ve yardımcılarının vücudun muayenesi konusundaki kararlarına karşı kanunyolu öngörülmüş değildir. Bunun uygulama açısından bir değeri de bulunmayacaktır, çünkü gecikme soruşturmanın başarısını tehlikeye düşüreceğinden, muayene derhal yapılmış olacaktır.

Öte yandan, savcılığın verdiği muayene emrini, hâkimin denetlemesine yasal olanak bulunmadığı ve gecikmede tehlike nedeniyle uygulamada bunun mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir (77). Ancak, vü-

71. Bak. **Dzendzalowski**, 72.
72. Bak. **LR-Dahs**, m.81a k.no.66
73. **BGH**, NJW 1955, 1765 (**Dzendzalowski**, 72).
74. **BGHSt** 28 68 NJW 1978, 1815 **BGH** NJW 1973, 2035 (**LR-Dahs**, m.81a k.no.57 dn.198).
75. Bak. **E.Schlüchter**, Das Strafverfahren, Köln Berlin Bonn München 1983, k.no.181.
76. Bak. **K.Amelung**, "Probleme des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe" NJW XXXII, 34 (22.8.1979), 1690.
77. Bak. **H.Genzel** "Zulässigkeit des Rechtsweges gegen Massnahmen der Staatsanwaltschaft nach § 81a StPO", NJW XXII, 36 (4.9.1969), 1561-1566.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cudun muayenesi aynı zamanda bir temel hakka müdahale niteliği taşıdığından ve muhakemeyi sona erdiren beraat, mahkûmiyet, düşme gibi kararların temel haklara müdahalenin haklılığı konusunda açıklık getirmesi herzaman sözkonusu olamayacağından, bu kararların mahkemece denetlenmesini kabul eden görüşler de vardır (78).

6. Değerlendirme Yasağı

Alman hukukunda vücudun muayenesinin, bu konudaki yasa hükümlerinin ihlâli yoluyla gerçekleştirilmiş olmasının, herzaman, elde edilen verilerin muhakemede değerlendirilmemesi sonucunu doğurmayacağı belirtilmektedir (79).

Sözgelimi şu hallerde, muayene sonucunda elde edilen verilerin muhakemede değerlendirilebileceği, mahkeme kararlarında ya da öğretide kabul edilmektedir (80): Yetkisiz hâkimin muayene kararı vermesi, uygun orantı ilkesinin ihlâl edilmiş olması, muayenenin sağlık için sakıncalı olması, gecikmede tehlike bulunmadığı halde savcı veya yardımcısı sıfatıyla polisin muayene kararı vermesi, savcının yardımcısı sıfatını taşımadığı için yetkisi bulunmayan polisin muayene kararı vermesi, sanığın muayeneye aktif olarak katılmakla yükümlü olmadığı konusunda aydınlatılmamış olması, kan örneğinin hekim tarafından alınmamış olması.

Buna karşılık şu hallerde yine mahkeme kararlarına ya da öğretiye göre muayene sonucunda elde edilen bilgiler muhakemede değerlendirilemeyecektir: Muayene ile elde edilen bilgilerin sadece sanığın aktif hareketlerine dayandığı hallerde onun bununla yükümlü olmadığı konusunda yanıltılması veya yanılgısının bilinçli olarak devam ettirilmesi, kan örneği alan kişinin hekim olmadığı konusunda sanığın yanıltılması, hekim olmayan kişiye kan vermesi için polisin sanığı tehdit etmiş ya da cebir kullanmış olması (81).

---

78. Bak. **LR-Dahs**, m.81a k.no.70.
79. **LR-Dahs**, m.81a k.no.74; Karş. **Dzendzalowski**, 146 vd.
80. **LR-Dahs**, m.81a k.no. 75-77; **Schlüchter**, k.no.177.2.
81. **LR-Dahs**, m.81a k.no.76,79.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

IV. TÜRK HUKUKUNDA VÜCUDUN MUAYENESİ

1. Mevzuatta

Türk hukukunda, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı Anayasa ile güvenceleşmiştir (Ay m. 17/2). Gerektiğinde bu hakkın sınırlandırılması, ancak yasada açıklık bulunması durumunda mümkün olacaktır (Ay m. 17/2). Vücudun muayenesi, uygulamada özellikle hazırlık soruşturması aşamasında başvurulan bir koruma tedbiridir. Ancak, sanığın veya diğer kişilerin vücudunun muayenesi, gerektiğinde kanından örnek alınması konusunda ceza muhakemesi yasasında ayrıntılı bir düzenleme henüz bulunmamaktadır.

Vücudun muayenesine ilişkin olarak, "bilirkişinin tayini" hakkındaki CMUK m. 66/5'de, hazırlık soruşturmasında muayeneleri gereken kişilerin muayenelerinin, c. savcılarının talebi ile yapılacağı belirtilmektedir. Bu hüküm ile, hazırlık soruşturmasında muayeneye karar verilmesinde yetki sorunu çözümlenmiş, ancak muayenenin kapsamı ve koşulları ise, belirlenmemiştir.

Öte yandan, Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununda, kolluğun yakalama yetkisinin bulunduğu haller sayıldıktan sonra, uyuşturucu madde kullanmış olanlarla, sarhoş olanların durumlarının, hekim ya da sağlık personeli raporuyla saptanması yükümlülüğü getirilmiştir (PVSK m. 13/4 PVST m. 14). Aynı yükümlülük, Jandarma Teşkilâtı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 30/2 ile Jandarma için de sözkonusudur. Bunun dışında meşhut suçlar için aynı yönetmelik m. 88/2, olay sırasında yaralanmış olanlara hekim, ebe ya da bir sağlık kurumunca gerekli yardımın yaptırılmasını ve hayati tehlike bulunup bulunmadığı konusunda hekim raporu sağlanmasını öngörmektedir. Meşhut olmayan suçlarda ise m. 89/6'ya göre, suçtan zarar görenin c. savcılığı ya da yetkili adli makam aracılığıyla muayeneye gönderilerek rapor alınması gerekmektedir.

Sanığın veya diğer kişilerin kanından gerektiğinde örnek alınması konusunda da ceza muhakemesi yasasında bir hüküm yoktur. Ancak, Karayolları Trafik K m. 48'de uyuşturucu, keyif verici madde kullanmış olan sürücülerde, bunların türünü, alkollü içki alanlarda ise etki derecelerini ve kandaki miktarlarını tespit usulleri ile muayene koşullarının yönetmelikte düzenleneceği belirtilmektedir. Buna göre, Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 110'da, uyuşturucu veya keyif verici madde almış

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olanların tıbbi yönden incelenmek, kan veya idrar analizleri yapılmak üzere adli tıp kuruluşlarına, olmazsa Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına bağlı tahlil yapabilecek teknik ve tıbbi olanakların sahip sağlık kuruluşlarına gönderilmeleri yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı maddede, alkollü içki almış olan sürücülerin kanlarındaki alkol miktarının teknik cihazla saptanması, sürücünün buna itiraz etmesi durumunda, kan örneği alınarak alkol miktarının belirlenmesi öngörülmüştür. Kan örneği ise, bu konuda eğitilmiş personel tarafından alınacak ve tahlil için kriminal polis laboratuvarına, olmazsa adli tıp merkezlerine veya Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı kuruluşlarına gönderilecektir (KTY m. 110).

2. Öğretide

Öğretide **Kunter** (82) muayeneyi, "insan teftişi" olarak isimlendirerek, teftişi, "delil olabilecek şeyleri arayıp bulmak için yapılan araştırmanın bir diğer türü" biçiminde tanımlamaktadır. **Kunter**'e göre, basit muayenede, aramaya ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanmalı, bunun dışındaki muayeneler ise, teknik ve uzmanlık işi olduğundan, hâkim tarafından, keşif hükümlerine göre, bilirkişiye yaptırılmalıdır.

Yüce (83) ve **Yurtcan** (84) ise, vücudun muayenesini, vücuda yönelik bir koruma tedbiri olarak nitelendirmektedirler. **Yenisey** (85), vücudun muayenesinin, vücutta arama yapılmasından farklı olduğunu, bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir biçimde araştırılması anlamına geldiğini belirtmekte, **Öztürk** de (86), vücudun muayenesini bağımsız bir koruma tedbiri olarak ele almaktadır.

Bizce vücudun muayenesi, vücut bütünlüğüne yönelik bağımsız bir koruma tedbiridir.

---

82. **N.Kunter**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, 788.

83. **T.T.Yüce**, "Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi" EUHFD 1, 1 (1980), 76.

84. **E.Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1991, 287.

85. **F.Yenisey**, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1991, 172; **F.Yenisey**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Kontrol Noktaları, Bilgisayar Verileri ve Vücudun Muayenesi", Kamu Hukuku Bülteni 1,2 (Şubat 1990), 4.

86. **B.Öztürk**, Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku II, İzmir 1988, K. no.348.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

V. SONUÇ

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşıldığı gibi, Alman ceza muhakemesi hukukunda vücudun muayenesi koruma tedbirine belli koşullarla başvurulabilmektedir. Öncelikle, vücudun muayenesi, kural olarak hakim kararıyla gerçekleşebilmektedir. Öte yandan, sanığın vücudu, ancak, "muhakeme için önemli olguların saptanması" amacıyla ve "sağlık açısından sakıncalı olmama" koşuluyla muayene edilebilecektir. Mağdur, tanık gibi kişilerin vücudunun muayenesi ise, sanığınkine oranla daha sınırlı durumlarda sözkonusu olabilecektir. Şöyleki, sanık dışındaki kişilerin vücudu, ancak, "suçun belli iz veya sonuçlarını bulma" amacıyla muayene edilebilir. Ayrıca, bu kişilerin muayenesi, "gerçeğin bulunması açısından zaruri" ve "ilgilinin sağlığı açısından uygun ve sakıncasız" olmalıdır. Sanık dışındaki kişilerin tanıklıktan çekinme nedenleriyle, muayene ve kan alınmasından çekinmesi de mümkündür.

Hukukumuzda ise, sanık ve mağdurların vücudunun muayenesi konusunda belirleyici ve sınırlayıcı hükümler bulunmamaktadır. Oysa sanığın veya diğer kişilerin vücudunun muayenesi uygulamada sık başvurulan bir koruma tedbiridir. Özellikle cinsel ilişkide bulunma ve bekâret denetimi dolayısıyla konu, kamuoyunun da dikkatini çekmektedir.

Ceza soruşturmasının yürütülebilmesi, muhakemenin yapılabilmesi için vücudun muayenesi zorunlu olabilir. Ancak, bu tedbire başvurmak aynı zamanda vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil edeceğinden, koşulları yasada açıkça belirtilmelidir. Ayrıca, sözkonusu tedbirle, kişilerin kendileri veya yakınları aleyhine kanıt vermeye zorlanamama haklarının (Ay m. 38) ihlâl edilmesini önleyecek sınırlar da yasada çizilmelidir (87).

Öte yandan, kan örneği alınması konusunda da ceza muhakemesi yasasına hüküm getirilmelidir. Çünkü, kan örneği alınması, genellikle trafik suçu ve kazalarında sözkonusu olmakla birlikte, sözgelimi, kasten adam öldürme, müessir fiil gibi diğer suçlarda da delil elde etmek için gerekebilir. Bu açıdan, hukukumuzda ceza muhakemeleri usulü kanununun birinci kitabında sekizinci ve dokuzuncu fasıllar arasına bir bağımsız (ya da sonraki fasıl numaraları değiştirilerek dokuzuncu) fasıl eklenerek, vücudun muayenesi ve kan alınması konularında ayrıntılı hükümler getirilmelidir.

87. F.Yenisey, "Hukuk Devleti, Terör, Bekâret Denetimi", 13.5.1992 Günlü Cumhuriyet Gazetesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1982 ANAYASASI'NA GÖRE CUMHURBAŞKANI

Doç. Dr. Turan YILDIRIM*

GİRİŞ

1982 Anayasası4nın 104. maddesine göre, Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milletinin birliğini temsil etmektedir. 104. madde, 1961 Anayasasında bulunmayan bir hükmü daha ihtiva etmektedir. Buna göre: Cumhurbaşkanı, Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetecektir.

"Gözetim" yetkisi, Cumhurbaşkanının 1982 Anayasasıyla artan yetki ve görevlerinin toplu bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir (1).

Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri, anayasada organik bir ölçüt kullanılarak, (2) "Yasama ile ilgili olanlar", "Yürütme alanına ilişkin olanlar" ve "Yargı ile ilgili olanlar" şeklinde üç başlık altında toplanmıştır. Ayrıca, 104. maddenin son fıkrasında, "Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır" denmektedir.

Bu çalışmada, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri birkaç başlık altında ele alınacak; Cumhurbaşkanının düzenlenişinin, 1982 Anayasası sistemini Parlamentarizm'den başka bir adla nitelenip nitelenemiyeceği sorusunun cevabı araştırılacaktır. (2a)

---

* M.Ü.Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim üyesi

1. S.Soybay, Devlet Denetleme Kurulu'nun Konumu ve İşlevi, I, İHİD Yıl: 5, Sayı:1-3., s.109

2. "Mesela, konusu ticari ile yargıya ilişkin olan iptal davası açma yasama ile ilgili görülürken... maddi anlamda birer idari işlem olan atamaların hakimlere ilişkin olanları yargı ile ilgili sayılmaktadır. Şu halde ayırımın ölçütü esas itibariyle organiktir." Y.YAYLA, Anayasa Hukuku, İstanbul, 1985, s.179

2a. Şunuda belirtmek gerekir ki bu konuda Türk Kamu Hukuku Doktrini bir çok eser vermiş. Cumhurbaşkanının hukuki statüsünü tüm ayrıntılarıyla ortaya koymuştur. Bu sebeple, çalışmamız ancak bir derleme niteliğinde olabilecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

11- ANAYASANIN UYGULANMASINI, DEVLET ORGANLARININ DÜZENLİ VE UYUMLU ÇALIŞMASINI GÖZETME GÖREV VE YETKİSİ (GÖZETİM YETKİSİ):

1961 anayasası'nda lafzen yer almayan "gözetim yetkisi", 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının artan görev ve yetkilerinin toplu bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir.

1961 Anayasası'nın 97. maddesinde, "Cumhurbaşkanı devletin başıdır. Bu sıfatla, Türkiye Cumhuriyetini ve Milletin birliğini temsil eder" denmekteydi. Cumhurbaşkanının devletin başı olması, milletin birliğini temsil etmesi ve 97. maddede düzenlenen diğer görevleri (3) bir arada düşünüldüğünde, gözetim yetkisinin, Anayasada lafzen zikredilmemiş olsa dahi Cumhurbaşkanlığı makamında mündemiç olduğunu söylemek mümkündür (4).

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarında Cumhurbaşkanını, "Devletin ve milletin bölünmez bütünlüğünü temsil etmek, insan haklarına dayalı demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerini ve vatanın ve milletin bütünlüğünü korumak, laik Türkiye Cumhuriyetini yüceltmek ve kollamak görevlerini Anayasa kurallarıyla üstlenen yansız bir baş" (5) olarak tanımlamıştır.

---

3. 1961 Anayasası'nın 97. maddesinde sayılan görev ve yetkiler şunlardır: "Cumhurbaşkanı, gerekli gördükçe, Bakanlar Kuruluna başkanlık eder; yabancı Devletlere Türk Devletinin temsilcilerini gönderir ve Türkiye'ye gönderilen yabancı Devlet temsilcilerini kabul eder; milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayınlar; sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir."

Ayrıca 1961 Anayasası'na göre Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanları atamak (m.102.); kanunları yayınlamak, uygun bulmadığı bir kanunu bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek (m.93.); anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmak (m.149.) yetkilerine sahiptir.

4. 1961 Anayasası'nın 96. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanının andı, gözetim yetkisine işaret etmektedir. 96. maddesine yemin şu şekildeydi: "Cumhurbaşkanı sıfatıyle, Türk Devletinin bağımsızlığına, vatanın ve Milletin bütünlüğüne yönelecek her tehlikeye karşı koyacağıma; Milletin kayıtsız şartsız egemenliğini ve Anayasayı sayacağıma ve savunacağıma; insan haklarına dayanan demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinden ve tarafsızlıktan ayrılmayacağıma; Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini koruyup yüceltmek ve üzerime aldığım görevi yerine getirmek için bütün gücümle ve varlığımla çalışacağıma namusum üzerine söz veririm." Cumhurbaşkanının yemini ve anayasayı muhafaza görevi hk.Bkz.B.Savcı Devlet Başkanı-Meclis çatışması: AÜSBF Dergisi Cilt:XVII, Sayı: 3-4, s.326

5. AYM E.1979/22, K.1979/45, T.18.12.1979, RG:11.5.1980-16985; E.1975/18, K.1976/15, T.16.3.1979, RG-9.7.1976-15641

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1982 Anayasası'nın farklı tarafı, gözetme yetkisinin kullanımında, Cumhurbaşkanına daha fazla araç sağlamış olmasıdır. Bu araçların en önemli olanları, Milli Güvenlik Kurulu ve Devlet Denetleme Kurulu'dur. Ayrıca, Anayasa değişikliklerini halk oylamasına götürmek yetkisi de bir diğer önemli araçtır. (AY.175).

a) Devlet Denetleme Kurulu

Devlet Denetleme Kurulu, 1981 tarihli, 2443 sayılı Yasayla, 1982 Anayasası'nın kabulünden önce kurulmuştur. Anayasanın 108. maddesine göre, Cumhurbaşkanına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, "idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla" tüm kamu kurum ve kuruluşlarında (6) ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapmakla görevlidir.

108. maddenin ikinci fıkrasına göre, silahlı kuvvetler ve yargı organları, Devlet Denetleme Kurulunun görev alanı dışındadırlar.

244 sayılı kanunun 6. maddesinin eski haline göre, Devlet Denetleme Kurulu tarafından yapılan incelemeler sonucu hazırlanan raporlar Cumhurbaşkanına arz edilmekteydiler. Ayrıca, raporlar, Cumhurbaşkanının onayıyla, gereği yapılmak üzere Başbakanlığa ve diğer ilgili kuruluşlara gönderileceklerdi. Maddede, Başbakanın sonuç hakkında Cumhurbaşkanına bilgi vermekle yükümlü olduğu belirtilmekteydi. Ayrıca Kurul raporlarının bağlayıcılığı hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı.

6. maddenin ilk düzenleniş biçimine bakarak, Cumhurbaşkanının

---

6. Tüm kamu kurum ve kuruluşları ifadesi, Devlet Denetleme Kurulunun görev alanının tesbitinde yetersiz kalmaktadır. Ancak, 108. maddede idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesi ve geliştirilmesinden söz edildiğine göre, Türkiye İdaresinin gerek merkezden gerekse yerinden yönetim birimlerinin tamamının kurulun görev alanına girdiğini kabul etmek gerekmektedir.
Kamu kurum ve kuruluşları deyimleri için bkz. V.Versan, Kamu Yönetimi, İstanbul, 1984, s.95.vd.; i.H.Özay, Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma, İstanbul, 1986, s.s.64.vd.; S.Soybay, Devlet Denetleme Kurulu'nun Görev Alanı, İHİD. Yıl:4, sayı:1-3, s.113.vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kurul aracılığıyla kullanacağı denetim yetkisinin Başbakanın (ve diğer yetkili mercilerin) tutumuyla sınırlı olacağı söylenebilirdi. Cumhurbaşkanı, 6. maddenin eski şeklinde öngörülen, Devlet Denetleme Kurulu raporlarının yayınlanması yoluyla kamuoyunu ve idareyi etkileme imkanına sahipti. Bu yolun ise dolaylı ve zor olduğu açıktır (7).

244 sayılı yasada, 406 sayılı kanun hükmünde kararnameyle yapılan değişiklikle 6. madde şu şekilde düzenlenmiştir:

"...Kurul raporları Cumhurbaşkanının onayı alındıktan sonra Başbakanlığa gönderilir.

Kurul raporlarında; incelenmesi, teftişi, tahkiki veya dava açılması istenen konular en geç kırkbeş gün için gereği yapılmak üzere başbakanlıkça yetkili mercilere intikal ettirilir. Sonuçtan Başbakanlık aracılığı ile Cumhurbaşkanlığına bilgi verilir.

Cumhurbaşkanı gerek gördüğünde önemli konularla ilgili raporları doğrudan adli ve idari mercilere intikal ettirir."

2443 sayılı kanunda yapılan bu değişiklik, Devlet Denetleme Kurulu Raporlarının bağlayıcılığı sonucunu doğurmaktadır. Cumhurbaşkanı böylelikle, "Başbakan ve bakanlar, hatta tüm yürütme ve idare üzerinde tam bir hakimiyet" kurabilecektir (8).

---

7. Kuzu, Devlet Denetleme Kurulu'nun bu haliyle idarenin hiyerarşik ve diğer denetim yollarını harekete geçirmek hususunda bir hatırlatma yapmaktan öteye geçen bir fonksiyon icra edemiyeceği düşüncesindedir. Bkz.B.Kuzu, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul, 1990, s.90. Buna mukabil doktrinde, Devlet Denetleme Kurulunun Cumhurbaşkanının Anayasa'da öngörülen yetkilerini kullanmasında en önemli araç olduğu da belirtilmektedir. Bkz.S.Soybay, Devlet Denetleme Kurulu'nun Kanunu ve İşlevi I-II, İHİD. Yıl:5, Sayı:1-3 s.109. vd.; İHİD Yıl:6, Sayı:1-3, s.224.; M.Turhan, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır, 1989, s.1

8. P.Bilgen, Cumhurbaşkanının Devlet Denetleme Kurulu aracılığıyla kullanabileceği yetkiyi şöyle örneklemektedir:
ÖRNEK 1: Örneğin Cumhurbaşkanı İstanbul Büyükşehir Belediyesinin bazı işlemlerini Devlet Denetleme Kuruluna incelettirebilecek, denetlettirebilecek ve sonuçta, diyelim, Belediye Başkanı hakkında dava açılmasını isteyebilecek, dava açılması isteği ile birlikte İçişleri Bakanından da Belediye Başkanının görevden uzaklaştırılmasını talep edebilecek ve bu istekleri yerine getirilecektir.
ÖRNEK 2: Devlet Denetleme Kurulunun bir bakanın eylem ve işlemleri hakkında dosya üzerinde inceleme yapabileceği kabul ve "...Devlet Başkanı (nın) 3. Cumhuriyet rejiminde yürütme idarenin sorumsuz, fakat en yetkili başı... ve "Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözet" mekle yükümlü" olduğu kabul, hatta "...önemli bir sorun dolayısıyla gerekirse siyasi sorumluluğu..." da üstlenebileceği önerildiğinden (L. Duran, Devlet Başkanı Yetkililerinden Vaz mı Geçiyor, in. /...

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayrıca, 2443 sayılı yasanın 3. maddesinde yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanına, Kurulun oluşumunu serbestçe belirleme imkanı da tanınmaktadır. Yapılan değişikliğe göre, Kurul üyeleri, kanunda belirtilen görev süreleri dolmadan "atamalarındaki usule uygun olarak" görevlerinden alınabileceklerdir. Kurul üyelerini Cumhurbaşkanı (yargı denetimi dışında tutulan) tek başına imzaladığı kararnameyle atamaktadır. Yine (yargı denetiminden uzak) bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle görevlerine son verilebilecektir.

Cumhurbaşkanına tanınan bu yetki, parlamenter rejim anlayışına ve "sorumsuz Cumhurbaşkanı" ilkesine aykırıdır. Parlamenter sistemde sorumsuz olan bir kişiye yetki verilememesi gerekir (9).

b) Milli Güvenlik Kurulu

Milli Güvenlik Kurulu, Cumhurbaşkanına "devlet cihazına dayanan bir devlet iktidarı kullanma imkanı" tanıyan önemli bir araç olarak nitelendirilmektedir (10).

Anayasanın 118. maddesine göre, Milli Güvenlik Kurulu, Devletin Milli güvenlik siyasetinin tayini, tesbiti ve uygulanmasıyla ilgili kararların alınması ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar kuruluna bildirir. Kurulun, devletin varlığı ve bağımsızlı-

---

Türkiye Yönetiminde Kargaşa, İstanbul, 1988, s.70-77) Cumhurbaşkanı bir bakanın eylem ve işlemlerini "inceletmire"bilecek, ve sonucuna göre Başbakandan" siyasi sorumluluğu da üstlenerek" örneğin, o bakanın görevden alınmasını kendisine teklif etmesini isteyebilecek, ve bu isteği yerine getirilecektir. Hayal gücümüzü fazla zorlamadan, Cumhurbaşkanının Cumhuriyet savcısından, tabii anayasal usullere uyularak, bakan hakkında dava açılmasını isteyebileceğini de düşünebiliriz. Bakanların Başbakana karşı sorumlulukları, Başbakanın bakanların görevlerini Anayasa ve Kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetme ve düzeltici önlemleri alma yükümlülüğü (AY 112), bakanların görevlerine son verilebilmesi (AY 104, 109) ve nihayet Kanunun aitiraz maddesindeki bu değişiklikten sonra Cumhurbaşkanının Başbakana, hatta yürütme ve idare makamlarına, adeta, emir verebilmesi hususları birlikte mütalaa edildiği zaman bakanlar hatta Başbakanın Cumhurbaşkanı karşısında, A.B.D. de olduğu gibi, birer sekreter durumuna getirildikleri pekala düşünülebilir. Bu suretle 1982 Anayasasının "parlamenter" sistemi bir Kanun Hükmünde Kararname ile tamamen değiştirilerek başkanlık sistemine dönüşmekte veya 1982 anayasasının "gizli mantığı" gereği çok güçlü ve yürütme ve idareye hakim bir Cumhurbaşkanlığı sistemi tamamlanmış olmaktadır." (Bu bölüm P.Bilgen'in Kamu Hukuku Bülteni'nin 4. sayısı için hazırladığı yazıdan alınmıştır)

9. O.Aldıkaçtı, Modern Demokrasilerde ve Türkiyede Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960, s.96

10. B.Çağlar, Anayasa bilimi, İstanbul, 1989. s.291.; B.Tanör İki Anayasa, 1961-1982, İstanbul, 1988,. s.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ği, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır. Anayasadaki bu ifadeden Milli Güvenlik Kurulu kararlarının Bakanlar Kurulu üzerinde bağlayıcı etkisi bulunduğu sonucunu çıkarmak mümkündür (11). Ayrıca, 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 9. maddesi de bu izlenimi doğrular mahiyettedir. Maddeye göre, Kurul kararlarına ilişkin uygulamalar, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği tarafından takip edilerek sonuçları hakkında Başbakan, Cumhurbaşkanına ve Milli Güvenlik Kurulu'na belli süreler içinde bilgi verilecektir. Milli Güvenlik Kurulu Sekreterliği ayrıca, Bakanlar Kurulu kararı haline getirilmeyen Kurul kararları ile bu kararlara ilişkin gelişmeler hakkında da Cumhurbaşkanına, Başbakana ve Milli Güvenlik Kuruluna bilgi sunmakla görevlidir.

Milli Güvenlik Kurulu'nun Devletin işleyişinde üstlendiği rolün önemli olduğu açıktır (12). Ancak burada sorulması gereken bir soru vardır. Cumhurbaşkanının Milli Güvenlik Kurulu içindeki yeri nedir?

Cumhurbaşkanı, Kurulun başkanıdır. Kurulun gündemi, Başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak, Cumhurbaşkanınca düzenlenmektedir. Bu hususlar gözönünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanının Milli Güvenlik Kurulu üzerinde, Kurul kararlarını şekillendirebilecek düzeyde, etkisi bulunmadığını söylemek mümkündür. Gerçi, 2945 sayılı kanunun 7. maddesinde, karar alınırken eşitlik halinde Kurul başkanının bulunduğu tarafın çoğunluğu sağlamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, Cumhurbaşkanının katılmadığı zamanlara Başbakanın kurula başkanlık etmesi kabul edildiğine göre (AY 108/5), bu yetkinin münhasıran Cumhurbaşkanına verilmediği anlaşılmaktadır.

---

11. B.Kuzu a.g.e., s.110: Yazar, Milli Güvenlik Kurulu Kararlarının "tam bir bağlayıcılık ifade etmese bile, ona yakın bir etkiye sahip" olduğunu belirtmektedir.

12. Milli Güvenlik Kurulu'nun, 1961 Anayasası'ndaki düzenlenişinden farklı yönleri şu şekilde özetlenebilir:

a. Kurulun üye sayısı sınırlandırılmış; Hükümet kanadından dört üye (Başbakan, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları), askeri kesimden ise beş üye (Genelkurmay Başkanı, kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı) olarak tesbit edilmiştir.

b. Kurulun görevleri ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

c. Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu Kararlarını öncelikle dikkate almakla yükümlü kılınmıştır. Bkz. T.Akgüner, Some Thoughts On National Security Concept, İHİD, Yıl:6, Sayı:1-3, s.11.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

"Cumhurbaşkanının Milli Güvenlik Kurulu vasıtasıyla ülkenin iç ve dış güvenliği konularını yönlendirme imkanına sahip olduğu tezi, asker kökenli bir Cumhurbaşkanı varsayımına dayanmaktadır"(13) denilmiştir. Ancak bu düşünce günümüzdeki son gelişmelerle geçerliliğini yitirmiştir. Asker kökenli olmayan 8. Cumhurbaşkanı, Güneydoğu Anadoludaki olayların ulaştığı boyut karşısında, Milli Güvenlik Kurulunun Cumhurbaşkanına "devlet cihazına dayanan bir devlet iktidarı kullanma imkanı tanıyan" önemli bir araç olduğunu göstermiştir. Ancak, aynı imkanın 1961 Anayasası döneminde de var olduğunu unutmamak gerekiyor.

III- CUMHURBAŞKANININ KARARNAMELERİ İMZALAMASI:

a) Olağan dönemlerde

Türk Hukukunda kararname, Cumhurbaşkanının iradesini ihtiva eden tasarruflardır. "Kararnameler Cumhurbaşkanının salahiyeti dahilinde olan ve onun iştirakiyle yapılması icap eden muhtelif cins hukuki tasarrufları ihtiva eder. Yani bunlar muhtevaları ve maddi mahiyetleri itibariyle kaide tasarruf; subjektif tasarruf mahiyetinde olur." (14)

Kararname işlemi, Anayasanın 104. ve 107. maddelerinde zikredilmektedir. 104. maddede, Cumhurbaşkanının yürütmeyle ilgili görev ve yetkileri arasında "kararnameleri imzalamak" da yer almaktadır. Ayrıca 107. maddede "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir" denmektedir.

Uygulamada Bakanlar Kurulu kararnamesi ya da müşterek kararname olarak adlandırılmasına rağmen, kararnamenin Cumhurbaşkanlığı işlemi olduğu, Anayasa'nın 105. maddesinden de anlaşılmaktadır. Maddeye göre, Cumhurbaşkanının -tek başına yapabileceği belirtilenler dışın-

---

13. B.Tanör; a.g.e., s.122

14. "...Nizamname ve talimatnameleri ve yahut...hususi bir kanuna istinaden çıkarılmış kararnameleri kabul ve tasdik eden Reisi Cumhur iradelerini ihtiva eden kararnameler objektif kararnamelerdir. Tayin vesaire gibi fördi tasarrufları ihtiva eden Cumhurbaşkanı kararnameleri ise sübjektif kararnamelerdi" S.S.Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları cilt:1. İstanbul, 1966. s.399.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

daki- bütün kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacaktır. Görüldüğü gibi, işlem esas itibariyle Cumhurbaşkanlığı işlemidir. Ancak sorumluluk esasları gereği Başbakan ve bakanlarca da imzalanmaktadır.

Bu durumda, Cumhurbaşkanının, bakanlar Kurulu veya bakanların teklif ettiği kararnameleri imzalamamak yetkisinin olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde, Cumhurbaşkanının, imzaladığı kararlardan dolayı sorumlu olmadığı; sorumluluğun Bakanlar Kurulu ve bakanlara ait olduğu gerekçesiyle, Cumhurbaşkanının kararnameleri imzalamaya mecbur olduğu, Cumhurbaşkanının sadece, hukuka aykırılık taşıyan kararnameleri imzalamamak yetkisine (ve hatta görevine) sahip olduğu düşüncesi ileri sürülmektedir (15).

Duran'a göre, "Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu ile bakanlıkların onay için sundukları kararnameleri hemen ve olduğu gibi imzalamak zorunda olmadığı, hiç değilse, bekletmeye ve yeniden incelenmek üzere iade etmeye yetkili "bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir"(16).

Onar, Bakanlar Kurulu ve bakanlıklarca hazırlanan kararnamelerin imzalanması zorunluluğundan söz etmemektedir. Aksine, Onar'a göre, Cumhurbaşkanının imza ve tasdikine bağlı bulunan tasarruflar Cumhurbaşkanı tarafından kabul ve imza edilmedikçe hukuki bir tasarruf olarak meydana çıkamıyacaktır. Böylelikle, "Cumhurbaşkanı, bu yoldan hükumet ve idare üzerinde etki yapabilir ve yürütme organının başkanı sıfatıyla yetki ve kudretini göstermiş olur (17).

Cumhurbaşkanının önüne getirilen kararnameyi imzalamaması durumunda, Bakanlar Kurulunun ve bakanların başvurabilecekleri herhangi bir hukuki yol bulunmamaktadır. Bakanlar Kurulu istifa ederek, ortaya çıkan siyasal bunalım sebebiyle, cumhurbaşkanının prestij ve otoritesini zedeleyebilir; (18) ama bu yolun hukuk sınırlarının dışında olduğu da açıktır.

---

15. F.Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1986, s.287; Ş.Gözübüyük, Anayasa Hukuku, Ankara, 1986, s.214; M.Turhan, a.g.e. s.124; B.Kuru, a.g.e. S.80. A.Kerse, Türkiyede 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı. İstanbul, 1973, s.145.

16. L.Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1962, s. 101.

17. S.S.Onar, a.g.e., s.757.

18. S.S.Onar, a.g.e. s.757; F.Özbudun, a.g.e., s. 286.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sonuç olarak, Cumhurbaşkanının kararnameleri imzalamak yetkisi, oldukça önemli ve Cumhurbaşkanını yürütme ve idare üzerinde etkili kılan bir araçtır. Bu yetki, sosyal ve siyasal açılardan da önemli sonuçlar doğurabildiğinden, somut olaylara göre, bu yetkinin etkisi artabilecek ya da azalabilecektir.

Bu durumda, Bakanlar Kurulunun ve bakanlıkların Cumhurbaşkanının imzası olmadan herhangi bir işlem yapıp yapamıyacakları sorusu, özellikle Cumhurbaşkanının hükümetle sık sık ihtilafa düşmesi ihtimalinde önem kazanacaktır.

Bakanlıklar, ilgili mevzuatta müşterek kararnameyle yapılacağı öngörülmeyen, işlemlerini Cumhurbaşkanının imzasına gerek olmaksızın yapabileceklerdir. Ayrıca teorik olarak, yasalarda yapılacak değişikliklerle, müşterek kararnameyle yapılması gereken işlemlerin bakanlarca yapılmasının sağlanması da mümkündür (18a) Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluyla olan organik ilişkisi ise Anayasa hükümleriyle tesis edilmiştir. Bu sebeple, Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanının imzası olmaksızın işlem yapamıyacaktır. böylesi bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda yani Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunun faaliyetlerini daha sıkı kontrol etmeye çalışması halinde, bir takım kararların çeşitli "kurullar" aracılığıyla alınması yoluna gidilebilir. Örneğin günümüzde birçok önemli ekonomik kararlar Yüksek Planlama Kurulu ve Para Kredi Kurulu tarafından alınmaktadır. Bu tür kurullar aracılığıyla Cumhurbaşkanı devre dışı bırakılabilir.

b) Olağanüstü dönemlerde

Anayasa'da belirlenen durumlarda (M.119., 120.122) olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilanı kararı verilebilmesi için Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanması gerekmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hal veya sıkıyönetim süresince, yetki kanununa gerek olmaksızın ve 91. maddedeki kayıtlarla bağlı kalmaksızın kanun hükmünde kararnameler çıkarabilecektir.

18a. Nitekim Adalet bakanlığı üst düzey yöneticilerinin atanmasında bu yola başvurulmuştur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Görüldüğü gibi, 1982 Anayasası, olağanüstü hal-sıkıyönetim ilanı için Cumhurbaşkanının sadece imzasını değil fiziki varlığını da gerekli görmüştür. Aynı durum olağanüstü yönetim süresince çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler için de söz konusudur. Anayasa, olağanüstü yönetimin gerektiği hallerde, Cumhurbaşkanına oldukça ağırlıklı bir işlev yüklemiştir.

IV- CUMHURBAŞKANININ TEK BAŞINA YAPABİLECEĞİ İŞLEMLER:

1961 Anayasası'nın 98. maddesinde Cumhurbaşkanının bütün kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı hükme bağlanmıştı. Bu hüküm, Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler sorununun, 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, tartışılmasına yol açmıştır.

1982 Anayası'nın 105. maddesinde ise "Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemlerinden söz edilmektedir. Anayasada, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini öngören 107. madde dışında Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemleri gösteren açık bir hüküm bulunmamaktadır. Danışma Meclisi'nin kabul ettiği metinde, Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararlar sayılmaktadır; ama Milli Güvenlik Konseyi, bu hükme Anayasa'da yer vermemiştir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerim açıkça gösterilmemiş olması Cumhurbaşkanının tek başına işlem yapamıyacağı anlamına gelmektedir (19). Ancak, uygulamada birçok işlemin Cumhurbaşkanınca Başbakan ve ilgili bakanların imzası bulunmaksızın yapıldığını görmekteyiz. Bu durum pozitif hükümlere aykırıdır.

19. O.Aldikaçtı, 1961 Anayasasında Devlet Başkanı Kararnamelerinin imzalanması, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, s. 30. vd.; Ayrıca Ekz. T.Güneş, Devlet Başkanı, meclis Çatışması SBFD. Cilt: 19., sayı:2

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Cumhurbaşkanının tek başına imzaladığı kararlar aleyhine "Anayasa Mahkemesi dahil" yargı mercilerine başvurulamayacak olması (AY 105., 125., İYUK 2.), konunun önemini ortaya koymaktadır.

Doktrinde, Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler çeşitli ölçütlerle tesbit edilmektedir. anayasada açık bir hüküm bulunmadığına göre, bu ölçütlere başvurmak gerekecektir.

Danışma Meclisi'nde Cumhurbaşkanlığını düzenleyen maddelerin görüşülmesi sırasında, Tan "Parlamenter sistem içinde tek başına yapabileceği kabul edilen işlemler" ölçütünü kullanmıştır (20).

Ayrıca, Cumhurbaşkanının yürütmenin başı olması sıfatıyla yaptığı işlemlerin Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanması gerektiği, buna karşın Devletin başı niteliğiyle bazı işlemleri tek başına yapabileceği kabul edilmektedir. anayasa Mahkemesi'nin içtihatları da bu yoldadır (21). Bu düşünüşten yola çıkarak, Cumhurbaşkanının, tarafsız Devlet Başkanı sıfatıyla kullandığı yetkileri tesbit ederek, hangi işlemleri tek başına yapabileceğini belirlemek mümkün olabilecektir.

Cumhurbaşkanının tek başına imzaladığı işlemler, yargı denetimi dışında tutulduğuna göre, Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisi tanırken, hukuk devletinin temel unsuru olan yargı denetimi ilkesinin ihlal edilmemesine itina etmek gerekmektedir. Bilindiği gibi hukuk devleti bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi olan devlettir. Bu sebeple, Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı işlemler, nitelikleri itibariyle yargı denetiminin dışında kalabilecek işlemler olmalıdırlar. Bir başka söyleyişle, Cumhurbaşkanının idari-icrai nitelik taşıyan (22) işlemleri, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanmalıdır. böylelikle, bu işlemlerin yargı denetimi dışında tutulması önlenmiş olacaktır.

Bu görüş doğrultusunda Cumhurbaşkanınca tek başına yapılabilecek işlemler şu şekilde sıralanabilir (22a).

a. 104. maddede "Yasama ile ilgili olanlar" başlığı altında belirtilen işlemler:

---

20. Danışma Meclisi Tutanak dergisi, Cilt: 9., s. 409-410.

21. M.Turhan, a.g.e. s. 115., E.Özbudun, a.g.e. s.285.

22. L.Duran a.g.e. s. 101.; E.Özbudun, a.g.e. s. 298.

22a. Doktrindeki çeşitli görüşler için bkz. E.Tezic, Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Sorumsuzluğu, Kamu Hukuku Bülteni Şubat 1990, sayı:2, s. 6; M.Soysal Anayasanın Anlamı, İstanbul-1986, s.333.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Cumhurbaşkanının yasama ile ilgili işlemleri nitelikleri itibariyle idari-icrai işlemler değildir. Bu sebeple bu işlemleri Cumhurbaşkanı tek başına yapabilecektir. anayasa'nın 104. maddesine göre yasama ile ilgili görev ve yetkiler şunlardır:

Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşmasını yapmak,

Türkiye Büyük Millet Meclisi gerektiğinde toplantıya çağırmak, Kanunları yayımlamak,

Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halk oyuna sunmak,

Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak,

Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek,

b. Yargı ile ilgili olanlar:

104. maddeyle verilen yetkiler maddi anlamda birer idari işlem mahiyetini taşımaktadır. Maddede belirtilen işlemler "Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekilini Askeri Yargıtay üyelerini, Askeri Yüksek İdari Mahkemesi üyelerini, Hakimler ve Savcılar Yüksek kurulu üyelerini seçmek"tir.

Hukuki niteliği atama işlemi olan bu işlemlerin yargı denetimi dışında tutulması, hukuk devleti ilkesine uygun düşmemektedir. Ama şu sebeplerden ötürü Cumhurbaşkanınca tek başına imzalanması gerektiği savunulabilir.

Bilindiği gibi Anayasa yargıçların göreve alınmalarını yürütme ve idarenin işlemleri dışında tutmuştur. Hakim ve savcıların mesleğe kabulü, atama ve nakilleri Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır. (m.159)

Anayasa'nın 104. maddesinde gösterilen atama işlemlerinin Cumhurbaşkanının yanısıra Başbakan ve bakanlarca imzalanması, bu işlem-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lerin yürütme organınca yapılması sonucunu doğuracaktır. Bu durum ise yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olacaktır. Bu sebeple, Cumhurbaşkanının yargıç seçme işlemlerini, devletin başı sıfatıyla yaptığını kabul ederek yargı denetimi dışında tutmak daha yerinde olacaktır (22b).

Ayrıca, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamıyacağı hükme bağlandığı için (AY 159) bu çözüm hakim ve savcı atamalarındaki genel kurala uygun düşecektir.

Yukarıdaki sonuca varırken şu noktayı da vurgulamak gerekiyor:

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasının ve yürütme organı içinde yer alan Cumhurbaşkanına Yüksek yargı organlarına yargıç ve savcı atama yetkisi verilmesinin hukuka uygunluğu tartışmalıdır. Bu konuya ileride tekrar değinilecektir.

c. 104. maddede "Yürutme alanına ilişkin olanlar" başlığı altında belirtilen işlemler:

Bu başlık altında gösterilen başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek; gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak; TBMM tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde (AY 92) Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek; Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak, Milli Güvenlik Kuruluna başkanlık etmek, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak; Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak görev ve yetkilerini Cumhurbaşkanı tek başına kullanabilmelidir.

Yukarıda sayılanların dışında kalan kimi işlemler (atama işlemleri) idari-icrai işlemlerdir. Diğerleri ise (Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayınlamak, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek ve yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek) hükümet siyasetiyle ilgili yetkilerdir. Bu sebeple

22b. anayasa Mahkemesine atanan bir üyenin gerekli şartları taşımadığı gerekçesiyle ortaya çıkan kriz nedeniyle bu görüşün isabetsiz olduğu söylenebilir. Fakat anayasa Mahkemesi bu krizi "Yokluğun tesbiti" yoluyla aşabildiğine göre Anayasa Mahkemesine üye seçmede kıdemyi devre dışı bırakmak şimdiki sistem içinde daha uygundur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mutlaka Başbakan ve bakanların katılımıyla kullanılması gerekir.

Kararnamelerin imzalanması hususu ise daha önce tartışılmıştır.

Diğer kanunlarla Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler için de aynı şeyleri söylemek mümkündür (23). Yani Cumhurbaşkanı devletin başı olarak kullandığı yetkileri tek başına kullanabilecektir; ama yargı denetimi dışında kalması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan işlemlerin mutlaka Başbakan ve bakanlarca imzalanması gerekecektir.

V- CUMHURBAŞKANININ SORUMLULUĞU

1982 Anayasası'nın "Sorumluluk ve sorumsuzluk hali" başlıklı 105. maddesinde:

"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 resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır" denmektedir.

Cumhurbaşkanının sorumluluğu konusu esas olarak, bu madde çerçevesinde, cezai ve hukuki sorumluluk olarak iki alt başlık altında incelenecektir.

a. Cezai Sorumluluk:

Doktrinde Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu, görevle ilgili suçlardan ve adi suçlardan sorumluluk olarak ele alınmaktadır.

aa. Görevle ilgili suçlardan sorumluluk; 1982 Anayasası'nın 105. maddesi, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili işlemlerden dolayı sorumsuzluğunu kabul etmektedir. Bu hüküm, Cumhurbaşkanının görevle ilgili fiillerinin suç teşkil etmeyeceği şeklinde formülleştirilebilir.

23. Cumhurbaşkanına atama-seçme yetkisi tanıyan kanunlar için bkz.B.Kuzu, a.g.e., s. 78.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Anayasa, görevle ilgili suçlardan dolayı sorumluluk ilkesine vatana ihanet suçu" istisnasını getirmektedir. Gerek vatana ihanet teriminin gerekse vatana ihanet suçunun içeriği açıklığa kavuşturulmuş değildir. Uygulamada, yasalarla vatana ihanet teşkil eden bazı fiillerin gösterilmesiyle yetinilmiştir.

Örneğin; 29 Nisan 1336 tarihli ve 2 numaralı Hıyaneti Vataniye Kanunu, TBMM'nin meşruluğuna yönelik her türlü eylemin ve yayının vatan hainliğini teşkil edeceğini hükme bağlamıştır. Aynı kanuna eklenen bir başka hükümle "dini veya mukaddesatı diniyeyi siyasi gayelere esas veya alet ittihaz maksadı ile cemiyetler kuranlar veya bu cemiyetlere girenler ve bu konuda siyasal maksatla propoganda yapanlar", vatan haini sayılmışlardır.

Ayrıca, 1960 tarihli ve 15 sayılı, Türk Ceza Kanununun 146. maddesine fıkra eklenmesi ve 56. maddesinin kaldırılması Hakkında Geçici Kanun'un 3. maddesinde, Türk Ceza Kanununun 125-133, 141, 142., 146., 149., 150 ve 163. maddelerinde yer alan suçların vatana ihanet teşkil ettikleri belirtilmiştir.

Vatana ihanet konusunda örnek verilebilecek bir değer pozitif metin ise "sakıt ve sabık Cumhurbaşkanının Yüksek Adalet Divanında Muhakeme Edilmesine Dair" 1960 tarihli ve 2 sayılı Milli Birlik Komitesi kararıdır. (RG.13.7.1960-10550). Kararda, Hıyaneti Vataniye Kanununda yazılı suçlar, Askeri Ceza Kanunun 3. babında hiyanet matlabını taşıyan 1. faslındaki cürümler ve Türk Ceza Kanunun 2. kitabının birinci babının 1. ve 2. fasıllarında yer alan suçlar Vatana ihanet suçları olarak sayılmışlardır.

Doktrinde, pozitif metinlerin, vatana ihanet konusunda yeterli olmadığı ortaya konmuştur (24). Meseleye ışık tutan bir çok görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşler şu başlıklar altında özetlenebilir (25). Türk vatanının bütünlüğüne ve devletin Anayasayla kurulu rejimine karşı işlenen suçların vatana ihanet teşkil ettiği görüşü (26); 15 sayılı kanunu ölçü

---

24. Ç.Ozek, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, 1967, s. 81 vd. Eserde Vatana İhanet Suçu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. s. 74 vd.

25. A.Koraş, a.g.e., s. 163. vd.

26. Dönmezer-Erman, nazari ve tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 1, İstanbul, 1957, s.242; K.İçel-S.Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul, 1987, s. 136.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak kabul eden görüş (27); Cumhurbaşkanının anayasayı korumak hususunda ettiği yemine aykırı hareket etmesinin vatana ihaneti oluşturduğu görüş (28); Devletin dış güvenliğine karşı fiilerin vatana hiyanet teşkil ettiği görüşü (29).

Bu görüşler dışında hakim düşünce, vatana ihanetin vasıf teşkil ettiği görüşüdür (30). Bu görüş şu şekilde özetlenebilir; "Hakim görüş Cumhurbaşkanını itham yetkisine sahip TBMM'nin, her somut olayda Cumhurbaşkanını itham yetkisine sahip TBMM'nin, her somut olayda Cumhurbaşkanı tarafından işlenen fiilin "vatana ihanet" niteliğinde bulunup bulunmadığını tayin hususunda yetkili olduğu düşüncesindedir. Ancak söz konusu tayin yetkisinin kullanılmasında TBMM, tam bir serbestiye sahip değildir. Gerçekten TBMM, işlenen fiilin "vatana ihanet" vasfında bulunup bulunmadığını belirlerken öncelikle suçta kanunilik kuralına riayet etmekle mükelleftir. Bu bakımdan Cumhurbaşkanının "vatana ihanet" teşkil ettiği ileri sürülen bir fiilden sorumlu tutulabilmesi, söz konusu fiilin kanunda suç olarak tanımlanmış bulunmasına bağlıdır. TBMM fiilin vasfını tayin ederken "vatana ihanet" sadakat borcunun ihlali olduğundan Cumhurbaşkanının sadakat görevini de göz önüne almak zorundadır. Diğer bir deyişle Meclisin yetkisi Cumhurbaşkanının sadakat görevinden doğan objektif bir kıstas ile sınırlanmıştır. Cumhurbaşkanının en önemli sadakat borcunu Devletin ülkesi ile bölünmezliği ve siyasal iktidarın demokratik temsili sistemine riayet" meydana getirir. Ceza Kanununun hangi bölümünde yer alırlarsa alsınlar, Cumhurbaşkanının Türkiye Vatanının bütünlüğüne ve Devletin Anayasası ile kurulmuş rejimine karşı fiilleri sadakat borcunu ihlal ettiklerinden "vatana ihanet" niteliğinde kabul edilirler. Cumhurbaşkanının suç teşkil eden ve bu nitelikte olmayan göreve ilişkin fiilleri ise, sorumluluğuna yol açmazlar" (31).

Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı suçlandırılması ve yargılanmasına ilişkin diğer düzenlemeler ise şunlardır;

---

27. F.Eren, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1985, s. 12.

28. O.Aldikaçti, Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960, s.220. "...Bu yeminine riayetsizlik, anayasanın ihlali, vatanın dayandığı temellerin sarsılması, Devlet Birliğinin, Faaliyetinin ve düzeninin esastan bozulması demektir ki, vatan hiyaneti de bundan başka bir şey değildir. Binaenaleyh, reisicumhurun anayasayı ihlalinden veya ihlaline, teçhiz kılındığı selahiyetlerde karşı koymayışından vatan hiyaneti suçu ile itham edilmesi gerektiğini düşünüyoruz."

29. A.Kerse, a.g.e., s. 165.

30. Ç.Özek, a.g.e., s. 81. vd.

31. Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989, s. 154-155.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

105. maddeye göre Cumhurbaşkanının suçlandırılabilmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi gerekmektedir. Suçlandırma kararı için ise üye tam sayısının en az dörtte üçünün oyu aranmıştır.

105. maddeden ve Anayasa'nın diğer hükümlerinden anlaşıldığı kadarıyla Meclisin suçlandırma kararına karşı herhangi bir yargısal başvuru imkanı bulunmamaktadır. Yüce Divan'ın beraat kararının, aynı zamanda vatana ihanet suçlaması kararını iptal sonucunu doğurabileceğini söylemek mümkündür; ama konunun Yüce Divan'a gitmezden önce hukuki denetim süzgecinden geçmesi faydalıdır. Çünkü bilindiği gibi suçlandırma kararı siyasal mülahazalar sonucu da alınabilmektedir. Cumhurbaşkanlığı makamının saygınlığının korunabilmesi, Cumhurbaşkanının siyasal saiklerle yargı önüne çıkarılmamasını icab ettirir. Bu sebeple, suçlandırma kararının Anayasa Mahkemesince incelenmesi, hukukilik denetiminden geçirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Anayasa'ya göre, Cumhurbaşkanını yargılayacak olan merci, Yüce Divan sıfatıyla, anayasa Mahkemesi'dir (m.148). Cumhurbaşkanı'nın yargılanması sırasında savcılık görevi, Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı Vekili tarafından yapılacaktır.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin Meclis'in suçlandırma kararını incelerken "ihbası rey"de bulunmuş sayılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Şunu belirtmek gerekir ki, suçlandırma kararının incelenmesi, TBMM üyelerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması kararlarının incelenmesiyle paralel düşünülmelidir. Milletvekillerine tanınan bu imkandan Cumhurbaşkanının yoksun bırakılması için hukuki bir gerekçe bulmak güçtür.

Anayasa Mahkemesi, en azından, suçlandırma kararının Anayasa'da öngörülen şekil şartlarına uyularak alınıp alınmadığını denetleyebilmelidir. Ayrıca vatana ihanet suçlamasının salt siyasal sebeplerle alınıp alınmadığını belirlemeye yönelik bir incelemenin, daha sonraki yargılama aşamasında yapılacak olan fiilin suç teşkil edip etmediği incelemesinden farklı olduğunu düşünmekteyiz.

Yüce Divan'a sevk kararına karşı herhangi bir hukuki yolun düzenlenmemiş olması, Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanının hukuki statüsünün ne olacağı sorusuna daha da önem kazandırmaktadır. Bir

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

başka söyleyişle, Yüce Divan'da yargılanacak olan Cumhurbaşkanı, görevine devam edebilecek midir?

Doktrinde, Dönmezer-Erman, bu soruya olumsuz cevap vermektedirler. Dönmezer-Erman'a göre: "Böyle bir durumda Cumhurbaşkanlığı makamında boşalma vuku bulduğu kabul edilmek ve TBMM Başkanınca bu makama vekillik edilmek gerekir (Ay.106). Bu vekillik yenisi seçilinceye kadar devam edeceğine göre, Yüce Divanın vereceği karar beklenmeksizin, yeni Cumhurbaşkanının seçilmesi gerekir. Bu itibarla Yüce Divan beraat kararı verse dahi, vatana ihanetle suçlandırılan Cumhurbaşkanı — yeniden seçilmedikçe — görevine dönemez" (32).

Bu görüş çeşitli yönlerden eleştirilebilir. Öncelikle Cumhurbaşkanının görevden ayrılmasını düzenleyen 106. maddesinde Yüce Divana sevk hali öngörülmüş değildir. Maddede yer alan "başka bir sebep" deyimini Anayasa Mahkemesinde yargılamayı içerecek kadar geniş tutmamak gerekir. "Buradaki başka sebepten amaç, maddede sayılan sebeplere benzeyen durumlar olarak anlamak gerekir. Gerçekten Devlet memuriyetinde dahi olmayan yargılamanın görevden otomatik ayrılmayı suçlandıracağı görüşünü, Cumhurbaşkanlığı makamı için varsaymak, bu makamı güvenceden mahrum kılmak anlamına gelir. Siyasal bir makamın suçlamasının sonucunu beklemeden Cumhurbaşkanlığı statüsünü ortadan kaldırmak kanımızca 105. maddenin lafzına ve ruhuna aykırıdır"(33).

Yüce Divan'a sevk halinde Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması gerektiği düşüncesi "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" (AY.38) yolundaki hukuk ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Gerek Cumhurbaşkanlığı makamının önemi gerekse vatana ihanet suçunun ağırlığı, yargılama esnasında yargılanan kişinin Cumhurbaşkanlığı makamında bulunmamasını icap ettirir. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi'nce böyle bir davaya el konulduğunda, Cumhurbaşkanının geçici olarak görvinden ayrılmış sayılması gerekir. Yargılama sonunda beraat eden Cumhurbaşkanının yeniden görevine başlayabileceği kabul edilmelidir (34).

---

32. Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 244., E.Özbudun, a.g.e., s. 289.
33. K.İçel-S.Donay, a.g.e., s.137-138.
34. S.Özçelik, 1961 anayasası Ders notları, I, İstanbul, 1965, s. 102.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yüce Divana sevk kararının ön denetimi, yukarıda sayılan sakıncaları hafifletecektir.

ab. Görevle ilgili olmayan suçlardan sorumluluk: Türk Ceza Hukuku Doktrininde Cumhurbaşkanının adi suçlardan ötürü sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Anayasada bu konuda herhangi bir hükmün bulunmaması, Cumhurbaşkanlığı makamına karşı gösterilen saygıdan kaynaklanmaktadır. Ayrıca, Cumhurbaşkanlığına seçilen bir kişinin suç işlemesinin gerçekleşmesi pek güç bir ihtimal olması, bu konuda Anayasaya hüküm koymayı gereksiz kılmaktadır.

Görevle ilgili olmayan suçlardan dolayı yargılanma konusunda açık hüküm olmadığı için, doktrinin görüşü önem kazanmaktadır.

Bir görüşe göre, Cumhurbaşkanının adi suçlardan dolayı kovuşturulması, görev süresinin bitiminden sonra yapılmalıdır. Böylelikle Cumhurbaşkanlığı makamı adi suç iddialarıyla "taciz edilmeyecek diğer yandan ise böyle bir suç işlenmişse bu suç yaptırımsız kalmayacaktır"(35).

Bir ikinci görüş ise, Anayasanın milletvekili dokunulmazlığına ilişkin hükümlerinin, Cumhurbaşkanının adi suçlardan dolayı yargılanmasında da uygulanması gerektiği yolundadır (36).

Gerçekleşmesi uzak bir ihtimal dahi olsa, suç işlemiş bir kişinin Cumhurbaşkanlığı makamında kalmasının makamın itibarına vereceği zarar gözönünde tutulursa, Cumhurbaşkanının adi suçlardan dolayı yargılanmasının TBMM kararıyla mümkün kılınmasını daha uygun bulmaktayız.

b. Hukuki Sorumluluğu:

Cumhurbaşkanının hukuki sorumluluğunu da iki başlık altında incelemek mümkündür.

ba. Görevle ilgili işlemlerden sorumluluk: 1982 Anayasası'nın 105. maddesinde, Cumhurbaşkanının başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanan işlemlerden dolayı sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştür. Aynı madde, Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine, Anayasa Mahkemesi de dahil, yargı mercilerine başvurulamayacağını

35. K.İçel-S.Donay, a.g.e., s. 139.; Ceza Hukuku El Kitabı,. a.g.e. s.157.

36. Dönmezer-Erman, a.g.e., s. 246.; O.Aldikaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1978, s. 302.; F.Özbudun, a.g.e., s. 288.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

emretmektedir. İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen 125. maddede de cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler yargı denetimi dışında tutulmuştur (37).

Gerek Anayasayla gerekse yasalarla Cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisi tanıdıktan sonra, bu işlemlere karşı yargı yolunu kapatmanın hukuki gerekçesini anlamak oldukça zor görünmektedir. Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin içinde, yukarıda görüldüğü gibi, idari işlem niteliğinde bir çok atama işlemi de mevcuttur. Üstelik bu yetkilerden hangisinin tek başına kullanılacağı, -deyim hoş görülürse- Cumhurbaşkanının "insafına" bırakılmıştır.

Uygulamada, Danıştay rektör atamasının iptali istemiyle açılan davada "Ayrılabilir işlem" teorisini kullanmış açılan davayı incelemeye başlamıştır. Danıştay'ın bu tutumu önemli bir gelişmedir.

Devlet kaynaklı işlemlerin yargısal denetimi, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez varlık koşuludur. Bu temel hukuk prensibini, Cumhurbaşkanlığı işlemlerine uygulamamak açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Bu hükmün bir an evvel Anayasa'dan çıkarılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 105. ve 125. maddeleri Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolunu kapamaktadır. Acaba bu hüküm, sözkonusu işlemlerden doğan zararlar için açılabilecek tamyargı davalarına da uygulanabilecek midir? Cumhurbaşkanının tek başına imzaladığı işlemlerinde ve eylemlerinden dolayı hakları muhtemel olanlar zararların tazminini isteyebilecekler midir?

Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda (38) idare hukukunun prensipleri gereğince, ilgililerin tam yargı davası açabileceklerinin kabulü gerektiğini düşünmekteyiz (39). Yargı yolunu düzenleyen 125.

---

37. Anayasanın kabulünden önce çıkarılan 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı idari yargılama usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, "Devlet Başkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, Anayasa'ya da geçirilmiş ve olağanüstü dönemin hukuku, Anayasal dönemde devam ettirilmiştir.

38. Örneğin, Cumhurbaşkanının kendi kullandığı makam arabasıyla kaza yaparak zarara yol açması halinde.

39. Anayasa'nın 129. maddesine göre, memurlar vedığer kamu görevlilerininyetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilecektir. /..

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

madde, son fıkrasıyla idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamış ve bu hükme herhangi bir istisna getirmemiştir. Halbuki 125. maddenin ilk fıkrasıyla idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır denildikten sonra bir ikinci hükümle Cumhurbaşkanının tekbaşına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararlarının yargı denetimi dışında kalacağı belirtilmektedir. Bu sebeple, Cumhurbaşkanının tekbaşına yapacağı işlem ve eylemlerden doğan zararların tazmini istemlerinin yargı yerlerince incelenmesi gerekmektedir.

bb. Görevle ilgili olmayan işlem ve eylemlerden dolayı sorumluluk: Anayasanın hiçbir maddesinde, Cumhurbaşkanının, göreviyle ilgili olmayan işlem ve eylemlerinden dolayı, hukuki sorumluluğunun bulunmadığına işaret eden bir hüküm yer alamamaktadır. Cumhurbaşkanlığı saygı gösterilen itina edilen bir makam olarak düzenlenmekle beraber, Cumhurbaşkanının kişiliğinin kutsal ve dokunulmaz olduğu kabul edilmemiştir. Nitekim yukarıda görüldüğü gibi, Cumhurbaşkanının adi suçlarından sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

Anayasanın Kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesinde herkesin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Maddeye göre, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacaktır. Bu durumda, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan işlem ve eylemlerinden dolayı hukuki sorumluluğu var mıdır? Sorusuna olumlu cevap vermek gerekmektedir.

Bu hüküm gereğince, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili işlem ve eylemlerinden doğan tazminat davaları, Cumhurbaşkanlığı hasım gösterilerek açılabilecektir. Cumhurbaşkanlığı'nın yargı mercileri önünde davalı taraf olması uygun görülmeyecekse, husumetin Devlet hazinesinden sorumlu, Maliye Bakanlığına yöneltilmesi incelebilir.

Cumhurbaşkanının 129. maddedeki Kamu görevlileri teriminin kapsamına girmediği ileri sürülebilir. Bu takdirde aynı sonuca, Anayasa'nın 40. maddesindeki "kişinin, resmi görevliler tarafından yaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir" hükmünden yararlanılarak ulaşılabilir. Herhalde Cumhurbaşkanı "resmi görevli" olarak kabul edilebilecektir.

Cumhurbaşkanının tazminat ödemesini düzenleyen yasal bir metin bulunmaması Anayasa hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Bu durumda anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması söz konusu olacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

a. Cumhurbaşkanının Konumun Değerlendirilmesi

1982 Anayasası'nın hazırlanışında temel hedeflerden biri olan güçlü yürütme, Cumhurbaşkanlığının rdüzenlenişinde de yansımalarını bulmuştur. Yürütmenin güçlendirilmesinde "asıl dikkatı çeken ve aynı zamanda belki de 1982 Anayasasının en belirgin özelliğini oluşturan nokta, Cumhurbaşkanlığının güçlendirilmesidir" (40).

Anayasa'da Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin çok ilginç bir özelliği göze çarpmaktadır. Bu yetkiler 1982 Anayasası öncesi "Devlet Başkanı"nın kullandığı yetkilerdir (41). Anayasa'nın kabulünden evvel çıkarılmış olan kanunlarla oluşturulan Devlet Başkanı" statüsünün 1982 Anayasası'na monte edilmiş olduğu şeklinde bir tesbit yapmak mümkündür.

Cumhurbaşkanının güçlendirilmesi, tarafsızlık ilkesine gereğince uyulacağı varsayımına dayandırılmış olabilir. 12 Eylül döneminin Devlet Başkanı için uygun olan bu formul, çok partili siyasal yaşamın "partili Cumhurbaşkanı" ihtimalinde bir çok sorun doğuracaktır.

Partili Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanına verilen "devlet iktidarının" (42) siyasal iktidara geçmesi sonucunu meydana çıkaracak; bu durumda, siyasal iktidar tarafından kullanılması mahzurlu görüldüğü için Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler, siyasal iktidarın elinde toplanacaktır. 1982 Anayasasıyla Cumhurbaşkanlığı makamının güçlendirilmesinin en önemli sakıncası, böylelikle, kendiliğinden ortaya çıkmış olmaktadır. Örneğin, "tarafsızlık ve adalet duygularından yoksun bir Cumhurbaşka-

---

40. M.Soysal, Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı), Anayasa Yargısı, AYM. Yay., Ankara 1984, s.43., T.Taş, 1982 anayasalı Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet Ya Da Güçlü Yürütme), anayasa Yargısı, AYM Yay, ankara, 1984, s.36 vd.

41. a.13.6.1981 tarihli 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu m.6: Kurul üyelerinin Devlet Başkanınca seçileceğini hükme bağlamaktadır.

b.25.6.1981 tarihli 2483 sayılı Kanun m.39. Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcı Vekilinin Devlet Başkanınca seçileceğini öngörmektedir.

c. 4.11.1981 tarihli 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.6: Yükseköğretim Kurulu Üyelerinin seçimi; m.13. Rektörlerin atanması

d. 1961 tarihli 2443 Sayılı Yasanın 3. maddesi, Devlet Denetleme Kurulu üyeleri ve Başkanın seçimini Devlet Başkanına bırakmaktadır.

42. B.Çağlar, Anayasa bilimi, İstanbul 1969, s.291.; L.Duras Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul, 1966, s.50.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nının elinde" yargı baştan aşağı bozulabilecek (43); Üniversiteler, siyasal yönlendirmelere maruz kalabilecektir (44).

b. Siyasal Sistem Tartışması

1982 Anayasası'yla Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler, anayasal sistemin tartışılmasına yol açmıştır. Doktrinde Cumhurbaşkanının statüsünde yapılan değişikliklerin, sistemi adeta bir yarı başkanlık rejimi haline getirdiği belirtilmiştir (45). Bir başka müellif, 1982 Anayasası'nın kurduğu yasama-yürütmeilişkilerini "aksak başkanlık hükümeti"i; Türkiye'nin siyasal rejimini ise "Otoriter başkanlık hükümeti" olarak nitelemektedir (46). Ayrıca, 1982 Anayasası'yla "rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem" formülünün getirildiği de belirtilmektedir (47).

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanına göre, Cumhurbaşkanının konumu parlamenter rejim sınırları içinde düşünülmüştür. Anayasa Komisyonu Başkanı, Cumhurbaşkanının yetkilerinin arttırılmasını şu şekilde yorumlamaktadır:"... Gerçekte Devlet Bakanının tek imza ile yapabileceği yetkileri arttırdık. Parlamenter rejimde devlet faaliyetlerini yürütmek, devlet başkanına değil, hükümete aittir. Çünkü, o attığı imzadan dolayı parlamento önünde hesap verecek olan başbakan veyahut ilgili bakandır. Bundan dolayı Devlet Başkanının tekliflerini dikkatle dinler; bazen kabul ederler bazen reddederler, fakat bir zorlama mümkün olamaz. Bu ilkeden hareketle, Devlet Başkanına verdiğimiz yetkilerin, tek başına hükümete danışmadan yapabileceği yetkilerin (Danışma sözcüğünün altını vurgulayarak belirteyim) önemi sanıldığı kadar fazla değildir" (48).

Anayasa'nın Başlangıç kısmında: "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu" belirtilmektedir. Bu ilkeden hareketle Cumhur-

43. M.Soysal anayasanın Anlamı (100 soruda), İstanbul, 1995, s.331.; Soysal, bir başka eserinde Cumhurbaşkanınca Danıştay'a üye seçilmesi konusuna değinmekte ve "Yıllar sonrasının devlet başkanına bu kadar güvenmek olur mu?" sorusunu sormaktadır. Bkz.M.Soysal, Demokrasiye Giderken, İstanbul, 1982, s. 86.

44. B.Tanör, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul, 1986, s.120.

45. B.Tanör, a.g.e., s. 124.

46. L.Duran, a.g.e., s. 18-19.

47. B.Çağlar, a.g.e., s.236.

48. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 7., s.621.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

başkanının tüm Devlet organlarının üzerinde yetkili bir organ olmadığını söyleyebiliriz. Ayrıca Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanına karşı değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı sorumludur. Anayasa, yürütme ve idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisini yargı organlarına vermiştir. Görevle ilgili hususlarda Cumhurbaşkanına herhangi bir sorumluluk yüklenmemiş olduğunu da gözönünde bulundurduğumuzda, 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının, siyasal rejimin niteliğini değiştirecek ölçüde, üçlendirilmediği sonucuna varabiliriz (49).

Nitekim 1982 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, yürütmenin gerçek gücünün Başbakana geçtiği, "Cumhurbaşkanına da inceleme ve denetim gezileri ile törensel etkinlikler yapmaktan başka bir şey kalmadığı" (50) söylenebilmiştir.

C. Sistem Değişikliği Gereksizdir

Türkiye Cumhuriyeti, sorumsuz-yetkisiz devlet başkanı geleneğini, 1909 yılı Anayasa tadilatından devralmış ve günümüze kadar sürdürmüştür.

Cumhuriyetin kurucusu, "Ebedi Şef" Atatürk, Serbest Fırka tecrübesi sırasında partilerüstü kalmaya özen göstermiştir. Hatta Atatürk'ün kızkardeşi Makbule Atalay'ın Serbest Cumhuriyet Fırkası kurucuları arasında bulunması, 1930 yılında yapılan belediye seçimleri esnasında halkta "Gazi'nin yeni bir fırkayla işe başladığını" yolunda bir inanışın

---

49. "Tabii bu söylediklerimiz, tarafsızlık statüsündeki devlet başkanı içindir. belli bir çoğunluğun liderliğinden bu makama ulaşarak fiili ve manevi liderlik tutkusu içinde nüfuzu kullanma gücünü koruyan bir devlet başkanı, siyasi iktidar üzerinde etkili olup Başkan gibi davrandığı takdirde, sorunları artık parlamenter rejim gelenekleri içinde tartışmanın anlamı da yoktur. O zaman sorunları da rejimin niteliği ile ilgili olarak başka bir boyutta değerlendirmek gerekecektir". E.Tezic, Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Sorumsuzluğu, Kamu Hukuku Bülteni, sayı: 2, Şubat 1990, s.6.

50. L.Duran, a.g.e., s.69.. Ayrıca III. Cumhuriyet Kurumsal sisteminin gizli mantıkları ve Başbakan Demokrasisi-sisteminin Başkanlaşması hakkında bkz. B.Çağlar, Anayasa Bilimi... a.g.e., s.290. vd.

Çağlar, Cumhurbaşkanının günümüzdeki Konumunu "başkanın partisi" formülüyle açıklamaktadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi, Anayasa Mahkemesinin 28. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen Anayasa Yargısı Konulu Sempozyuma sunulmak için hazırlanan tebliğ.

Cumhurbaşkanın düzenlenişinin Parlamenter Rejim sınırları içinde olduğu hk. bkz. C.Ereğlu, Cumhurbaşkanının Yetkileri, Cumhuriyet, 5 Ocak 1991, s.2., M.Soysal, a.g.e., s.282.; M.Turhan, a.g.e., s.104.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

doğmasına dahi yol açmıştır (51). "Milli Şef" İnönü, çok partili siyasal hayata geçildikten sonra, Cumhuriyet Halk Partisi'nin genel başkanlığını bırakmak ihtiyacını duymuştur (52). Cumhurbaşkanının "partili" olduğu Demokrat Parti döneminin nasıl sonuçlandığı ise malumdur.

Bu çalışma kapsamında, çok partili siyasal hayatın gelişimini aktarmak imkanı yoktur; ama demokrasimizin bir gerçeğini özetlemek mümkündür; Cumhuriyet Türkiyesi'nin devlet idaresi özellikle çok partili döneme geçildikten sonra güçlü tek adam yönetiminden ziyade, toplumdaki siyasal uzlaşmazlıkları giderebilecek bir hakeme ihtiyaç duymuştur. Bu ihtiyaç günümüzde de duyulmaktadır. Dolayısıyla başkanlık ya da yarı başkanlık sistemlerinin, ülkemiz yönetimine fayda getireceği görüşünde değiliz. Aksine, başkanlık rejimi için sözkonusu olan diktatörlük sakıncasının (53); yarı başkanlık rejiminin doğuracağı, Cumhurbaşkanı-Meclis ve Cumhurbaşkanı-Kabine çatışmaları mahzurunun (54) Türkiye'nin siyasal-sosyal koşullarında kolaylıkla ortaya çıkacağını düşünmekteyiz.

Bu sebeple, 1982 Anayasası4nda Cumhurbaşkanlığının, yukarıda aktarılmaya çalışılan bir takım sorunlara rağmen, Türkiye'nin siyasal-sosyal koşullarına uygun şekilde düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Cumhurbaşkanına tanınan seçme-atama yetkilerinin kaldırılması ve parlamenter rejim gerekleri çerçevesinde tek başına imzalayacağı işlemlerin belirtilmesi bir çok sorunu çözecektir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz; Türkiye Cumhuriyeti'nin yapısına en uygun Cumhurbaşkanı, parlamenter rejimin sorumsuz yetkisiz devlet başkanıdır. Ülkenin tek adam idaresine ihtiyacı yoktur ve olmamıştır. Bazı tek adamların ülke yönetmek ihtiyacı söz konusu olabilir. Bu tek adamlar için, siyasal rejim değişikliğine gitmek ise Türkiye Cumhuriyeti'ne hiçbir şey kazandırmayacak, aksine bir çok rejim sorunu doğuracaktır.

---

51. H.Uran, Hatıralarım, ankara, 1959, s.218.

52. H.Uran, a.g.e., s.483. vd

53. O.Aldıkaçtı, modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960, s.159. vd.; F.Tezic, Anayasa Hukuku, İstanbul, 1996. s.442. vd.; B.Çağlar, Anayasa Bilimi, istanbul 1989, s.295. vd.

54. B.Çağlar, a.g.e., s.303. vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

EKLER:

I. DANIŞMA MECLİSİNİN KABUL ETTİĞİ METİNDE CUMHURBAŞKANINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

I. CUMHURBAŞKANI

A. Nitelikleri ve Tarafsızlığı

MADDE 109.- Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince, kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış kendi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından yedi yıllık bir süre için seçilir. Cumhurbaşkanı adayı olabilmek için en az on yıldan beri Türk vatandaşı olmak şartı da aranır.

Cumhurbaşkanı adaylarının, seçime başlama tarihinden önceki on gün içinde, Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi gerekir. Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından aday gösterilmesi, Meclis üye tam sayısının en az beşte birinin yazılı önerisiyle mümkündür.

Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez.

Cumhurbaşkanı seçilenin, partisi ile ilişiği kesilir ve Türkiye Büyük Millet meclisi üyesi ise üyeliği sona erer.

B. Seçimi

MADDE 110.- Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Seçimin yirmi günde tamamlanması gerekir.

Beşer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde bu çoğunluk sağlanamazsa, beş gün sonra üçüncü oylamaya geçilir; üçüncü oylamada, üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday, seçilmiş olur. Bu oylamada salt çoğunluk sağlanamadığı takdirde, beş gün sonra üçüncü oylamada en çok oy alan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır. Bu son oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamazsa, derhal milletvekilleri seçimlerine gidilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

C. Andiçmesi

MADDE III.-Cumhurbaşkanı, görevine başlarken Türkiye Büyük Millet meclisi önünde aşağıdaki şekilde andiçer: "Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk inkılaplarına ve laik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma; milletin huzur ve refahı, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma; Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma; büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim".

D. Görev ve yetkileri

MADDE 112.- Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.

Bu amaçlarla anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır:

a. Yasama ile ilgili olanlar:

Her yıl Eylul ayının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinin açılış konuşmasını yapmak,

Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırmak,

Kanunları yayımlamak,

Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek.

Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil ve esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak,

Anayasa Mahkemesinden iptal kararının yeniden incelenmesini istemek,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin ertelenmesini istemek,

Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek,

b. Yürütme alanına ilişkin olanlar:

Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek,

Başbakanın teklifi üzerine Bakanları atamak ve görevlerine son vermek,

Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak,

Yabancı Devletlere Türk Devletin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek,

Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak,

Türkiye Büyük Millet Meclisini temsilen Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını yapmak,

Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek,

Genelkurmay Başkanını atamak,

Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak,

Milli Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek,

Bakanlar Kurulu ile birlikte olağanüstü hal ilan etmek,

Olağanüstü hallerde Bakanlar Kurulu ile birlikte kanun hükmünde kararname çıkarmak,

Kararnameleri imzalamak,

Tüzükleri imzalamak ve yayımlamak,

Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak,

Ölüm cezalarının infazına karar vermek veya özel af yetkisine dayanarak ölüm cezasını müebbed ağır hapis cezasına çevirmek,

Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak,

Devlet Denetleme kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yap-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tırmak,

Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Genel Müdürü ile üç yönetim kurulu üyesini atamak,

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Başkanını seçmek, Üniversite Rektörlerini seçmek,

Diyanet İşleri Başkanını seçmek,

C. Yargı ile ilgili olanlar:

Anayasa Mahkemesi üyelerini, danıştay üyelerinin dörtte birini, Cumhuriyet Başsavcısı ve Vekilini Askeri Yargıtay üyelerini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek.

D. Cumhurbaşkanı, ayrıca, Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.

E. Sorumsuzluğu

MADDE 113.- Cumhurbaşkanı, görevleri ile ilgili işlemlerden sorumlu değildir; bu sebeple Cumhurbaşkanının bütün kararları, başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.

Cumhurbaşkanının Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak tek başına imzalayacağı kararları ise şunlardır:

A. Yasama ile ilgili olanlar:

Türkiye Büyük Millet meclisini gerektiğinde toplantıya çağırmak,

Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi, içtüzüğünün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil ve esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, Anayasa Mahkemesinden iptal kararının yeniden incelenmesini istemek,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin ertelenmesini istemek,

Türkiye Büyük Millet meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek,

B. Yürütme alanına ilişkin olanlar:

Başbakanı atamak,

Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kurulunu toplantıya çağırmak,

Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek,

Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak,

Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak, idam cezasını müebbet ağır hapis cezasına çevirmek,

Üniversite Rektörlerini seçmek.

C. Yargı ile ilgili olanlar:

Anayasa Mahkemesi üyelerini, danıştay üyelerinin dörtte birini, Cumhuriyet Başsavcısı ve Vekilini, Askeri Yargıtay üyelerini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tabii üyeleri dışındaki üyelerini seçmek.

F. Sorumluluğu

MADDE 14.- Cumhurbaşkanı, vatan hainliğinden dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az üçte ikisinin vereceği kararla suçlandırılabilir.

G. Cumhurbaşkanına vekillik etme

MADDE 155.- Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevden ayrılması hallerinde, görevine dönmesi kadar; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Türkiye Büyük

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.

H. Yeni Cumhurbaşkanının Seçimi

MADDE 16.- Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından yirmi gün önce; veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra; Türkiye Büyük Millet Meclisince yeni Cumhurbaşkanı seçimine başlanır ve onbeş gün içinde sonuçlandırılır. Her iki halde de Cumhurbaşkanlığı için gösterilecek adayların seçime başlama tarihinden önceki on gün içinde, Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse, hemen toplantıya çağrılır.

Görevi biten Cumhurbaşkanlarının, sonraki yaşama şartları ve imkanları kanunla düzenlenir.

I. Devlet Denetleme Kurulu

MADDE 117.- İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak, kurulan Devlet Denetleme Kurulu Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek teşekküllerinde, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme araştırma ve denetlemeleri yapar; sonuçları rapor halinde Cumhurbaşkanına sunar.

Silahlı Kuvvetler ve yargı organları, Devlet Denetleme Kurulu'nun görev alanı dışındadır.

Devlet Denetleme Kurulu, dokuz üyeden oluşur; üyeler ve üyeleri içinden Başkan, kanunda belirlenen nitelikteki kişiler arasından Cumhurbaşkanınca atanır.

Devlet Denetleme Kurulu'nun kuruluşu, işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, kanunla düzenlenir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. 1982 ANAYASASINDA CUMHURBAŞKANLIĞINI DÜZENLEYEN MADDELER

YÜRÜTME

I. Cumhurbaşkanı

A.Nitelikleri ve tarafsızlığı

MADDE 101.- Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış kendi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından yedi yıllık bir süre için seçilir.

Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından aday gösterilebilmesi, Meclis üye tamsayısının en az beşte birinin yazılı önerisiyle mümkündür.

Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez.

Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişiği kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.

B. Seçimi

MADDE 102.- Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır.

Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir.

En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde dördüncü oylamada yapılır. Bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğun-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

luğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet meclisi seçimleri yenilenir.

Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.

C. Andiçmesi

MADDE 103.- Cumhurbaşkanı, görevine başlarken Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde aşağıdaki şekilde andiçer;

"Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılaplarına ve laik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milletin huzur ve refahı, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarasızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma Büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim."

D. Görev ve yetkileri

MADDE 104.- Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk milletinin birliğinin temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.

Bu amaçlarla Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır:

a. Yasama ile ilgili olanlar:

Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet meclisinde açılış konuşmasını yapmak,

Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırmak,

Kanunları yayımlamak,

Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak,

Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya belirli hükümlerinin anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak,

Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek,

b. Yürütme alanına ilişkin olanlar:

Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek,

Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek,

Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak.

Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek,

Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak,

Türkiye Büyük Millet meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek,

Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek,

Genelkurmay Başkanını atamak,

Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak

Milli Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek,

Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak,

Kararnameleri imzalamak,

Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak,

Devlet Denetleme kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak,

Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek,

Üniversite Rektörlerini seçmek,

c. Yargı ile ilgili olanlar:

Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Askeri Yargıtay üyelerini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek,

Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir. Ve yetkileri kullanır.

E. Sorumluluk ve sorumsuzluk hali

MADDE 105.- 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 resen imzaladığı kararları ve emirleri aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.

F. Cumhurbaşkanına vekillik etme

MADDE 106.- Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

G. Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği

MADDE 107.- Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.

H. Devlet Denetleme Kurulu

MADDE 108.- İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarına ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar.

Silahlı Kuvvetler ve yargı organları, Devlet Denetleme Kurulunun görev alanı dışındadır.

Devlet Denetleme Kurulunun üyeleri ve üyeleri içinden Başkanı, kanunda belirlenen nitelikteki kişiler arasından, Cumhurbaşkanınca atanır.

Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, kanunla düzenlenir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

CİROSU YASAKLANMIŞ ÇEK

Yrd. Doç. Dr. Lerzan YILMAZ*

GENEL OLARAK

Çek, eski Yunan ve Romalılardan bu yana kullanılagelmiş çok önemli bir ödeme aracıdır. Son yüzyılda ticari fonksiyonların ülkeler ve kıtalararası genişlemesi sebebiyle ödeme araçlarının önemi daha çok ortaya çıkmış, çek çeşitli tipleriyle hemen hemen en çok kullanılan bir ödeme aracı haline gelmiştir. Bu ödeme aracının kullanılış biçimini her ülke kendi hukuk sistemine uygun biçimde düzenlemiş ve kurallara bağlamıştır. Özellikle enflasyonun çok yüksek, para hacminin dar ve sınırlı ve fakat ticaretin çok boyutlu olarak gelişmekte olduğu ülkelerde çek ve çeke bağlı hukuki sorunlar gün geçtikçe artmaktadır. Biz burada bu sorunların sadece birine, cirosu yasaklanmış çek sorununa değinmek ve konumuzu bununla sınırlamak istiyoruz.

I. ÇEK VE TARİHÇESİ

1. ÇEKİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Avrupalı hukuk tarihçileri "ÇEK" sözcüğünün İngiliz dil kökeninden geldiğini sanmaktadırlar. Özellikle 18. ve 19. yüzyılda kullanılmış olan çekin çok daha öncelere uzanan bir tarihçesi vardır. Geç orta çağda İngiliz sarayında kralların hazine bakanlarına havale mektubu göndererek, ödeme emri verdikleri bilinmektedir. Sözcük kökeni itibariyle çekin İngiliz hukukundan geldiği bilinmekle beraber, kullanılış biçimi ve fonksiyonları itibariyle çekin daha eski dönemlerde de kullanıldığı bilinmektedir. Çek eski Yunanlılar ve Romalılar tarafından da kullanılmıştır. Eski Yunan ve Romalılar ellerinde nakit para olmaksızın, kendi servetleri üzerinde üçüncü bir şahsa ödeme emri vermek suretiyle tasarruf imkanını kullanmışlardır.

Tasarruf sahipleri kendi bankalarına, o bankada kendi hesaplarında bulunan değerler için bankanın üçüncü bir şahıs eline (lehdar,

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilimdalı Öğr. Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

drittempfaenger) kıymetli evrak vermesini sağlamışlardı. Buna eski Romada "receptum argentarii" adı veriliyordu. Ancak bu havale senedi ile ödeme şeklinin para ile akrabalığı devletin para basma tekelini elinde tutmak istemesi sebebiyle karışıklıklara yol açmıştı. Devlet önceleri tekelini bu tür havale senetleri üzerinde kurmuştu. Daha sonraki tarihlerde çek olarak adlandırılacak olan havale senedinin hukuki bir statüye kavuşturulabilmesi yüzyıllar almış ve ilk defa İngiliz sarayı hukukçuları tarafından 1828 yılında hukuki bir statüye kavuşturulmuştur. Bu hukukçular bu havale senetlerinin para olmadığını ve bu sebeple de İngiliz bankalarının para basma ayrıcalığı kapsamına girmediğini 1828 yılında saraya onaylatmışlardı. Ortaçağda ödeme aracı genellikle poliçe idi. Ünlü Ticaret Hukuku tarihçisi Goldschmitd' 15. yüzyılda ödeme aracı olarak poliçenin kullanıldığını İtalyan belgelerinden tesbit etmiştir. (1)

Palermoda "Polizze bancarie, "Venedigte "contadi di banco" poliçenin şekil şartlarına uyma gereğini duymadan poliçenin paraleli bir ödeme aracı geliştirmişlerdir. Aynı şekilde 16. yüzyılda Hollanda da poliçe paraleli ödeme vasıtaları geliştirildiği görülmektedir. Bir yüzyıl sonra ise İngilterede "cashnote" veya "chequers" ortaya çıkmıştır (2).

Almanya, Fransa ve İsviçrede ise çek'in tarihi yüzyıl öncesine dayanır. Bu ödeme aracının adı geçen ülkelerde geç ortaya çıkmasının sebebi, paranın bankaya yatırılarak değerlendirilmesi işleminin bu ülkelerde geç teşekkül etmiş olmasına bağlanabilir.

2. ÇEKİN KANUNLAŞMASI HAREKETLERİ

Ortaçağdan beri bilinen ve uygulama alanı bulan poliçeye nazaran çek'in tarihi çok daha yenidir. Fransa 1865 yılında İngilteredeki uygulamadan esinlenerek "le cheque" yasasını çıkarmış ve çeki poliçede öngörülmüş olan damga vergisinden muaf tutmuştur. Bundan birkaç yıl sonra 1882 yılında İngilizler "Bills of Exchange Act" ile çek'i yasallaştırmışlardır 1908 yılında Almanya ve Avusturya çek yasaları çıkarmışlardır (3). İsviçrede çek ile ilgili hükümler ilk defa 1881 yılında Borçlar Kanununa ilave edilmiştir.

1- Jaeggi/Druey/Greyerz, Wertpapierrecht, 1965, s.261, Domaniç, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, s. 539; Percy, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s. 101 vd.

2- Jaeggi/Druey/Greyerz, a.g.e.s. 262

3- Rehfeldt/Zollner, Wertpapierrecht, 12. Auflage, s. 130-131.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3. AVRUPADA ÇEK KANUNLARININ BİRLEŞTİRİLMESİ HAREKETLERİ (Genevre Konvansiyonu)

19. yüzyılda Avrupa ülkelerindeki ticaret hacminin genişlemesi ve ülkelerarası ticaretin yaygınlaşması neticesinde bu ülkelerin kambiyo hukuklarının birleştirilmesi düşünülmüştür. Böylece farklı uygulamalar ortadan kaldırılmış ve güvenin tesisi imkanı doğmuştur. 19 Mart 1931 tarihinde Cenevre' de çek kanunlarının birleştirilmesi hakkında üç konvansiyon imzalanmıştır (4). Ancak bu konvansiyonlarda çekin unsurları hususunda çok genel anlamda anlaşmaya varılabilmiş, detayların düzenlenmesi yine imza koyan ülkelerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Konvansiyona imza koyan ülkeler poliçe hükümlerinin birleştirilmesine imza koyanların aynıdır. İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri "kabul yasağı" hükmünü benimsedikleri için imza koymayı reddetmişlerdir (5). Çek yasalarının birleştirilmesi çalışmaları" Genevre Çek Yasalarının Birleştirilmesi Sözleşmesi"nin ardından devam etmiş, tüm dünyada geçerli olabilecek bir ortak çek yasası yapılması amaçlanmıştır. Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu" "UNCİTRAL" çeşitli tasarılar üzerinde çalışmalarını halen sürdürmektedir. Ancak komisyon milli çek hukuklarının birleştirilmesine yanaşmamakta, onun yerine milletlerarası kıymetli evrak düzenlemeleri üzerinde çalışmaktadır.

II. ÇEKİN TANIMI VE UNSURLARI

Kanun koyucu gerek bizim hukukumuzda gerekse İsviçre ve Alman hukuklarında çekin tanımını vermekten kaçınmıştır. Çekin unsurlarını saymakla kifayet etmiş ancak net bir tanım vermemiştir. Çekin kendi hukukumuzda ve örnek alınan diğer hukuk sistemlerindeki (İsviçre ve Alman) unsurları ve fonksiyonları göz önüne alındığında genel bir tanımı yapılabilir. Bu genel tanım şöyledir:

Çek, yalnızca bankaya hitaben yazılabilen, kanunun belirli şekil şartlarını öngördüğü, kıymetli evrak niteliği olan ve sadece nakit ödemeler için düzenlenmiş bulunan özel bir havale senedidir (TTK md. 692; Alm. Çek K.md.1; İBK. md. 1100).

Çek Türk hukukunda TTK'nun 692-735 md, Çekle Ödemelerin

4- Pecoy, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Dersleri, 6. baskı, s. 95.

5- Jaeggi/Druey/Gireyers, a.g.e., s. 263; Stranz, Martin, Wechselgesetz Kommentar, 1952, s. 467; Stranzl, Gustav, Wechsel-, Scheck-, und sonstiges Wertpapierrecht, s. 103

Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında 3167 Sayılı Kanun, Bankalar Kanununun 34/2 md. ve 96 md. ile düzenlenmiştir.

Çek, İBK nun 1100-1144. son değişiklikleri ile 17.7.1985 tarihli Alm.Çek Kanun 1-66 md.de düzenlenmiştir.

Şimdi çekin yukarda verilen tanımının unsurlarını ele alalım.

1- Çek, sadece bankaya hitaben yazılabilir. TTK nun 694 md." Türkiyede ödenecek çeklerde muhatap olarak ancak bir banka gösterilebilir" demiştir. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 1102 md.1. fıkrasından aynen alınmadır. TTK nun 694 md.nin 2 fıkrasında ise diğer bir kimse üzerine çekilen çekin yalnız havale hükmünde olduğu belirtilmiştir. Bu hükümde yine İsviçre Borçlar Kanununun 1102 md.nin 2. fıkrasından aynen alınmadır. Çekin sadece bir banka üzerine çekilebilmesi kuralını dünyadaki bankacılık sistemlerinin gelişimine paralel olarak yumuşatmak ve ihtiyacı karşılamak maksadıyla 3182 sayılı Bankalar Kanununun 96/2 md. de bir düzenleme getirilerek, özel finans kurumları üzerine de çek keşideci mümkün kılınmıştır. Bankalar kanununun 96/2 md.si uyarınca bankalar dışındaki bu tür benzeri malî kuruluşların Bakanlar Kurulu kararı ile düzenlenmesi öngörülmüştür (6).

Çek İsviçre borçlar kanununun 1102 md. ve Alman Çek Kanununun 3 maddesi uyarınca da yalnızca bankaya hitaben yazılabilir. Alm.Çek Kanunu banka tanımını yapmış ve bu tanımı geniş tutmuştur (7).

Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatap olarak yalnızca bankanın gösterebileceğini (özel finans kurumlarının faaliyetlerinin Bakanlar Kurulunun iznine tabi olduğunu) bu hükmün İBK ve Alm.Çek K.da farklı olmadığını belirttikten sonra, çekin bir şahıs veya tüzel kişilik üzerine çekilmesi halinin hukuki sonucunu da belirtmemiz icap eder. Çek banka dışında, hakiki bir şahıs veya tüzel kişi üzerine çekilirse (Bakanlar Kurulu izni olmaksızın) TTK ve 3182 sayılı kanununun hükümlerinin dışına çıkılarak BK.nun 457-462 hükümlerine tabi adi bir havale hükmünde olur (TTK md. 694/2). Havale sayılan bir çek hakkında Damga resmi

---

6- Reisoğlu, Seza, Çek, s. 9

7- Alman çek yasasının 54. maddesinde "Banka" tanımı verilmiş ve bankacılıkla iştigal eden devletin denetiminde kamu kurumlarının ve ticaret siciline kayıtlı özel finans kurumlarının banka kabul edildikleri belirtilmiştir. Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, Kurzkommentar, s.442; Rebfeld/Zöllner, a.g.e.s. 133

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kanununun çeklere ait hükümleri tatbik olunmaz (TTK md. 694/3). artık bu çek adi havale hükmünde olduğundan çeklere özgü damga resmi istiyazından istifade edemez.

2- Türk Ticaret Kanunu tıpkı İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi bir senedin çek olarak kabul edilebilmesi için belirli şekil şartlarını öngörmüştür. Bu şekil şartları yerine getirilmeksizin yapılan havale, çek sayılmaz (TTK md.693/1; İBK. md. 1100/1; Alm.Çek K.md. 2).

Bir çekin ihtiva etmesi gereken şekil şartları şunlardır:

A- Çek kelimesi ve eğer senet Türkçeden başka bir dille yazılmış ise o dilde "Çek" karşılığı olarak kullanılan kelimenin senet üzerinde belirtilmesi şarttır. İBK.nun 1100/1 md. sinden alınmış olan bu şekil şartı ne yazık ki İsviçre metninin eksik tercümesi sebebiyle tam olarak alınmamış, çek kelimesinin senet metninde yer alması kuralı bizim kanunumuza aynen geçirilmemiştir. (8) Domaniç, senet metninde çek kelimesi yer almamış olsa bile metnin üstünde veya senedin üstünde herhangi bir yerde yer almasının kafi olduğu kanaatindedir (9). Poroy, ise çek kelimesinin senet metninde yer alması gerektiği kanaatindedir (10). Çek kelimesinin senet metninde yer alması kuralı ancak kanunda açıkça belirtilmesi halinde aranması gereken bir kuraldır kanaatindeyiz. Tüm diğer şekil şartları yerine getirilmiş bir çekte sırf çek kelimesinin ödeme emrinin verildiği metnin içinde değilde onun üstünde, örn. başlıkta yer alıyor olmasının senedi çek olmaktan çıkarıp, havale haline getirmesi -kanun açıkça aramadığı halde- güveni sarsacak ve tedavül kabiliyetini azaltacaktır. Bu sebeple açıkça kanununun aramadığı bir şekil şartını aramak şeklin fazlaca abartısı olacağından, senette görülebilir, tereddüte mahal vermeyecek şekilde ve anlaşılır biçimde yazılmış olmasının şeklin yerine getirildiği yolunda yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz (11).

3. Çek, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi içermelidir (TTK md. 692/2). Çekin Borçlar Kanununda düzenlenmiş bu-

---

8- Domaniç, Hayri, a.g.e., s.529

9- Domaniç, Hayri, a.g.e., s.545

10- Aynı görüş, Eriş, Gönen, Türk Ticaret Kanunu, Kıymetli Evrak ve Taşıma, 1988, s.588. Poroy, Reha, a.g.e., s.224; Ostan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, s.633.

11- Aynı yönde Kanacıoğlu, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, s.310 Almanca Çek Yasası gereğide "Çek" kelimesinin metinde geçmesi şarttır. Bkz. Baumbach/Hefermehl, a.g.e. s.437.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lunan havaleden farklı yanı onun yalnızca nakit olarak ödenebilmesidir. Yine Borçlar Kanunundaki havale hükümlerinden farklı olarak TTK çek ile yapılan havalede ödenecek miktarın kesin olmasını ve hiçbir şarta bağlı olmamasını öngörmüştür. Herhangi bir miktarın ödenmesi için bankaya verilen talimat (havale) şarta bağlanmışsa, bu senet çek hükmünde olmayıp, adi havale hükmündedir (12). Senette yazı ile ve harfle gösterilen meblağ aynı değil ise yazı ile olana itibar edilir (TTK. md.730/2, md. 588'e atfen). Çek bedeli yalnız yazı ile veya yalnız rakamla birden fazla yazılmış ancak bunlar birbirini tutmuyorsa yani bedeller arasında fark bulunuyorsa en az olan bedele itibar edilir (TTK. md. 588/2) (13).

4. Ödeyecek muhatabın ad ve soyadı belirtilmiş olmalıdır (TTK. md.692/3).

Çek bir havale ilişkisi olduğundan üçlü bir ilişki söz konusudur. Ancak bu üçlü ilişkide muhatap her zaman bankadır. TTK md. 692 her nekadar muhatabın ad ve soyadından bahsetmekte ise de burada kastedilen aynı kanunun 694. maddesinde belirtildiği gibi bankadır. İBK.'nun 1100/3 maddesinde şart "ödemesi gerekenin adı" şeklinde ifade edildiğinden ve aynen çevrilmiş olduğundan kanunumuzda da bu şekilde yer almıştır. TTK.'nun 694. maddesi ile bağlantılı olarak ödeyecek bankanın ticaret ünvanı denmesi daha uygun olurdu kanaatindeyiz (14).

5. Ödeme yeri belirtilmiş olmalıdır (TTK md.692/4).

Kanun çekte ödeme yerinin belirtilmesini öngörmüştür. Ancak ödeme yeri gösterilmediği takdirde senet çek olma vasfını kaybetmez, muhatabın ad ve soyadı yanında gösterilen yer ödeme yeri olarak kabul edilir (TTK. md. 693/2). Senette muhatap her zaman bir banka olacağından muhatabın adının (ticaret ünvanının) yanında gösterilmiş olan yer ödeme yeridir. Örneğin Yapı Kredi Bankası Kadıköy Şubesi denmişse, burası ödeme yeridir. TTK'nun 693. md.sinin 2. fıkrasında bir de ek kural getirilmiş ve muhatabın ad ve soyadının yanında birden fazla yer gösterilmişse, ilk gösterilen yer ödeme yeridir denmiştir. Uygulamada muhatabın adının yanında birden fazla şube adının yazılması pek mutad olmamakla beraber, böyle bir durumun hasıl olması halinde ilk yazılmış

12- Domaniç, Hayri, a.g.e.s. 546; Öztan, Fırat, a.g.e. s.634; Kunamoğlu, Naci, a.g.e. s.310; Poroy, Reha, a.g.e. s.251

13- Y.11. HD. 4.2.1987 E. 1986/6674 K. 1987/650, YKD.Ekim 1987 S.10 s.1517

14- Aynı görüş, Domaniç, Hayri, a.g.e. s.547, Baumbach/Hefermehl, a.g.e. s.436; Poroy-Reha, a.g.e. s.252

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olan yer ödeme yeri kabul edilir. Senet üzerinde muhatabın adının yanında hiç bir yer belirtilmemiş olsa bile, muhatap bir banka olduğundan ve iş merkezi belli olduğundan ödeme yeri burası kabul edilmelidir (15).

6. Keşide günü ve yeri belirtilmiş olmalıdır (TTK Md. 692/5).

Çekte keşide gününün yani tarihinin belirtilmesi zorunlu şekil şartlarındandır. Keşide tarihinin belirtilmesi ibraz süresinin başlangıcı bakımından önem taşır. 10 günlük, 1 ve 3 aylık süreler keşide tarihine bakılarak hesaplanır. Ayrıca keşide tarihi keşide edenin çek keşidesine ehil olup olmadığının belirlenmesi bakımından da önemlidir. Çeki keşide ettiği tarihte 18 yaşını doldurmamış keşideci çekle bağlı olmayacağından bu tarihin konması onun ehil olup olmadığını da ortaya koyacaktır. Bu tarih keşidecinin yaş itibariyle ehil olup olmadığını belirleyeceği gibi sıhhi bakımdan ehil olup olmadığının da belirlenmesi bakımından önem taşır. Çekte keşide gününün belirtilmesi keşidecinin, hamilin ve muhatabın iflası hallerinde de önemlidir (İİK. md. 184, 191, 192) (16). Çekin vekaleten tanziminde de çekin keşide günü önem kazanır. Çekin tanzim edildiği tarihte ölmüş bulunan bir kimse namına düzenlenmiş olması veya keşide gününde veya daha önce yetkisi sona ermiş bir vekil tarafından tanzim edilmiş olması geçerliliğine halel getireceğinden, tanzim tarihi çok önemlidir (17).

Tanzim tarihi, çek hamilinin müracaat hakkını kullanmasında 6 aylık zamanaşımı süresi bakımından önem taşır. Çek hamilinin, cirantalarla keşideci ve diğer çek borçlularına karşı haiz olduğu müracaat hakları, ibraz müddetinin bitiminden itibaren 6 ay geçmekle zamanaşımına uğradığından bu 6 aylık sürenin geçip geçmediğinin tesbitinde tanzim tarihi önemlidir (TTK md. 726). İbraz müddeti tanzim tarihine göre hesaplanacak, daha sonra da 6 aylık süre ibraz süresinin bitim tarihinden başlatılacaktır.

Görüldüğü gibi çekin tanzim tarihi çekle ilgili defilerin ileri sürülebilmesini sağlayan çok önemli bir tarihtir. Bu tarihin yokluğu (yazılmamış olması) çekin zorunlu unsurlarından birinin yokluğu anlamına

15- Baumbach/Hefermehl, a.g.e. s.438; Poroy, Reha, a.g.e. s. 354. Domaniç, Hayri, a.g.e.s. 549, Öztan, Fırat, a.g.e.s. 635; Naci Kunacıoğlu çekin yalnız bir ödeme yeri ihtiva etmesi gerektiği görüşündedir a.g.e. s.312

16- Çekin keşidesinden sonra keşidecinin iflası çekin geçerliliğini etkilemez (TTK. md. 712).

17- Domaniç, Hayri, a.g.e. s.551 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

gelir ki, bu da senedi çek olmaktan uzaklaştırır.

Ticaret Kanunumuz 692. maddesinde çekin unsurlarını sayarken keşide günü gibi keşidi yerini de saymıştır. Keşide yeri ayrıca gösterilmemişse çek, keşidecinin ad ve soyadının yanında yazılı olan yerde çekilmiş sayılır (TTK. md. 693/3). Keşide yerinin belirtilmesi çekin ödenmek üzere ibraz edilebilecek süreler bakımından önemlidir. Çek, keşide yeri ve ödeme yeri aynı ise 10 gün içinde, farklı ise 1 ay, farklı kıtalarda ise 3 ay içinde ibraz edildiğinden sürelerin hesaplanması bakımından keşide yeri çok önemlidir. Keşide yeri belirtilmemiş, keşidecinin ad ve soyadının yanında yazılı olan yer de belirtilmemişse havale hükmündedir (18).

Yargıtay 12. ve 13. Hukuk Daireleri keşide yeri yazılı olmayan senedin çek niteliğinde olmadığına karar vermiştir (19).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1984 tarihli bir kararında, senet metninde keşide yerinin yazılmamış olduğunu, TTK'nun 692/ son fıkrası uyarınca metninde keşide yeri yok ise bu çekin, keşidecinin ad ve soyadının yanında yazılı olduğu yerde çekilmiş sayılacağını, böyle bir yer dahi gösterilmemişse unsur noksanlığı nedeniyle bu senedin çek sayılamayacağını hükme bağlamıştır (20).

7. Çekin keşideci tarafından imzalanması şarttır (TTK. md. 692/6). İmza çekte sıhhat şartıdır. İmza elle atılmalıdır (21). Poliçelerdeki imzayı düzenleyen hükümler çeke de uygulanır (TTK. 730/19 md.668'e atfen).

III- ÇEKİN ŞEKİL ŞARTLARINDAKİ NOKSANLIĞIN GETİRDİĞİ HUKUKİ SONUÇLAR

Bir çekin muteber olabilmesi için TTK.'nun 692. maddesinde yazılı şekil şartlarını ihtiva etmesi gerekir. Bu şekil şartlarından birini ihtiva etmeyen senet çek sayılmaz. Ancak 693. md., 692. maddede belirtilmiş şekil şartlarından ikisine istisna getirmiştir. Bu istisnalar ödeme yeri ve

18- Domaniç, Hayri, a.g.e. s.558; 13 HD 2.12.1986, E.5433 K.5976 YKD Eylül 1987 S. 9 s. 1354; Y 12. HD 27.12.1982 E. 9677 K. 9698 İKİD Ekim 1983 S.274 s.2162

19- Y 12. HD 31.12.1987 E.2478 K.14029, YKD Mart, 1988 S.3 s.375, Y. 12 HD., 12.11.1985, E. 3060, K.9449, YKD Haziran, 1986 s. 6 s.826; Y. 13. HD, 17.11.1987, e. 4454 K. 5611, YKD Aralık 1988, s.12 s.1670; Y. 11. HD. 22.11.1986, E.7911 K.7640 yayımlanmadı; Y. 13. HD. 26.11. 1984 E.7086 K. 7493, YKD., 1985 s.11, s.1669

20- YHGK 9.5.1984, E. 579 K. 524, YKD. Ocak 1986 s. 1 s.15, YHGK. 10.3.1982 E. 1492 K. 255, İKİD Nisan 1983, s.268, s.1765

21- Baumbach/Hefermehl, a.ge. s.438

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

keşide yeri hakkındadır.

Çekte ödeme yeri ve keşide yerinin gösterilmesi lazımdır. Ancak ödeme yeri açıkça gösterilmediği takdirde muhatap bankanın adının yanındaki yer ödeme yeri olarak kabul edilir. Muhatabın adının yanındaki yer birden fazla gösterilmiş ise ilk yazılı yer ödeme yeri olarak kabul edilir. Muhatap bankanın adının yanında hiçbir yer belirtilmemişse ödeme yeri muhatabın iş merkezidir. Çekte keşide yeri belirtilmemiş ise keşidecinin ad ve soyadının yanında yazılı yer keşide yeridir.

Çek kanununun getirdiği istisnalardan yararlanarak ödeme yeri ve keşide yeri anlaşılabiliyor ise ve çekin diğer unsurları tamam ise ortada usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir çek mevcuttur. Eğer yukarıda belirtildiği gibi ödeme yeri ve keşide yeri anlaşılamıyorsa ve çekin diğer unsurlarından herhangi biri noksansa bu senet çek sayılamaz.

IV-ÇEKİN DEVRİ

TTK.'nun 697. maddesine göre çek nama, emre ve hamiline düzenlenebilir. Kıymetli evrakın devrini düzenleyen TTK.'nun 559. maddesi emre yazılı senetlerin ciroyla, nama yazılı senetlerin ise devir beyanı ile devredilmelerini öngörmüştür. Yine TTK.'nun 560/2. maddesine göre devir için tam ciro ve teslim kafidir. TTK.'nun 559 ve 560 maddeleri birlikte yorumlandığında nama yazılı senetler -nama yazılı çekler- yazılı bir temlik beyanı ile ve devralacak kimseye teslimi ile devredilir. Emre yazılı çekler ciro ile ve devralana teslimi ile, hamiline yazılı çekler ciro ve teslim veya sadece teslim ile devredilir. Ciro keşideci veya çekten dolayı borçlu olan herhangi biri lehine de yapılabilir. Bu kimseler çeki yeniden ciro edebilirler (md. 700/3). Cironun kayıtsız ve şartsız olması lazımdır. Ciro şarta tabi tutulmuşsa bu şart yazılmamış sayılır (701/1) (22).

Çeklerde ciro kural olarak poliçenin ciro hükümlerine tabidir (TTK.md. 730/4) (23).

Türk Ticaret Kanunu poliçeye ait hangi hükümlerin çek için de geçerli olacağını 730. maddede tek tek saymıştır. Bu maddede sayılmayan, yalnız çeke mahsus olup poliçeden ayrılan ciro hükümleri şunlardır.

22- İBK. md. 967/1-3, 1081; Alm. TK. md. 363; Alm. Çek K. md.14

23- İBK md. 968

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1. ÇEKİN CİROSUNU POLİÇENİN CİROSUNDAN AYIRAN HUSUSLAR

A. ÇEKİN MUHATABA CİROSU MAKBUZ HÜKMÜNDEDİR (TTK. Md.701/4)

Çekin muhatabının her zaman banka olduğunu daha önce belirtmiştik. TTK. md. 701/4 göre muhatap lehine yapılan ciro makbuz hükmündedir. Muhatap kendisine ciro edilen çeki ödediği bedelin makbuzu olarak saklayabilir. Ancak ciro edemez. Poliçe vadenin gelmesine kadar herkese hatta muhataba da ciro yoluyla devredildiği halde muhatap da vade gelinceye kadar poliçeyi yeniden başkasına devredebildiği halde, çekte bu devir yasaklanmıştır. Bu yasağın tek istisnası muhatabın birden fazla şubesi bulunması, çekin üzerine çekildiği şubeden başka bir şube tarafından ödenmiş olması halidir. İşte bu durumda ödeyen şube muhataba ciro edebilir. Bu ciro artık makbuz hükmünde olmayıp, normal cirodur (24).

B. ÇEK REHİN VEYA TEMİNAT KARŞILIĞI CİRO EDİLEMEZ (TTK. md. 601)

Kanunumuz çekin rehin edilmesini veya teminat karşılığı ciro edilmesini uygun görmemiştir. TTK. 730. maddesinde poliçe için geçerli olan hangi hükümlerin çek için de geçerli olacağını tek tek saymış, aynı maddenin 4 fıkrasında ciro hakkında 595-597. maddelerin uygulanabileceğini belirtmiş, ancak 601. maddesi, poliçenin bedeli teminattır veya bedeli rehindir ibarelerini taşıyan bir kayıtla ciro edilebileceğini öngörmektedir. Bu durumda hamil poliçeden doğan bütün hakları kullanabilir. Ancak kendisi tarafından yapılan ciro tahsil cirosu hükmündedir (25). Çek, bedeli rehindir veya bedeli teminattır kaydı ile ciro edilemez. Bu çekin cirosunun kayıtsız şartsız yapılmasını düzenleyen 701. maddenin lafzına da uygundur. Cироya eklenecek her nevi şart yazılmamış sayılır (26). Kanun koyucunun böyle bir yasağı koymasındaki amaç, vade konması yasaklanmış, ibraz süresi sınırlandırılmış çekin bir kredi senedi olmayıp, bir ödeme aracı olmasıdır. Domaniç kısa vadeli teminatı gerekti-

24- Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi II, 1990, s. 1923

25- Y. 11. HD. 21.9.1990, 1990/5088 E. 1990/5623 K., YASA 1991/3 s.462 vd.

26- Doğanay, İsmail, a.g.e. s.1929

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ren muamelelerde çekin rehnedilebilmesinin uygun olacağı kanaatindedir (27). Ancak yürürlükteki kanunumuz böyle bir rehne cevaz vermemektedir.

C. POLİÇE HAMİLE YAZILAMAZ, ANCAK ÇEK HAMİLE YAZILABİLİR

Poliçeler emre veya nama yazılabilir. Poliçe ve emre muharrer senet (bono) hamile tanzim olunamaz (28). Hamile yazılı bir poliçe ve bunun ciro ile devri mümkün olmadığı halde, hamile yazılı bir çekin ciro ile devri mümkündür. Bilindiği gibi hamile çek sadece teslim ile de devredilebilir. Ancak ciro ve teslim ile devredilmesinde de hiçbir sakınca yoktur. (md. 703).

V. ÇEKİN CİROSU

1- CİRO KAVRAMI

Kanunumuz ciroyu tarif etmemiştir. Ancak çok geniş anlamda ciro "senede bağlı hakları devreden, senet üzerine yazılmış bir devir beyanıdır" (29). Ancak bu beyan hakkın devri için yeterli olmayıp senedin devri de gerekir (30). Çekte ciro çifte yetki veren bir muamaledir. Bir yanda senedi düzgün bir ciro zinciriyle devralmış olan hamile senedi tahsil yetkisi verirken, diğer yanda muhataba (banka) ödeme yetkisi vermektedir.

2- CİRONUN ŞEKLİ

A- TAM CİRO

Tam ciro, ödeme emrinin verilip, lehine ciro yapılan şahsın gösterildiği ve ciranta tarafından imzalanmış bir beyandır.

örn: Ahmet Mersin'e ödeyiniz

Yılmaz Büyükağaç

(İmza)

27- Domaniç, Hayri, a.g.e. s.598

28- Doğanay, İsmail, a.g.e. s.1578

29- Jaeggi/Druey/Greyerz, a.g.e. s.176; Domaniç, Hayri, a.g.e. s.125

30- Doğanay, İsmail, a.g.e. s.163

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bir senet tamamen tam cirolarla devredilebileceği gibi beyaz ciro ile de devredilebilir.

B- BEYAZ CİRO

Beyaz ciro hamile ödeme emrini ve imzayı içeren bir cirodur. Kime ödeneceği belirtilmeden yapılan cirodur da denilebilir. Hatta ödeyiniz kaydını ihtiva etmeksizin bile, yani sadece imza edilmek suretiyle de yapılabilir. Çekin arkasına veya alonj üzerine herhangi bir ödeme emrini ifade eden cümle yazılmaksızın sadece imza konarak yapılabilir (TTK. md.594, 595)

Senedi beyaz ciro ile devralan hamile çeşitli imkanlar tanınmıştır.

a- Hamil beyaz ciroyu kendi veya üçüncü şahıs nam ve hesabına doldurabilir.

b- Hamil senedi yeniden beyaz ciro ile veya tam ciro ile devredebilir.

c- Hamil, senedi devraldığı haliyle devredebilir (TTK md. 596).

3- ÇEKTE CİRO KAYITSIZ ŞARTSIZ OLMALIDIR KURALI VE İSTİSNALARI (Cirosu yasaklanmış çek)

Ticaret Kanunumuz İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Çek Kanununda olduğu gibi cironun kayıtsız şartsız yapılmasını öngörmüştür (TTK. md. 594; İBK. md. 1002; Alm. Çek K.md.15) Ticaret Kanunumuz örnek İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Çek Kanunu gibi cironun tabi olduğu her şartı yazılmamış saymaktadır. Şayet çek ciro edilirken herhangi bir kayıt ve şart yazılmış ise, bu kayıt ve şart yok sayılır ve ciro sanki kayıtsız şartsız yapılmış gibi hüküm ifade eder (md. 701). Kanunumuz bu kayıtsız şartsız ciroya üç istisna getirmiştir.

Kayıtsız şartsız ciro kuralının ilk iki istisnası kısmi ciro ve muhatabın cirosudur (31). Çek bedelinin sadece belli bir kısmının cirosu mümkün olmadığı gibi muhatap (banka)ın -çekin üzerinde yazılı banka şubesinden başka bir şube tarafından yapılan ödeme hali dışında- çeki

31- İsviçre Borçlar Kanununda kısmi ciro batıl sayıldığı halde, muhatabın cirosuna değinilmemiştir. Ancak Alman Çek Kanunun 15/2-3 maddesinde gerek kısmi gerekse muhatabın cirosu batıl sayılmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ciro etmesi de mümkün değildir. Bu hallerde yapılan ciro yapılmamış hükmündedir (32). Kanunumuzun böyle bir hüküm vazetmesindeki amaç, senede bağlı hakkın bölünmezliği kuralını işletmektir. Senede bağlı hak bir bütündür, ancak bir bütün olarak devredilebilir (33).

Çekte cironun kayıtsız şartsız olmasının üçüncü istisnası cirantanın çekin ciro edilmesini yasaklayabilmesidir (TTK Md. 730/4 TTK.'nun 597. md. atfen). Yukardaki hutlanın aksine kanunumuz istisnai bir şekilde cirantaya ciro yasağı imkanı tanımıştır. Kanunumuz poliçe hükümlerini düzenlerken cirantaya poliçenin tekrar ciro edilmesini yasak edebilme yetkisini tanımıştır (md. 597). Çek hükümlerini düzenlerken 730. maddenin 4. fıkrasında ciro hakkında 595-597 maddelerin uygulanacağını belirtmekle, çekin cirantasına da aynı yetkiyi tanımıştır. Bu durum cironun kayıtsız şartsız yapılmasına bir istisna teşkil eder. Böyle bir şerhi ihtiva eden çek, ciro edilemez kaydına rağmen ciro edilmişse, ciro edilemez kaydını düşen ciranta, senet sonradan kendilerine ciro edilmiş olan kimselere karşı sorumlu tutulamaz (34). Bu cirantanın sorumluluğu sadece kendi muhatabına karşı devam eder.

Cironun nakil ve teminat fonksiyonları prensip olarak poliçedeki gibidir. Ancak teminat fonksiyonu çekin cirosunu yasaklayan ciranta tarafından zayıflatılmıştır. Zira ciranta çekin cirosunu yasaklayarak kendisinden sonra çeki ciro ile devralanlara karşı sorumlu olmayacağını şerh etmiş, sorumluluğunu sınırlamıştır.

Çekin üzerine "emre yazılı değildir", "ciro edilemez" veya buna benzer kayıtların konmasının hukuki sonucu cirantanın ciroyu yasaklamasından farklıdır. Çekin üzerine "emre yazılı değildir", "ciro edilemez" veya buna benzer kayıtların konması halinde çek, ancak alacağın temliki yolu ile devredilebilir (md. 700/2). Cirantanın ciro yasağı koyması çekin emre yazılı senet niteliğine halel getirmez. Sadece yasak koyan cirantayı sorumluluktan kurtarır.

Eğer lehdar ilk ciranta olarak ciro zincirini başlatmışsa ve daha sonraki her imza bir önceki cironun lehdarına ait olmak üzere zincir devam etmişse, ilk ciranta lehdardan hamile kadar uzanan düzgün bir ciro zinciri kurulmuş demektir. Böyle düzgün bir ciro zinciri mevcutsa, ciran-

32- Domaniç, Hayri, a.g.e. s.142; Doğanay, İsmail, a.g.e. s.1636

33- Jaeggi/Druey/Greyerz, a.g.e. s.179

34- Domaniç, Hayri, a.g.e. s.148

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

talardan biri ciro yasağı koymuş, ancak senet yasağa rağmen ciro edilmişse, muhatap ciro zincirindeki yasağı ileri sürerek, karşılığı mevcut çeki ödemeyi reddedemez. Muhatap sadece düzgün bir ciro zincirinin kurulup kurulmadığını incelemekle mükelleftir.

Ciro yasağı ilk ciranta lehdardan başlayarak son cirantaya kadar ciro zinciri içinde yer alan herhangi bir ciranta tarafından konabilir. Ciro keşideci veya zaten senetle borç altına girmiş bir kimse lehine de yapılabileceğinden, bunlar ciranta olarak zincirde yer almışlarsa ciro yasağı koyabilirler (700/3).

Ciro çekin ilk lehdarının eline geçtiği andan itibaren ödeme için ibraz süresinin sonuna kadar, ibraz yapılmadığı müddetçe yapılabilir. Ancak ibraz süresi geçtikten sonra veya çek ibraz edilipte ödememe hali gerçekleştikten ve bu durum protesto ile tesbit edildikten sonra yapılan ciro alacağın temliki hükmündedir (TTK. md. 705). Çek yukarda anılan süre zarfında ciro edilebildiği sürece ciro yasağı da konabilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MEDENİ USUL HUKUKUNDA REFORMATİO İN PEİUS YASAĞI

Yrd. Doç. Dr. M.Kamil YILDIRIM*

GİRİŞ

I. Kavram ve Tarihi Gelişim

II. Aleyhe Bozma Yasağının Kanuni Dayanağı

III. Aleyhe Bozma Yasağının Hukuki Dayanağı Hakkında İleri Sürülen Teoriler

1) Yasağın Medeni Usul Hukukunun Amacı İle Açıklanması

2) Yasağın Kanunyolu Kurumu İle Açıklanması

3) Yasağın Kesin Hüküm Kurumu İle Açıklanması

4) Yasağın Katılma Kurumu İle Açıklanması

5) Yasağın Dispositionsmaxime İle Açıklanması

6) Yasağın Hakkaniyet Ve Amaca Uygunluk Mülahazaları İle Açıklanması

IV. Aleyhe Bozma Yasağının Uygulanması

V. Aleyhe Bozma Yasağı İlkesinin Usuli Müktesep Hak Kurumu İle İlişkisi Usul

1) İstinaf Mahkemesinden Yoksun Türk Kanunyolu Sisteminde Usuli Müktesep Hak Kurumu

a) Hukuki Niteliği

b) Uygulama Alanı

2) İstinaf Mahkemesine Sahip İsviçre Kanunyolu Sisteminde Aleyhe Bozma Yasağı İlkesi

VI. Aleyhe Bozma Yasağı İlkesinin Sınırları

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1) Maddi Hukuktan Doğan İstisnalar

a) Boşanma Davalarında

b) Borçlar Hukuku Alanında

c) Hakimin Takdir Hakkına Binaen Karar Verdiği Durumlarda

2) Usul Hukukundan Doğan İstisnalar

a) Dava Şartları

b) Hakimin Hukuku Re'sen Uygulaması

c) Masraflar

d) Hakimin Davayı Yönetme Faaliyetleri (Ara Kararları)

SONUÇ

Bibliyografya

Giriş

Taraflar arasındaki bir ihtilafta yapılan yargılama sonucunda verilmiş olan kararın, taraflardan her ikisini de memnun etmesi ideal bir durumdur. Fakat, çoğu zaman lehine hüküm verilmiş olan taraf dahi hükümden memnun kalmamaktadır. Medeni usul hukukunda, bir tarafta maddi hakikate ulaşma amacı, öte tarafta süratli bir yargılama ile hükme varmak ve böylece ihtilafı ortadan kaldırmak amacı birbirine karşı durmaktadır. Bu iki amacı telif etmek bakımından usul kanunları, tarafların kanunyollarından faydalanmalarını bir ölçüde sınırlamaktadırlar.

Davada, hakkı ihlal edilen tarafın hüküm ile tatmin olmaması durumunda, bu hükme karşı kanunyoluna, diğer tarafın pasif kalması sonucu, sadece davacı başvurmuş ise, usul kanunu, temyiz talebinde bulunan bu davacıya, kanunyolu sonucunda elde edeceği kesin hükmün, hali hazırda verilmiş olan hükümden daha kötü olmayacağını garanti etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu esaslar hükmün her noktası bakımından cari değildir. Burada tarafın (davacının) kastedilen tatminsizliğine yol açan husus, özellikle hukukun yanlış uygulanmasından doğmaktadır.

İlk derece mahkemesinden verilen hükme razı olmayan ve üst derece mahkemesine başvuran tarafa, kıta Avrupası hukukunda, reforma-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tio in peius yasağı ile bir güvence verilmektedir. Hukukumuzda ise, bu güvence, iki kurum ile, yani aleyhe bozma yasağı (reformatio in peius'un yasak olması) ve usuli müktesep hak kurumları ile sağlanmaktadır. Mukayeseli hukukta bu fonksiyonu, tek başına reformatio in peius yasağı yerine getirmektedir.

Usuli müktesep hak kurumunun, ülkemize özgü bir kurum olduğunu ve ileride aleyhe bozma yasağı ile irtibatı ölçüsünde üzerinde durulacağını belirtmek isteriz. Bu çalışmamızda, esasen usul kanununda dayanağı bulunan aleyhe bozma yasağı kurumunun ana hatlarını ortaya koymaya çalışacağız.

I. Kavram ve Kavramın Tarihi Gelişimi:

Aleyhe bozma (reformatio in peius) terimi, ilk kez Roma hukukunda digesta da (D.49. 1. 1 pr.) yer almıştır, modern anlamdaki ilk kullanılışı ise 19. yüzyıl başlarına rastlamaktadır. Literatürde ilk kez Gönner'in bu ifadeye yer verdiği kabul edilmektedir (1). Doktrinde, reformatio in peius yasağı yerine, kötüleştirme yasağı, değiştirme yasağı gibi terimler teklif edilmiş ise de, pek revaç bulmamıştır (2).

Reformatio in peius bir ilamın, aleyhine kanunyoluna başvurmuş olan tarafın zararına, yeni bir derece mahkemesince re'sen davanın esası bakımından değiştirilmesi demektir (3). Reformatio in peius'un yasaklanması ile, kanunyoluna başvurmuş olan taraf aleyhine hükmün bozulması engellenmektedir. Bu yasak kavramı, klasik anlamıyla, kanunyoluna başvurmuş tarafın karşılaştığı dezavantajların tümünü içerisine almaktadır. Buna mukabil modern ve geniş anlamıyla reformatio in peius, artık, temyiz talep eden tarafın karşılaştığı tüm olumsuzlukları değil, sadece hasmın bir katılımı olmadan ortaya çıkan dezavantajları kapsamaktadır (4).

---

1. Bkz. Egger, W., Die reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Zürich1985, s. 6 vd.; Ricci, H.P., Reformatio in peius und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Winterthur 1955, s.10 vd.
2. Bkz. Kapsa, B.H., Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess, Berlin 1976, s. 19; Ricci, s.4; Egger, s.7.
3. Ricci, s.3. Egger, bu tanımı dar kapsamlı saymaktadır, (s.4).
4. Bkz. Egger, s.5; Ricci, s.2-3.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Doktrinimizde ise Kuru, geniş anlamda aleyhe bozma yasağı ile, temyiz eden taraf lehine Yargıtayın verdiği bozma kararına uyan mahalli mahkemenin artık temyiz eden tarafın, önceki bozulan karara nazaran daha aleyhine bir hüküm veremeyeceğini, anlamaktadır (5).

II. Aleyhe Bozma Yasağının Kanuni Dayanağı

Mehaz Nöşatel Usul Kanununda, yasağın istinaf derecesinde (appellation) uygulanmasının dayanağı Art. 68 (HUMK. m. 74) dır; buna mukabil, kanunyoluna ilişkin Art. 393 vd. da yer alan hükümler bakımından, yasağın analoji yoluyla kullanılması reddedilmektedir (6).

Nöşatel Medeni Usul Kanununda yapılmış olan son değişiklikte (30 Eylül 1991 tarihinde kabul edilen ve 1 Nisan 1992 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Kanun) Art. 423 ile katılma kurumu tanınmak suretiyle reformatio in peius yasağına yeni bir kanuni mesnet daha yaratılmıştır. Alman Medeni Usul Kanununda § 536, 559 Abs. 1 ZPO bu yasağı düzenleyen hükümlerdir.

III. Aleyhe Bozma Yasağı Kavramının Hukuki Dayanağı Hakkında İleri Sürülen Teoriler

1) Yasağın Medeni Usul Hukukunun Amacı İle Açıklanması

Medeni usul hukukunun birden fazla amacı bulunmaktadır. Bu amaçlardan ilk akla gelenler: Maddi hukuk çerçevesinde ferdin hukuki korunmasının sağlanması; ferd ve toplum açısından hukuki güvenliğin temini; somut olayda maddi hakikate elverdiği ölçüde ulaşmaktır (7).

Kanunyolunun amacı ise, somut olay adaletini ve içtihatlar arasında hukuki birliği sağlamaktır. Kanunyolunda, Türk hukukundaki özel

---

5. Kuru, B., Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı, AÜHFD. 1974, C.30, s. 135 vd., 141. Yazar yeniden ilk derece mahkemesince yapılacak incelemeie açısından ayrım yapmaktadır.

6. Egger, s.84 ve orada da. 132 de anılan Schupbach, H., Le recours en cassation specialement en procedure civile neuchateloise, Lausanne 1961, s.318.

7. Amaç konusunda bkz. Alangoya, Y. Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 82 vd.; Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1992, s. 3 vd.; Yıldırım, M. K, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.32-34.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

durum, yani istinaf mahkemesinin bulunmaması sebebiyle her iki amacın bir arada Yargıtay tarafından gerçekleştirilmeye çalışılması bir yana bırakılacak olur ise -esasen hukuki yakınsaklığı temin işlevini haiz olan Temiz Mahkemesinin aleyhe bozma yasağı ile doğrudan bir ilişkisinin bulunmadığı düşünülebilir.

İsviçre Hukukunda -istinaf ve temyiz şeklinde iki aşamalı kanunyolu bulunmasına rağmen- kanunyolu talebinde bulunan taraf aleyhine bozma yasağının, hukuki korunma amacına aykırı olup olmadığı tartışılmaktadır. Aleyhe bozma yasağı sayesinde, aktif davranmış olan taraf, bunun mukafatı olarak maddi hukukun kendisine tanıdığı haktan fazlasına ulaşma imkanına kavuşacaktır. Bu, usul hukukunun maddi hakikate ulaşma amacı ile taban tabana zıttır. Her ne kadar tarafların muhakeme öncesi ve sırasındaki davranışları ile mahkemenin ancak nisbi bir hakikat ölçüsüne ulaşmasının mümkün olduğu tezi kabula şayan ise de, maddi hakikatin bulunması şeklindeki ana kurala, aleyhe bozma yasağı bir aykırılık teşkil etmektedir (8).

2) Yasağın Kanunyolu Kurumu İle Açıklanması:

Alman doktrinindeki eski bir fikre göre, kanunyolunun ihdas edilmesinin sebebi, bizatihi hükmün kendisini mağdur ettiğini hisseden tarafa buna karşı itiraz imkanı sağlamaktır (9); aleyhe bozma yasağı kanunyolu kavramının içerisinde mevcuttur. Bu fikre karşı, kanunyollarının türleri arasında aykırılık mevcut olduğu söylenebilir. Nitekim, Ricci, bir kanunyolu olmakla birlikte bu yasağa yer vermeyen istinaf yolunu örnek göstererek bu fikri eleştirmiştir (10).

Temyiz talebinde bulunan tarafın hukuki korunma talebi icabı aleyhe bozma yasağını tanıyan yazarlar da olmuştur (11).

Bir başka fikre göre, bu yasağın dayanağı hukuk politikasıdır (12). Buna karşı, hukuk politikasını gerekçe gösterme, bir petitio principii, yani ispatı mümkün olmayan bir ilkeye dayanmak olacağı gerekçesiyle

8. aynı yönde bkz. Egger, s.21-22.

9. Bkz. Ricci, s.99 ve orada dn. 2 de anılan Reinche, Die Deutsche Civilprozessordnung, 4. Aufl., s.504, Leuch, §364 no.3.

10. Ricci, s. 100. Buna benzer bir itirazı Nichtigkeitsbeschwerde ve Revision'u örnek vererek Egger, s.23'de yapmaktadır.

11. Ricci, s.101.

12. Bkz. Kapan, s. 62.

13. Bkz. Ricci, s. 101 de anılan Schultzenstein, M., Wesen und Grund der Unzulässigkeit einer reformatio in pejus, ZZP 31 (1903), s.1 vd., s.31.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

eleştirilmiştir (13).

Usul hukukunun ve kanunyolunun amacı, maddi hukukun mümkün olduğu nisbette tatbik edilmesidir. Aleyhe bozma yasağı ise, bir noktada temyiz eden taraf aleyhine -kararın maddi hukuka aykırı olsa bile- bozulamayacağını öngörmektedir ki, bu esasen kanunyolunun amacına da terstir. Bu eleştiriyi takiben, reformatio in peius'un yasaklanması değil, aksine teşvik edilmesi bile kabul edilebilir, denmektedir (14).

Alman doktrininde Gilles'e göre (15), reformatio in peius yasağı, özel bir kanunyolu kurumudur; işlevini, bir hükmün lehe ve aleyhe sonuç doğurup doğurmadığının, hükmün sadece sonuçlarına değil, gerekçesine de bakılmak suretiyle tesbit edilmesi halinde, yapmış olacaktır (15a).

3) Yasağın Kesin Hüküm Kurumu İle Açıklanması:

Bu mülahaza doktrinde oldukça eskilere dayanır. Klasik görüşe göre, hükme karşı taraflardan sadece biri temyize başvurmuş ise, hüküm onun açısından değiştirilebilir, buna mukabil hasmı açısından kesinleşmiş niteliktedir (nisbi kesin hüküm, relative Rechtskraft teorisi) (16). Doktrinde, bu görüş, Müşterek Hukuk'taki Inquisitionsprozess'e ait olduğu; kanuni dayanağı ve pratik değeri bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir (16a). Kısmi kesin hüküm (partielle Rechtskraft) teorisi olarak adlandırılan diğer bir görüş ise, kesin hükmün kapsamının sınır-

14. Egger, s.29.

15. Gilles, Rechtsmittel, s.67 dn. 138 civarı.

15a. Usul Kanunu, aleyhe bozma yasağının çiğnenmiş olup olmadığının, sadece hükmün kantitatif sonuçlarına bakılarak belirlenmesini esas almıştır; nitekim, ancak böyle bir mülahaza ile usul kanunumuz hiçbir yerinde reformatio in peius yasağından bahsedilmemiş olması mantıklı görülebilir; aleyhe bozma yasağına ilişkin doktrindeki mevcut tartışma pek ehemmiyetli değildir. Tartışma, hüküm gerekçelerinin, kesin hüküm olarak veya davanın tarafları bakımından bir etki doğuracağı kabul edilir ise ve bir hükmün müsbet veya menfi sonuçlar doğurduğu hüküm gerekçeleri ölçü alınarak belirlenir ise, o zaman büyüyecektir. Gilles, s.95.

16. Bkz. Egger, s.30 dn.61 de anılan Mehlen, F.A., Über die Apellation und andere Impugnativ-Mittel gegen richterliche Erkentnisse besonders im Rücksicht auf schwedisch-Pommern und Mecklenburg, Berlin und Stralsund 1791; Conner, s.163.

16a. Bkz. Wach, A. Die Reformatio in peius bei Edessurtheilen, in: Beiträge zur Erlnuterung des Deutschen Rechts, Berlin 1893, s.465 vd., s.480-481; Schultzenstein, ZZP 31 (1903), s.1 vd., 35; Ayrıca bkz. Ricci, s.103; Kapsa, s.43; Egger, s.30.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lanmasını hedef almakta ve hükmün temyiz edilmeyen kısmını, artık her iki taraf açısından da kesinleşmiş saymaktadır (17). Bu son görüş, klasik teorinin maruz kaldığı eleştirilerle muhatap olmadığı ve bazı kanton usul kanunlarında tanınmış olduğu için tercihe şayandır (18). Temyiz dilekçesi, kesin hükmün ölçüsünü, kapsamını belirleyecektir. Tek başına temyiz eden, kısmi kesin hüküm sebebiyle, önceki derece mahkemesindeki durumundan daha kötü bir duruma sokulamaz. Kısmi kesin hüküm, bir aleyhe bozma yasağı meydana getirmektedir.

Egger'e göre, kısmi kesin hüküm kıstası dahi aleyhe bozma yasağının doğrudan ve tek sebebi değildir, aksi olsaydı kısmi kesin hükmün geçerli olmadığı durumlarda, tek başına temyiz eden tarafın aleyhine neticeler oluşması gerekirdi (19).

4) Yasağın Katılma Kurumu İle Birlikte Açıklanması:

Menfaatler dengesini koruyabilmek amacıyla, mahkemece verilmiş bir hükme karşı, başlangıçta bu hüküm, aleyhine bazı neticeler doğurmuş olmasına rağmen kanunyoluna başvurmamış tarafa, hasmının son dakika dilekçesi ile kanunyoluna müracaat etmesinden olumsuz bir şekilde etkilenmemesi için katılma imkanı verilmektedir. Katılma hakkı, usul hukukundaki rechtliches Gehör (tarafa savunma hakkı tanınması) ilkesinin tabii bir sonucudur.

Ricci'ye göre, yasağın olmadığı yerde, katılma hakkını tanımanın da bir anlamı kalmamaktadır (20). Guldener'e göre (21), katılma hakkını -istinaf seviyesinde- tanımış olan usul kanunları, aleyhe bozma yasağına de yer vermişlerdir. Egger'e göre, bunun sebep mi, yoksa sonuç mu olduğu belli değildir; her iki kurum arasındaki ilişki, hasmın kanunyoluna katılması anına kadar aleyhe bozma yasağının askıda olmasından ibarettir (22); Ricci'nin, bozma yasağı ya da Dispositionsmaxime'den sadece

17. Egger, s.31 ve orada dn. 65 de anılan Strauli/Messmer/Wiget, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982, § 260 ZPO no.2.
18. Egger, s.31-32 ve orada dn. 68 de anılan § 260, 275 Zürich ZPO; § 335, 334 Bern ZPO ve § 54 OG (Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16 Dezember 1943)
19. Egger, s.32.
20. Ricci, s.57
21. Bkz. Egger, s.26 dn. 33'de anılan Guldener, s.499; Ricci, s.5; BGE 101 II 176.
22. Egger, s.56

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

biri bulunacaktır, şeklindeki düşüncesi de yanlıştır: usul hukuku bazen iki kurumun bir arada bulunmasını kabul etmiştir (23).

Katılma kurumunun dayanağı, hukukumuzda HUMK. m. 433 II ve 427 IV, Mehaz Kanunda ise Art. 423 dür.

5) Yasağın Dispositionsmaxime İle Açıklanması:

Doktrinde, reformatio in peius yasağının, usul hukukunun temel ilkelerinden Dispositionsmaxime (tarafların davanın akıbetini tayin etme hakkına sahip oldukları ilkesi) (24) ile de açıklanmaktadır (25). Aleyhe bozma yasağının, "ne procedat iudex ex officio" ya da "nemo iudex sine actore" dava olmadan hakim resen karar veremez, davacı yoksa hakim de yoktur ve "ne eat iudex ultra petita partium" hakim tarafın talebinden fazlasına hükmedemez kuralları (26) ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Hukukumuzda Dispositionsmaxime ve onun tezahür biçimleri olan iki kural, HUMK.m. 72 ve 74 de öngörülmüştür.

Kurallardan ilki "ne procedat iudex ex officio" kanunyolu talebinin, hakimin re'sen başvuramayacağı taraf iradesine terk edilmiş bir husus olduğunu göstermektedir. Bu kuralın sonuçlarından birisi de, tarafın kanunyoluna başvurmaktan vazgeçebileceği hususudur.

"Hakimin taleple bağlılığı" kuralından hareketle, taraflardan sadece birisinin kanunyoluna başvurması faraziyesinde, artık hasmın, kanunyoluna başvurmamakla talebini mevcut hüküm ile sınırlamış olduğu; Yüksek Mahkemenin bu sınırlama iradesi ile bağlı olacağı ve talep etmediğini ona veremeyeceği sonucu çıkartılabilir (27).

Aleyhe bozma yasağının Dispositionsmaxime ilkesi ile açıklanmasının, hukuk sisteminde reformatio in peius'a izin verilen -istisnai- du-

---

23. Egger, s.29

24. Maxime'ler için bkz. Bomsdorf, F., Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin 1971; Alangoya, s.2.

25. Bkz. Egger, s.32 vd.

26. Kurallar için bkz. Wunderlich, M.U., Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der Solothurnischen Zivilprozessordung vom 11. September 1966, Zürich 1968, s.9-26.

27. Bkz. Aynı yönde Egger, s.48-49.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rumlarda dahi bir sorun yaratmayacağı savunulmaktadır (28).

Aleyhe bozma yasağının, bu maxime ile bağlantısını kurmak, bu yasağın usul hukukuna olduğu kadar maddi hukuka olan irtibatını da ortaya çıkarmaktadır. Bilindiği gibi, Dispositionsmaxime Usul Hukukuna ait bir kurum ise de bunun kökünde maddi özel hukuk yatmaktadır.

6) Hakkaniyet Ve Amaca Uygunluk Mülahazaları İle Yasağın Açıklanması:

Ricci'ye göre, aleyhe bozma yasağını, kesin hüküm kuramı ile maxime'lerle, Dispositionsmaxime ile açıklama imkanı yoktur; Ceza Hukukunda Dispositionsmaxime bulunmamasına rağmen, yasak kabul edilmiştir (29). Bu durumda geriye hakkaniyet ve amaca uygunluk mülahazası kalmaktadır. Hakimin soru sorma hakkı, taraf isticvabı ve hasmının katılma imkanları nazara alındığında, aslında hakimin bağımsızlığına ters düşse bile aleyhe bozma yasağının olumsuz tesirleri büyük ölçüde telafi edilebilmektedir. Yasağın uygulanması, dürüstlük kuralına ve kanuluş amacına aykırı bir durum yaratıyor ise, yasak artık uygulanmamalıdır (30).

IV. Aleyhe Bozma Yasağının Uygulanması

Aleyhe bozma yasağı, kanunyoluna başvurmuş olan tarafa, başvuruya neden olan ilk derece mahkemesinde verilmiş hükme göre, bu kanunyolunda, talep ettiğinden az veya başka bir şeye hükmedilmesi halinde çiğnenmiş demektir (31). Bu yasak ile, kanunyoluna başvuran tarafın, koruma altına alınan avantajları, meşru nitelikte yani kurala uygun avantajlar olmalıdır; kanunyoluna başvuran tarafın, kanunyoluna müracaatta pasif kalınması halinde bile hukuk nizamınca kalıcı bir şekilde tanınması mümkün olmayan avantajları, bozma yasağının konusunu teşkil etmez.

---

28. Egger, s.48.
29. Ricci, s.104-105.
30. Ricci, s.107.
31. Bkz. Lieb, K. Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Verwaltungsstreitverfahren, Würzburg 1972, s.141.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Müddeabihi 1.000.000 TL olan bir alacak davasında, mahkeme 400.000 TL nin tahsiline karar vermiş ise, davacının bakiye 600.000 TL için kanunyoluna başvurması halinde, reformatio in peius yasağı uyarınca Yüksek Mahkemenin faaliyeti artık asgari ve azami olarak sınırlanmış olmaktadır. Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını en azından tasdik edecek, ama kanunyoluna başvurmuş olan taraf aleyhine bozamayacaktır (32).

Aleyhe bozma yasağından yararlanabilmesi için tarafın, kanunyoluna başvururken şekil şartlarına uygun hareket etmiş olması, ayrıca hasmının da pasif kalmış olması lazımdır. Bu pasiflik, ya kanunyoluna dilekçe ile başvurmamak, ya da vaki kanunyolu talebi üzerine katılma imkanından yararlanmamak şeklinde tezahür edecektir. Kanunyoluna başvurunun geçersiz sayılması faraziyesinde, buna bağlı olarak gerçekleşmiş bir katılma da -akzessorisch, yani feri nitelikte olması sebebiyle- artık bir netice doğurmayacaktır (33).

Aleyhe bozma yasağının, her türlü davada uygulanıp uygulanamayacağı da önemli bir sorundur (34). Eda davalarında ve özellikle konusu para alacağı olan davalarda, yasak rahatlıkla uygulanabilir.

Tespit davalarında ise ikili bir ayrım yapmak gerekir. Davada tesbitin konusu, eğer belirli bir hakkın veya yükümlülüğün mevcudiyeti veya yokluğuna ilişkin ise, aleyhe bozma yasağı uygulanır. Belirli bir hakkın varlığının tesbitine yönelik tespit davalarında, -ki esasen burada tespit davası, eda davasına benzer ve eda davasındaki esasa tabidir- aleyhe bozma yasağı caridir.

Buna mukabil bir hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun tesbiti davasında, örn. bir senedin sahteliğinin tesbitinde bu yasak işletilemez, çünkü senedin sahteliğini hukum altına aldırmış olan davacının kanunyoluna artık başvurmayacağı; davalının ise bu davada en kötü netice ile zaten karşılaşmış olduğu düşünülmektedir.

Tespit davasının konusu, münferit bir talebin hukuki gerekçesini

32. Benzer açıklamalar için bkz. Egger, s.44.

33. Egger, s.26. Katılma kurumunun niteliği hk. da bkz. Gilles, s.48 ve orada dn. 67 de anılan yazarlar, Gilles'e göre. Alman doktrininde hakim fikir, katılma temyiz yolunu, aleyhe bozma yasağı kuralının ve dolayısıyla Dispositionsmaxime'nin bertaraf edilmesine yol açan bir kurum olarak görmektedir.

34. Geniş bilgi için bkz. Egger, s.54-58.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

vuzuha kavuşturmaya ya da miktarını tesbite yönelik ise, bu tür tespit davalarında da aleyhe bozma yasağı caridir (35).

İnşai davada, -bunun niteliğinin doktrinde hala tartışıldığı nazara alınırsa- yasağın işletilip işletilemeyeceği sorusuna genel bir cevap getirmek çok zordur. Bizim, burada üzerinde duracağımız, bir kazai hüküm ile geçerlik kazanabilen inşai hak grubu olacaktır (36).

Yasak meselesi, inşai davanın türüne göre ayrım yapılarak cevaplanmalıdır. İnşai davalar; bağımlı ve hakimin takdir hakkı tanınmış inşai davalar olmak üzere iki kısıma ayrılabilir (37). Hakimin takdir hakkını kullanarak karar verdiği inşai davalarda (örneğin; komşuluk hukuku çerçevesinde geçit hakkının istikamet ve kapsamının belirlenmesine ilişkin davada) aleyhe bozma yasağı uygulanabilecektir. Çünkü bu tür davalarda talepten aza hükmedilmesi mümkündür. Davada talebi kısmen reddi halinde reddolunmuş kısım için kanunyoluna başvuran tarafın, aleyhe bozma yasağı şemsiyesi altına alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Buna mukabil hakimin sadece maddi unsurun varlığı veya yokluğunu tesbit ettiği bir inşai davada (örn. boşanma davasında, bir anonim ortaklığının fesih nedenlerine dayanarak hükmi şahsiyetinin sona ermesi davasında), aleyhe bozma yasağı işlemeyecektir. Bu dava, inşai nitelikte olmakla birlikte sonuçları itibarıyla, tesbit davasına benzemektedir.

V. Aleyhe Bozma Yasağı İlkesinin Usuli Müktesep Hak Kurumu İle İlişkisi

1) İstinaf Mahkemesinden Yoksun Türk Kanunyolu Sisteminde Usuli Müktesep Hak Kurumu

a. Hukuki Niteliği:

---

35. Egger, s.56.

36. Egger, s.57.

37. Bu arada belirtelim ki, bu ayrım Schlosser tarafından teklif edilen ve fakat doktrinde pek taraftar bulamamış olan bir ayrımdır. İnşai dava türleri için dahi bkz. Schlosser, P., Gestaltungsklage und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966, s.60 vd.; Önen, E., İnşai Dava, Ankara 1981, s.17 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Usuli müktesep hak kurumu, hukukumuzda Yargıtay içtihadları ile oluşturulmuş olup geniş bir alanda -hatta aleyhe bozma yasağı sayılabilecek durumlarda dahi- uygulanmaktadır. Usuli müktesep hakkın, kabule şayan olup olmadığının belirlenmesi için, bu kurumun hukuki dayanağı ve işlevi üzerinde durmak gerekir.

Yargıtay, müktesep hak kurumunu, kamu düzenini (38), hukuki istikrarı korumak amacıyla tanımıştır (39).

Doktrinde Üstündağ, 4.2.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, gerekçe olarak davaların uzamasını önlemekten sözedildiğini; Yargıtay'ın, gerekçesini prensiplere dayandırmadığı için, bilahere, müktesep hak fikrine istisnalar tanımak zorunda kaldığını; gerçek prensipler bulunmuş olsa, böyle indi hal şekillerine iltifat edilmesine gerek kalmayacağını açıklamaktadır (40).

Kanaatimize göre, müktesep hak kurumu, kamu düzeni ilkesine dayandırılamaz, çünkü kuruma karşı en önemli sınırlamayı, bizatihi kamu düzeni ilkesi getirmektedir (41).

Üstündağ, müktesep hak kurumunun, ülkemizde istinaf mahkemesinin bulunmamasından; yerel mahkemenin, kararını, Temyiz Mahkemesine karşı ısrar ederek, temyizce tasdikine kadar Temyiz Mahkemesine götürebilmesinden doğacak gecikmeleri bertaraf etmek amacından kaynaklandığını ileri sürmektedir (42). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, direnme kararının bu şekilde etkili olabilmesi, ilgili tarafça, bozma kararından sonra yerel mahkemenin direnme kararına karşı tem-

38. Bkz. Yargıtay'ın 4.2.1959 gün ve 13/5 sayılı İBK. (RG. 28.4.1959, S. 10193, s.21611-21612); 9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı İBK. (RG.28.6.1960, S.10537, s.1613-1614). Ayrıca bkz. Kuru, B., Usuli Müktesep Hak, R. Seçkin Armağanı, Ankara 1974, s. 395 vd., 395-396; Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s.316; HGK. 29.10.1981, E. 1980/15-2296, K.1981/687 (YKD. 1982/3, s. 315) kararına dayanarak T. Muşul, Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları, Dicle Üniversitesi HFD. 1988/4, s.217 vd., s.234. 1959 yılındaki İBK. ile ilgili olarak ayrıca bkz. Üstündağ, S., Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum, İÜHFM. 1962/1, s. 183 vd., 185.

39. 9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı İBK. (RG. 28.6.1960, S. 10537, s.1613-1614). Bu karara göre, davaların uzamasını önlemek amacıyla ihdas edilen usuli müktesep hak kurumu, yeniden yapılacak yargılamada görevsizlik kararı verilmesini engelleyemez.

40. Üstündağ, Temyiz, s.168.

41. Sınırlar hakkında bkz. Kuru, Usuli Müktesep Hak, s.405 vd.; Üstündağ, Temyiz, s.185-191. Bu istisnalar ana başlıklar halinde: yeni bir kanun, yeni bir içtihadı birleştirme kararı, kamu düzeni, HUMK. m. 7 II deki görev konusu olarak sayılabilir.

42. Bkz. Üstündağ, Temyiz, s. 143-144. Konunun Mukayeseli Hukuktaki durumu için bkz. bu paragrafın sonuna.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yiz yoluna müracaat edilmiş olması şartına bağlıdır.

Üstündağ, müktesep hak fikrinin suni olduğunu; kurumun, kanunyolu safhasında mahalli mahkemenin ısrar etmesi faraziyesinde davaların sürüncemede kalması tehlikesini bertaraf ettiğini ve bu işlevin gerçekleştirilmesinde taraf iradesinin önemli bir payı bulunduğunu söylemektedir; yazar'a göre, uymadan sonra gerek ilk derece mahkemesine, gerek Yargıtay Dairesi veya Genel Kuruluna, bozma ilamında yer alan esaslara aykırı yeni bir bozma kararı verilebilmesi imkanının kapatılmasının iki sebebi vardır: İlki tarafların hukukunu korumak, ikincisi ise tarafların içtihatlara olan güvenini sarsmamaktır (43). Başka bir deyişle taraflar, bu iradelerini hükme karşı kanunyoluna başvurmak veya başvurmamak suretiyle, aktif veya pasif bir davranışla tezahür ettirmektedirler.

Üstündağ'a göre, usuli müktesep hak kurumuna, tarafların özellikle hakimin temyiz mahkemesi kararına karşı ısrar etmemek suretiyle, pasif kalması sonucu gerçekleşen iradi uyma kadar, Hukuk Genel Kurul kararlarına yerel mahkemenin uymak zorunda olduğunu amir HUMK. m. 429/son fıkra uyarınca kanuni uyma dahi gerekçe gösterilebilir (44).

Aleyhe bozma yasağının, usuli müktesep hak kurumuyla kıyaslandığında, onun -doktrindeki hakim fikri takiben- Dispositionsmaxime (45) gibi esaslı bir gerekçeyi haiz köklü bir kurum olduğu söylenebilir.

b. Uygulama Alanı

Bir usuli müktesep haktan sözedebilmek için, bozma yönünde verilmiş bir içtihadın mevcudiyeti şarttır. Bu yönden, müktesep hak kurumu, aleyhe bozma yasağı ile benzerlik arz eder. Benzerlik, iki kurumun fonksiyonları bakımından da bir ölçüde mevcuttur. Davanın sürüncemede bırakılmaması, aynı konuda tekrar tahkikat yapılmaması, gerek usuli müktesep hak (46), gerek aleyhe bozma yasağının işlevidir.

Aleyhe bozma yasağı, hasım tarafından temyiz yoluna başvurma

43. Üstündağ, Temyiz, s.184-185.
44. Üstündağ, Temyiz s.182 vd.
45. Bkz. yukarıda § III 5.
46. Bkz. Üstündağ, Temyiz, s.161. Yazar burları, usuli müktesep hakkın ideal kıstasında aranacak özellikler olarak zikretmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

süresinin veya nihayet katılma süresinin hareketsiz geçirilmesiyle otomatikman doğar ve bu hak Yargıtay nezdinde dermeyan olunabilir. Usuli müktesep hak ise, temyiz sürecinde başka bir merhale geçildikten sonra ortaya çıkar. O da Yargıtay'ın hükmü bozması üzerine dosyanın yerel mahkemeye intikali ve mahkemece bozmaya uyma kararının verilmiş olmasıdır.

Bu kurumların işlerlik kazanabilmesi için, bir yerel mahkeme kararının mevcudiyeti şarttır. Bir olayda, davacının talebi kısmen kabul edilmiş ve sadece davacı temyize başvurmuş ise, Yargıtay, hükmü, başvurmuş olan tarafın aleyhine bozmak istese bile, bunu başaramaz, yerel mahkemenin talebin kısmen kabulu yönündeki kararını tanımak zorundadır. Bundan sonraki safhada, yerel mahkeme, kanaatimizce, ne aleyhe bozma yasağı ne de usuli müktesep hak gibi bir gerekçeye ihtiyaç kalmaksızın, kanunyolunun fonksiyonu icabı, Yargıtay kararı ve özünde kendi nihai kararı ile bağlı durumdadır.

Yargıtay'ın bir kararı kısmen bozması faraziyesinde, bozulmamış kısmın korunması için kanaatimize göre, usuli müktesep hak kurumuna gerek yoktur; bu kısımla bağlılık, hakimin taleple bağlılığı ilkesinin (HUMK. m.439 II) doğal bir sonucudur.

Doktrinde Kuru, mahkemenin bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan kısımlar hakkında yeni bir karar verememesinin, Yargıtay'ın dosyada bir bozma sebebi görse dahi hükmü bozamamasının (örneğin: mahkemenin, bir davayı red ederken davalı lehine hükmetmeyi unutmuş olduğu ücreti vekalete, sırf davacının temyizi ve buna bağlı bozma sonucu yeni bir hüküm verirken yine hükmedememesinin) aslında aleyhe hüküm verme yasağı ile ilgili olduğunu belirtmektedir (47). Postacıoğlu'na göre, bozma kapsamı dışında kalan hususlarda aslında kesin hüküm oluşmuştur (48). Postacıoğlu, tatbikatın bu kesinleşmeye hukuki dayanak olarak yarattığı müktesep hak kavramının muğlak ve zihinleri bulandırıcı bir nitelik arz ettiğini; Yüksek Mahkeme tarafından işle temasını sürdüren mahkemenin bazı kararlardan rücu etmesinde amali fayda mülahaza edilerek, müktesep hak ilkesine bir takım istisnalar getirildiğini; nereye kadar istisna tanınacağının kestiri-

47. Bkz. Kuru, Usuli Müktesep Hak, s.402-403 deki açıklamalar ve örnekler. Buna mukabil Kuru/Arslan/Yılmaz, s.583–584'de vekalet ücreti örneği usuli müktesep hak kurumu içerisinde anlatılmıştır.

48. Postacıoğlu, İ.E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s.763 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lemediğini söylemekte ve bunu eleştiri konusu yapmaktadır.

Bir hükmün bozulmuş olan kısmı açısından, yerel mahkemenin Yargıtay'ın o konudaki direktifleri ile bağlı olması, usuli müktesep hak kurumu ile açıklanamaz. Kuru, Aleyhe Bozma Yasağı adlı makalesinde, Aleyhe Hüküm Verme Yasağı başlığı altında incelediği bir çok meselede (49), Yargıtay'ca her ne kadar usuli müktesep haktan bahsedilmekte ise de, bunların temelde, aleyhe bozma yasağı ile ilgili olduğunu kabul etmektedir. Önen'e göre, yerel mahkeme hakimi, bozmaya uyma kararı vermiş ise, artık temyiz edenin durumunu bozulan hükümle olduğundan daha çok kötüleştirecek bir hüküm veremez; aleyhe hüküm verme yasağı ilkesine uymak zorundadır (50).

İsviçre'de, bu bağlılık, kesin hüküm kurumuyla da açıklanmaktadır. Bilindiği gibi, istinaf yargılaması, istinafın işi, üst derece mahkemesine gönderme yetkisini de (kanunyolunun devolutif etkisi) beraberinde getirmektedir. Ancak bunu, taraflar sınırlandırabilmektedirler. Egger'e göre, hakimin taleple bağlılığı kuralı istinaf kanunyolunda da caridir; Zürih Usul Kanununda -istinaf mahkemesinin, (devolutif etkisini) sınırlamak amacıyla- istinafın, yargılamayı ve hükmü, taraf dilekçeleriyle belirlenen sınırlar içersinde incelemesi ve yeni hükmü de bu sınırlar içerisinde vermesi esası (§ 270) getirilmiştir; ki bu çözüm, kısmi kesin hüküm (Teilrechtskraft) kurumunun (§ 260) mantıki bir sonucudur. Temyiz edilmiş bir hükmün kesin hüküm kuvveti doğurması, hükmün temyizen bozulmamış kısımları için mümkündür. İstinaf davalısı talepte bulunmamış ise, istinaf davalısı aleyhine hükmün değiştirilmesi yasaktır (51).

Türk Hukukunun, kanaatimize göre, müktesep hak kurumuna ihtiyacı bulunmamaktadır, eğer bu kurum tanınacak ise, uygulama alanını dar tutmak gerekir (51a).

---

49. Örn. 3. HD. 10.12.1971 gün ve 6470-4352 s.lı kararı (Son İçtihatlar Dergisi, 1972/252, s.204-205. Bu karara esas olayda 500 lira talepli kira tesbit davasında mahkeme 394 liraya hükmetmiş ve karar davalı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay, burada davalı taraf yararına usuli kazanılmış hak meydana geldiği kanaatindedir. Geniş bilgi ve Kuru'nun bu yöndeki fikri için bkz. Kuru, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 141-144.

50. Önen, Kitap s.315

51. Egger, s.116 da anılan Strasouli/Messmer, § 269 ZPO no. 1; Ricci, s.30-31.

51a. Nitekim 10.4.1992 tarihli E. 1991/7, K. 1992/4 s.lı İBK.nda da Yargıtay, hakimin yargılamayı bitirerek verdiği kısa karar ile usuli müktesep hak durumu doğmayacağı kanaatindedir. (RG 10.6.1992, S.21254, s.27)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Muşul'a göre, müktesep hak, yerel mahkemelerin ara kararıyla dahi ortaya çıkabilmektedir (52). Bu, ya mahkemenin re'sen verdiği yeni bir ara kararıyla (52a) veya tarafın bir ara kararıyla yapılmış işlem neticesinde oluşan sonuca karşı çıkmamasıyla doğar. Kanaatimize göre, Muşul tarafından gösterilen örnekler dahi, müktesep hak'tan, ara kararları alanında bahsedilmesine imkan vermemektedir. Örneğin hakimin re'sen yemin teklifinde bulunduktan sonra, bu teklifinden caymasını önlemek için usuli müktesep hak kurumuna başvurmaya gerek yoktur. İkinci şıkta, yani tarafın ara kararıyla yapılmış bir işlem sonucuna itiraz edilmemesinin hasmın lehine usuli müktesep hak doğuracağını, bilirkişi raporlarına HUMK. m. 283 I deki bir haftalık süre içerisinde itiraz edilmemesi halinde, bu konudaki yani raporda azami bu miktara hükmolunabileceğini düşünmek imkânsızdır. HUMK. m.283'deki süre, rapordaki eksiklik ve kapalılığı gidermek amacıyla konulmuştur (53); aksinin kabulü, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine aykırıdır (54).

Davada savunmanın genişletilmesi yasağı ile ilgili örnek de müktesep hak kurumunun izahı için elverişli değildir. Savunmanın genişletilmesi yasağı, teksif ilkesi (Eventualmaxime) ile ilgilidir, onun bir sonucudur ve istisnası da kanundan doğmaktadır (tarafın zımni muvafakatı şeklinde). Savunmanın genişletilmesi yasağı ilkesinin izahı, müktesep hak kurumuna muhtaç değildir.

Doktrin (55) ve içtihada bakılır ise, müktesep hak kurumunun istisnaları, genel olarak kamu düzeninden doğmaktadır. Bunlar: Konuya

---

52. Bkz. Muşul, s.235-236 ve orada anılan içtihatlar.

52a. Ara kararlarında aleyhe bozma yasağının tatbiki hakkında bkz. aşağıda § VI 2 d.

53. Aynı yönde Üstündağ, s.732. Fakat Yazar, tarafın rapora itirazı olmadığını davada açıkça beyan etmiş ise, artık hasmın kazanılmış hakkından söz edilebileceği fikrindedir. Kanaatimize göre, itirazı olmadığı beyanını, teknik anlamda vakıanın ikrarı saymak daha yerinde olacaktır. Doktrinde Önen, m.283'deki süreyi kazandan doğan, hak düşürücü nitelikte bir süre saymaktadır (Önen, Kitap, s. 228, dn. 45). Kuru da süreyi hak düşürücü nitelikte saymakla beraber, burada ayrım yapmakta ve süresinde itiraz edilmemesi üzerine doğan kesinleşmenin mahkeme hakimindan söz konusu olmayacağını belirtmektedir. (Kuru, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. Bası, 1980, C. II, s. 1885 vd., 1887). Kamu düzenine dayandırılmak istenilen usuli müktesep hak kurumu, kamulaştırmadan doğan tezyid-i bedel davalarında kamu düzeni nedeniyle bir istisna ile karşılaşmaktadır. Rapora itiraz edilmemiş olması karşı tarafa bir hak kazandırmamaktadır. 5. HD. 14.10.1982, 8392/8780 (AED.1982/6, s.152-154).

54. Bu ilke için bkz. Yıldırım, s. 38 dn. 44a. ayrıca bkz. HGK. 6.3.1971, K.68/4-784, K.139 (Son İçtihatlar Dergisi, S. 283, s.1065); HGK. 26.2.1986, E. 1984/5-794, K. 164(İKİD. 1988/331, s. 5617-5618).

55. Kuru, Usuli Müktesep Hak, s. 405-408; Üstündağ, Temyiz, s.185,186,192.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ilişkin yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararının çıkması, hükmün göreve ilişkin olması, temyiz yetkisine ilişkin olması, olayda kesin hükmün mevcudiyeti, özel kanun hükmü bulunmasıdır (6785 s.lı İmar Kanunu m.39 gibi). İstisnaların neler olduğu her seferinde farklı kapsamda açıklanmaktadır. Yargıtay, kararlarında, istisnaların yeni bir İ.B.K. ve görev konusundan ibaret olduğunu (56), Yargıtay Dairesinin vardığı sonucun aşikar maddi bir hataya dayanması halinde, bozma kararına uymanın müktesep hak teşkil etmeyeceğini söylemiştir (57). Yargıtay, bir başka kararında ise, müktesep hakkı, hakkın şekle feda edilmesi anlamına geleceği gerekçesiyle reddetmiştir (58).

Kuralın dayanağının kamu düzeni olmadığının bir kanıtı da, kuralın taraf iradesiyle yaratılan bir istisnaya sahip olmasıdır. Bozma kararına uyulmasından sonra yapılan yargılama sırasında taraflar yeni iddia ve savunmalarda bulunabilirler; hakim, usuli müktesep hak ile kendisini sınırlamaksızın, yeni hukuki duruma göre karar vermek zorundadır. Usuli müktesep hak kurumu, mahalli mahkemenin bozmaya uyma kararı vermesinden sonra ortaya çıkmaktadır. Mahkeme bozmaya uymaz ise, usuli müktesep hak da doğmaz. Yargıtay'a göre, tarafların mahkemeden bozmaya uymasını talep imkanı vardır. Taraf iradesinin bu yönde tezahür etmesi faraziyesinde mahkeme bu irade ile bağlı kalacaktır, yani bozmaya uyacaktır (59). Böylece usuli müktesep hak yoluna girilmektedir. Kamu düzenine dayandığı iddia edilen bu kurum, temelde taraf iradesiyle hazırlanmış, şekillenmiş olmaktadır. Bu, kurumun kamu düzeninden kaynaklandığı fikri ile açıkça çelişmektedir.

Yargıtay, hakkı şekle feda ettirmemeyi, sadece maddi aşikar ağır hatalar bakımından benimsemiş; buna mukabil hukuki değerlendirmenin veya delillerin değerlendirilmesinin hatalı yapılması durumunda usuli müktesep hak kurumuna cevaz vermiştir (60).

Müktesep hak kurumu, aleyhe bozma yasağından farklı olarak iki tarafın temyiz yoluna başvurması faraziyesinde de ortaya çıkabilir. Örn. yeni bir kanun veya İçtihadı Birleştirme Kararının verilmiş bir hükme tesiri olup olamayacağı, usuli müktesep hak engeliyle karşılaşıp karşı-

56. HGK. 26.9.1990, E. 1990/6-295, K. 435/İKİD. 1991/370, s.8310-8313).
57. HGK. 5.12.1990, E. 1990/1-450, K.608, (İKİD. 1991/352, s. 7808-7811).
58. HGK. 14.3.1986, E. 1984/2-714, K.246, (İKİD. 1988/327, s. 5564-5566)
59. HGK. 26.3.1986, E. 1985/6-724, K.264 (İKİD. 1988/327, s.5563-5564).
60. HGK. 10.2.1988, E. 1987/2-820, K.80 (İKİD. 1988/334, s.6005-6009; HGK. 30.11.1988, E. 1988/2-776, K. 985 (İKİD 1989/347, s.6532-6538).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

laşmayacağı sorusuna, artık her iki tarafta temyize başvurmuş olsa bile, verilecek cevap aynı olacaktır. Buna mukabil, aleyhe bozma yasağının temel şartı, taraflardan sadece birisinin temyiz yoluna başvurmuş olmasıdır.

2. İstinaf Mahkemesine Sahip İsviçre Kanunyolu Sisteminde Aleyhe Bozma Yasağı İlkesi

İsviçre kantonlarında, olağan kanunyolu, istinaf olup, bazı kantonlarda ayrıca Rekurs (einfache Beschwerde yani basit şikayet) kurumu vardır. Olağanüstü kanunyolları ise, butlan şikayeti (Nichtigkeitsbeschwerde) ve temyizdir (Revision) (61).

İsviçre'de genel olarak kanunyolu mahkemeleri, mevcut hükmü ya ortadan kaldırarak yeni bir hüküm tesis ederler (reformieren anlamında) veya hükmü bozarak (kassieren anlamında) dosyayı yeniden bir yargılama yapılmak üzere yerel mahkemeye (iudex ad quo) gönderirler. İkinci faraziyede yerel mahkeme artık kanunyolu mahkemesinin kararıyla bağlı olacaktır (62).

İsviçre'de İstinaf kanunyolunda, hüküm her yönüyle yeniden incelenmektedir. İstinafa müracaat, mevcut hüküm açısından, normal olarak, reformasyon etkisi doğurmakta ve yeni bir hüküm tesis edilmektedir. Yeni bir hüküm tesisi faraziyesinde örneğin Zürih'te istinaf mahkemesinin taraf dilekçesiyle bağlılığını öngören § 269–270 ZPO uyarınca reformatio in peius yasağı uygulanabilecektir. İstinafın, istisnaen tezahür eden kazasyon etkisi yaratması faraziyesinde, yerel mahkeme davayı tekrar ele alacağı için kural olarak Dispositionsmaxime uygulanacak ve buna bağlı olarak aleyhe bozma yasağı ilkesi etkili olamayacaktır (63).

---

61. Geniş bilgi için bkz. Habscheid, W.J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel-Frankfurt, 1990, no.733 vd.

62. Bkz. Habscheid, no.709 ve orada dn. 23 de anılan Kanton Kanunları örn. §104 II Zürich Gerichtsverfassungsgesetz (GVG); Art. 352 II. 365 Bern NUK.

63. Egger, s. 116-117. Alman Hukukunda istinaf aşamasında bu yasağın işleyeceği hk. bkz. Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., München 1986, § 141 II 2 (s.899). Alman doktrininde Schilken'in tesbitine göre, aleyhe bozma yasağının kapsamı ihtilaflıdır; en çok tartışılan faraziye ise, davanın kısmen kabulü, kısmen reddinde davacının reddolunan kısım için İstinafa müracaatında, İstinaf Mahkemesinin artık davayı tümden reddedip reddedemeyeceğidir. Schilken, İstinaf Mahkemesinin bu durumda davayı tümden reddedemeyeceği kanaatindedir (bkz. Schilken, E., Zivilprozessrecht, Köln 1992, no. 890). Bazı hukukçular ise, davacının, Kanunyoluna müracaat hakkını kullanıp kullanmamasına göre, hükmün farklı bir tesire sahip olacağı gerekçesiyle buna karşı çıkmaktadırlar (bkz. Rosenberg/Schwab, §141 II d ve orada dn. 7 de anılan örn. Stein/Jonas/ Grunsky, ZPO, 20. Aufl., s. 536 no.6; Bloemeyer, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., § 99 II 2; Kapsa, s.144.)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Zürih kantonunda, istinaf mahkemesinin butlan şikayeti hakkındaki kararını inceleyen Yüksek Mahkeme (Kassationsgericht) hükümde, kanun veya akde aykırı şekilde hüküm verilmiş ya da talepten fazlaya hükmedilmiş olması gibi - bunlar HUMK. 428 b.1 deki hususların aynısıdır- giderilmesi mümkün olan eksikliklerin düzeltildiği bir mercidir, burada reformatio in peius yasağı söz konusu olmaz (64).

Yargıtay'ın temyiz aşamasında, davanın konusunu tarafların belirlediği kapsamda incelemesine benzer bir uygulama, Zürih'te Yüksek Mahkemenin butlan şikayeti (Nichtigkeitsbeschwerde) nedeniyle faaliyet gösterdiği durumda karşımıza çıkmaktadır. Bu faraziyede mahkeme (Kassationsgericht), konu bakımından sınırlanmış durumdadır (65).

Butlan şikayeti (Nichtigkeitsbeschwerde) vasıtasıyla, esasen telafisi kabil olmayan noksanlıklar izale edilir. Kassationsgericht, sadece tarafın iddia ettiği şartların somut hükümde var olup olmadığını inceler ve varlığını tesbit eder ise, hükmün iptaline (sentetia nulla) karar verir. Bu karar, reformatio in peius yasağını gündeme getirmez (66). Kassatiosgericht, ister re'sen hüküm versin, ister yeniden karar verilmek üzere dosyayı mahalli mahkemeye göndersin, durum değişmez (67).

İstinafta reformatio in peius yasağının uygulanabilir olup olmadığı, kanunyolunun, istinaf veya kazasyon olmasına göre değil, talep sebebinin niteliğine göre belirlenmelidir; yargılamada yapıldığı ileri sürülen eksikliğin, telafisinin kabil olup olmadığına bakılmalı ve telafisi kabil bir eksiklik mevcut ise, aleyhe bozma yasağı uygulanmalıdır. Eğer bir davaya ikinci kere bakılmasının sebebi, tamiri kabil olmayan bir noksanlık ise, artık kanunyoluna başvurmuş olan tarafın aleyhine hüküm verilebilmelidir (68).

İsviçre'de Revizyon (ki Türk Hukukunda temyize bir ölçüde benzer

---

64. Egger, s.126, Revision ve Kassation kurumlarına benzer işlevleri yüklemiş olan Alman Hukuku için bkz. Üstündağ, Temyiz, s.141 dn. 12a.

65. Bu sınırlamanın bir benzeri Türk hukukunda, tashihi karar yolunda caridir. Yargıtay, sadece tashihi karar sebepleriyle bağlı olarak hükmü inceleyebilmektedir (bkz. Üstündağ, Temyiz, s.142.)

66. Egger, s.124-126 ve orada dn.233, 236 civarı.

67. Bkz. ayrıca Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, s.170-171; Guldener, s.497; Leuch, Art. 364 ZPO No.1; Hasler, Die Rückweisung im Zivilprozess nach zürcherischem Recht, Zürich 1971, s.54; Ricci, s.34; Egger, s.124-126.

68. Egger, s.126; Ricci, s.37.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir kurumdur) sınırlı, yani taraflarca gösterilen hususları inceleyebilen, olağanüstü nitelikte ve ayrıca bir üst merci tarafından incelenme yolunu açmayan (yani devolutiv nitelikte olmayan) bir kanunyoludur. Revizyon neticesinde, yerel mahkeme ihtilaf hakkında yeni bir karar verecektir; kural olarak, ilk davadaki malzeme aynen kullanılacaktır, fakat taraf veya tarafların Dispositionsmaxime'den kaynaklanan yeni bir irade açıklamasında bulunması halinde, örn. mukabil dava açması veya davayı değiştirmesi durumunda, hakim, daha önceki davada taraflarca verilmiş dilekçelerle sınırlı olmaksızın ve icabında kanunyoluna başvurmuş olan tarafın aleyhine yeni bir hüküm verebilecektir. Bu son faraziyede reformatio in peius yasağı aşılmaktadır (69).

Rust'a göre, İsviçre ve Alman Doktrininde genellikle kabul edildiği üzere, Temyiz (Revizyon) Mahkemesinin faaliyeti, önce, tarafın temyiz talebinde haklı olup olmadığı -hasmın da dinlenilmesi suretiyle- tahkik edilerek hükmün iptaline karar verilmesi (iudicium rescindens) ve bilahare, esas hakkında yeni bir karar verilmesi (iudicium rescissorium) şeklinde iki aşamalıdır; tatbikatta pek uyulmayan bu aşamaları, bariz hale getirmekte, aleyhe bozma yasağı açısından yarar vardır; "iudicium rescindens" aşamasında, Temyiz Mahkemesi, eğer talebi kabule şayan görür ise, hükmü iptal edecektir; taraf, temyiz talebinde bulunurken, dilekçesinde, hükmün hangi kapsamda ve hangi gerekçeyle bozulması gerektiğini belirtir (Zurich MUK.Art. 296 I b.2); bu mecburiyet sayesinde, hem Temyiz Mahkemesi, kontrolünü kolayca yapabilecek, hem de temyiz sonucu verilecek hükmün içeriği belirlenmiş olacaktır (70). Taraf, temyiz dilekçesiyle hakimi bağlamaktadır. Hakimin bağlılığını emredon diğer bir kural ise Dispositionsmaxime'dir (bkz. Zürich MUK. Art. 54 II), fakat bağlılığın, Offizialmaxime'nin cari olduğu durumlarda dahi ortadan kalkmayacağı fikri hakimdir (70a). Bağlılığın sonucu ise, Revizyon kanunyolunda da reformatio in peius yasağının cari olmamasıdır.

Görüldüğü üzere, İsviçre'de gerek istinaf, gerek temyiz (Revision) kanunyolunda aleyhe bozma yasağı ilkesi, usuli müktesep hak kurumuna ihtiyaç duyulmaksızın, uygulanabilmektedir.

---

69. Egger, s.127-128.

70. Rust, Die Revision im Zürcher Zivilprozess, Zürich 1981, s.76, 172 vd, 176-178. Ayrıca bkz. Egger, s.127.

70a. Rust, s.76 ve orada dn. 25 de anılan Staeuli/Messmer, § 54 no.6.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

VI. Aleyhe Bozma Yasağı Kuralının Sınırları (71)

Kural olarak, aleyhe bozma yasağı, Dispositionsmaxime, yani hakimin taraf dilekçeleri ile bağlılığı ilkesi icabı caridir. Bunun maddi hukuktan ve usul hukukundan doğan istisnaları da mevcuttur. Bu son gruba giren davalar genel olarak, hakimin re'sen sonuçlandırabileceği davalardır.

1) Maddi Hukuktan Doğan İstisnalar:

a) Boşanma Davasında

Bu dava sonucunda, aleyhine karar verilen taraf, kanunyoluna başvurduğu zaman, verilen mevcut hükümden daha kötü şartlar içeren bir hükümle dahi karşılaşabilecektir. O, aleyhe bozma yasağı imkanından yararlanamaz. Boşanma davasında ilk derece hakimi, tarafların talebiyle bağlı olmaksızın karar vermektedir (MK. m. 150). Hakimin taraf talepleri ile bağlı olmaması ilkesi, kanunyolu aşamasında da aynen geçerlidir.

Boşanma davasında, sebep olarak gösterilen hadiselerin varlığına hakim vicdanen kanaat getirmedikçe karar veremez (b.1), delil olarak yemine başvuramaz (b.2), tarafların ikrarından etkilenmez (b.3).

Medeni Kanun m.150'deki hükme rağmen, boşanma davalarında ana kural, yani kanunyolunda reformatio in peius yasağı yine bir ölçüde uygulanabilir. Bu durum, Yüksek Mahkemenin ilk derece mahkemesinin boşanmaya ilişkin kararını başka bir gerekçe ile bozması durumunda ortaya çıkmaktadır. Örn. evlilik birliğinin temelden sarsılması (MK. m. 134) yerine, zina (MK. m. 129) sebebine dayanılması durumunda kanunyolunda verilmiş karar, reformatio in peius yasağına aykırıdır. Bunun gibi, açılan boşanma davasında, ilk derece mahkemesince verilen ayrılık kararı üzerine kanunyoluna başvurulmuş ise Yüksek Mahkeme artık ayrılık talebini reddedemez. Vereceği karar, boşanma veya asgari ayrılık yönünde olacaktır (72). Boşanma ilamının, mal rejimi hakkında tarafların belirledikleri esaslar bakımından da aleyhe bozma yasağı işlemektedir (73).

---

71. Bu başlıktaki açıklamalar için bkz. Egger, s.86 vd.
72. Bkz. Egger, s.90.
73. Egger, s.93.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Velayet hakkının hangi tarafa verileceği ve çocuğa verilecek nafaka miktarının ne olacağı konusunda, hakim tarafların talebi ile bağlı değildir ve dolayısıyla aleyhe bozma yasağı işletilemez.

b) Borçlar Hukuku Alanında

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu bakımından, derdest davada hakim, müşterinin malı ret davası üzerine eğer, bu talebi haklı görmüyor ise, bedelin tenziline hükmedebilir (BK. m. 202 II). Burada hakimin taraf talebiyle bağlı olmadığı görülmektedir. Aynı şekilde, ölünceye kadar bakma akdinde de (BK. m. 515), hakim akdi feshetmek yerine akidin mükellefiyetini azaltabilir. Ayrıca, haksız fiilden kaynaklanan tazminatın şeklini ve miktarını tayin ederken hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre bunu takdir edecektir. Tarafın talebine bağlı kalmayacaktır.

c) Hakimin Takdir Hakkına Binaen Karar Verdiği Durumlarda

Burada ilk akla gelen MK.m.4 hükmüdür. Hakim, kanun icabı veya halin icabı olarak, taraf talebiyle bağlı olmaksızın hakkaniyete göre karar verecektir. Böyle bir durumda, tarafın, dilekçesinde belirttiği hususların, ilama ne ölçüde aksedeceğini önceden görmesi olanağı ortadan kalkmaktadır. Medeni Kanunda hakimin takdiren karar verebileceği davalara örnek olarak şunlar sayılabilir: Terekenin taksimi davası (MK. 604); iştirak halindeki mülkiyette ortaklığın giderilmesi davası (MK. m.628); malikinden gayrimenkulden kaynaklanan tehlikeyi gidermesi talebiyle açılan sorumluluk davası (MK. m. 656); geçit hakkı tesisi davası (MK. m. 671) ve şahsiyet haklarına vaki tecavüzün sona erdirilmesi davası. İlk derece hakimine tanınmış olan serbestinin, Yüksek Mahkemeye de tanınması gerekir. Böylece hüküm, belki kanunyoluna başvuran tarafın aleyhine daha da kötü neticeler doğuracaktır (74).

2) Usul Hukukundan Doğan İstisnalar

a) Dava Şartları

Esas hakkında karar verilmesi için bulunması gereken hukuki şartlar, bulunmadığı halde ilk derece mahkemesi hatalı olarak bir karar vermiş ve bu karar aleyhinde kanunyoluna müracaat edilmiş ise, Yüksek Mahkeme dava şartlarında eksiklik tesbit ettiği takdirde, icabında

74. Bkz. Egger, s.98.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kanunyoluna başvurmuş olan tarafın aleyhine olarak hükmü bozabilir (75). Burada kastedilen dava şartları, dar anlamda, yani hakimin re'sen nazara alması gereken şartlardır (76), yoksa dava engelleri (Prozesseinreden) değildir (77).

Örneğin, kanunyoluna başvurmuş olan tarafın davayı açmada hukuki yararı bulunmuyorsa; dava ehliyeti yoksa; yerel mahkeme o ihtilafa bakmaya yetkili değilse; o konuda verilmiş bir kesin hüküm mevcut ise; davacının dayandığı hak alacak muaccel değil ise, artık esas hakkında yeniden yargılama yapılacak ve daha önce yerel mahkemede verilmiş kararın, kanunyoluna başvuran tarafa sağladığı avantajlar saklı kalmayacaktır (78).

Dava şartı, davanın ikamesi anında gerçekleşmiş olmalıdır. Ancak, Yargıtay'ın bu konudaki kararları çelişkilidir. Yargıtay, örn. İİK. m. 277 vd. na binaen açılan iptal davasında, davacının, -bilahare ibraz etse bile- dava açıldığı anda aciz vesikasına sahip olmasını istemekte (79); buna mukabil dava red edilmeden önce, derdest iken davacının talep hakkının muaccel hale gelmesini dava şartının oluşması için yeterli görmektedir (80).

Bir müdahalenin men'i davası, reddedilmiş, davalının temyizi üzerine, Yargıtay, bunu bozmuş, ilk derece mahkemesi de buna uymuştur. Yargıtay'a göre, bozmadan sonra ileri sürülen savunmalar ile eğer hukuki durum değişir ise, böyle bir durumda usuli kazanılmış haktan söz edilemez (81).

Yargıtay'a göre, usulden bozulmuş bir karara, ilk derece mahka-

---

75. Aynı yönde bkz. Egger, s.100 ve orada dn. 100 de anılan Guldener, s.498.

76. Dava şartlarının bir kısmı mahkemeye, taraflara ilişkin olmak üzere usuli, diğer kısmı ise maddi hukuka ilişkindir. Geniş bilgi için bkz.Üstündağ, Kitap, s. 270 vd.

77. Dava engelleri ve dava şartlarının, özellikle tarihçesi için bkz. Bülow, O., Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868. Usuli dava şartları ve bunların özellikle incelenecek bk. da bkz. Gottwald, P., Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975, s.253 vd.

78. Aynı yönde bkz. Üstündağ, Kitap, s.301 de anılan 10. HD. 28.6.1976, (Yaşa HD. 1978/1, s.126-127).

79. HGK. 5.3.1976, İKİD. 187, s.4711. Yargıtay'ın bu konuda müsait devrenan kararları da vardır. Örn. 15.HD.19.9.1984, 3110-2637, YKD.1985/3, s.400-401.

80. 13. HD. 10.12.1985, 7195-7627, YKD. 1986/7, s. 998-999; 15.HD. 4.11.1985, 1603-3488, YKD. 1986/3, s. 398.(Dava ekonomisi gerekçesiyle).

81. HGK. 5.5.1965, E.1/71, K.193 (RKD. 1966/4, s.50).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesince de uyulması halinde, hükmün esasla ilgili yönü kesinleşmemiştir, bu sebeple hakimin ikinci yargılama sonucunda verilecek bozma kararına karşı direnmesi yerindedir (82).

Alman doktrininde Gilles'e göre (83), kanunyolunda, hüküm, sonuçta başka gerekçelerle doğru sayılacak olsa dahi, esastan reddedilmelidir; sonuç itibariyle tasdike şayan bir kararın nitelikli hale getirilmiş muhtevası dahi temyizen bozulma gerekçesi ile bozulacaktır; ilk derece mahkemesinin dava şartları gerçekleşmediği için reddettiği bir dava, kanunyolunda esastan bozulabilir veya tam tersi olabilir. Gilles'e göre, doktrinde hakim fikir aksi yöndedir ve temyiz edilen kararın, iptal veya düzeltme yoluyla (Aufhebung- Ersetzung) neticelendirilmesinden yanadır (84). Hükmün başka bir sebepten tasdiki halinde, artık reformatio in peius yasağına aykırılıktan ve davanın usulden reddine ilişkin bir hükmün, kanunyolunda esastan bozulması durumunda da, bu yasaktan söz edilemeyecektir (85).

b) Hakimin Hukuku Re'sen Uygulaması

Iura novit curia ilkesine (86) göre, hakim, olaya ilişkin vakıaları taraflardan alır ve hukuku re'sen uygular, tarafların talebi ile bağlı değildir (HUMK. m. 76). Tarafların bu konuda hem fikir olmaları dahi, hakimin, hukuki uygulanmasını engelleyemez, bu noktada taraflar Dispositionsmaxime den kaynaklanan bir inisiyatife sahip değildir. Hukukumuzda temyize ilişkin HUMK. m. 439 II, Yargıtay'ın tarafların temyiz sebebi ile bağlı olmadığını, hükmü başka bir sebeple bozabileceğini amirdir. Taraf, aleyhine olan bir ilama karşı, temyize başvurduğunda, yerel mahkeme kararının, HUMK. m. 428'deki altı bentten hangisine aykırı düştüğünü, bildirir. Fakat Yargıtay bununla bağlı olmaksızın hükmü, başka bir

82. HGK. 17.3.1965, E. 8/62, K. 111 (ABD. 1965/3, s.347).

83. Gilles, s.84.

84. Gilles, s. 84 dn. 224a da anılan Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil, s. 110; Lent- Jauernig, Zivilprozessrecht, § 74 V, s.221; Arens, AcP 161, s.177 vd.; Baur, JZ 1954, s.326-327; Schwab, ZZP 74, s. 215 vd.; Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, § 141 II 2 d ve § 147 II 1.

85. Gilles, s. 84 dn. 224a da anılan BGHZ 23, s. 50; BGH NJW 1970, s. 1684; Bettcher, E., Reformatio in peius und Prozessurteil, ZZP 63, s. 464 vd.; Thomas-Putzo, ZPO., § 536 I 3b; aksi yönde Baur, F., Anmerkung zu BGH Urteilen vom 16.11.1953 und 10.12.1953, JZ 1954, s.327.

86. İlke için bkz. Meier, I., Iura novit Curia, Zürich 1975.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bend'e dayanarak da bozabilir (87). Kanunyoluna başvuran taraf, hükmün gerekçelerinin aleyhine değiştirilebileceğini hesaba katmalıdır (88).

İsviçre'de durum, istinaf derecesinin de bulunması dolayısıyla farklıdır. Taraf, bir olağanüstü kanunyolu olan butlan şikayeti (Nichtigkeitsbeschwerde) yoluna başvurduğunda, hükmün, maddi hukuka açık aykırılık teşkil ettiği noktaları, dilekçesinde göstermek mecburiyetindedir (Zürich Kantonu M.U.K. Art 288 I b. 3). Üst derece mahkemesi (Kassationsgericht), inceleme yaparken, tarafın işaret ettiği hukuk normlarıyla bağlıdır (89). Meier, hukuk politikası bakımından bu tür kantonal hükümlerin, hukuk kurallarına vakıf olmayan taraf için sakıncalı olduğunu ve tarafın Kassationsgericht nezdinde talepte bulunur iken dayanabileceği münferit, önemli özel hukuk ilkelerinin konulması gerektiğini bildirmektedir (90).

Bu ilke çerçevesinde akla gelen diğer bir sorun da, rechtliches Gehör (tarafa savunma hakkı tanınması) ilkesinin etkisi ile ilgilidir. Yüksek mahkemenin, hukuku resen uygulama gerekçesiyle, kanunyoluna başvuran tarafın aleyhine, hükmü gerekçelendirmekle kalmayıp, ayrıca esas hakkında da aleyhinde bir takım sonuçlar yaratmasına müsaade edilemez. Ancak, bunun istisnası da vardır. Tarafın getirdiği malzemeyi inceleyen Yüksek Mahkeme, olayda uygulamaktan kaçınamayacağı, kamu düzenine ilişkin normlar ile karşılaşması halinde, artık, bunları - aleyhe bozma yasağına rağmen- uygulamak zorundadır (91).

c) Masraflar

Muhakeme masraflarına, mahkeme, re'sen hükmeder. Hükümde sadece tarafların hukuki himaye talebi üzerinde değil, yargılama yapılmasından doğan masraflar hakkında da bir karar verilecektir. Doktrinde

87. Aynı yönde bkz. Haus, O., Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Zürich 1981, s.32-33 ve orada dn. 22 de anılan Meier, s.50; Kummer, M., Klagerecht, s. 104-105; Egger, s.104.

88. Egger, s.104.

89. Egger, s. 104 dn. 114 de anılan Lutz. Art. 428 ZPO no. 2. Meier ise, genel temyiz sebepleri bakımından dilekçeyle bağlı şekilde inceleme yapılmasının tüm hukuka aykırılık hallerinde cari olacağını, ayrım yapılmasına gerek olmadığını söyler (s.80 vd.). İsviçre'de doktrinde hakim fikre göre, özel temyiz sebepleri bakımından Kassationsgericht taleple bağlı değildir. (bkz. Meier, s.79 ve orada dn. 2 de anılan Guldener, Strassli-Hauser adlı hukukçular).

90. Meier, s.81.

91. Egger, s.105 ve orada dn. 123 de anılan Korner, s.85.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hakim olan klasik görüşe göre (92), reformatio in peius yasağı, sadece asıl ihtilaf bakımından kanunyoluna başvuran tarafa bir hak tanır, masraflar gibi tali meseleler bakımından değil. Buna mukabil, bazı davalarda, masraf tutarı asıl ihtilaf gibi önemli bir durum arz eder ve artık tali mesele sayılması güçleşir (93).

Korner, bu alanda masrafın miktarı ve masrafı hangi tarafın ödeyeceği bakımından iki farklı konu bulunduğunu; masraf miktarı hakkındaki kararı, hakimin Offizialmaxime çerçevesinde re'sen vermesi gerektiğini ve bunun reformatio in peius yasağı ile bir ilgisinin bulunmadığını belirtmektedir (94). Egger (95) ise, aleyhe bozma yasağının sınırlı bir şekilde uygulanmasını gerektirecek herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığı taktirde (örn Zürich MUK.) kanunyoluna başvuran tarafın, ilamda masraflar hususunda lehine verilmiş hatalı bir kararın aynen kalacağını, artık kanunyolunda aleyhine çevrilemeyeceğini savunur. Yine Egger'e göre, harçlar bakımından ise, reformatio in peius yasağı- bu harcın idare hukuki niteliği ağır bastığından ve aleyhine mağdur tarafından şikayet yoluna gidilebildiğinden -uygulanamaz.

Yargıtay'a göre, ilk derece mahkemesi, davayı -vekalet ücreti hakkında karar vermeksizin- kabul etmiş, fakat davalının temyizi üzerine Yargıtay'ın verdiği bozma kararına, uymuş ise, artık davalı lehine usuli müktesep hak doğar (96). Üstündağ'a göre, kararın bozulmasından sonra artık, bu hususta ilk derece mahkemesi, aleyhe bozma yasağı ile sınırlanmadan yeniden karar verebilmelidir (97).

d) Hakimin Davayı Yönetme Faaliyetleri (Ara Kararları)

Mukayeseli Hukukta, muhakemenin cereyanına tarafların mı yoksa hakimin mi egemen olduğu hususu ihtilaflıdır.

Usul Kanunumuzda yargılamayı idare yetkisinin hakime ait olacağı hususuna (HUMK. m. 150) (98) ve hakimin davayı yürütmesi ve karar aşamasına getirmesi esasına (örn. HUMK. m. 77 vd., 213 vd.) açıkça yer

92. Bkz. Egger, s.107 dn. 159 da anılan Leeb, s.11, 120-121; Ricci, s.2. Sartorius, Beitrage zur Geschichte und Theorie der reformatio in pejus. AcP 31, s.94; Kapsa, s.164.

93. Aynı yönde bkz. Korner, s.81.

94. Korner, s.81.

95. Egger, s.108.

96. Bkz. Üstündağ, Kitap, s. 871 dn. 89 da anılan HGK. 1.11.1961, E.1/116, K. 46(ABD. 1962/2, s.182).

97. Üstündağ, Kitap, s.871.

98. Bkz. Üstündağ, Kitap, s.253-254.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

verilmiştir.

Ara kararlarının niteliği ve hangi kararların ara kararı sayılacağı da tartışmalı bir konudur.

Doktrinde genellikle, ara kararı kavramıyla nihai olmayan kararlar kastedilmektedir; geniş anlamdaki ara kararlarının içerisine, hem dar anlamda ara kararları (Zwischenentscheid), hem de bir ön karar niteliğindeki (Vorentscheid) kararları sokulmaktadır; geniş anlamda ara kararları, davayı sona erdirmeyen, bir ön meselenin halline matuf olan, dava konusunun tümüne şamil olmayan, davanın kantitatif yanıyla meşgul olmayan kararlardır (99).

Bazı yazarlar, ara kararlarının usuli bir meseleye ait olduğunu, ön kararların ise davanın esasına ilişkin olduklarını söylerler (100). Benzer bir ayırım Alman doktrininde de mevcuttur; ara kararlarından bir kısmı esasa ilişkin, diğer kısmı ise usuli ön meselelere ilişkin sayılmaktadır (101).

İsviçre hukukunda, hakimin faaliyetleri hakkında Korner in yaptığı tasnife göre (102), hakimin faaliyetleri, şekli hukuk veya maddi hukuka dayanan türde olabilir; taraflara delil ikamesi masraflarını yatırmaları için mehil verme, duruşma günü tayini ilk gruba, hakimin istisnai olarak resen delil toplaması ise maddi hukuka dayanan kazai faaliyet grubuna girer.

Ara kararlarından dönülebilip dönülemeyeceği meselesine gelince:

İsviçre doktrininde Sträuli/Messmer'e göre, hakim tahkikat safhasında vermiş olduğu ara kararlarından, sebebini zikretmek şartıyla dönebilir (örn. § 143 Zürich ZPO) (103); § 143 ZPO ara kararlarında (pro-

99. Habscheid, no.545 (s.199). Yazar'a göre, Örneğin, 10.000 Franklık tazminat davasında, davalının tazminatı ödemekle sorumlu olduğu vakıası sabit ise, hakim sorumluluk açısından bir ön karar (Vorentscheid) tesis edebilir. Habscheid, Staehelin gibi bazı yazarların alt ayırıma girmeden hepsini ara karar olarak nitelendirmelerine karşıdır

100. Sträuli/Messmer, § 188 no.10, §189 no.4; Habscheid, no. 545.

101. Bkz. Schilken, no. 561-565.

102. Korner, s.83-84. Buna atıfla Tappolet doktora tezinde, hakimin süre tayinini, şekli hukuka dayanan kazai yönetim faaliyetlerinin belli başlıları arasında saymıştır. Bkz. Tappolet, W., Die formelle richterliche Prozessleitung im zürcherischen Zivilprozess, Zürich 1941, s.34 vd

103. Sträuli/Messmer, yor § 133 no.3 (s.237). § 143 ZPO aynen şu şekildedir: "Mahkeme delil toplama hakkındaki kararlarına (Beweisbeschlüsse) temel olan mülahazalarıyla bağlı değildir. Hüküm tesis edinceye kadar başka delillere müracaat edebilir. İspat yükünü diğer tarafa yükleyebilir. Hakim yaptığı değişikliği gerekçelendirmelidir."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zessleitende Entscheide) değişiklik yapılabileceğine ilişkin temel ilkeye dayanmaktadır (104). Hakim hüküm anına dek ara kararından re'sen dönebilir; fakat bunu taraflar talep edemezler (105); durumda, hakimin ara kararından dönmesini haklı kılacak değişikliklerin de gerçekleşmiş olması lazımdır.

Egger'e göre, muhakemeyi ileriye götürmeye, sonuçlandırmaya yönelik ara kararlarını, yeri geldiğinde hakim, kendisi verecektir. Bu tür kararların alınması sonucu, taraf lehine kazanılmış bir hak doğmaz (106).

Türk Doktrini ve İçtihadında hakim fikre göre, kural olarak, ara kararı bağlayıcı değildir; taraf lehine usuli müktesep hak doğurmaz; hakim, talep üzerine veya re'sen önceki bir ara kararından dönebilir (107); şayet davada usuli müktesep hak oluşmuş ise o taktirde, ara kararından dönülemez (108).

Karşı fikirde olan Üstündağ'a göre, ara kararları, derdest bir davada, ihtilaf malzemesinin bir kısmını çözmeye yönelik, taraflar arasında muhakemenin devamına ilişkin bir usuli sorunu çözmeye yönelik kararlardır ve verilmekle mahkemeyi de bağlar (109). Üstündağ, Alman hukukunda (§ 318 ZPO uyarınca) kararı ile hakimin bağlı olduğunu; Hukukumuzda açık bir hüküm bulunmadığı için Yargıtay'ın usuli müktesep hak kurumunu ihdas ettiğini söylemektedir.

Doktrinimizde son olarak Muşul, hakimin ara kararıyla bağlı olmayacağı kuralının usuli müktesep hak, usul ekonomisi gibi istisnaları

---

104. Ströfili/Messmer, § 143 no. 1. Yazarlara göre, bu maddeye, hakimin davada ispat yükünü karşı tarafa yüklemesi veya ispat konusunu değiştirmesi değil, ikame edilmiş bir delili gözardı etme kararı vermesi dahildir (Bkz. bu konuda atıf yapılan BGE 106 I a, s.161).

105. Bkz. Ströfili/Messmer, § 190 no. 3 ve orada anılan ZR 41 no. 68.

106. Egger, s.106.

107. Bkz. Bilge/Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s.604; Kuru, C. II, s.2054-2056; Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku, s.501; Muşul, s.233. İçtihadlar için bkz. sen. Yargıtay 2. HD. 8.2.1977, E. 9171-K.1099, İKİD. 1977/Ağustos, s.5537-5538; HGK. 15.9.1982, E.1979/7-1798, K./785, YKD. 1983/4, s.479-480.

108. Bkz. Kuru, C.II, s.2056-2057; Bilge/Önen, s.292-293 de. 13-14 de anılan içtihatlar; Muşul, s.234 vd. Yargıtay'ın yeni kararlarına örnek olarak bkz. HGK. 10.6.1987, E. 1987/1-219, K.495, İKİD. 1988/327, s.5557-5560. Postacıoğlu bu noktada hakim fikrinden ayrılmaktadır. Bkz. s.501 vd.

109. Üstündağ, Kitap, s.768 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bulunduğunu ve taraf menfaatleri ve gerçeğin gözetilmesi gereklerinin layıkı ile nazara alınabilmesi için belirli ve önemli hallerde hakime önceki ara kararından dönebilme imkanı tanınması gerektiğini savunmaktadır (110).

Ara kararlarından dönülebilmesi, kanaatimizce, usuli müktesep hak kurumu kısmında (bkz. yukarıda § V 1 a) zikrettiğimiz endişeler nedeniyle, usuli müktesep hak kurumu ile veyahutta aleyhe bozma yasağıyla sınırlanamaz (111).

SONUÇ:

Aleyhe bozma yasağı ilkesi hakkında ulaştığımız sonuçlar şunlardır:

1) Usul hukukunda temel bir kural olan aleyhe bozma yasağı, taraf iradesinden kaynaklanır ve istisnaları genellikle kamu düzeni ilkesinden doğar.

2) Temyiz aşamasında, Yüksek Mahkeme, taraf dilekçesi ile, sadece, temyiz konusu (Streitgegenstand anlamında) bakımından bağlıdır, temyiz sebeplerini re'sen tesbit eder (iura novit curia ilkesi ve somut olarak HUMK. m.439 II uyarınca). Yargıtay'ın hem serbest şekilde inceleme yapacağını öngörmek, hem de onu taraf dilekçesine tabi kılmak bir çelişki teşkil eder. Tarafın, temyiz konusunu belirlemekle, hakimi, hukuku resen uygulamasında dahi sınırlayabilecek olması, hakimin taraf dilekçesiyle bağlılığı ilkesinin ne denli ağırlığı olduğunu göstermektedir. Fakat doktrin ve tatbikatın, bu ilkeye gerekli sadakati göstermediği, usuli müktesep hak kurumunun ihdası çabalarından, görülmektedir.

Türk hukukundaki kavram ve kurum karmaşıklığını, istinaf kanunyolunun yokluğuna bağlamanın da -İsviçre Hukukundaki düzenlemelere bakıldığında- doğru olmadığı görülür.

---

110. Moşul, s.233 vd., 236 vd.

111. Egger'e göre, tarafların çıkarlarının ağır bastığı bazı müstesna hallerde, ara kararından dönülemeyeceği kabul edilebilir. Örneğin tarafın, mahkemeye, hasmın belge ibrazına mecbur olduğuna dair bir dilekçe vermek suretiyle, mahkemeyi faaliyette bulunmaya tahrik ettiği bir durumda, aleyhe bozma yasağı işlerlik kazanmalıdır bkz. Egger, s.106 dn. 133 ve orada anılan Haemmerli, s.78-79.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İsviçre kantonlarında, olağan kanunyolu istinaf ile olağanüstü kanunyollarından temyizde (Revision), aleyhe bozma yasağı ilkesi caridir.

Kanaatimize göre, kanunyolu türleri ve sayısı farklı olsa dahi, aleyhe bozma yasağı ilkesinin uygulama alanı pek değişmeyecek, daralmayacaktır. Hukuk sistemimizin istinaf mahkemeleri açısından farklı yapı arz etmesine rağmen İsviçre'deki tartışmalardan ve varılan sonuçlardan büyük ölçüde istifade edilebilir.

3) Aleyhe bozma yasağı ilkesinin uygulama sahasını daraltan, usuli müktesep hak kurumunun ihdasına da kuşku ile bakmak gerekir. Bu kurum şayet bağımsız bir kurum olarak tanınacak ise, geçerli bir gerekçeye dayandırılmalıdır. Kuruma, kamu düzeni mülahazaları ile istisnalar tanınmış ise, artık kurumun hukuki dayanağı kamu düzeni olamaz. Aleyhe bozma yasağını genel ilke kabul etmek, usuli müktesep hakkı ise bu ilkenin uygulama alanı dışında kalan sınırlı bir alanda uygulamak düşünülebilir. Ancak, doktrinimizde, ne usuli müktesep hakkın hukuki dayanağı, ne de uygulama alanı hakkında fikir birliğine ulaşılmıştır (112).

Bibliyografya

Alangoya,Yavuz	Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
Bomsdorf, F.	Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin 1971.
Bilge/Önen	Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978
Botticher, E.	Reformatio in peius und Prozessurteil, ZZP 65, s.464 vd.
Bülow, O.	Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen, Giessen 1868.
Egger, W.	Die reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Zürich 1985.
Gilles, P.	Rechtsmittel im Zivilprozess, Frankfurt 1972.
Gottwald, P.	Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975.

112. Bkz. yukarıda dn. 47 vd. civarı.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Guldener, M.	Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
Habscheid, W.J.	Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganizatonsrecht, 2. Aufl., Basel-Frankfurt 1990.
Hasler, E,	Die Rückweisung im Zivilprozeas nach zürcherischem Recht, Zürich 1971.
Haus, O.	Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Zürich 1981.
Jauernig, O.	Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt 1958.
Kapsa, B.H.	Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess, Berlin 1976.
Korner, U.	Die Berufung im Zürcher Zivilprozess, Zürich 1980.
Kuru, B.	Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5 Cilt, 4. Bası, c.II (1980).
Kuru, B.	Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı, AÜHFD. 1974 / C.30, s.1/4, s.135 vd.
Kuru, B.	Usuli Müktesep Hak, R.Soğkin Armağanı, Ankara 1974, s.395 vd.
Kuru/Arslan/Yılmaz	Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 1991.
Lent-Jauernig	Zivilprozessrecht, 23.Aufl., München 1991.
Leuch, G.	Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 1956.
Lieb, K.	Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Verwaltungsstreitverfahren, Würzburg 1972.
Meier, I.	Iura novit curia, Zürich 1975.
Muşul, T.	Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları, Dicle Üniversitesi HFD. 1988/4, s.217 vd.
Önen, E.	İnşai Dava, Ankara 1981.
Önen, E.	Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979. (Kitap).
Postacıoğlu, İ.E.	Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
Ricci, H.P.	Reformatio in peius und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Winterthur 1955.
Rosenberg/Schwab	Zivilprozessrecht, 14. Aufl., München 1986.
Rust, B.	Die Revision im Zürcher Zivilprozess, Zürich 1981.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Schilken, E.	Zivilprozessordnung, Köln 1992.
Schlosser, P.	Gestaltungsklage und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966.
Sträuli/Messmer/ Wiget	Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982
Tappolet, W.	Die formelle richterliche Prozessleitung im zürcherischen Zivilprozess, Zürich 1941.
Üstündağ, S.	Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası İstanbul 1992 (Kitap).
Üstündağ, S.	Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum, İÜHFM. 1962/1, s.133 vd. (Temyiz)
Wunderlich, M.U.	Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der Solothurnischen Zivilprozessordnung vom 11. September 1966, Zürich 1968.
Yıldırım, M.K.	Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

KISALTMALAR

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
AcP	:	Archiv für civilistische Praxis
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art	:	Artikel (madde)
Aufl	:	Auflage(Bası)
BGE	:	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Resmi Kararlar Dergisi)
BGH	:	Bundesgerichtshof
BGHZ	:	Entscheidungen des Bundesgericht hof in Zivilsachen
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
HD	:	(Yargıtay)Hukuk Dairesi
HFD	:	Hukuk Fakültesi Dergisi
hk.	:	Hakkında
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İBK	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
İKİD	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	:	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ.	:	Juristen Zeitung
K.	:	Karar
m.	:	Madde
M.U.K.	:	Medeni Usul Kanunu
N,no:	:	Numara
RG	:	Almanya'da Reichsgericht, Türkiye'de Resmi Gazete
RGZ	:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
s.K.	:	Sayılı Kanun
SJZ	:	Schweizerische Juristenzeitung
vd.	:	ve devamı
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
Yasa HD	:	Yasa Hukuk Dergisi
ZPO	:	Zivilprozessordnung
ZR	:	Blatter fur zurcherische Rechtssprechung
ZZP	:	Zeitschrift für Zivilprozess.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ARİSTO VE ROUSSEAU'DA KADIN-ERKEK EŞİTSİZLİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Bihterin DİNÇKOL*

GİRİŞ

Siyasi düşünce tarihine baktığımızda, genellikle düşüncelerin erkekler tarafından, erkekler için ve erkekler hakkında (1) üretildiğini görüyoruz. Bu durum da insan türünün diğer yarısı olan kadınların, ya gözardı edilmesi, ya gizli tutulması, ya da özel bir alan içinde muhafaza edilmeleri sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede "kadın" sözü bir cinsiyet ibaresinin ötesinde, bağımlılık özelliği taşıyan bir ayırım aracı olmuştur.

Günümüzde, kadın bağımsızlığı hareketi ile daha da önem kazanan kadının toplum içindeki yeri; cinsiyetler arası eşitlik ve özellikle de üretim sürecindeki payı çerçevesinde tartışılmaktadır. Tartışma, kimi zaman radikal boyut alarak erkeklere bir başkaldırı ve üstünlük iddiası biçimine dönüşmekteyse de, genellikle kadın hakları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Tarihsel çerçevede ise, anaerkil aile tipinden ataerkil aile tipine geçişin nedenleri ve hangi süreci izlediği, toplum tarihinin en ilginç gelişimlerinden birini oluşturmaktadır. XIX. yüzyılın aile anlayışına egemen olan ataerkil düzenin çözülmesi de, çalışan kadın sayısını artıran etkenlerden birisi olmuştur. Bu değişim, kadınlarda yeni bir toplumsal bilinci ve iktisadi geleceğini elinde tutma isteği yaratmıştır (2).

Kadının üretimdeki payının artması, toplum içindeki yerinin tartışılmasının artmasına da yol açmaktadır. Tüm bu tartışmalara düşünce tarihininde ışık tutacağı açıktır. Bu bakımdan, günümüzdeki kadın anlayışını belirlemek için düşünce tarihine bakmak yararlı olacaktır.

Siyasal düşünce tarihinde, insanın doğasını tanımlayan ve meydana çıkaran Aristo, Aquinas, Machiavelli, Locke, Rousseau, Hegel ve bir

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1. OKIN, Susan M., Women in Western Political Thought, Princeton University Press, Princeton, 1979, s.5.

2. RIEWE, Manfred, Die Problematik der Teilzeitarbeit, Mannheim, 1968, s.4-5'ten nakleden; CENTEL, Tankut, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s.13.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çok diğer filozof erkek doğasına isnat etmeyi tasarlamışlardır. Sonuç olarak ta, insanlık için olduğunu ifade ettikleri tüm hakları, insan ırkının yarısı olan kadınlara uygulanacak şekilde idrak etmemişlerdir (3).

Bu yazının amacı, kadın hakları savunucularının özellikle eleştirisel yaklaştıkları filozoflar, Aristo ve Rousseau'nun konuya ilişkin görüşlerini açıklamaktır.

I. ARİSTO VE KADININ DOĞASI

A-) Aristo ve Ataerkil Aile

Sadece Antik Yunan'ın değil, ilk çağın en önemli filozoflarından olan Aristo, devletin kaynağını ailede bulur (4). Bir ailede, aile reisinden başka dört unsur vardır; kadın, çocuklar, köleler, mallar. Aile reisi, kadının kocası, çocukların babası, kölelerin ve malların sahibidir (5). Açıkça görüldüğü gibi, aile patriyarkal yani ataerkildir, bunun sonucunda da aile reisi ailedeki erkeklerin en yaşlısıdır (6).

Aristo; ilk ailenin, erkeklerin kadınlar ve kölelerle birleştirilmesinden oluşturulduğunu belirttikten sonra, Homeros'un bu ataerkil yönetimi, "Her adamın çocukları ve kadınları üstünde yasa koyma yetkisi vardır" diye anlattığını ifade etmiştir (7).

İnsanların iyiliği ya da mutluluğunu araştıran, siyasî toplumun amacını adalet olarak belirleyen (8) Aristo, kadınları kölelerden farklı görmekle beraber, her ikisini de erkeğin otoritesine terk etmiştir (9).

---

3. ÖKİN, s.6.
4. Kadınlar ve erkekler ilk olarak maddî yaşamlarını geliştirmek için ev halkını ve köyleri oluşturarak bir araya gelirler. Ancak daha geniş bir birleşme ihtiyacı duyarlar ve devlet ortaya çıkar. **RENDELL, M.J.**, An Introduction to Political Thought, Sidgwich and Jackson, London, 1978, s.47.
5. **ARİSTOTELES**, Politika, çev. Mete Tunçay, 2. Bası, İstanbul 1983, s.8-9.
6. **İbid**, s.8; Ayrıca bk. **OKANDAN, R.Galip**, Umumi Amme Hukuku, İstanbul, 1978, s.30.
7. **ARİSTOTELES**, s.8-9.
8. **AKBAY, Muvaffak**, Umumi Amme Hukuku Dersleri, Birinci Cilt, Ankara, 1948, s.92-93.
9. Aristoteles'in sosyo-politik öğretisinde esasta (antropoloji açısından) insanların farklı fiziksel ve düşünsel yapısından hareket ettiği görülür. Ona göre insanların bir bölümünün yaşam yazgıları Doğa kuralları gereği sadece hizmet etmek ve yönetilmektir ki, bunlar kölelerdir. Ailede erkekle kadın arasındaki ilişkilerde de (yine antropoloji yönünden) erkeğin egemenliği asıldır. **İZVEREN, Adil**, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1988, s.37.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ev yönetiminin, üç yönetimi içerdiğini belirten Aristo, bu yönetimlerden köleye ilişkin olanını despotik olarak (10) ifade ettikten sonra şöyle devam ediyor:"... ondan sonraki babanın yönetimi; üçüncüsü de, evlilik ilişkisinden çıkan bir yönetme. Kadın ve çocuklar üstündeki yönetim, hepsi özgür kişiler olmakla birlikte, başka bakımlardan ayrı ayrı uygulanır; bir adamın karısı üzerindeki yönetimi bir devlet adamının yönetimidir, siyasal bir yönetimdir, çocukları üstündeki yönetimi ise bir kralın yönetimidir, kralca bir yönetimdir" (11).

Aristo, kadını köleden ayırmakla, aile içerisinde, aile reisinin kölesi olmadığını vurgulamış ve erkeğin reis olmasından doğan otoritesini siyasal bir yönetim olarak tanımlamıştır. Demek ki, aile reisi ile karısı arasındaki ilişki liberal, çocukları arasındaki ilişki ise daha mutlaktır (12). Devletin vatandaşlar üzerindeki otoritesini; aile reisinin, ailenin diğer bireyleri üzerindeki otoritesine benzeten Aristo'ya göre, ilk devlet şekilleri aileden örnek almışlardır. Ancak yine de bu iki kurum arasında esaslı farklar vardır. Aile kurumunda aile reisiyle kadın ve çocuklar arasında sürekli bir eşitsizlik bulunmakta ve otorite daimi olarak aile reisine ait olmaktadır. Halbuki devlette bütün vatandaşlar hür ve eşittirler. Yönetenlerin otoritesi aslında eşit olan kimseler arasında oluşmuş bir otoritedir ve bu itibarla gerek konu ve gerekse zaman bakımından sınırlandırılmıştır. Devlette her vatandaş iktidar mevkiine geçerek otoriteye sahip olabilir (13). Bu bağlamda diyebiliriz ki kadının aile içinde yönetilen olmaktan kurtulmasına olanak yoktur. Çünkü eşit olmayan bireylerden oluşan ailede, aile reisinin otoritesini sınırlayan bir güç bulunmamaktadır. Yunan toplumunun o dönemdeki gelenek ve koşulları dikkate alındığında aile reisinin, aile içinde kendi otoritesini sınırlayacak bir konum içine girmeyeceği de gayet doğal görülmektedir. Aristo'nun kadının aile içindeki eşitsiz konumu hakkındaki görüşlerinin de, o dönemdeki

---

10. Aristo'nun) politik görüşlerinde köleliği kabul etmekle tutarlı felsefe anlayışı sergelenmiştir. Nikomak Ahlâkı adlı kitabında "bir insan için köle olmak, diğeri için efendi olmak doğru ve yararlıdır" demektedir. Bu anlayışına felsefi gerekçe de hazırlıyor; ona göre, kölede beden ruhu, efendide ise ruh bedeni yönetir. **ÖKTEM, Niyazi**, Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul, 1977, s.51.

11. **ARİSTOTELES**, s.96.

12. **AKBAY**, s.93-94.

13. **İbid.**, s.96. Ancak ona göre, iyi yönetim biçimlerinde çeşitli kişilerin sırayı yönetmelerinde nazara alınan kriter, bu yöneticilerin faziletli ve bilgili kimseler olmalarıdır. **OKANDAN**, s.151; **ÖKTEM Niyazi**, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, 4. bası, İstanbul, 1988, s.110.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yunan toplumunun gelenek ve koşullarından kaynaklandığını söyleyebiliriz. Aile reisinin, ailesine ve kadına karşı konumu o kadar doğaldır ki, bu durumun adalete ve eşitliğe aykırılığı çoğu zaman hatıra bile gelmemiştir (14).

B-) Yönetenler-Yönetilenler Ayırımında Kadının Konumu

Aristo, toplum ve devleti, doğanın gerçekliği gibi müşahade ederek, gerek insan doğasının özelliklerini gerek site devletlerinin yasa ve âdetlerini gözönünde bulundurarak yani somut realiteyi esas alarak açıklamak istemiştir (15).

Devleti oluşturan kişiler topluluğunun, yönetenlerle yönetilenlerden oluştuğunu ileri süren (16) Aristo; yönetenle yönetilenler arasındaki ilişkiyi "Ruh"a dayanarak şöyle açıklıyor:

"...Ruhta, yönetenle (yönetilenler) arasındaki ayrılık, akıllı olan bölümle akıllı olmayan bölüm arasındadır. Onun içindir ki, başka bağlamlarda da doğal ayrılıklar olacağı besbellidir. Genel olarak yöneten ve yönetilenlerin durumları da böyledir; ayrılıklar doğal olacaktır, fakat aynı olmaları gerekmez. Çünkü özgür kişinin köle, erkeğin dişi, adamın oğul üstündeki yönetimi (egemenliği) hep doğaldır, ama bunlar aynı zamanda başkadır da; çünkü herbirinde ruhun bölümleri bulunmakla birlikte dağılımları ayrı ayrıdır. Örneğin ruhun düşünme yetisi kölede hiç yoktur, **kadında vardır ama işlemez,** çocukta daha gelişmemiştir... Bir erkekle bir kadında benlik-saygısı ya da adalet yahut cesaret, Sokrates'in sandığı gibi aynı değildir; biri yöneticinin cesaretidir, öteki hizmet edenin cesareti-öteki erdemler de böyledir..."(17).

Bu sözlerle yöneten-yönetilen, dolayısıyla bu kapsam içindeki erkek-kadın ilişkisi, doğalarına bağlanmakta; kadın olmak, erkeğin otori-

---

14. Bu saptama, Eflatun ve Aristo'nun kölelik konusundaki tutumları açısından yapılmış olmakla birlikte; Aristo'nun, kadının aile içindeki konumuna bakışı açısından da uygun görülmektedir. Bk. **GÜRİZ, Adnan**, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara 1969, s.25.

15. **TOPÇUOĞLU, Hamide**, Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk), Cilt 1, (Konu, Problemler, Öncüler), ikinci baskı, Ankara 1963, s.310; Ayrıca bk. **CAIRNS, Huntington.**, Legal Philosophy From Plato to Hegel, Fourth Printing, The John Hopkins Press, Baltimore, 1966, s.78-80.

16. **ARİSTOTELES**, s.220.

17. **İbid.**, s.28.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tesi altına girmek için başlıbaşına bir neden oluşturmaktadır. Zaten "...Erkekle kadın arasındaki üstünlük-aşağılık ilişkisi(nin) sürekli(liğinden)..." (18) sözederken, erkeğe doğadan gelen bir üstünlük bahşetmektedir. Kadınlar ise doğuştan aşağı ve uyruktur.

Aristo, yöneten ve yönetilenler kategorisi arasında yer değiştirmenin adaletin gereği olduğunu ifade etmektedir. Ona göre, birçok nedenlerden ötürü, birbirlerine benzer olan herkes yönetme ve yönetilme işini sırayla eşitlik üzere paylaşmalıdır. Çünkü eşitlik, ayırım gözetmeden herkes için aynı şey demek değildir, benzer olanlar için aynı şey demektir; adaletin gereği budur (19).

Aristo'nun bu sözlerinden, yönetimde yer değiştirecek olan yanlar arasında "kadın"ın yer almadığı anlaşılmaktadır. Zira o, yönetme ve yönetilme işini sırayla eşitlik üzere paylaşmanın ancak"... benzer olanlar için..." sözkonusu olduğunu belirtmekte fakat, kadını aile reisi olan erkekle benzer konumda kabul etmemektedir. Bu bakımdan erkekle benzer olmadığı için kadının yönetimde söz hakkı olamaz ve dolayısıyla hiçbir zaman yönetenler arasına katılamaz.

Bu doğrultuda Aristo'nun görüşlerini ele alanlara göre o elitisttir. Zira, kadının, kölenin ve yabancıların (sadece) yönetilmelerinden söz etmekte ve kadınlara ya da kölelere, erkeklerin bulunduğu site mutlu yaşamına katılma olanağı vermemektedir (20).

C-) Kadının Doğası

Aristo'nun erkeğe otorite ve üstünlük tanımasında en önemli dayanağının doğa olduğunu biliyoruz. yani o, bir cinsin diğeri üzerindeki üstünlüğünü doğaya bağlar.

---

18. İbid., s.26.
19. İbid., s.220-221.
20. Elshtain, Aristo'yu elitist olarak okumaktadır. Sosyal feministler insan yaşamının ilk birliği olan aileyi cariandıran Aristo'nun elitizmini cevaplandırırlar ve toplum şuurunu dayanan sevgi ve tevazu değerlerini açıklarlar. Elshtain, Aristo'yu çarpık düşüncesinden dolayı suçlar ve bizden Aristo'nun hiyerarşik aile ve sessiz kadınına ve siteyi ve erkeği öven fikirlerine karşı çıkmamızı ister. **DIETZ, Mary G.**, "Citizenship With a Feminist Face", Political Theory, Volume 13, Number 1, February, 1985, s. 25-26. Elitizm için bk. **ÖNDERMAN, Murat**, Siyasal elitizm kuramı, İÜSBE., Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, (?), passim.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Erkeğin kadından üstün bir zekâsı olduğunu belirtir, ancak köle ile kadını özdeşleştirmez:

"...Doğa kadınla köle arasında bir ayırım gözetmiştir. Kadın, ayrı ayrı işlere bakar ve cömertlikle başka başka araçlar sağlar-her işe yarayan Delphoi bıçağı gibi değildir; bir araç bir çok işleri görmesi için değil de, yalnız bir tek işi görmesi için yapılmış olunca, en iyi işler. Kadınla kölenin ayrı ayrı işlevlerinde de durum böyledir. Bazı Yunanlı-olmayan (barbar) topluluklar bunu açıklayamazlar, kadınla köleyi birbirinden ayırmazlar..."(21).

Aristo kadın ile erkeğin birliğinin zorunlu olduğunu ifade eder. Çünkü öteki olmadan biri etkisiz kalır. Bu düşünülerek yapılmış bir seçme değildir. Amaç insan ırkının çoğalmasıdır. Tıpkı doğanın hayvanlara ve bitkilere verdiği kendi benzerlerini çoğaltma isteği gibi (22).

Aristo'nun kadını aşağılaması, erkeği ise yüceltmesine ilişkin düşünceleri, kadının biyolojik yapısının yanısıra davranışları ile ilgili olarak ta devam eder.

"...Yalnızca bir kadın kadar cesur olan bir erkek korkak sayılır, bir kadın da görgülü bir adamdan daha sessiz olmazsa geveze sayılır. Erkekle kadınların evde birbirlerinden farklı ödevleri vardır: Erkeğinki kazanmaktır, kadınınki tutmak. Fakat bir yönetici için tek özel nitelik ya da iyilik, zekâdır..."(23)

Aristo'nun kadının erkeğe göre hep daha pasif olmasını savunduğunu, kadının biyolojik yapısıyla erkekten "aşağı" konumda olduğuna ve bu durumun davranışlarında da gözlenmesi gerektiğine inandığını görüyoruz. Kadını sadece aile içindeki fonksiyonları çerçevesinde değerlendirmektedir.

Konseptüalist tutumu Aristoteles'i, site içinde yer alan bütün kurumlara bir asıllık tanımaya; siteyi bütün kurumları ile olduğu gibi kabullenmeye götürmüştür (24). Onun sosyal düzen anlayışı, olması gerekene değil ve fakat olana dayalıdır. Bunun içindir ki o, aile olsun, mülkiyet olsun, kölelik olsun, (kadın olsun), sitede var olan bütün kurumların

21. **ARİSTOTELES**, s.8.
22. **İbid.**, s.7-8.
23. **İbid.**, s.76.
24. **ÖZBİLGEN, Tarık,** Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, C.I, İstanbul, 1971, s.178.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meşruluğunu ileri sürmekte, korunması gerektiğini öngörmektedir (25). Bu tutum, sitenin sosyal yapısı içinde, sosyolojik anlayışın götüreceği zorunlu bir sonuçtur. Çünkü sitede sosyal yaşanım, henüz bir evrimi telkin edecek bir düzey deyimlememektedir; bunun için de sitenin sosyal koşullarına eğilen bir düşüncenin evrim diye birşey görmesine olanak yoktur (26).

Bu yaklaşımıyla Aristo'nun kadına bakış açısının, "site" kadının durumunu yani "olan"ı yansıttığını söylemeliyiz. Aristo, site sosyal realitesinin olduğu gibi kabulünü, görüşlerinde temel almıştır. Onun tüm açıklama şeması, sitenin kurtarılması amacına yöneltmiştir. Bu bakımdan sosyal dinamik meselelere değinmemiş toplumları gelişim ve değişme seyri içinde incelemeyi düşünmemiştir (27). Bu davranışıyla da fazla muhafazakâr hatta oportünist olarak nitelendirilmiştir (28).

II. J.J.ROUSSEAU VE KADIN

A-) Rousseau'nun Önemi

18. yüzyıl Fransız yazarlarından olan ve günümüzde de görüşleri değerini yitirmeyen J.J. Rousseau'nun, son yıllarda da, cinsiyetlerin doğası ve sosyal yaşamdaki rolleri üzerine görüşleri oldukça ilgi toplamıştır. Literatürde, Rousseau'nun farklı cinsiyetler için farklı yaşamlar öngördüğü konusunda bir anlaşmazlık yoktur (29).

Rousseau'nun görüşleri üzerine çok fazla olumlu ve olumsuz söz sarfedilmiştir. 1789 Fransız ihtilâline ve ihtilâlle birlikte Fransa ve tüm Avrupa'da gerçekleştirilen demokrasiye etkisi çok büyük olmuştur (30).

Ferdiyetçi liberal ve demokratik görüşün 18. yüzyılda hararetli savunucularından olan Rousseau, eşitliği özgürlüğün ve önerdiği demokra-

---

25. **İbid.**, s.181.
26. **İbid.**, s.181.
27. **TOPÇUOĞLU**, s.236.
28. **İbid.**, s.333; **ÖZBİLGEN**, s.182.
29. **WEISS, Penny A.**, "Rousseau, Antifeminism and Woman's Nature", Political Theory, An International Journal of Political Philosophy, Vol. 5, No. 1, February 1987, s.81.
30. **ERDİNÇ, Tahsin**, "Jean-Jacques Rousseau, Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri", İÜHFM., 40. Yıl, C.XL, S.1-4, 1974, s.295.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tik sistemin zorunlu şartı olarak ele almaktadır (31). Kuşkusuz burada sözü edilen yasal eşitliktir (32).

Eşitliği, demokratik sistemin zorunlu şartı olarak görüp üzerinde duran Rousseau'nun, hayalindeki demokratik siyasi yasama yurttaşların hazırlanması için bir eğitim planı içeren "Emile" adlı eserinde, cinsiyetlerin rolleri ve ilişkileri de incelenmiştir. Emile'de Rousseau, uzun uzadıya kadının eğitimine de değinmiştir.

Bu eserinde, erkek kahraman Emile'e, Sophie adlı bir eş seçen Rousseau kadının doğasını incelerken, kadını evle ilgili işlerle sınırlamış ve özgül siyasi sonuçlar için cinsiyet ayrımını desteklediğini ortaya koymuştur.

Emile'deki görüşlerini incelemeye geçmeden, felsefesinin diğer bölümleri ile çatışır görünen, radikal olarak cinsiyetlerin rol oynadığı bir toplum geleneğini savunduğunu, bu nedenle de sözkonusu savı neden ileri sürdüğünün günümüzde tartışılmakta olduğunu (33) belirtmek gerekir. Zira Rousseau'nun genelde tüm insanlar arasında değil, sadece erkekler arasındaki eşitsizliği dikkate aldığı ve farklı cinsiyetler arasındaki eşitsizliği ise kabullendiği ifade edilmektedir (34). Rousseau'nun bu durumu, kadının gücünün erkeğinkinden üstün olması korkusu olarak

---

31. **İbid.** s.314, 308.

32. 1789 Fransız insan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 1. maddesi şu hükmü içerir: "İnsanlar, hukuk bakımından hür ve eşit doğarlar, hür ve eşit yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak ortak faydaya dayanabilir", Rousseau'nun eşitlikle ilgili görüşleri için bk. **ROUSSEAU, Jean Jacques,** İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Anadolu Yayınları, çev. E. Başar, Ankara, 1968, passim.; **AKIN, İlhan,** Kamu Hukuku, 3 bası Üçdal Neşriyat İstanbul, (?), s.159-160; **ÖKTEM** Hukuk Felsefesi s. 143; **GÜRİZ,** s.176.

33. **WEISS,** s.81.

34. Bu hal, "Discourse On the Origins and Foundation of Inequality Among Men" (İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kaynağı ve Esasları Üzerine Söylev)'in başlangıcında "Benim hitap edeceğim erkektir" sözüyle vurgulanmaktadır. Feministler, ataerkil kültürdeki bazı dil bilgisine ait kullanımların tehlikeli müphemiyetine işaret etmektedirler. Bunun için filozoflar bazı prensipleri evrensel uygulanabilirliği varmış gibi beyan ederler ve sonra bütün kadınları bu prensiplerin alanına dahil etmemeyi sürdürürler. Filozoflar kendi dillerinde her bir insanı kastettiği şüpheli olmayan kelimeleri kullandıklarında dahi, çözüme ulaşmada kadınları hariç bırakmaya mani olan hiçbir yol kabul etmemişlerdir. **OKIN,** s. 5. Örneğin batı dillerinin çoğunda olduğu gibi İngilizce'de de insan kavramı aslında "adam, erkek" anlamına gelen "man" sözcüğüyle karşılanmaktadır. "İnsanoğlu" diye çevirdiğimiz (ve "insantürü" diye de çevrilebilen) sözcüğün İngilizcesi de mankind (erkek türü) dir. Dillerdeki bu taraflılık, "erkek kültürü" diye adlandırılan gelişmeyle çok iyi açıklanmaktadır. **YEĞİN, Şemsa** (Evelyn REED, Kadının Evrimi, İstanbul, 1982) çevirisinin 73'üncü sf.deki 2 numaralı dipnotu.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

açıklanır, bu da onu yazdığı dönemin bir işaretidir (35).

B-) Fiziksel Güce Dayanan Cinsiyet Farklılaşması

Rousseau, fiziksel dayanıklılık temeline dayanan cinsiyet ayırımının önemli ve yararlı olduğuna ve bu ayırımı kadın erkek cinsleri arasında büyük bir dengesizlik yaratmadan yapabileceğine inanır. Aslında Rousseau, kadınların zayıf olmalarına taraftardır, yoksa onların doğadan dolayı zayıf olduklarını deyimlemez (36).

Rousseau, askerliğe ilişkin görüşlerinde kadınların görev için çok zayıf olduklarını söylemez:

"Paris içinde büyütülmüş delikanlılar bile silah kullanma sanatına güçlükle dayanabilirken, güneşe alnını göstermemiş, yürümesini ancak bilen kadınların elli yıllık uyuşuk bir yaşayıştan sonra bu harp işine dayanmasını akıl alır mı?" (37).

Görüldüğü gibi burada aslında kadınların doğuştan güçsüz olduklarını söylememekte, buna karşın delikanlılarla bir kıyaslama yaparak askerliğe karşı yetersizliklerini ortaya koymaktadır.

Rousseau, erkek ile kadının birbirlerini tamamladıklarını kabul eder, ama, aralarında çeşitli fiziksel ve karakter farklılıkları olduğunu, bu farklılıkların görecekleri işe yönelik bulunduğunu belirtir:

"Tabiat tarafından telkin edilen istikametleri takip ederken erkek ile kadının birlikte yürümeleri lâzım ise de, aynı şeyleri yapmak mecburiyetinde değildirler, görülen vazifelerin gayesi müşterektir, fakat vazifeler ayrıdır" (38).

---

35. **WEXLER, Victor G.**, "Made for man's Delight: Rousseau as Antifeminist", American Historical Review, N. 81, April 1976, s.266-291; **EISENSTEIN, Zillah**, The Radical Future of Liberal Feminism, Longman, New York, 1981, Ch. 4; **BOYD, William**, The Emile Of Jean Jacques Rousseau: Selections, Teachers College Press, Columbia University, New York, 1966, s. 177; **BROOME, J.H.**, Rousseau: A Study of His Thought, Barnes and Noble, New York, 1963, s.98.

36. **WEISS**, s.85.

37. **ROUSSEAU, J.J.**, Emil, Yahut Terbiyeye Dair, çev. H.Z. Ülken/A.R.Ülgener/S.Güzey, 4. baskı, İstanbul, 1956, s.376.

38. **İbid.**, s.377

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Cinsiyetleri bir makineye benzeten Rousseau'ya göre, cinsiyete ait olmıyan her şeyde kadın erkektir. Aynı organlara, aynı gereksinimlere, aynı melekelere sahiptir. Makinelerin kuruluşu da aynıdır. Makine parçaları ve işleme biçimleri şekil itibariyle onlara benzer (39). Cinsiyete tabi olan her şeyde ise kadınla erkekte her yönden birtakım uygunluklar ile ayrılıklar vardır. Bütün uygunluk ve farklılıklara rağmen, toplum içinde kadın ve erkekten herbiri ortak amacın gerçekleşmesi için, aynı şekilde olmasa da, eşit derecede katılırlar. Ancak erkek faal ve kuvvetli, kadın ise pasif ve zayıf olacaktır (40). Bu ilkeden hareket eden Rousseau'ya göre, kadın bilhassa erkeğin hoşuna gitmek üzere yaratılmıştır. Erkeğin meziyeti kudretindedir, erkek ancak kuvvetli olmakla kendini beğendirir (41).

Bu düşünceleriyle Rousseau, kadının güçlü olmasının zaruri bulunmadığını, aksine toplum içindeki görevlerini gerçekleştirmek için erkeğin isteklerine az mukavemet göstermesi gerektiğini (42) ifade ederek, kadına doğadan olmasa bile toplumsal nitelikli bir güçsüzlük atfetmiştir.

Kadını, erkeğin karşısında güçsüz konumda gören Rousseau, kadın-erkek ilişkisinde gereksinim farkını erkek lehine şöyle açıklamaktadır:

"Erkekler gösterdikleri arzularla kadınlara bağlıdırlar. Kadınlar ise erkeklere hem arzuları, hem de ihtiyaçları dolayısıyla bağlanırlar. Kadınlar olmazsa biz erkekler yaşayabilirsek de, kadınlar aynı mevkide değildirler" (43).

Amacı açıkça, kadının kendi kendine yetemeyeceğini ileri sürerek, güçsüzlüğünü bir araç olarak kullanarak, erkeklere bağlamaktır.

C-) Eğitim ve Kadın

Rousseau, kadın ile erkek arasında "akliselim" açısından bir fark görmemektedir (44). Ancak kadınların ne öğrenmeleri ile ne öğrenebile-

39. İbid., s.370
40. ibid., s.370-371.
41. İbid., s.371.
42. İbid., s.371.
43. İbid., s.379
44. İbid., s.384

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cekleri ayırt eder. Kadınların yalnızca, kendileri için yararlı olacak şeyleri öğrenmelerini isteyen Rousseau, onların yerinin ev ve erkeklerin buyruğu altındaki toplum olduğuna inanır (45).

"Kadınlar bir çok şeyler öğrenmelidirler. Fakat bilinmesi kendilerine faydalı olacak şeyleri öğrenmeleri iyi olur" (46)

Kadınların görev alanlarını ise şu sözlerle erkeğe bağlamayı düşünmüştür:

"Erkeklerin hoşuna gitmek, onlara faydalı olmak, kendilerini onlara sevdirmek ve saydırmak, küçük iken büyütmek, büyüyünce onlara bakmak, nasihat vermek, teselli etmek, hayatı zevkli ve sevimli bir hale koymak..." (47).

İşte kadının eğitimi de bu çerçeve ile yani analık ve eşlik ile sınırlıdır. Bu da kadının bütün yaşamının erkeğe bağımlı hale gelmesine neden olur. Bu bakımdan Rousseau kadının neyi öğrenebileceği veya neyi öğrenmek isteyebileceği ile değil, neyi öğrenmesi gerektiği ile ilgilenir (48).

Kadının itaatı konusunda ise, itaatın kadına faydalı olduğunu şöyle ifade etmiştir:

"Kadınların hoyratlık ve inatları ızdıraplarını ve kocalarının kendilerine karşı fena muamelelerini arttırmaktan başka bir şeye yaramaz" (49).

Bu düşüncesiyle Rousseau, erkeğe itaatsizlik durumunda erkeğin kadına karşı kötü davranışını adeta meşrulaştırmak istemiştir. Kocasına inatçılık eden kadına terbiye aracı olarak uygulanacak kötü davranışa-ki bu davranış şiddet öğesi de taşıyabilir-itiraz etmemektedir.

D-) Kadının Toplumsal Görevi

Rousseau, kadınların her zaman çocuk sahibi olmadıklarını doğru-

45. Bkz. **MASON, John Hope,** The Indispensable Rousseau, Quartet Books, London, Melbourne, New York, 1979, s.182.
46. **ROUSSEAU,** Emil, s.378.
47. **İbid.,** s.379.
48. **WEISS,** s.88.
49. **ROUSSEAU,** Emil s.386.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lamakla birlikte, kadınların yaratılışlarında asıl maksadın dünyaya çocuk getirmek olduğunu da ifade eder. Aksi takdirde insan nesli bitecektir. Buna çareyi ise her kadının 4 çocuk sahibi olmasını zorunlu tutmada bulmaktadır (50). Demek ki kadının asli görevi doğurganlığında ortaya çıkmaktadır.

Kadının evdeki rolünün pozitif bir moral güç olduğunu düşünen (51) Rousseau'ya göre, bu rol sadece çocuğu dünyaya getirmekle bitmez; bir kadın çocuklar ile babaları arasında da bir bağ kurulmasına hizmet eder, babanın çocuklarını sevmesini sağlar (52).

Kadınla erkeğe ayrı ayrı düşen görevler, güçlük itibariyle eşit değildir ve olmasına da olanak yoktur. Cinsel görevlerde erkeğin koyduğunu zannettiği eşitsizlikten kadının şikayete hakkı yoktur. Bu eşitsizlik hiç bir zaman erkeğin meydana çıkardığı insani bir kurum olmadığı gibi, hiç olmazsa saçma bir inancın da eseri değildir. Belki bir akıl ve muhakeme işidir (53).

SONUÇ

Aristo ve Rousseau'nun görüşlerini ele aldığımızda görüyoruz ki, her iki düşünür de içinde bulundukları toplumun değer yargılarını ortaya koymaktadırlar. Kadına da doğal olarak, bu değer yargıları ışığında bakmışlar ve özel bir alan içinde incelemişlerdir.

Cinsiyet farkının tamamiyle ortadan kaldırılması mümkün değildir. Ama sadece cinsiyet farklılığından hareket ederek de, kadını erkekten çok farklı olarak değerlendirmek doğru değildir. Aristo ve Rousseau'nun görüşlerinde cinsiyet farklılığı, kadın aleyhine ortaya çıkmaktadır. Yani bu düşünürler sadece kadın olmayı birtakım sonuçlara bağlamışlardır.

Aristo ve Rousseau'nun görüşlerinde paralelliklerin yanısıra ayrılıkları da gözlemliyoruz. Bunlardan birisi Aristo'nun kadınları doğuştan zekâ açısından erkeklere göre daha zayıf bulmasına karşın; Rousse-

50. **Ibid.**, s.375.
51. **WEISS**, s.90.
52. **ROUSSEAU**, Emil, s.374.
53. **Ibid.**, s.374.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

au'nun kadın ile erkek zekasının eşitliğini kabul etmesidir. Gerçi Rousseau bu zeka eşitliğini kabul eder ama, kadını erkeğe bağlı kılmak için de her türlü çabayı gösterir.

Her ikisi de farklı çizgilerle açıklamışlarsa da, erkeğin otoritesinden ve kadının itaatinden yana olduklarını ifade etmişlerdir.

Aristo ve Rousseau'nun kadının özellikle doğurganlığı üzerinde durması, insan ırkının sürdürülmesinde neredeyse bir araç olarak görmesi; onları, kadının diğer fonksiyonlarını tamamen gözardı etme sonucuna götürmüştür.

Günümüzün kadın hakları savunucuları, eşit hak, sorumluluk, yetki istemektedirler. Cins ayırımının, hak ve ödevlerin dağıtılmasında esas alınması; insan hakları anlayışı ile de bağdaşmamaktadır. Ama ne var ki Eski Yunan'dan Aristo ve 18. yüzyıl düşünürlerinden Rousseau'nun görüşlerinde de yer alan en eski toplumsal farklılaşma esası olan kadın -erkek eşitsizliği günümüzde de tam olarak ortadan kaldırılamamıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883
MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

OPSİYON AKDİ VE OPSİYON HAKKI

I. OPSİYON AKDİ VE OPSİYON HAKKI KAVRAMI

Yrd. Doç. Dr. Gökhan ANTALYA*

Opsiyon, latince "optio" kelimesinden gelmekte olup, latince "optare" **istemek, seçmek** kelimesinden türetilmiştir. Kelime olarak, **serbest seçim, istek** anlamına gelmektedir (1).

Batı kaynaklı kelimelerin Türkçe karşılıkları konusunda araştırmalar yapan MIHÇIOĞLU, opsiyon sözcüğünün genel dildeki anlamının alternatif sözcüğünün karşılığı olan seçenek olduğunu; ikinci bir anlamının da "satıcının başka bir kişiye tanıdığı, bir malı belirli bir sürenin bitiminden önce belirli bir ederek satın alabilme olanağı" örneğinde olduğu üzere, satın almakla almamak arasında bir seçim yapılması olduğunu belirterek, "opsiyon" kavramı karşılığı olarak "seçenek" kavramını önermektedir (2).

Türk Hukukunda da, latince kökene yakın bir terimle ifade edilen opsiyon akti (Optionsvertrag) ve opsiyon hakkı (Optionsrecht) kavramı kullanılmaktadır (3). Günlük hayatımızda ve bilhassa borsa işlemlerinde yaygın olarak, bu kavrama yer verilmektedir. Biz incelememizde, uygulamada yerleşmiş olmasından ötürü opsiyon akti ve opsiyon hakkı kavramlarını kullanacağız.

II. EKONOMİK ÖNEMİ

Akdin kuruluş aşamalarında, akit taraflarından biri, akdi kurmak üzere hemen irade beyanında bulunmaya hazır olduğu halde; diğer taraf daha uzun süre düşünme süresine ihtiyaç duyduğundan, akdi aynı şartlarla sonradan kendi ihtiyarıyla kurma imkanını elinde tutmak isteyebilir. Aktin bir tarafı akdi belirlenen şartlarla sonradan kurabilme imkanını veya aktin yine belirlenen şartlarla uzatabilme imkanını diğer tarafa opsiyon hakkıyla sağlayabilir.

* Marmara Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1. MIHÇIOĞLU, s.76; LINNEBORN, s.1
2. MIHÇIOĞLU, s.76
3. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (Borçlar), s.125; agy., (Satış Vaadi), s.101; ÖZSUNAY, s.85; EREN, I, s.383; ANTALYA, s.133

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tarafları opsiyon akdi kurmaya iten çeşitli sebepler mevcuttur (4). Öncelikle, akit tarafları, gelecekteki hukuk düzenlerini şimdiden düzenleme imkanına kavuştukları gibi, bu hukuk düzenini, bu günden garanti altına alma imkanına sahip olur. Akit taraflarından biri - genellikle satım akdinde alıcı - kendine teklif edilen edimin değerini ve karşı edimle mukayesesini - hazırlar arasında yapılan icapta - hemen değerlendirebilme imkanına sahip değildir. Opsiyon akdi değerlendirmeyi gelecekte yapma imkanını opsiyon hakkı sahibine verir.

Bir şeyi kiralayan veya ödünç alan kimse, bu ilişkiyle birlikte şeyi ileride satın alıp, mülkiyetine sahip olma imkanına kavuşmak isteyebilir. Leasing (veya finansal kiralama) aktiyle birlikte, leasing alan, leasing akdinin sona ermesinden sonra, leasing konusu olan eşyayı belirli bir bedel karşılığı - genellikle leasing bedeli mahsup edildikten sonra satın alabilme yetkisi verilmesi söz konusu olabilir. Opsiyon akdinin diğer bir uygulaması da, süreli akitlerin tek taraflı olarak uzatabilme yetkisinin akit taraflarından birine verilmesidir. Örneğin; bir yıl süreli kira (veya hizmet) akdinde kiracıya (işçiye) kira (hizmet) akdini takip eden bir yıl daha uzatabilme yetkisinin tanınması.

Akit taraflarını opsiyon ilişkisini kurmaya yönelten iki temel "özel amaç" vardır: bunlardan birincisi, tarafların uzun süreli bağlı kalma isteği; ikincisi ise, akdi bağlılığı geçerli kılma arzusudur.

III. OPSİYON AKDİ VE OPSİYON HAKKININ TANIMI

Opsiyon hakkı, bir akitten kaynaklanan yetki olarak, akit taraflarından birine, tek taraflı irade açıklamasıyla evvelce kapsamı belirlenmiş bir borç ilişkisini(5) kurma hakkını verir. Bu hakkı doğuran sözleşmeye opsiyon akdi demekteyiz. Başka bir deyişle, opsiyon akdi, kapsamı önceden belirlenmiş sonraki akti kurma imkanını sağlayan hakkı (opsiyon hakkını), akit taraflarından birine veren akit olarak tanımlanabilir (6). EREN'in belirttiği üzere, opsiyon sözleşmesi, akdi kurma imkanı verebileceği gibi, akdin bazı şartlarını değiştirme imkanı da sağlayabilir (7).

4. von EINEM, s.12
5. Tasarruf işlemi içinde opsiyon hakkı kararlaştırılabilir.
6. Alman Hukukunda verilen tanımlar için bkz. LARENZ, SR., II/1, s.157; HENRICH, s.227
7. EREN, I, s.385

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Opsiyon aktinde, kararlaştırılan akdin kurulması, opsiyon hakkı sahibinin (Optionsnehmer, Optionshaber) serbest arzusuna bağlıdır. Opsiyon hakkı sahibi, opsiyon hakkını kullanıp kullanmamak konusunda bir imkana sahiptir. Opsiyon veren (Optionsgeber), belirli bir zaman boyutu - opsiyon süresi - içinde bağımlıdır.

IV. ALMAN HUKUKUNDA OPSİYON AKDİ VE OPSİYON HAKKI (8)

Alman Medeni Kanununda, genel bir hukuk kurumu olarak opsiyon yer almamış bulunmaktadır (9). Kanunda düzenlemediği için de mahkeme içtihadlarına yansıyan şekliyle (10) pratik hayatta uygulanmaya başlamış ve doktrinde geliştirilmiştir. Opsiyon akdinin tarihi gelişimi tek taraflı bağlayıcı ön akit kavramı ile birlikte olmuştur (11).

Alman Medeni Kanunu, kural olarak, sadece icapla bağlılığa etki tanımakla kalmamış; bununla beraber, özel bir hükümle (BGB. § 148) kesin süreli icabı düzenlemiştir. İcapta bulunanın uzun süreli olarak icabıyla bağlı olmasının fonksiyonu ile opsiyonun fonksiyonu arasındaki benzerlik bulunduğundan opsiyon kurumu, Alman Hukukunda derinlemesine inceleme konusu olmuştur (12). Vefa hakkının - Wiederkaufrecht - (BGB. § § 497 vd.) ve şu'fa hakkının - Vorkaufsrecht - (BGB. § § 504 vd.) opsiyon hakkının Kanunda düzenlenen şeklini teşkil ettiği kabul edilmektedir (13).

Alman yargı organın bir kararında, opsiyon hakkı kavramı, kira akdinin tek taraflı açıklama ile uzatılması imkanının kiracıya verilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır (14). Opsiyon hakkının kurulması şartlı akit

8. Fransız Hukukunda opsiyon akdi ve opsiyon hakkı kavramı için bkz. HENRICH, s. 31 vd., İngiliz Hukukunda opsiyon akdi ve opsiyon hakkı kavramı için bkz. HENRICH, s.72 vd.
9. Opsiyon akdine ilişkin pozitif düzenlemeye İtalyan C.C. 1331/I hariç mukayeseli hukukta rastlanmamaktadır (von EINEM, s.15). Alman borsa hukukunda 1. Temmuz 1992 tarihinden bu yana yürürlükte olan genel işlem şartlarında (BGH., BB., 1965, 149) opsiyona ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır (BörsG. § 50).
10. RGZ. 136, 132; 130, 143; 126, 123; DNotZ., 1965, 230.
11. SCHUMANN, s.2
12. GEORGIADES, PS-LARENZ, s.499, Dn. 2-5'de belirtilen Yazarlar.
13. SOERGEL/WOLF, var 145, N.68; HENRICH'e göre, iştira akdi mutlak irade şarta bağlı satımdır (s.237/272). Yazar, opsiyon akdinin şartlı satımın tipik örneğini teşkil etmeyeceğini belirtmektedir (s.234). Yazar, BGB. 497'inin lafzından hareketle, ilişkinin kuruluşla değil, iştira hakkının kullanılmasıyla meydana geldiğini kabul etmektedir (s.238).
14. OLG., (KG), 8,396

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kavramı içinde açıklanmış ve şartın opsiyon hakkının kullanılması ile gerçekleştiği kabul edilmiştir (15).

1965 yılında HENRICH, yazdığı monografide opsiyonun hukuki niteliğini incelemiş ve Alman Federal Mahkemesinin kararından (RGZ., 136, 132) hareketle opsiyonu geri dönülmez (kesin) icabın akitle kararlaştırılması olarak kabul etmiştir (16). FLUME ise, opsiyon aktini, kurulmuş bir akit olarak özel bir şarta bağlı olduğunu savunmaktadır (17). Bu iki görüşte ortak olan özellik, BÖTTICHER'in ortaya koyduğu üzere (18), kurucu yenilik doğurucu hakkın icap ve kabul açıklaması ile aktin kurulmasında oynadığı rolden hareket edilmesidir (19).

Alman Hukukunda opsiyon hakkının iki şekilde kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Opsiyon hakkına kaynaklık eden hallerden birincisi, icabla bağlılık süresinin dolayısıyla etkisinin uzatıldığı bir opsiyon akdi ve opsiyon hakkının kullanılmasıdır (Icap teorisi [Angebotstheorie]). Diğeri ise, opsiyon hakkının kullanılmasının şartlı olgu olarak kararlaştırıldığı şartlı akittir (Şart teorisi [Bedingungstheorie]). Akit serbestisi çerçevesinde, bu iki yoldan birisini seçmek akit taraflarının arzusuna bağlıdır.

V. TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA OPSİYON AKDİ VE OPSİYON HAKKI

Önceden belirlenen bir yetkiye istinaden akit taraflarından birinin irade açıklamasıyla, daha önceden kapsamı belirlenmiş borç ilişkisini, karşı taraf için yürürlüğe konulmasını ifade eden opsiyon akdi, İsviçre Hukukunda şu şekilde anlaşılmıştır.

Opsiyon akdi, şartlı bir akit olarak kabul edilmiştir. Bu yaklaşıma göre, örneğin, opsiyonlu satım akdi opsiyon hakkı sahibinin yenilik doğurucu açıklaması şartıyla satım olarak kabul edilmiştir (20). Diğer bir

15. RGZ., 72, 386; RGZ. 169, 65 (70); BGH. DNotZ., 63, 230 (231, 232); BB., 1967, 648, 649; BB., 1966, 1412
16. HENRICH, s.231, 242
17. FLUME, II, s.686
18. BÖTTICHER, (Gestaltung), s.45
19. SCHUMANN, 3
20. OSER/SCHÖNENBERGER, 216, N.18

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yaklaşıma göre ise, opsiyon akdi kendine özgü bir akit olarak, akit taraflarından birine kurucu yenilik doğurucu hak tanımaktadır (21). Bu yönüyle opsiyon akdi, iştira, vefa ve şuf'a akitlerinde uygulama alanı bulabilir (22).

Satış opsiyonunun iştira hakkı olarak Türk ve İsviçre Hukukunda düzenlendiği ileri sürülmüştür (23). İsviçre iş hayatında iştira akdi yerine eş anlamlı kavram olarak opsiyon kullanılmaktadır (24). Bu yaklaşım, iştira, vefa ve şuf'a akitlerinin hukuki nitelemeleriyle yakından ilgilidir (25). Kurucu teoriye, şart teorisine ve karma teoriye göre yapılan nitelemede, ancak kurucu veya karma teorinin kabul edilmesi ihtimalinde, bu akitlerin - özellikle iştira akdinin - opsiyon akdi olarak kabulü mümkündür.

VII. OPSİYON AKDİ

A. OPSİYON AKDİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. OPSİYON AKDİ VE RÜCU EDİLEMEZ (KESİN) İCAP

Rücu edilmez (kesin) icap [Festofferte, unwiederrufliches Angebot], ister akdi, ister tek taraflı olarak düzenlensin; opsiyonu kesin icabın bir alt kavramı olarak kabul edenler (26), her iki kurum arasında pratik açıdan bir fark görmeseler de, kavram olarak ve konunun daha iyi anlaşılması için bu ayrımın yapılması gerekliliğini belirtmektedirler.

BGB. nin süreli icapla bağlılığa § 148 ile özel bir düzenleme getirmesi, kesin icap görüşünün opsiyonun hukuki niteliğini teşkil ettiğinin ileri sürülmesine sebep olmuştur (27). Karşı görüş, BGB. § 148'in opsiyon akdinin kurucu niteliğine uymadığını ileri sürmektedirler (28).

---

21. HOMBERGER, 959, N.27; HAAB, 691-682, N.4; 683, N.1
22. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (Satış Vaadi), s.33
23. ÖZSUNAY, s.86; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (Satış Vaadi), s.101, Dn.42; VOLLENWEIDER, s.1, 56'de opsiyon ile iştira hakkını birbirlinden ayırmaktadır. Opsiyonun bir tek süreli icapta söz konusu olduğunu belirtmektedir.
24. HAAB, 683, N.1; MAYER/HAYOZ, 681, N.25; 683, N.16; von TUHR/PETER, s.277, Dn.19.
25. Bkz. ANTALYA, s.133 vd.
26. HENSE, DNotZ., 68, s.231; KADUK, s.160; GEORGIADES, PS-LARENZ, s.412; HEINRICH, s.231-234.
27. KRÜGER, s.15; von EINEM, s.20, 23.
28. von TUHR, BGB., II/1 s.487; BLOMEYER, s.72; FLUME, II, s.645

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kesin icabın opsiyonun kurucu formu olduğunu savunan görüşe göre, opsiyon akdi iki temel unsurdan oluşur:

1. Opsiyon akdi bir icaba ilişkin tüm unsurları içermesi gerekir.

2. Opsiyon hakkının kullanılmasıyla bu icabın kabul edileceği kararlaştırılması gerekir (29). Opsiyon hakkı, opsiyon akdinden doğan bir icaptır ki icapla bağımlılığın etkisi uzatılmıştır. Bu haliyle opsiyon hakkı, sahibine kabul imkanı veren bir haktır (30).

Opsiyon ile icabı birlikte değerlendirenler, icabı yenilik doğurucu hak olarak nitelemektedirler (31). Görüşümüze göre ise, icap ve kabul açıklamasıyla yenilik doğurucu hakkın kullanılması arasında fark bulunmaktadır (32). Aksi takdirde, akdi kuran icap ve kabul ile bunların uzlaşmasının bir tarafa bırakılması ve yenilik doğurucu hakkın kullanılmasını yeterli görülmesi gerekir. Her ikisinin meydana getirdiği etki farklı olmamakla beraber, meydana geliş şekilleri ve özellikleri farklıdır (33).

İcabın kabulünün yenilik doğurucu hak kavramı dışında bırakılması gerektiğini, WÜRDINGER iki norm teorisi (Zwei-Normen-Theore) ile izah etmiştir. Bu teoriye göre, yenilik doğurucu haklar birbirinin içine girmiş iki haktan oluşur. Bunlardan birincisi, hak sahibinin yenilik doğurucu hakla yetkilendirilmesine ilişkin norm; diğeri ise, yenilik doğurucu hakkın kullanılması sonucu, istenen sonuçun doğmasına ilişkin normdur. Bu görüşe göre, icabın kabulü bu iki normu taşımamaktadır. Bu nedenle yenilik doğurucu hak olarak nitelenemez. İcap ve kabul akti ilişkinin kurucu unsurudur; ne icap, ne de icabın kabulu yenilik doğurucu hak olarak, hukuki ilişkiye varlık veren olgu olarak kabul edilemez. İcap ve kabul birlikte hukuki ilişkiyi kurarak, hukuki sonuçlarının doğmasına sebep olurlar. Bunun içinde icapla kabulün birbirine uygun olması gerekmektedir (34).

THIELE de, kabul edecek olanın hukuki durumunu kendisinin kabulü ile düzenlemesini, kendi ehliyetinin (Faehhigkeit) bir uzantısı ola-

29. HENRICH, s.241.

31. SECKEL (s.207 vd.) tarafından ortaya konulan bu görüş, Alman hukuk doktrininde hakim görüşü teşkil etmektedir (Bkz. SCHUMANN, s.17, Dn.1'de belirtilen yazarlar).

32. Bu görüşü için bkz. WÜRDINGER, s.75; BÖTTICHER, (Gestaltung), s.12-14; DÖLLE, II, s.52; HECK, s.123; THIELE, s.21-22.

33. LORENZ, s.411; GEORGIDES, FS-LARENZ, s.411.

34. WÜRDINGER, aeşitli/e s.68, 74 ve 75.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rak görmektedir. İcapta bulunan açıklayarak ortaya koyduğu icabıyla kendi hak ehliyetinin bir kısmından fedakarlık etmekte ve kabul edecek lehine bir hak kurmaktadır. Bu acıdan kabul, kabul edenin yetkisinin kullanmasıdır (35).

Katıldığımız ve doktrinde kabul gören BOTTICHER'in görüşüne göre ise, akit, iki tek taraflı hukuki muameleden oluşur (36). Aktin kurulduğu an ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu anın, Kanun Koyucu tarafından farklı olarak, kurulduğu andan geriye etkili olarak belirlenmesi de icabın kabulünün yenilik doğurucu hak olmadığını ortaya koyar. Kaldı ki, Kanun Koyucu yetkisiz temsilcinin ve mümeyiz küçüğün yapmış olduğu işlemlerin askıda hükümsüz olduğunu; yetkili temsilcinin irade açıklamasına kadar borç ilişkisinin hükümlerini doğurmayacağını, icazeten sonra işlemin geçerli olduğunu düzenlemiştir (MK.m.16; BK.m.38).

İcap anlaşmasının (Angebotsvertrag) (37) opsiyon akdinin kurucu formlarından birisi olup olmadığı, Alman Hukukunda tartışılmıştır (38). Bu görüşe göre, kabul için süre belirlenmesi, icap içinde değil, akti düzenlemenin bir unsuru olarak akitte yer alır (39). Akitten doğan hukuki sorumluluk ve ondan kaynaklanan ifa birlikte ve aynı anda (elden satımda olduğu üzere) gerçekleşebilir; icap anlaşmasında ise, akit tarafları temel aktin kurulmasını ve bundan doğacak ifa sorumluluğunu ileriye bırakmaktadırlar. Bu görüşü savunanlar, icap akdini, opsiyon tanıyanın geri dönülmez icabıyla bağlı olduğu ön akit olarak nitelemektedirler (40). Karşı görüş ise, icabın aktin kurucu unsurları içinde yer aldığını, kendine özgü bir ifa şekli olmadığını kabul etmektedir (41). Ön aktin opsiyonun kurucu formlarından birini teşkil edip edemiyeceğini aşağıda tartışacağız.

İcap anlaşmasını bağlılık akdi (Bindungsvertrag) olarak kabul eden görüş ise (42), opsiyon hakkını veren, yalnız icabta bulunma sorumluluğu altında değildir. Bununla birlikte opsiyon hakkını veren, opsiyon

37. İcap akdini uygulama şekillerinden olan icaplı satım (Offertenkauf) için bkz. von EINEM, s.44
38. von EINEM, s. 18 vd., SCHUMANN, s.33 vd.
39. İcap anlaşmasında karartıştırılan bağlılık parasının akitteki genetik ve fonksiyonel karşılığı oluşturmaya yetip yetmediği hususunda bkz. von EINEM, s.48 vd.
40. KRÜGER, s.17; RÖSER, s.30
41. HENRICH, s.241
42. HENRICH, 231, 241; LORENZ, s.116; KADUK, s.180; GEORGIADES, JZ., 66, s.286

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

süresi boyunca açıkladığı icapla bağlı kalarak, bu süre zarfında aktin kurulması imkanını sağlama sorumluluğu altına girer. Bu görüş, bağlılık aktinin akitten kaynaklanan yenilik doğurucu bir hakkı (43) doğurduğunu kabul etmektedir. Böylelikle geri dönülmez icapla fonksiyon ve yapısı aynı olan bir yaklaşım sergilemektedirler (44). Fark sadece doğuş sebebinde bulunmaktadır (45).

Alman Hukuk doktrininde bir çok yazar, icabı, opsiyon kavramı dışında bırakmaktadır (46). Bu Yazarlar, Kanun tarafından düzenlenmiş olan icap kavramı ile taraflar arasında kurulmuş olan opsiyon akdini birbirinden ayırmakta, opsiyonu sadece akit çerçevesinde kurulan anlaşma olarak kabul etmektedirler. Bu görüş dahi, opsiyonun icaba dayanabileceğini, ancak onunla hiçbir zaman aynı şey olmadığını kabul etmektedirler (47).

Uzun süreli icaptan doğan opsiyon hakkı, Borçlar Hukukumuzun icapla bağlılık süresine hakim olan temel ilkelere ters düşer. Gerçekten, Kanun Koyucu icapla bağlılıkta uzun sürecek bir düşünme süresi öngörmemiş; hazırlar arasındaki süresiz icabın derhal kabul ve red edilmesi gerektiğini düzenlemiştir (BK.m.4). Hazır olmayanlar arasındaki süresiz icapta ise, BK.m.5'de belirtilen normal bir süre ile icapla bağlılık esasını kabul etmiştir. Çok uzun süreli icabın bile, MK.m.23 çerçevesinde kişilik haklarına aykırı olması halinde geçersiz olduğu kabul edilmektedir (48). Borçlar Kanunu icapla kabul arasında geçen süre zarfında tarafların sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme de getirmemiş bulunmaktadır (49).

2. OPSİYON AKDİ VE ÖN AKİT

Türk Hukukunda, ön akit ve opsiyon akdi arasındaki benzerliğe dikkati çeken SİRMEN, her ikisinde de mutlak iradi şartı gerçekleştiren ira-

43. Aktı yenilik doğurucu hakkın mevcut olup olmayacağı tartışmaları için bkz. SIBER, Jher. Jb., 70, s.250

44. von EINEM, s.46

45. KADUK, s.160; GEORGIADES, JZ., 66, s.286; agy., FS–LARENZ, s.411

46. HENRICH, s.253; HENSE, s.231; KADUK, s.160; LARENZ, DB., 55, s.211; GEORGIADES, FS-LARENZ, s.412; SCHUMANN, s.17

47. v. Einem, s.15

48. Eb'EN, I, s.311

49. von EINEM, s.19

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

de beyanının yenilik doğuran hak niteliği taşıdığını belirtmektedirler (50).

Bu benzerliğe rağmen, ön akitte akit taraflarından biri veya her ikisi temel akdi kurma yükümlülüğü altındadırlar. Opsiyonda ise, böyle bir yükümlülük yoktur. Opsiyon akdinin verdiği yetkiye dayanarak opsiyon hakkının kullanılmasıyla temel akit kurulur. Opsiyon hakkını veren kendi teklifini akit kurma iradesiyle birlikte ortaya koymuş bulunmaktadır. Karşı taraf yani opsiyon hakkıyla yetkilendirilmiş kişi ise, bu teklifi ister kabul eder, isterse kabul etmez.

Opsiyon hakkı, hak sahibine tek taraflı irade beyanıyla bir akit kurma hakkı vermesi, onu ön akitten ayrılır (51). Bu farkı EREN şu şekilde izah etmektedir: "ön akit, asıl akdi kurma borcunu doğurmakla birlikte, asıl akdin kurulması ancak her iki tarafın birbirine uygun irade beyanıyla olur. Ön aktin borçlusu, borçlandığı edimi yerine getirme hususunda alacaklıya bir talep ve yerine göre bir dava hakkı verdiği halde, opsiyon yetkisi veren akitlerde böyle bir talep ve davaya gerek yoktur" (52).

SCHUMANN, opsiyon akdinin ön akit olamıyacağını, zira bir borç doğurucu akitte ön aktin borçlusu edim amacını gerçekleştirmeye yönelik pozitif bir yapma borcu altındadır. Buna karşın opsiyon akdi, kesinlikle borçlandırıcı bir edim yükümü ihtiva etmez (53).

Akit taraflarının veya bunlardan birisinin bir akitle bağlı olmak istemedikleri hallerde ön akitten bahsedilemez. Bu nedenle, tarafların bağlanma iradelerinin bulunmadığı halde opsiyon akdi söz konusudur (54).

Bir akdin ön akit mi yoksa opsiyon akdi mi olduğu taraf iradelerinin yorumuyla ortaya konulur (55). Aktin niteliği tarafların istedikleri iktisadi ve ekonomik arzularına göre belirlenir.

Tek taraflı bağımlı ön akit, akdi bir opsiyon hali olarak kabul edenler açısından (56), tek taraflı opsiyon hakkını muhafaza edene sonraki

50. SİRMEN, s.92; Aynı yaklaşım PULAŞLI, s.97
51. STAUDINGER/WOLF, vor 145, n.67
52. EREN, I, s.383; Aynı yaklaşım için bkz. ÖZSUNAY, s.66
53. SCHUMANN, s.3, 40 vd.
54. HEINRICH, s.118.
55. BGH, NJW., 1980, 1577
56. WALSMANN, Jehr.Jb., 54, s.197; CARİTELLİERİ, BB., s.163; KAUFMANN, AcP., 169, s.172; von EINEM, s.127; ISELE, FS-BAPPERT, s.69

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

temel akti kurabilme hakkı vermektedir. Tek taraflı bağımlı ön akit, esas akti kurucu yönelik doğurucu hakla kurmamaktadır, sadece bir talep hakkı vermektedir. Bu dava edilebilen talep hakkı da irade açıklamasıyla gerçekleşmektedir (57). Bu nedenle doğru olarak doktrinde Yazarlar, bu tür bir akde opsiyon akdi niteliği vermemektedirler (58).

3. OPSİYON AKDİ VE ŞARTLI AKİT

Opsiyon hakkının saklı tutulduğu temel akit kavramı, şartlı akit kavramı ile açıklanmıştır (59). Opsiyon akdi ile taraflar önceden kapsamı belirli bir hukuki işlemi erteleyici şarta bağlamaktadırlar. Bir başka deyişle, akit tarafları, amaçladıkları hukuki işlemin kapsamını belirleyerek, bu akdi opsiyon hakkının kullanılmasını gerçekleşecek şartlı olgu ile irtibatlamışlardır. Bu şartlı akit opsiyon düzenlemesini ihtiva etmektedir. Şartlı olgu da opsiyon hakkının kullanılmasıdır (60).

Opsiyon hakkı sahibi yetkilendirilmiş olup, sorumluluk altına sokulmamıştır. Bundan dolayı da opsiyon akdi sahibinin sorumluluğunun mutlak iradi şarta bağlı bir akitten kaynaklandığı ileri sürülmüştür (61). Halbuki, opsiyon hakkı yenilik doğurucu haktır ve hak sahibinin doğrudan tek taraflı irade açıklamasıyla gerçekleşir.

Opsiyon akdinin şart teorisi açısından irdelenmesi, opsiyon akdinin kurucu formu olarak mutlak iradi şartlı akdin varlığını gerektirdiği tartışmalarına yol açmıştır (62). Opsiyon akdi, opsiyon hakkını ihtiva eden şartlı bir hukuki işlem olarak kabul edilip edilmemesi, iradi şartla birlikte ele alınmıştır. Özellikle mutlak iradi şartla birlikte ele alınmıştır. Özellikle mutlak iradi şart kavramını geçersiz kabul edenler, bu tür şartlı hukuki işlemleri opsiyon hakkıyla; bir başka deyişle yenilik doğurucu hak kavramıyla izah etmeye çalışmışlardır. Bozucu mutlak iradi şartta bu görüş oldukça fazla taraftar bulmuştur (63). Tecrübe veya muayene şartıyla satım da opsiyon görüşüyle izah edilmeye çalışılmıştır (64).

---

59. PULAŞLI, s.97; STAUDINGER/COING, vor 158, N.12a; STAUDINGER/MAYER-MALY, 495, N.1; SIBERT/BALLERSTEDT, vor 497, N.8, vor 504, N.11; BLOMEYER, FS-RAAPE, s.297; RAAPE, s.217; GEORGIADES, FS-LARENZ, s.409, 423.
60. SCHUMANN, s.5; HENRICH, s.236
61. BG., 77, 415; 136, 132
62. Geniş bilgi için Bkz. ANTALYA, s.137 vd.; SCHUMANN, s.13 vd.
63. ANTALYA, s.163 vd.
64. ANTALYA, s.161 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kanaatimize göre, opsiyon akdi, opsiyon hakkıyla şartlı kayıt aracılığıyla birbirine irtibatlandırılmıştır. Mutlak iradi şart ile hukuki işlemle arasındaki irtibatta şartlı kayıtla sağlanmaktadır. Mutlak iradi şartlı akitle opsiyon akdi arasında şartlı kayıt arasında fark gözetilemez. Opsiyon hakkı (yenilik doğurucu hak) ve mutlak iradi şart akdin şartlı olgusunun konusunu teşkil edebilir. Fark her ikisinin gerçekleşme şekilleriyle ve taşıdığı özellikleriyle belirlenir.

Mutlak iradi şartı opsiyonun kurucu formu olarak kabul etmeyen karşı görüş, şart görüşünün opsiyon akdinde kabul edilen opsiyon süresini izah edilemediğini iddia etmektedirler (65).

Opsiyon akdinin temel kaynağını şartlı temel akit teşkil eder. Ancak opsiyon akdinin şarttan bağımsız olarak tek başına kendisinin temel akit olması mümkün olabilir mi? Bu soruya olumlu cevap veren HENRICH, opsiyon hakkı sahibinin opsiyon hakkı sebebiyle opsiyon yetkisiyle yetkilendirildiğini ve opsiyon akdinin her temel akit gibi karşılıklı yükümlülük doğurabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, opsiyon akdi nitelik olarak zaten şartlı akit olamaz, sadece kesin icap olarak nitelendirilebilir (66).

B. OPSİYON AKDİNİN ÖZELLİKLERİ

1. Opsiyon akdi, hukuki muameleden doğan akit yapma mecburiyeti doğuran akitler grubu içinde yer alır. Opsiyon akdi, hakkın kullanılmasıyla birlikte, aktin diğer tarafının irade açıklasında bulunmasına gerek olmaksızın arzulanan aktin kurulması sonucunu doğurur. Bu yönüyle akit taraflarının sözleşme hürriyeti içinde akit yapma hürriyetlerinin bir sınırını teşkil eder. Akit tarafları kendi iradeleriyle ilişkilerini bizzat düzenlemişlerdir. Bu yönüyle opsiyon akdi, irade muhtariyetini gerçekleşme şekillerinden birisidir.

2. Opsiyon akdi, yukarıda açıklandığı üzere şartlı bir akittir (67).

3. Opsiyon akdi, taraflarından birine her akit tarafı için gelecekteki bir akti gerçekleştirme ile yetkilendirildiği önceden hak doğuran akit-

65. KRÜGER, s.8; LINNEBORN, s.15
66. HENRICH, s.237; HENRICH'in şartlı hak ile şartlı sorumluluk ayrımına eleştirisi için bkz. SCHUMANN, s.10.
67. Bkz Dn. 58 ve civarı

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ler (Vorrechtvertrag) içinde yer alır. Öncelikle teklif etme akti (Vorhandvertrag) (68) ve ön alım hakkını bu gruba örnek olarak gösterebiliriz (69) (70). Öncelikle teklif etme akdi, opsiyon hakkını doğurmaz. Çünkü himaye gören teklif edilecek olanın durumu, teklifte bulunacak olanan teklifi kendisine götürüp götürmemesine ilişkin kararına bağlıdır.

4. Opsiyon akdi, belirli özelliklerinin gelecekteki uygulama anlaşması (Sondernvertrag) için kararlaştırılmadığı için çerçeve akti (Rahmenvertrag) olarak da kabul edilemez (71).

C. OPSİYON AKDİNİN ÇEŞİTLERİ

1. KURULUŞ ŞEKİLLERİ AÇISINDAN

Opsiyon hakkı iki şekilde gerçekleşebileceği ileri sürülmektedir.

a. Birinci olarak, iki akit vasıtasıyla yani önce opsiyon akdi ve onunla hazırlanan temel akitle;

b. İkinci olarak da temel aktin içinde opsiyon hakkının saklı tutulması yoluyla gerçekleşir (der Hauptvertrag mit Optionsvorbehalt) (72).

İki akit vasıtasıyla opsiyon hakkının kurulması şu şekilde izah edilebilir. İlk hukuki işlem opsiyon hakkının tanındığı (düzenlediği) akittir [Optionseinraeunungsgeschaeft]. Bu akit ile yenilik doğurucu hak ortaya konulmuş ve taraflar bu opsiyon hakkı üzerinde anlaşmışlardır. Bu işlemi opsiyon hakkının kurduğu işlem [Optionsausübungsgeschaeft] takip eder. İlk işlem ikincisinden farklıdır (73).

Kanaatimizce, opsiyon hakkının iki akit vasıtasıyla kurulması mümkün değildir. Opsiyon hakkının tanındığı ilk akit içi boş olup, edim yükümünü ihtiva etmemektedir. Bu nitelikteki bir akit teknik olarak bir borç akdi olarak kabul edilemez. Bundan başka opsiyon akdinin kuruluş şekillerinden ikincisinde de zaten aynı hukuki işlem içinde iki ayrı kararlaştırma mevcuttur. Ancak biri diğerine bağlanmıştır.

---

68. Bkz. NIPPERDEY, Vorhand, Vorkaufsrecht und Einlosungsrecht, Zentralblatt für Handelsrecht, 1930, s.300; LORENZ, s.119; LARENZ, SR., II/1, s.156-157.

69. HENRICH, s.296; STAUDINGER/DILCHER, vorbem. 145, N.49.

70. LARENZ'in (AT., I, s.484) iki aşamalı akit görüşü ve bu görüşün şartlı akit açısından eleştirisi için bkz. ANTALYA, s.62.

71. Çerçeve anlaşması kavramı için bkz. ANTALYA, s.87.

72. STAUDINGER/DILCHER, vorbem 145, N. 47; SOERGEL-SIEBERT, vor 145, N.67.

73. SCHUMANN, s.29.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. KAPSAMI AÇISINDAN

Kurulması amaçlanan akdin kapsamının baştan opsiyon akdiyle birlikte belirli olup olmamasına göre, opsiyon akdini ikiye ayırabiliriz:

a. TEMEL AKTİN KAPSAMININ BELİRLENDİĞİ OPSİYON AKDİ

Opsiyon akdiyle birlikte kurulacak akdin kapsamı belirli olup, kurulması ve hükümlerini doğurması opsiyon hakkı sahibinin opsiyon hakkının kullanmasına ilişkin kararına bağlı kılınmıştır.

b. TEMEL AKTİN KAPSAMININ BELİRSİZ OLDUĞU OPSİYON AKDİ

Bu konstruksiyonda kurulması arzulanan akdin kapsamı, opsiyon aktinin kurulduğu anda belirli olmayabilir. Kurulması düşünülen aktin konusunu teşkil eden ürün, henüz deneme veya buluş safhasında olabilir. Buna rağmen, akdin kurulduğu esnasında akit konusu edimin belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Örneğin; otomobil endüstrisinde (O) firmasının 2000 yılında çıkaracağı elektrik enerjisi ile çalışan (M) model otomobilinden 50 adet satın alma taahhüdü veya ünlü yazar (Y)'ın ilk yayınlanacak olan kitabının tamamlanmadan yayın hakkını satın alma taahhüdü.

3. ETKİLERİ AÇISINDAN

Opsiyon sözleşmesi, akdi kurma imkanı verebileceği gibi, akdin bazı şartlarını değiştirme imkanı da sağlayabilir. Aktin bazı unsurları değiştirme imkanı kapsamını yeniden şeklinde olabileceği gibi aynı şartlarla belirle bir süre uzatma şeklinde gerçekleşebilir. Bu açıklama ışığında opsiyon akdini etkileri açısından aşağıdaki ayrımlara tabi tutabiliriz.

a. AKDİ KURAN OPSİYON AKDİ

Akdi kuran opsiyon akdi kullanılmalarıyla hukuki ilişkiyi kuran opsiyon hakkını ihtiva eden akiddir. Yeni bir hukuki durum yararmaya yönelir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b. AKDİ DEĞİŞTİREN OPSİYON AKDİ

Kullanılmalarıyla mevcut hukuki ilişkiyi değiştirmeye yönelik opsiyon hakkını ihtiva eden akittir. Yeni bir hukuki durum yaratmaksızın, aktin kapsamını değiştirir veya aktin süresini uzatır. Bu acıdan da Kendi içinde ikiye ayrılır.

aa. AKDİN KAPSAMINI DEĞİŞTİREN OPSİYON AKDİ

bb. AKDİN SÜRESİNİ UZATAN OPSİYON AKDİ

VII. OPSİYON HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİĞİ

Opsiyon hakkı, yenilik doğurucu haktır (74). Bu nedenle opsiyon hakkı, doğrudan tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılır (75). Opsiyon hakkının kurulması, opsiyon hakkı sahibi için kullanılması yönünde bir zorunluluk getirmez.

Opsiyon hakkı, kural olarak, kişiye özgüdür (höchstpersönlich) (76). Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olmamakla beraber hak sahibinin ve onun kimliğinin önceden bilinmesini gerektirir.

Opsiyon hakkında hak sahibinin kimliği ön planda olduğundan, opsiyon hakkının mahiyetinden kaynaklanan bir devir engeli bulunmaktadır (77). Bu nedenle tarafların aksini kararlaştırmaları veya eşya bağlı hak olarak kurulması durumu hariç opsiyon hakkı başkalarına devredilemez. Bu yasağın sadece iştira hakkına özgü olarak kabul edilmesi gerektiğini savunanlar mevcuttur (78).

---

74. von EINEM, s.11; GEORGIADES, FS-LARENZ, s.409; LARENZ, AT., I, s.103, EREN, I, s.383

75. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (Borçlar), s.125; EREN, I, s.227; HENRICH, s.227

76. SOERGEL/WOLF, vor, 145, N.74. Bu özelliği dolayısıyla icabın yalnız adına icap yapılan tarafından kabul edilmesi gerektiği icap teorisi taraftarlarınca savunulmuştur. Suf'a akti için bkz. HENRICH, s.279; LORENZ, s.129

77. STAUDINGER/MAYER-MALY, 497, N.10; SOERGEL/WOLF, vor 145, N.74.

78. Hak sahibinin kimliği malik bakımından birinci derece önemli olduğundan iştira hakkının devredilemiyeceği Türk ve İsviçre Hukuklarında kabul edilmektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ, s.450; TEKİNAY, II/1, s.11 ve agy. s.11. ve Dn. 11'de belirtilen yazarlar)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

VIII. SONUÇ

Yukarıda açıkladığım sebeplerle opsiyonun kurucu formunu tek taraflı veya akdi süreli icap teşkil edemez. Opsiyon hakkının Hukukumuz için uygulama alanını opsiyon hakkının saklı tutulduğu şartlı akit teşkil edebilir. Temel akti düzenlemesini ihtiva etmeyen ve ondan bağımsız bir opsiyon akdinin varlığı da düşünülemez.

Temel sorun, icabın kabulü ile şart arasındaki farkın ve sınırların belirlenmesinde yatmaktadır. Eğer erteleyici mutlak iradi şart ile icabın kabulü arasında, kapsam ve unsurlar arasında hiç bir fark gözetilmezse (79), opsiyonu icap görüşüyle izah etmek gerekir. Kesinlikle mutlak iradi şartın icabın kabulü olarak nitelenmesi kabul edilemez. Bir akitte şartın kabul edilmesiyle bir aktın kurulması birbirinden farklıdır. Şartlı akitte akit kurulmuş, ancak yalnız erteyici şartlı çeşidinde işlemin hukuki etkilerini meydana getirmesi şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Opsiyon akdinden kaynaklanan opsiyon hakkı, yenilik doğurucu bir haktır. Opsiyon akdiyle (temel akitle) opsiyon hakkı arasındaki ilişkiyi şartlı kayıt sağlamaktadır. Şartlı olgu olarak kabul edilen opsiyon hakkının tek taraflı varması gerekli irade açıklamasının kullanılmasıyla erteleyici şart gerçekleşmiş olur. Opsiyon akti, kendi içinde düzenlediği hüküm ve sonuçları meydana getirmeye başlar.

Opsiyon icap görüşüyle açıklanırsa, opsiyon hakkı kullanılırken ortaya konulan irade açıklaması temel akit için öngörülen şekle tabi olması gerekirken (80), şart görüşünün kabul edilmesi halinde şekil serbestisi ilkesine tabi olacaktır (81). Beyanın şartlı olgu olarak kabul edilmesi durumunda, şekil serbestisi geçerlidir (82).

---

79. LARENZ, s.114, 116.

80. Opsiyonun iki kurucu formundan birisi olarak icap akdini kabul eden görüş yandaşları her opsiyon akdini ve opsiyon hakkının kullanılmasını birbirine bağlı iki kurucu unsur olarak değerlendirdiklerinden her iki unsur içinde şekil zorunluğunu kabul etmektedirler (von EINEM, s.115; GEORGIADES, FS-LARENZ, s.425).

81. SOERGEL/WOLF, von 145, N.69, STAUDINGER/DILCHER, vorbem. 145, N.48; WALSMANN, Jher. Jb., 64, s.238; von EINEM, 70.

82. FLUME, II, s.684 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Opsiyon akdinden doğan opsiyon hakkı, şartlı akitten doğan beklenen hak olarak, şartın gerçekleşmesinden önceki belirsizlik - bekleme - döneminde korunur (83). Alman Hukukunda, opsiyon hakkı sahibinin şartlı talebinin BGB. § 160 ve 161 ile korunduğu kabul edilmiştir (84). Şart teorisinin kabul edilmesi halinde şarta ilişkin kanuni düzenleme kıyas yoluyla opsiyona da uygulanabilme imkanı mevcuttur (85).

Opsiyon hakkının kullanılmasından sonra tarafların akitten doğan temel borçların ifa edilmemesinin sonuçları genel hükümlere göre çözülür.

Opsiyon ilişkisinde, opsiyon akdi sahibi opsiyon verene uzun süre bağlılığının karşılığında, bir bağlılık parası (Bindegeld) ödeme yükümlülüğüne girebilir (86). Opsiyon veren opsiyon sahibinin bu hakkını kullanmaması halinde talep eder. Eğer bu bağlılık parası aktin kurulduğu esnada opsiyon verene ödenmiş ise, opsiyon hakkı kullanılmazsa, bunu iade yükümlülüğünden kurtulur. Opsiyon hakkı süresinde kullanılırsa, opsiyon hakkı sahibinin borcu para ise mahsup edilir (87). Para borcu değilse iade edilmesi gerekir.

---

83. Bekleme -belirsizlik- durumu ve bu dönemde doğan hak ve yükümlülükler için bkz. ANTALYA, s.162.

84. FLUME, BGB. § 161 opsiyon hakkına uygulanamıyacağını savunmaktadır (II, s.687). BGB § 161 uygulaması, ancak opsiyonun tasarruf muamelesinde kararlaştırılması ihtimalinde sözkonusudur. Hak kazanmanın ve kaybetmenin opsiyona bağlı olduğu ihtimallere göre BGB. § 160'ın sonuçları için bkz. SCHUMANN, s.7 vd.

85. GEORGIADES, FS-LARENZ, s.409, 423.

86. von EINEM, s.13

87. OERTMANN'ın şart görüşüne göre, bağlılık parası bozucu şart altında borçlanılmıştır- teklif edilen borçlandırıcı aktin kurulmasıyla şart gerçekleştiğinden bağlılık parası kendi varlık sebebini kaybettiğinden ya geri verilmeli ya da satım bedelinden mahsup edilmelidir (Bu görüş için bkz. von EINEM, s.49; KRÜGER, s.24; GEORGIADES, FS-LARENZ, s.433). PFEIFFER'in şart görüşünde ise (s.374 vd.), bağlılık parası çifte fonksiyona değil, alternatif fonksiyona haizdir. Kabul etmeme ile bağlılık parası karşı tarafa ait olur, kabul ile de bağlılık parası satım bedelinden mahsup edilir (ayrıca bkz. TRAUMANN'ın görüşü s.218 vd. ve von EINEM'in görüşü s.56 vd.).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KISALTMALAR

AcP.	: Archiv für die civilistische Praxis
aGY.	: Adı geçen yazar
AT.	: Allgemeiner Teil
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BB.	: Betriebsberater
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH.	: Bundesgerichtshof
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
BOrsG.	: Börsengesetz
c.	: Cilt
Diss.	: Dissertation
Dn.	: Dipnot
DNotZ.	: Deutsche Notarzeitschrift
FS.	: Festschrift
Jher.Jb.	: Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW.	: Juristische Wochenschrift
JZ.	: Juristenzeitung
KG.	: Kammergericht
MK.	: Türk Medeni Kanunu
N.	: Nummer
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
OLG.	: Oberlandesgericht
RG.	: Reichsgericht
RGZ.	: amtliche Entscheidungssamlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	: Sayfa
sa.	: Sayı
SR.	: Schuldrecht
vd.	: ve devamı
vorbem	: Vorbemerkung
ZBIFG.	: Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ANTALYA, O. Gökhan : Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, Doktora Tezi, İstanbul, 1991.

BLOMEYER, Arwed : Studien zur Bedingungslehre, 1938/39

BLOMEYER, Arwed : Zu Geschichte der Durchgriffs bei Vorvertraegen FS-RAAPE, 1948, s.269 vd.

BÖTTICHER, Eduard : Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964 (Kısaltılmışı: Gestaltung)

BÖTTICHER, Eduard : Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, FS-DÖLLE, 1963, Band 1, s.41 vd. (Kısaltılmışı: Besinnung)

CARTELLIERI, W. : Die Option - Ein Hilfsmittel zum Geschaeftabschluss bei Ungewissheit der Wirtschafts-, insbesondere der Waehrungsentwicklung, BB., 1948, s.162 vd.

DÖLLE, Hans : Juristische Endeckungen, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957, Band II, Teil B, s.1

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, Ankara, 1989.

FLUME, Werner : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschaeft, 1965

GEORGIADES, A. : Optionsvertrag und Optionsrecht, FS-LARENZ, 1973, s.409 vd. (Kısaltılmışı: FS-LARENZ)

GEORGIADES, A. : Besprechung von Henrich "Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag JZ., 1966, s.285 (Kısaltılmışı: JZ., 66)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

HAAB, Robert : Zürcher Kommentar, Bd. IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2.Aufl., Zürich, 1929

HECK, P. : Grundriss des Schuldrechts, 1929

HENRICH, Dieter : Vorvertrag, Optionsvertag, Vorrechtsvertrag, 1965.

HENSE, Franz : Anmerkung zu BGH., DNotZ., 1963, s.128 vd.

HOMBERGER, Artur : Züricher Kommentar, Bd. IV: Sacherecht, III. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 2. Aufl., Zürich, 1938.

ISELE, H.-G. : Optionsrechte des Verlegers, FS-BAPPERT, 1964, s.87.

KADUK, H. : Besprechung von Henrich "Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag", JR., 1967, s.160 vd.

KAUFMANN, Horst : Besprechung von Brandi-Dohrn "Der urheberrechtliche Optionsvertrag", AcP., 169 (1969), s.171 vd.

KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU,N.: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 2. baskı, İstanbul, 1985 (Kısaltılmışı: Borçlar).

KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU,N.: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959 (Kısaltılmışı: Satış Vaadi).

KRÜGER, Werner : Optionsrecht und Optionsvertraege, Diss., Göttingen, 1928.

LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrecht, Zweiter Band, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., München, 1977 (Kısaltılmışı: SR., II/1)

LARENZ, Karl : Die rechtliche Bedeutung der Optionsvereinbarungen, DB., 55 (1955), s.209 vd. (Kısaltılmışı: DB., 55)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

LARENZ, Karl : Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., München, 1983 (Kısaltılmış: AT., I)

LEVINSOHN, Julius : Der Vorvertrag, 1931

LINNEBORN, Walter : Das Optionsrecht, Diss., Köln, 1936

LORENZ, Werner : Vorzugsrechte beim Vertragsabschluss, FS-DÖLLE, Band 1, 1963, s.103 vd.

MAYER-HAYOZ, A. : Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1 Abteilung: Das Eigentum, 3 Teilband: Grundeigentum II, Bern, 1975

MIHÇIOĞLU, Cemal : Batı Kaynaklı Sözcüklere Türkçe Karşılıklar, AÜSBFD., c. 46, sa. 3-4,s 74 d.

OERTMANN, Paul : Optionsrecht (Optionsvertrag), Kartenauskunftei, Abteilung Wirschaftsrecht, 1922.

OĞUZMAN/SELİÇİ : Eşya Hukuku, 5. baskı, İstanbul, 1988

OSER/SCHÖNENBERGER : Zürcher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, 2. Aufl., 1929/1936

ÖZSUNAY, Ergun : Borçlar Hukuku, c.I, 2. baskı, İstanbul 1983.

PFEIFFER, Martin : Notarielle Beerkundung der Gegenleistung für eine Kaufofferte? ZBIFG., 1912, s.374 vd.

PULAŞLI, Hasan : Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989

RAAPE, Leo : Die Wollensbedingung, Halle, 1912

RÖSER, Fellix : Ankufsrecht, Vorhand, Einlösungsrecht und Option, Diss., Bonn, 1938

SCHUMANN, Werner : Die Option, Diss., Düsseldorf, 1969

SECKEL, Emil : Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, FS-KOCH, 1903, s.205 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SIBER, Heinrich : Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jher. Jb., 70 (1921), s.223 vd.

SOERGEL : Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Kohlkammer-Kommentar, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, (Kısaltılmış: SOERGEL/YAZAR)

TEKİNAY, S.S. : Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul, 1988

THIELE, Wolfgang : Die Zustimmungen in der Lehre von Rechtsgeschaeft, 1966

TRAUMANN : Ein Kritik der jungsten Reichsgerichtsentscheidung zu § 313 BGB., JW., 1907, s.217 vd.

VOLLENWEIDER, Hans : Die Option im Handelsrecht, Diss., Bern, 1917.

von TUHR, Andreas : Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I (1910), II/1 (1914), II/2 (1918).

von TUHR/PETER : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich, 1979.

von EINEM, Henning : Die Rechtsnatur der Option, Berlin, 1974

von STAUDINGER, J. : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Berlin, (Kısaltılmış: STAUDINGER/YAZAR).

WALSMANN, Hans : Ein Beitraf zur Lehrre von Wollensbedingung, Jher. Jb., 54 (1909), s.197.

WÜRDINGER, Hans : Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegrif, Diss., München, 1928.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883
MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SOSYOLOJİK VERİLERİN SOSYAL GÜVENLİK POLİTİKALARI VE SİSTEMLERİNE ETKİLERİ

Yrd. Doç. Dr. Abdullah Dinçkol*

I. GİRİŞ

Sosyal yaşamın bütün olayları, olguları, süreçleri aynı kolaylıkla gözlemi yapılabilecek nitelikte değildirler. Bu yaşamın akıcı, değişken, izlenmesi güç yanları olduğu gibi; donmuş, katılaşmış, billurlaşmış görünümleri de vardır (1). Bu sonuncuları, yani donmuş, kalıplaşmış, katılaşmış görünümleri tesbit etmek, büyük zorluk arzetmez. Bunları çalışmalarında kullanacak her sosyal bilimci kolaylıkla çekip alabilir, etkilerini belirleyebilir. Ancak bir toplumun dinamik, oynak, değişken cephelerinin incelenmesi ve bunların bir zemine oturtulabilmesi "daha incelmiş, daha karmaşık" yöntemleri gerektirmektedir (2). Bu yöntemleri kullanıp sağlam bir zemin hazırlayacak, buradan hareket edip, bu zemin üzerine yapılar kuracak sistemlerin hazırlanmasına en büyük katkıyı ise sosyoloji sağlıyacaktır. Bu sistemlerin, toplumsal gerçeğin bütünlüğünü sezinlemede ve kendi kesitsel gerçekleriyle bu bütünsellik arasındaki yaşamsal ilişkileri kavramada karşılaştıkları güçlükler; onları sosyolojik verilerden yararlanmaya yöneltmektedir.

Sağlıklı bir sosyal güvenlik politikasının belirlenmesi de belirtilen sağlam zemini gerektirmektedir. Bu zemini bulamayan, sosyolojik verilerden yeterince yararlanıp, toplumsal yapı ile bütünleşmeyen bir sosyal güvenlik politikası, bu yapının isteklerine yeterli yanıtı veremeyecek demektir. Öncelikle bu yapının gereksinim ve isterlerinin sağlıklı bir şekilde saptanması, onun başarısını kolaylaştıracaktır. Sosyal güvenlik sistemleri açısından da aynı durum sözkonusudur. Özel nitelikli sosyolojik faktörlerin belirlenmesi ve bunların değerlendirilmesi, adı geçen sistemlerin oluşum ve işleyişlerini olumlu yönde etkileyecek veya olumsuzlukların giderilmesine yardımcı olacaktır. Çünkü sosyolojinin kapsamına giren sağlık, yaşlılık, aile ve yoksulluk gibi toplumsal konular aynı zamanda sosyal güvenliğin temel uğraşı alanı içinde yer alırlar. Bu nedenle

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1. **TOPÇUOĞLU, Hamide,** Hukuk Sosyolojisi Dersleri, (Sosyoloji Açısından Hukuk), Cilt II, Bölüm I, Ankara, 1964, s.49-50.
2. **İbid.,** s.60.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sosyal güvenliğin sosyolojik verilerle uyum içinde bulunması kaçınılmazdır; aksi durumda, yani sosyal güvenliğin toplumsal yapıyla bütünleşmemesi, bu yapının isteklerine yanıt verememesi onun başarısızlığını simgeleyecektir (3).

II. SOSYOLOJİK VERİLERİN SOSYAL GÜVENLİK POLİTİKALARINA ETKİLERİ

1-) Genel Olarak

İnsanın insanca yaşamasında ve bunun için toplumdaki kazanılmış ve kazanılacak ulusal zenginliklerin âdil olarak dağılımında rol oynayan sosyal politikadan (4) hareketle "..kişilere insan onuruna yaraşır, asgari bir yaşam düzeyi sağlama.." ve aynı zamanda "..kişinin ulaşmış olduğu yaşam düzeyini koruma ve sürdürme.."(5) amacına yönelen sosyal güvenlik politikasının(6) sorunları, devirden devire, ülkeden ülkeye değişiklikler ve farklılıklar göstermektedir (7). Çünkü, sosyal bir varlık olan insan, zaman içinde devamlı gelişim göstermektedir. Bu gelişmeye uygun olarak insanın özlemleri ve ihtiyaçları (8) daha da hızlanarak art-

3. GÜZEL, Ali/OKUR, A. Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. bası, İstanbul, 1990, s.73.

4. Günümüzde en geniş anlamıyla sosyal politika: "Toplumdaki bütün sosyal grupların barış ve çalışma ahengini temin etmek, tam istihdamı sağlayarak işsizliği önlemek, çalışma şartlarını ıslâh ederek insan haysiyetine yaraşır bir çalışma düzeni kurmak ve herkesin yaptığı işe uygun insanca yaşamasını sağlayacak düzeyde ücret almasını temin etmek, sosyal sigortalar ve sosyal yardım müesseseleri vasıtasıyla insanları yarın endişesinden kurtaracak sosyal güvenlik sistemini ve vergi adaletiyle milli gelirin adil dağılımını sağlayıp, sosyal adaleti gerçekleştirip ve refahı yaygınlaştırmak; toprak ve tarım reformu ve geri kalmış yörelere yeni yatırımlar yaparak bölgeler arası dengesizlikleri ortadan kaldırmak ve toplumun bünyesini korumak için alınan, uygulanan ve alınması, uygulanması düşünülen tedbirler bütünü" olarak kabul edilmektedir. Ek. **DİNÇKOL, Abdullah,** Sosyal Güvenlik Açısından Toprak ve Tarım Reformu, "Sistem Kurma" Çerçevesinde Bir İnceleme, M.Ü.Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 1992, s.66, dn.1'de belirtilen kaynaklar; ayrıca bk. **İbid.**, s.63-67.

5. Burada kastedilen ulaşılmış yaşam düzeyi, sadece insan onuruna yaraşır "asgari" bir yaşam düzeyidir. Yoksa sosyal güvenliğin amacı bireyin ihtiyacı olan "herşeyi" temin etmek değildir. Bu konuda devletin görevi, bireye bir "asgari"nin temin ve garantilenmesidir ki, birey bu "asgari"nin sağlanmasını düşünmek zorunda kalmadan daha iyi şartlar için çalışır. **HALL, P.M.,** The Social Services of Modern England, 6 th edition, reprint, Routhledge and Kegan Paul Ltd., London, 1966, s.262.

6. Bu konuda bk. **DİNÇKOL,** s.67-69.

7. Bu gün sosyal güvenlik kavramının herkesçe benimsenebilen ortak bir tanımının bulunmaması da bunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu konuda ve çeşitli tanımlar için bk. **İbid.**, s.60, dn.3.

8. Maslow'a göre, insan arzulayan bir yaratıktır, daima ister ve daha çok ister. İhtiyaçlarından biri karşılandığında onun yerini hemen bir başkası alır. Bu süreç sonsuzdur. Karşılanan bir ihtiyaç yeni davranışları teşvik etmez. Yalnızca tatmin edilmemiş / ...

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maktadır. Ortaya çıkan yeni durumlar ve ihtiyaçlar, yeni sosyal koruma politikaları ve önlemleri gerektirmektedir. Sosyal güvenlik politikası da, sosyal politika gibi bu değişimlere uygun önlemleri almak zorundadır. Bu bakımdan başarılı, etkili sonuçlar alan veya almak isteyen bir sosyal güvenlik politikası, statik değil, devamlı değişken, devamlı yeni önlemleri gerektiren, dinamik bir yapıya sahip olmalıdır. Bu dinamikliği yakalamak, sosyal gelişmenin arkasında kalmamak için sosyal güvenlik politikasının sosyolojik verilerden yararlanması gerekmektedir.

Öte yandan, sosyolojinin katkısı sadece yeni sosyal güvenlik politikalarının "...formüle edilmesinde ve ortaya konmasında yararlı olabilecek enformasyon sağlamakla (da) sınırlandırılmamalıdır. Bu politikaların işlem ve başarılarını ölçüp değerlendirmekte da..."(9) sosyolojinin önemli katkıları olmalıdır. Ancak genellikle bu tür pratik nitelikteki değerlenme araştırmaları, çok az yapılmaktadır. Ekonomik ve toplumsal yaşamda planlı ve radikal değişikliklere girişilmiş olan ülkelerde bile, değişik politikaların daha doğru değerlendirilmelerini sağlayabilecek toplumsal denem ve araştırmalardan yeterince yararlanılmaması şaşırtıcı olmaktadır (10).

Günümüzde sosyolojik verilerden sadece herhangi bir alanda izle-

---

ihtiyaçlar davranışları teşvik eder. İnsani ihtiyaçlar bir kademeler serisine göre ve önem derecelerini belirten bir hiyerarşiye göre sıralanırlar. Bu konuda bk. **MASLOW, A.H.**, "A Theory of Human motivation", I. L Heckmann Jr and S.G. Huneryager (eds.), Human Relations in Management, South-Western Publishing Company, Cincinati, 1960, s.122-144; **MASLOW,A.H.**, Motivation and Personality, Harper and Row Publishers, Incorporated, New York, 1954, passim.; Maslow'un ihtiyaçlar hiyerarşisini test eden bir çalışma için bk. **HALL, Douglas T./NOUGAIM, Khalil E.**, "An Examination of Maslow's Need Hierarchy in an Organizational Setting", Organizational Behavior and Human Performance, Feb 1968, passim.; İnsan ihtiyaçları hiyerarşisi için ayrıca bk. **LIKERT, R.**, "A Motivational Approach to a Modified Theory of Organization and management", M.Haire (ed.), Modern Organization Theory, John Wiley and Sons, Inc., New York, 1959, s.184-217. Ayrıca bk. **HICKS, Herbert G.**, Örgütlerin Yönetimi: Sistemler ve Beşeri Kaynaklar Açısından, çev. Osman Tekok, et.al., III. baskı, Ankara, 1979, s.55; **ÖKÇESİZ, Hayrettin**, "İnsan ve Hukuk Devleti", Kamu Hukuku Bülteni, Ocak 1980, S.1, s.2; Madsen çeşitli psikologlarca ortaya konan insan ihtiyaçlarını kıyaslamaktadır. **MADSEN,K.B.**, Theories of Motivation, 4 th edition, The Kent University Press, Kent, Ohio, 1968, özellikle 317-318; **HAMBURG,D.A.**, "Emotions in the Perspective of Human Evolution", P.H. Knapp (ed.) The Expression of the Emotions in Man, International University Press, Inc., New York, 1963, s.312; **KRECH, David/KRUCHFIELD, Richard S./BALLACHEY, Egerton L.**, The Individual in Society, McGraw-Hill Book Co., New York, 1962, s.69; **DİNÇKOL**, s.53, dn.1 ve s.56, dn.4.

9. **BOTTOMORE, T.B.**, Toplumbilim, çev. Ünsal Oskay, ikinci baskı, İstanbul, 1984, s.337. Örneğin, sağlık, eğitim, konut ve sosyal hizmetlere ilişkin politikaların uygulama şekline karşı tepkilerin saptanması ve değerlendirilmesi bu türdendir.

10. **İbid.**, s.337-338.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

necek politikanın üretici ve uygulayıcıları değil, başka pek çok kimse de yararlanmaktadır. Bu doğrultuda sosyal güvenlik alanında izlenecek politikanın oluşturulmasında ve uygulanmasında yeralan kimselerin eğitilmesi ve yetiştirilmesine katkıları dışında sosyoloji, toplumun diğer birey ve tabakalarına da sosyal güvenlik sorunları hakkında bilgi ve veri sağlamaktadır. Böylece bu kişileri daha rasyonel yargıda bulunabilecek, tartışma konusu sosyal güvenlik sorunları hakkında daha dirayetli kararlar alabilecek duruma getirmektedir. Bu bakımdan, sosyal güvenlik alanındaki sosyolojik verilerin elde edilip, işlenip, sunulması; kamuoyunu ya da en azından kamuoyunun bu tür sorunlara karşı ilgi duyan kesimini eğitmektedir denilebilir. Bu alanda sosyoloji, sosyal güvenlik sorunlarının düşünülüp tartışılmasında gerekli olan kavramsal çerçeveyi, temel bilgileri ve tartışmanın belli bir düzeyde yapılmasını sağlamış olmaktadır (11).

Buradan hareketle, bazı toplumsal olgu ve olayların sosyolojik kavram ve kuramlar çerçevesinde ele alınmasının sosyal güvenlik politikalarının saptanmasında nasıl rol oynadığına değinmek yerinde olacaktır.

2-) Sosyal Güvenlik Politikasının Saptanması Amacına Yönelik Olarak Toplumsal Farklılaşmanın Gözlenmesi

İnsanlar büyük bir toplum ve bu toplumda yer alan diğer alt gruplar içinde yaşamaktadırlar. Sosyolojinin özellikle uğraştığı toplum, içinde diğer daha küçük toplumları, grupları, bir diğer deyişle "topluluk"ları içeren tüm "toplum"dur (12). Bu anlamda toplum, belirli bir bölgede yaşayan insanlardan oluşmuş ve üyelerinin ortak bir yaşayış tarzını bölüştükleri en büyük insan grubudur (13). Öte yandan; küçük veya büyük

---

11. Bu konuda ve toplum bilimin yeni sosyal politikaların belirlenmesindeki rol ve etkileri için bk. İlkel., s.332-344.

12. **DÖNMEZER**, Sulhi, Sosyoloji, redaksi bası, İstanbul, 1978, s.6; **KURTKAN**, Âmiran, Genel Sosyoloji, İstanbul, 1976, s.8.

13. **DÖNMEZER**, s.6; Toplum, insanların toplu yaşamlarının en geniş sınırlarda sürdürüldüğü, birlikte yaşamanın gerçği durumundaki fonksiyonların en geniş sınırlar içinde gerçekleştirildiği; ortak kültür, toplumsal normlar, değerler ve standardların en geniş ölçülerde bulunduğu ve belli bir iktidar bütünlüğündeki toplumsal düzeni ifade eder. Bottomore'dan edinilmesi bu tanım için bk. **ÖZCAN**, M.Tevfik, İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk, I.(Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 1989, s.33-34. Ayrıca **BOTTOMORE**, s.117-123. Çeşitli tanımlar için bk. **KURTKAN**, s.4; **OZANKAYA,Özer**, Toplumbilime Giriş, 2. basım, Ankara, 1977, s.3; **FREYER, Hans**, Sosyolojiye Giriş, çev. Nermin Abadan, Ankara, 1963, s.10 vd.; **KIRAY, Mübeccel, Ereğli, Ağır Sanayiden Önce Bir Sahil Kasabası**, DPT. yayını, Ankara, 1964, s.7; **KAPANİ,M.**, Politika Bilimine Giriş, Ankara, 1978, s.33. Parsons'a göre toplum, uzun süreli varoluşun, temel fonksiyonel gereklerini kendi kaynaklarından sağlayabilen bir toplumsal sistemdir. **TOLAN, Barlas**, Toplum Bilimlerine Giriş, 3. baskı, Ankara, 1991, s.193.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

herhangi bir grubun üyeleri her nerede, şu veya bu münferit çıkarı değil, fakat ortak yaşamın ana koşullarını paylaşacak şekilde bir arada yaşarlarsa,biz bu gruba topluluk diyoruz. Bir topluluğun belirtisi, bireyin yaşamının tamamen bunun içerisinde geçirilebilmesidir (14).

Tarihin eski devirlerinden beri her toplum diğerinden farklılık gösterdiği gibi; yaşam biçimleri de toplumu oluşturan bireyler arasında az ya da çok farklılaşmaya yol açmıştır. Gerçekten en basit bir toplumda (15) dahi, insan yaşamının gerektirdiği fonksiyonlara bağlı farklılaşmalar bulunmaktadır (16).

Çağdaş toplumların önde gelen özelliklerinden biri giderek artan farklılaşmadır. Spencer'e bakılacak olursa, evrimleşme zaten farklılaşma anlamına gelmektedir. İkili toplum sınıflamalarının en klasiklerinden biri, Durkheim'ın mekanik ve organik dayanışmalı toplum ayırımı farklılaşma üzerine kurulmuştur. Marx'a bakılacak olursa farklılaşmanın kökenindeki işbölümü, tarihin temel güçlerinden biridir. Bu işbölümü ve farklılaşma toplumsal kategoriler, gruplar arasındaki işbölümü ve farklılaşmadır. Bunun sonucunda oluşan gruplar türdeş değildir (17).

Toplumsal farklılaşma olgusunun kuşkusuz en genel ve önemli görünümü "tabakalaşma" olgusu ve olguya bağlı olarak toplumsal sınıflar ve mobilitedir(18).

Günümüzün sanayi toplumlarında toplumsal tabakalaşma durumu, toplumsal sınıfların varlığının yanısıra statü gruplarının da varlığı

---

14. **MACIVER, R.M./PAGE, Charles H.,** Cemiyet, çev. Amiran Kurtkan, Milli Eğitim Basımevi, 100 Temel Eser, No.2,C.I, İstanbul, 1971, s.14.

15. Basit bir toplum Spencer'e göre temelde belli bir organizasyon ilkeliğine sahip toplumdur. Durkheim'a göre ise basit bir toplumdan anlaşılması gereken şey, kendisinden daha basit başka toplumları kapsamayan her toplumdur. Sözkonusu toplum, yalnızca şu anda tek bir parçaya indirgenmiş olmamalı, ayrıca önceki bir parçalanmaya ilişkin bir iz taşımamalıdır. **DURKHEIM, Emile,** Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, çev. Cemal B.Akal, BFS yayınları, İstanbul, 1965, s.103-104 vd.

16. Örneğin, beslenme için av veya daha gelişmiş teknikler; çiftleşme için -formal olarak ne şekilde olursa olsun- evlilik; varlık sürdürme için aile, çocukların yetiştirilmesi ve gerektiğinde başkalarıyla kısa ya da uzun önemli işbirlikleri... Bunların herbirinde birey ayrı bir işlev yüklenir. **ÖZCAN,** s.47 vd.

17. **BOZKURT, Ömer,** Memurlar, Türkiye'de Kamu Bürokrasisinin Sosyolojik Görünümü, Ankara, 1980, s.154.

18. Her ne kadar, toplumsal farklılaşma olgusu, sadece tabakalaşma olgusuna indirgenemez ve çeşitli grupsal görünümleri, topluluklar veya çıkar grupları olarak belirginleşmesi dikkate alınmalıysa da, bu yazı çerçevesinde ağırlıklı tabakalaşma açısından ele alınacaktır. Bu konuda bk. **TOLAN,** s.257.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ile karmaşık bir görünüm kazanmış bulunmaktadır (19). Her toplumda bazı insanların (değer verilen şeylerden) en yüksek payı elde ettiklerini, bazılarının en düşük payı aldıklarını, bir başka bölümünün de bu iki uç arasında bulunduğunu görürüz. Toplumsal tabakalaşmayı incelemek isteyen kimse, insanların bu şekilde sıraya girişini anlamak ve bu sıralar arasındaki farkların ne olduğunu ve neden ileri geldiğini bilmek isteyecektir. Bir toplumda her sıra veya tabakayı belirgin kılan özellik, üyelerinin toplumca değer verilen şeyleri veya deneyleri elde etmek hususundaki şanslarının birbirine çok yakın olmasıdır. Bu değerler araba, para, oyuncak, ev vs. olabileceği gibi, başkalarından saygı görmek, belli bir seviyeye kadar eğitim elde etmek, nezaketle muamele edilmek vs. de olabilir. Herhangi bir tabakaya mensup olmak, bu değerleri elde etmek hususunda o tabakanın öteki üyeleriyle benzer şansa sahip olmak demektir (20). Ancak, tabakaların birbirleriyle mukayesesinde ise; bir tabakanın üyelerinin sözkonusu değerleri elde etme hususundaki şanslarının diğer tabakaların üyelerinin şanslarından farklı olduğunu görüyoruz. Bu açıdan en genel şekliyle tabakalaşma, belirli bir nüfusun hiyerarşik olarak, yani sosyal anlamda üst üste gelen (gruplar) halinde farklılaşmasıdır diyebiliriz (21). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kişilerin ve grupların, az veya çok, fakat belirli bir derecede sürecek bir statüler hiyerarşisi içine girmesi, konulması sürecine "tabakalaşma" adı verilmektedir (22). Tabakalaşma böylece bir tür eşitsizlik hiyerarşisidir (23). Gerçekten tarihin

19. **BOTTOMORE,** s.207. Bu ikisi arasındaki farkı ilk gören ve ikisi arasındaki ilişkiyi inceleyen Max Weber olmuştur. Bir ölçüde basitleştirilecek olursa, "sınıfların" üretim ve şeylerin elde edilmesiyle ilgilerine göre tabakalandığı, "statu gruplarının" ise belirli "hayat tarzı ile ifade edilen tüketimlerinin ilkelerine göre tabaklandığı söylenebilir. **Ibid.,** s.208. Toplumsal tabakalaşma kuramları için ayrıca **Ibid.,** s.212 vd.; **TOLAN,** s.260-270.

20. **MILLS, C.Wright,** "Toplumsal Tabakalaşma Sosyolojisi", çev.Ozer Ozankaya, AÜSBFD., C.XIX, Eylül-Aralık 1964, N.3-4, s.126.

21. **SOROKIN, Pitirim A.,** Social and Cultural Mobility, The Free Press of Glencoe, New York, 1959, s.11. "Tabakalaşma", jeolojiden sosyal bilime aktarılmış bir kavramdır. Ancak kavramın jeolojide kullanıldığı anlam sosyolojide kullanıldığı anlamdan farklıdır. Bu farklılıkları; sosyolojide kullanıldığı anlamda, tabakalar arasında karşılıklı ilişkilerin bulunması, tabakalaşma sisteminin bireylerin davranışlarını etkilemesi ve tabakalaşma sistemlerinin zamanla değişmekte olmasına rağmen, jeolojik tabakalarda bu tür durumların olmaması bağlamında üç kategori altında toplamak mümkündür. **WORSLEY, P.,** Introducing Sociology, Cox and Wyman Ltd., London, 1970, s.283.

22. **DÖNMEZER,** s.294; **SENCER, Muzaffer,** Sosyal Sınıflar (Kriter ve Göstergeler), Gözlem Yayınları, İstanbul, 1974, s.119. Bir başka ifadeyle tabakalaşma, bir topluluğun iş bölümü gereği benzer veya aynı rolleri (konumları) ve bunlara bağlı statüleri paylaşan bireylerin oluşturduğu hiyerarşik gruplara bölünmesi olarak da tanımlanabilir. **SENCER,** s.119.

23. **DÖNMEZER** s.294; **WORSLEY,** s.283.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

değişik dönemlerinde başka başka toplumlarda "kast", "zümre", "sınıf" gibi değişik isimler altında ortaya çıkan bu farklılaşma, ona verilen isimlere bakılmaksızın ve daima toplumdaki insanlar arasında gelir, iş, yaşama düzeyi, saygınlık yönlerinden bir eşitsizliği ifade etmiştir (24). İçinde bütün kişilerin aynı, tamamiyle eşit derece ve rütbelere, ayrıcalıklara sahip olduğu bir toplum yoktur. Bu itibarla içinde tam bir eşitlik var olan bir toplum sözkonusu olamaz, ancak, tabakalaşma dereceleri farklı, çok belirgin veya az belirgin, çok kristalleşmiş, az kristalleşmiş olabilir. İçinde tabakalaşma olmayan toplum fikri bir ütopidir (25). Kaldı ki, insanları toplum içinde kendilerine gösterilmesi gereken ve onlardan beklenmesi gereken davranışlara göre kategorilere ayırmak gereklidir. Her kategori ne kadar kolaylıkla tanınırsa, kendisinden beklenen görevleri de o kadar kolaylıkla yerine getirir. Toplumsal yaşamın örgütlendirilebilmesi ve eşgüdülebilmesi için insanların kategorilere ayırtedilmesi zorunludur (26).

Toplumsal tabakalaşma türleri içinde "sınıf"ı saptamak en fazla güçlüğe yol açanıdır. Sosyal sınıf içinde kimlerin hangi ölçüte göre toplanacakları, temel sorunu oluşturmaktadır (27). Bu sorunun çözümü çerçevesinde toplumbilimde, sınıflar konusunda bir yanda realizme öte yanda nominalizme yönelen kuramlar geliştirilmiştir. Realist yaklaşımda sınıflar somut ve yaşayan gerçekler olarak alınmaktadır. Nominalist yaklaşımda ise toplumsal sınıflar hiyerarşik bir bütünü anlamak amacıyla kurulmuş, "inşa edilmiş" kategorilerden ibarettir (28).

---

24. **KAPANI**, s.73; **ÖZCAN**, s.156. Toplumsal farklılaşma doğrultusunda "toplumsal eşitsizlikler" için bk. **TOLAN**, s.257 vd. Toplumsal tabakalaşma tipleri için bk. **BOTTOMORE**, s.196-211.
25. **DÖNMEZER**, s.294.
26. **LUNDBERG, G.A./SCHRAG, C.C./LARSEN, O.N.**, Sosyoloji, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, 1969, s.404-405.
27. **ÖZCAN**, s.156-157, ds.12.
28. **BOZKURT**, s. 155. Nominalist yaklaşıma örnek olarak, Pareto, Weber ve Halbwachs sayılabilir. Örneğin Weber'e göre, sınıf gerçek bir topluluk değildir, sadece topluluk eylemi için olanaklı temelleri ortaya koyan bir gruplaşmadır. Bir bireyler grubu a) özellikle mal sahipliği ve gelir olanakları alanında ekonomik çıkarlarla belirlen, b) mal ve emek piyasalarının koşulları altında ortaya çıkan, c) özel bir şans veya fırsata sahip olduklarında bir sınıftan söz edilebilir. Marxist sınıf kuramı, Georges Gurvitch'in toplumsal sınıf yaklaşımı ve Warner'in sınıfsal yapı modeli ise realist yaklaşımın örnekleridir. Bunlar somut oluşumlara dayalıdır. **Ibid.**, s.155; **SENCER**, s.74 vd. et.passim.; **TOLAN**, s.260 vd.; **WEBER,Max**, Sosyoloji Yazıları, Ed.H.H.Gerth/C.Wright Mills, çev. Taha Parla, Hürriyet Vakfı, İstanbul, 1986, s.177 vd.; **OSIPOV,G.**, Toplumbilim, çev. Ünsal Oskay, Sol Yayınları, Ankara, 1977, s.191 vd., **ERÖZ, mehmet**, İktisat Sosyolojisine Başlangıç, 2. bası, İstanbul, 1977, s.76 vd.; **KURTKAN**, s.151 vd.; /...

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Soyut ve genel bir tanımının yapılmasındaki ve bazı hallerde aralarındaki sınırların belirtilmesindeki güçlüğe rağmen sosyal sınıfların varlığı şüphe götürmeyen bir gerçektir. Bu gerçeğin temelinde ana faktör olarak ekonomik faktörün yer aldığı da keza tartışma dışında kalan noktalardan biridir. Ekonomik faktöre ek olarak statü ve saygınlık unsurlarının tabakalaşmada rol oynadığını da kabul etmek gerekir. Bu doğrultuda sosyal sınıfları kabaca, aynı sosyo-ekonomik durumu (şartları) kollektif şekilde paylaşan ve aralarında eşitsizlik bulunan gruplar olarak nitelendirebiliriz (29).

Öte yandan, Çağdaş karmaşık toplumlardaki sosyal sınıfların özelliğini, sınıflar arasındaki sosyal mobilitenin (akıcılığın) genişliği ve fazlalığı oluşturmaktadır. Genel olarak, bireylerin ve insanlardan oluşan kategorilerin, ailelerin tabakalaşma yapısında, bir mevkiden diğerine olan hareketlerine "sosyal akıcılık" denir (30). Sosyal akıcılığın ölçüsü ve hızı, değişik faktörlere bağlı olarak (fırsat eşitliğinin, eğitim olanaklarının, gelir dağılımında sosyal adalet ilkelerinin tanınması gibi) bir toplumdan diğerine değişebilir (31).

Sosyal bakımdan aynı düzeyde olan sınıfların aynı tabakaya mensup olmaları, zorunlu olarak sosyal mesafe kavramını da içine almaktadır. Çünkü alt ve üst tabakalar arasındaki mesafe, coğrafi ve fiziki bir uzaklık olmayıp, sosyal bir anlam taşımaktadır. Bu bakımdan birbirine fizik manada çok yakın bulunan iki kişi, örneğin bir mağaza sahibi ile, onun istihdam ettiği tezgahtar, aslında sosyal anlamda aralarında büyük mesafe bulunan iki kişidir. Buna karşılık, birbirinden çok uzak iki şehirde yaşayan iki kişinin (örneğin iki tüccarın veya iki işsizin veyahut da korunmaya muhtaç iki çocuğun) sosyal mesafe bakımından birbirleri ile yanyana oldukları ifade edilebilir. Şu halde sosyal mesafe, belirli bir

---

DÖNMEZER, s.302 vd.; **CANGIZBAY, Kadir**, Gurvitch Sosyolojisi, Değişim Yayınları, Ankara, 1986, s.63 vd.; **BOTTOMORE**, s.206 vd.; **OSSOWSKI, S.**, Class Structure in the Social Consciousness, Routledge and Kegan Paul, London, 1963, passim; **OZANKAYA**, s. 115-144.

29. **KAPANİ**, s.79-80.

30. **DÖNMEZER**, s.317. Sosyal akıcılık, dikey ve yatay olmak üzere iki türlüdür. Yatay akıcılık aynı bir tabaka, bölüm içindeki harekettir; diğer çeşit akıcılık ise, birbirine göre hiyerarşik düzen içinde bulunan mevkiler arasındaki sosyal hiyerarşide düşme veya yükselmeyi sonuçlayan harekettir. **Ibid.**, s.317; **TAPLAMACIOĞLU, Mehmet**, Din Sosyolojisi, Ankara, 1963, s.27-31; **FREYER**, s.145-172; **ÇAĞATAY, Tahir**, Günün Sosyolojisine Giriş, ikinci baskı, Ankara, 1958, s.75-84; **TOLAN**, s.270 vd. **ERÖZ**, s.80 vd.

31. **KAPANİ**, s.79.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sosyal sınıfa mensup bulunan herhangi bir bireyin, diğer sınıflarla ve o sınıflara mensup bulunan gruplar ve bireylerle olan hiyerarşik ilişkilerini, bir nüfus içerisindeki sınıfların birbirleri ile olan ilişkilerini ve belirli nüfusların aralarında sosyal farklılık ilişkilerini gösteren bir kavramdır (32).

Bu açıklamalar belirtmektedir ki, tabakalaşma ve sosyal sınıfların saptanması sadece sosyoloji açısından değil, diğer disiplinler yanında, sosyal politikaların belirlenmesi açısından da önem kazanmaktadır. Sosyal sınıflar arasındaki eşitsizliklerin asgariye indirilebilmesi, toplumda homojenliğin sağlanabilmesi için; kime ne gibi tedbirler uygulanacağının saptanması, kimin hangi grup içine girdiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu saptamayı yapacak olan ise, sosyoloji aracılığı ile sosyal politikadır. Çünkü, "toplum tabakaları, sosyal gruplaşmalar ve dolayısıyla farklılaşmalar üzerinde duran sosyoloji ilmi, bozuk toplum düzenini tespit edip, geleceğe ilişkin tehlikeleri göstermesine rağmen, ilmin tarafsız kalma zorunluluğu yüzünden, toplum düzeninin nasıl olması gerekeceğini belirtmekten uzak kalıyordu" (33). Bu bakımdan sosyal politikanın belirlenmesinde sosyolojik saptamalara dayanılması, sürecin o saptamalar üzerine kurularak geliştirilmesi, sınıflar arası eşitsizliğin olanaklar ölçüsünde alınacak koruyucu önlemlerle ortadan kaldırılmaya çalışılması gerekmektedir. Zira "burada özel sosyolojik düşüncelerden uzak çok değişik hedeflere yönelmiş (önlemler) sözkonusu edilmektedir. Bunlar öyle (önlemlerdir ki) bugün sosyolojik açıdan klasik piramit şeklinde tanımlanan toplum yapısını bile değiştirecek boyutlara varmıştır... Sınıf çatışmalarını gidermek için alınan sosyal politik (önlemlerle), sınıflar arasındaki büyük farklar giderilerek, sınıflar arasında bir yaklaşma sağlandığı cihetle aşağı sınıftan orta sınıfa doğru kuvvetli akım, kalın bir orta sınıf yaratmak suretiyle piramide benzetilen toplum yapısını bir yıldız şemasına dönüştürmüş bulunmaktadır" (34).

---

32. **KURTKAN**, s.149-150. Böylece herhangi bir aileye mensup bir bireyin başka meslekler mensup başka ailelerin bireylerine nazaran, bir ülkedeki herhangi bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıfa nazaran ve bir ülkedeki nüfusun, başka bir ülke nüfusuna kıyasla daha üst veya alt seviyede düşünülmesini gerektirecek durumda olması, bize sosyal mesafe kavramının üç ayrı yönünü ifade etmektedir. **İbid.**, s.150.
33. **ERKUL, İhsan**, Sosyal Politika Dersleri, Birinci Cilt, İstanbul, 1983, s.21.
34. **İbid.**, s.21-22. Ayrıntı için bk. **ERKUL, İhsan**, Sosyoloji Dersleri, Ders Notu, Eskişehir, 1976, s.110 vd. Orta sınıfın güçlendirilmesi, genelde tüm ülkelerin sosyal ve ekonomik politikalarının esasını oluşturmaktadır. Ülkemizde de "orta direk" sözcüğünün yaygın kullanılması bu cümledendir. Ancak bu politikaların özellikle ülkemizde başarılı olduğunu söylemek olanaklı değildir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Öte yandan, toplum içindeki sosyal grupların sorunları birbirinden farklıdır. Çözüm yolları da aynı şekilde farklı olacaktır. Farklılıkları ve uyuşmazlıkları barışçı yollardan çözebilmek için, öncelikle sorunları birbirine benzeyen sosyal sınıfların belirlenmesi, bunların kategoriler altında toplanması gerekecektir. Bu kategoriler ve sosyal sınıflar, sosyal güvenlik politikalarının saptanmasında da önemli rol oynayacaklardır. Örneğin, Türk toplumunu dikkate alırsak, çalışan gruplar yanısıra, çocuklar, yaşlılar, sakatlar, korunmaya muhtaç olanlar, işsizler bulunmaktadır. Bunların belirli kategorilere ayrılması sorunu; hangi gruplara sosyal güvence sağlamada öncelik verileceğinin saptanması bakımından, sosyal güvenlik politikasının halletmesi gereken sorunların başında gelmektedir. Bu sorunların çözülmesi ise, sosyolojik çalışmalardan yararlanmadan tam olarak gerçekleştirilemez, ya da hatalı ve yanlış istikamette gerçekleştirilebilir. Genellikle bu durum da, önceliğin, sesini en fazla duyurabilen, güçlü bir baskı grubu ve kamuoyu oluşturabilen kesimlere tanınması sonucunu doğurmaktadır (35). Bu açıdan sosyal grupların belirlenmesinde sosyal güvenlik politikalarının, sosyolojik çalışmalardan etkilenmesi ve yararlanması gerekmektedir.

3-) Sosyal Güvenlik Politikasının Saptanması Amacına Yönelik Olarak Sosyal Değişmenin İzlenmesi

Değişme her insan toplumunun esas karakteristiğidir. Değişmenin olmadığı bir insan topluluğu düşünmek olanaklı değildir (36). Gerçekten değişme, insanın maddi ve manevi yaşantısında, doğal çevre ve sosyal düzeninde öyle bir yer almıştır ki, olağan sayılmakta ve çoğu kez ne me-

35. **DİNÇKOL,** s.218. Ülkemizde sosyal güvenlikten yararlanacak kesimlerin saptanmasında sosyolojik çalışmalardan yararlanılmaması, bir çok güçsüz kesimin kapsam dışı kalmasına yol açmaktadır. Örneğin istiklâl madalyası sahiplerine 1969 yılında aylık bağlanması kabul edilmiştir. 1969 yılına kadar, seslerini duyuramadıkları için hatıra bile gelmeyen istiklâl madalyası sahiplerinin yarısı Cumhuriyet kurulduğu zaman zaten ihtiyarlamış insanlarda. Bu harbi, Balkan harbi, cihan harbi ve arkadan istiklâl savaşı gibi harplerde pek büyük bir kısmı 20 yıldan az askerlik yapmamış kimselerdi ve istiklâl savaşından da her nasılsa gazi olarak çıkmış olan bu insanlar hayatta hiçbir zaman maaşlı sahibi olmamış, ömürlerini harplerde geçirmişlerdi. Türkiye bunlara maaş vermeyi düşünmedi, lüzum görmedi ve onların da birçoğu gerçekten köşe başlarında dilenmek de dahil, sürünerek ölüp gittiler. Genç olarak istiklâl harbine katılanlar ise, 1960'larda zaten çoktan ihtiyarlamışlardı. Bu bakımdan onların da pek azı sağlığında aylık alabilmek hakkını elde edebildiler. Bk. **YAZGAN, Turan,** Görüşler, Kutsun Yayınları, İstanbul, 1977, s.24 vd.

36. Gerçekten de hiçbir toplum hareketsiz (statik) değildir. Heraclitus, "Dünyada hiçbir şey sabit değildir; değişme müstesna" demiştir. **DÖNMEZER,** s.413.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rak ne de hayret uyandırmaktadır. Aslında ya çevre ve ortama uyma ya da çevreyle savaş şeklinde beliren değişme, varlığı sürdürme ve bazen de zıttı olan kararlılığı sağlama için doğal olduğu kadar zorunludur da. İnsan toplumları için ise değişme büsbütün kaçınılmaz bir şeydir. Bu nedenle, gerek sosyoloji ve gerek antropolojide, durgun toplumlarla hareketli toplumlar arasındaki farkın değişme hızındaki derece farkından ibaret olduğu kabul edilmektedir. Kısacası, değişme sonsuza dek sürecek olan evrensel bir süreçtir (37).

Sosyal değişme (38), topluluğun varlığını sürdürebilmesi için yaşamsal önem taşımakta olup, fizik çevresinde, teknik ve siyasal örgütlenmesinde, kültüründe ve çeşitli kurumlarında ortaya çıkan değişikliklerle başlayıp, topluluğun yapısını ve yaşantısını her yönden etkileyebilmektedir (39). Zira, toplum daima bir sosyal yapı ve bu yapıyı meydana getiren sosyal kurumların ve insan ilintilerinin ve bunların karşılıklı ilişkilerinden doğan sosyal değerlerin birbirlerini karşılıklı olarak etkiledikleri bir bütündür(40). Bu bütün her zaman aynı olmayan hız ve tempoyla değişir. Sosyal yapıyı meydana getiren unsurlardan biri değiştiği zaman, sosyal yapının diğer unsurları da değişir (41). Ancak bu değişmeler kuş-

---

27. **GÜRKAN, Ülker,** "Sosyal Değişmeler", Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBY., Ankara, 1969, s.453.
38. Sosyal değişme için bk. **İbid.**, s.453-493; **DÖNMEZER**, s.413-420; **KURTKAN**, s.271-320; **TOLAN**, s.276-381; **BOTTOMORE**, s.288-328; **OZANKAYA**, s.289-292; **ÇAĞATAY**, s.85-92; **ERÖZ**, s.296-319; **KIRAY**, passim.; **KONGAR, Emre**, Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği, 4. basım, İstanbul, 1985, özellikle s.55 vd., et. passim; **MERTER, Feridun**, 1950-1988 Yılları Arasında Köy Ailesinde Meydana gelen Değişmeler, (Malatya Örneği), T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara, 1990, s.71 vd.; **TÜRKDOĞAN, Orhan**, Toplum Kalkınması, 2. baskı, İstanbul, 1977, s.103 vd.; **GÜVENÇ, B.**, Sosyal ve Kültürel Değişme, Ankara, 1979, passim.; **ATALAY, B.**, Sanayileşme ve Sosyal Değişme (Kırıkkale araştırması), DPT. Yayın, Ankara, 1983; **HART, H.**, "Social Theory and Social Change"in Symposium on Sociological Theory, Ed L.Gross, Harper & Row, London, 1967, Passim.; **SMELSER,N.**, Social Change in the Industrial Revolution, Routledge & Kegan Paul, London, 1960; **COULSON, Margaret A./CAROL,R.**, Approaching Sociology, second edition, Routledge & Kegan Paul, London, 1980, s.52-66; **GERTH, H./MILLS,C.**, Character and Social Structure, Routledge & Kegan Paul, London, 1970, ch. 13; **MOORE, Wilbert E.**, "Social Change", International Encyclopedia of the Social Sciences, Ed. David L.Sills, Vol.14, Macmillan Co., 1968, passim.; **MOORE, Wilbert E.**, Social Change, Prentice Hall, Inc., New Jersey, 1963.
39. **GÜRKAN**, s.454.
40. Genel toplum bütününü oluşturan belli başlı sosyal sistemleri; "Bio-Sosyal Sistem", "Doğa)-Çevre Sistemi", "Ekonomik Sistem", "Kültürel Sistem", "Siyasal Sistem" şeklinde sıralamak olasılıklıdır. ayrıntı için bk. **DİNÇKOL**, s.28.
41. **KIRAY**, s.6.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kusuz toplumun her katında veya her ögesinde aynı zaman ve hızda gerçekleşmemektedir. Bazı toplumsal kurum veya ögeler değişmeden etkilenmezler, ya da diğerlerinden daha az etkilenirler; bazıları da çabuk ve köklü bir biçimde etkilenir ve aynı zamanda ilişkide bulundukları diğer kurum ve ögeleri de kendileriyle birlikte değişmeye sürüklerler (42).

Sosyal değişmeler çok eski zamanlardan beri düşünürlerin dikkatini çekmiş ve incelemelere konu olmuştur. Ancak "sosyal değişme" kavramı yakın zamanlarda kullanılmaya başlamıştır. İlk sosyolojik teorilerde değişme, "evrim", "ilerleme", "gelişme" kavramları çok defa karıştırılmış veya tek bir kavram altında ifade edilmek istenmiş, bazen aralarında bir ayrım yapılmışsa da, mantıken birbirleriyle ilgili kavramlar olarak kabul edilmiştir (43). Bu kargaşa, değişmenin nedenlerini, yönlerini, hızını, kısacası kanunlarını (temel ilkelerini) bilmemekten doğmaktadır (44). Buna karşılık değişmenin ne olduğu konusunda kısmen farklı tanımlara rağmen, çok fazla bir tartışma yoktur (45). Değişme, herhangi bir anlamda ele alındıkta bir farklı oluşu ifade etmektedir (46). Değişmede, değer yargısı ve iyiye veya kötüye doğru bir farklılaşma sözkonusu değildir. Sosyal ilerleme de, sosyal gerileme de bir değişmedir (47). Bu değişme git gide düzenli bir hâl alırsa adı "evrim" olur. Evrimci değişmeler, evrimi başlatan ve sürdüren belirli potansiyeller nedeniyle birbirleriyle ilgili

---

42. **TOLAN**, s.251.
43. **BOTTOMORE**, s.238; **GÜRKAN**, s.455. Bu konuda ayrıntılı bilgi için özellikle **BOTTOMORE**, s.290-308; **KURTKAN**, s.273 vd.; **ERÖZ**, s.289 vd.
44. **KONGAR**, s.55.
45. **İbid.**, s.55.
46. Sosyal değişme konusunda farklı tanımları bulmak için bk. **MERTER**, s.71 vd.; **KONGAR**, s.56 vd.
47. **ERKAL, Mustafa**, Sosyoloji (Toplumbilim), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s.118.
48. **GÜRKAN**, s.455.
49. **TOLAN**, s.276-277. Ekonomik göstergelerle ifade edilen ve daha çok ekonomiyle ilgili olan kalkınma, büyüme veya gelişme deyimleri, ekonomik bazı ölçütlere göreli olarak toplumsal değişmenin yön ve niteliğini ancak kısmen gösterebilmektedir. Evrim, devrim, başkalaşma gibi toplumsal, siyasal ve kültürel deyimler de, değişmenin özel biçimleri olarak değerlendirilebilir. Modernleşme kavramı ise, genellikle az gelişmiş ülkelerin, ekonomik, toplumsal, siyasal ve kültürel bakımdan, sanayileşmiş ülkeler modelini temel alan bir değişme göstermeleri anlamında kullanılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında modernleşme, toplumsal değişmenin özel bir durumu veya görünümü olmaktadır. Bu konulardaki değerlendirmeler için bk. **GÜVENÇ**, s.1-3; **PYE,L.W.**, Aspects of Political Development, Third Printing, Boston, 1966, s.33-44; **HUNTINGTON, S.P.**, "Siyasal gelişme ve Siyasal Bozulma", çev. F.Ozbudun, AÜHFD., C.22/23,1967, S.1-4, s.66; **EISENSTADT,S.N.**, "Breakdowns of Modernization", Readings in Social Evolution and Development, Ed.S.N. Eisenstadt, New York, 1970, s.423; **SMELSER,N.J.**, "Sosyal ilişkilerin Modernleşmesi", çev. A.Y.Sarıbay, İktisadi ve Sosyal Bilimler Fakültesi . / ...

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve zincirleme değişmeleri ifade eder. Böylece değişme ve evrim değerlendirici kavramlar olmayıp değişikliğe uğrama sürecini bildirir (48). Değer yargısı yüklenmiş ve belirli bir amaca yönelik bir değişme kavramını vurgulayan gelişme, kalkınma, ilerleme gibi deyimler, sosyal değişmeden çok farklı anlamlar taşırlar (49). Bu açıdan diyebiliriz ki, değişme kavramı belirli bir toplumsal gerçeği tüm değer yargılarından arınmış olarak ve özel durum veya görünümlerin tümünü kapsayacak biçimde ifade eden, evrenselleşmiş ve nesnelleşmiş bir bilimsel deyimdir (50).

Çağdaş toplumların en önemli karakteristiklerinden birisini oluşturan ve normal, gündelik bir olgu haline gelmiş bulunan sosyal değişmenin çözümlediği problemler yanında, belki bir o kadar da yeni problem getirdiği gözlenmektedir. Toplumda ve sosyal gruplarda değişiklik, hattâ basit yenilik önerileri bile dirençlerle karşılaşmaktadır. İnsanların yerleşmiş gündelik basit alışkanlıklarının bile değiştirilmesine yönelik çabalar aynı âkıbete uğramaktadırlar. Zira, her değişme kişilerin uzun bir süreç sonunda elde etmiş bulundukları prestij ve yatırılmış yararları bakımından da ayrıca tehlikeler ortaya çıkarmaktadır (51).

Öte yandan günümüzde, sanayileşme, kentleşme, iç ve dış göçler gibi süreçler, kültür iklimini değiştiren insanların beklentilerini, dünya görüşlerini derinden etkiledi. Daha iyi bir "dünya" ile karşılaşan insanlar, daha da iyisini istemeyi sürdürdüler. Ama gerek kendi ülkelerinin yoksul banliyölerinde, gerekse yabancı ülkelerin gettolarında iki farklı yaşam biçimi arasında sıkışıp kalmış olan insanlar da vardı. Bunlar, sıkıntılarının nedeni olarak onları göçe zorlayan, dünyalarını değiştirmelerine neden olan, uyum göstermekte zorluk çektikleri ortamlarda yaşamaya mecbur eden sosyal ve siyasal düzeni suçlamayı seçtiler (52). Siste-

Dergisi, C.II, Temmuz 1961, S.1, s.147-148; **APTER,D.**, The Politics of Modernization, Chicago, 1965, s.X; **KONGAR**, s.304 vd.; **BARANSEL, Atilla**, "Toplumsal ve Kültürel Değişme Olarak Modernleşme", İ.Ü. İşletme Fakültesi Mecmuası, C.3, Kasım 1974, S.2, s.76; **GUSFIELD, Joseph R.**, "Tradition and Modernity: Misplaced Polarities in the Study of Change", American Journal of Sociology, Jan. 1967, s.353-354; **HEPER,Metin**, Türk Kamu Bürokrasisinde Gelenekçilik ve Modernleşme, Siyaset Sosyolojisi Açısından Bir İnceleme, İstanbul, 1977, s.28-34; **KIDLEBERGER, Charles P.**, Economic Development, second edition, Mc Graw Hill Inc., New York, 1965, s.3; **HINRICH, Harman**, A General Theory of Tax Structure Change During Economic Development, First edition, Harvard Law School International Tax Programme, Cambridge, 1966, s.83-94; **ROSTOW, W.W.**, The Process of Economic Growth, Oxford University Press, 1960, s.331-328.

50. **TOLAN**, s.277.
51. **DÖNMEZER**, s.425.
52. **ERGİL, Doğu**, "Laiklik Üzerine Düşünceler-(Türkiye Örneği)", AÜSBFD., C.XLIV, Temmuz-Aralık 1989, No. 34, s.25.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mi ve onu yaşatan temel ilkeleri sorgulamaya ve eliştirmeye başladılar. Eğer üyelerin sisteme ya da onun ideallerine bağlılıkları zayıflamaya başlamış ve "desteklerinin asgari bir düzeyin altına düşmesi tehlikesi" (53) belirmişse ve sistem de bu azalan desteği canlandırma ve bu konuda belli mekanizmalar oluşturma cihetine gitmemişse, "..günleri sayılıdır.." (54). Günümüz Türkiyesinde yaşanan sosyal çatışma ve çalkantılar, bazı kesimlerin siyasal sistem ve alt sistemlere duydukları güvensizlik ve azalttıkları destek sonucudur denilebilir (55).

Bütün bu açıklamalar göstermektedir ki, sosyal değişme, toplumun yapısında izlenebilen bir değişmedir. Zaman kesitleri arasında yapılacak bir karşılaştırma, değişmenin niteliğine ışık tutmaktadır. Bu doğrultuda ortaya çıkan sorular; değişen nedir, nasıl değişir, değişmenin yönü nedir, oranı ne ölçüdedir, değişmeyi doğuran faktörler nelerdir, değişme ne ölçüde çözülmeye (56) sebep olabilir şeklinde saptanabilir. Bu soruların cevabı sosyoloji tarafından verilecektir. Sosyal yapının iyi tanınması, ancak bu verilerin kullanılmasıyla olanaklıdır. Bir sosyal güvenlik politikasının oluşumu sırasında da, sözkonusu sorulara cevap arayan sosyolojinin elde ettiği verilerin kullanılması gerekmektedir. Sosyal değişmenin, toplumun kültürel ve fiziksel yapı unsurları üzerindeki etkilerine yönelik belirli projelere ve alan araştırmalarına ilişkin ampirik örnek-olay incelemeleri, bu örnek-olay çalışmalarından çıkarılacak varsayımlar; sosyal güvenlik politikasını saptayıp, değerlendirme işinde çalışan görevliler için paha biçilmez bir yardım olacaktır. Örneğin, sosyal tabakalaşma piramidinin üst basamaklarına, hem gelirindeki artış, hem de eğitim ve kültürel açıdan geliştiği için çıkan bir kimsenin fazla çocuk yapma eğilimi zayıflamaktadır (57). Bu eğilimin yaygınlaşması nüfus artış oranını düşürmektedir. Bir sosyal güvenlik projesinde ilk gözönünde tutulması gereken unsurun nüfus olduğunu söylemeye bile gerek yoktur.

---

53. **EASTON, David**, A Framework For Political Analysis, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1965, s.124.
54. **İbid.**, s.124; **DİNÇKOL**, s.177.
55. **DİNÇKOL**, s.179.
56. Sosyal çözülme, bir toplumda maddi ve manevi kültür unsurlarının bir araya gelerek, bir anlam ifade edecek ve işleyen bir bütün meydana getirecek şekilde birbirlerini tamamlayamamalarıdır. **ERKAL**, s.155; **KURTKAN**, s.294. Bir sisteme güvensizliğin ve dolayısıyla ona yabancılaşmanın en temel öğelerinden birisi, bireylerin içinde yaşadıkları sistemin, sorunlarını çözeceğine ilişkin inancı yitirmeleridir. Bireyler toplumun siyasal düzeninin "çözüm üreten" bir sistem olduğuna inanmıyorlarsa, sistem çözülmeye başlar. **DİNÇKOL**, s.179 vd.
57. Bu konudaki istatistikler için bk. **ATALAY, Beşir/KONTAŞ, M./BEYAZIT, S./MADENOĞLU, K.**, Türk Aile Yapısı Araştırması, DPT yayını, Nisan 1992, s.144-147.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yine genel nüfus içinde kentli nüfusun nisbi artışı, nüfusun niteliğinde bir değişme olduğu kadar, fiziksel olarak yerleşme tarzını ve hattâ konut şeklini de etkilemektedir. Beş veya altı odalı ve bahçeli bir evden kat mülkiyetine geçiş gibi... Türk sosyal güvenlik sistemi içinde de yer alan konut edindirme hizmeti (58) çerçevesinde düşünüldüğünde, toplumsal yapının nüfus unsurundaki değişme, bir sosyal güvenlik alt sisteminde de oldukça etkili değişmelere sebep olacaktır. Bu değişimlerin oranı, değişme yönü vs. gibi soruların cevaplarının bulunması ise, sistemin başarılı çözümlere ulaşmasını sağlayacaktır.

Öte yandan bir toplumda bazı kesimlerin sosyal güvenliğinin sağlanmasına veya o kesimlere sosyal güvenlik sağlamada öncelik tanınmasına dirençler oluşabilir. Örneğin toplumun her kesimine devletçe sosyal güvenliği yaymaya karşı bir tür direnç te, ekonomik kalkınmaya öncelik verilmesi iddiasıyla ekonomistlerden gelebilir. Yaygın sosyal güvenliğin finansmanına yönelik fonların, kalkınmaya yöneltilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bir sosyal riskin ortadan kaldırılmasına ilişkin önerilerin, yarardan çok zarar vereceği iddia olunabilir. İşte bütün bu dirençleri yenecek olan, sosyal değişmenin aşamalarını izleyen sosyolojinin verilerinden yararlanacak olan sosyal güvenlik politikasıdır.

III. SOSYOLOJİK VERİLERİN SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMLERİNE ETKİSİ

Sosyal güvenlik sistemlerinin, çözüm bulmak istedikleri problem, kısmen de olsa toplum dışında kalmış, yoksul, işsiz, muhtaç birey veya toplum kesitlerinin topluma yeniden kazandırılmasıdır. Genel nitelikli bu sosyolojik faktörlerden hareket eden sosyal güvenlik sistemlerinin temel amacı, toplum bireylerini ilgilendiren sosyolojik sorunlara çözüm aramaktır (59). Söz konusu faktörlerin değişken oluşu, toplumdan topluma ve zamandan zamana farklılıklar göstermesi de, bunların algılanmasını güçleştirmektedir. Sosyal güvenlik sistemleri çözüm arayışlarında sosyolojinin inceleme alanına giren olguları hesaba katmalıdır. Sosyal realiteler çok değişken de olsa, sosyolog onları tasnif ederek kategorilere ayırır. Somuttan soyuta yükselebilmek için ve sosyal olayların yasalarına varabilmek için, ön yargıları gözönünde tutmadan tümevarımcı bir

58. Bk. DİNÇKOL, s.84 vd.
59. GÜZELOKUR, s.74.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir metod kullanır. Ancak bütünle ilgisini koparmaz. Her ne kadar toplumda sosyal gruplar ve bireyler arasında mutlak bir fikir birliğinden bahsedilemezse de, toplumlarda ortak müştereklerden ve davranışlardan bahsedilebilir. İşte sosyal bütünleşmeyi sağlamak amacında olan sosyal güvenlik sistemleri, sosyolojinin bu çalışmalarını değerlendirir (60). Sosyolojik araştırmaların odak noktasını oluşturan toplumsal sorunların sosyal güvenlik sistemlerine etkisi, günümüz toplumlarında daha da belirginlik kazanmıştır. Bu bakımdan bu sorunlar sosyal güvenliği ister istemez yeni çözüm arayışlarına itecektir (61).

Örneğin, tarımda çalışanların sosyal güvenliğinin sağlanmasına yönelik bir sosyal güvenlik sisteminin, kır kesiminde yaşayanların kendilikliklerinden geliştirdikleri sosyal yapıları gözardı etmemesi, köy kesiminin eğitim, siyaset, din gibi olgular karşısındaki durumunu ve köylünün psiko-sosyal özelliklerini, yardımlaşma gelenekleri ve uygulamalarını bilmesi gerekmektedir (62).

Yine aynı şekilde, konut edindirme hizmeti çerçevesinde organize edilecek bir sosyal güvenlik alt sisteminin; sosyal sınıf ayırımının, konut üzerindeki etkileri bakımından dikkate alınacak kriterlerin neler olduğunu saptaması gerekir. Mevki, tip, büyüklük, nitelik, onarım durumu ve ek ögeler (donatım) şeklinde beliren bu kriterler sosyal sınıfları da belirlemektedir (63). Alt sınıf üyelerinin genellikle kentlerin dış kesimlerini oturma yeri olarak seçmeleri, bu kesimlerde yerleşme için ekonomik kolaylıklar bulunması nedeniyledir. Bu kolaylıklar arsa fiatlarının ucuzluğu -çoğunlukla toprak işgalleri sebebiyle bedelsizliği- ve kiraların düşüklüğüdür. Aşağı gelir grubunda olan bu sınıfın, barınma ihtiyacını elden geldiği kadar ucuza gidermek istemesi doğaldır. Bu bakımdan, sözkonusu sosyal güvenlik sisteminin, öncelikle finansman konusunda, borçlandırma yolları ele alınırken, alt sınıf üyelerinin ödeme güçlüklerini

60. Supra., da.1-3.
61. **GÜZELOKUR**, a.75.
62. **TEZCAN, Mahmut**, "Sosyolojik Yönden Köy", (Tanımı ve Özellikleri), TODAİE., Amme İdaresi Dergisi. C.3,S.3, Eylül 1970, s.174 vd.
63. Bu kriterlerin açıklaması ve geniş bilgi için bk. **SENCER, Muzaffer**, "Bir Sosyal Sınıf Kriteri Olarak Yerleşme Kesimi ve Konut", İÜEF., Sosyoloji Dergisi, S.21-22, 1967-1968, s.200 vd.; aynca bk. **PAMİR, Haluk**, "Toplu Konutlar ve Sorunları", XIII. İskan ve Şehircilik Haftası Konferansları, Toplu Konut Sorunları ve Siyasası, Ankara, 1985, s.82 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve güçlerinin düşüklüğünü gözden kaçırmaması zorunludur (64).

Bir toplumun sosyal yapısı hakkında tam bir bilgi sahibi olarak önyargılardan kurtulmak, özellikle büyük toplumsal çalkantı ve değişim geçiren ülkemizde büyük bir önem taşımaktadır. Nasıl her canlı için bir "sıhhat" hali, bir "hastalık" hali sözkonusu ise, sosyal olaylar hakkında da böyle bir ayırt gereklidir. Her toplumun bir sıhhat hali vardır, buna karşılık, her toplumun hastalanması da olanaklıdır. Sağlık ve hastalık kavramları, canlılar hakkında olduğu gibi, sosyal sistemler hakkında da bahse konudur. Onun için sosyal hayatı gözleyen bir araştırıcı, incelediği olguların normal nitelikte mi, yoksa patolojik karakterde mi olduğuna dikkat etmelidir. Bu nitelikler gözönüne alınmadığı taktirde varılan sonuçlara güvenilemez (65). İşte bu doğrultuda çağdaş toplumun sosyal bilimlerden -ki en önemlisi sosyolojiden- beklediği yardım "dertlerinin teşhisi ve tedavi yollarının araştırılması"dır (66). Sosyolojik araştırmaların görevi de, bu bağlamda sözkonusu tedaviyi yapacak sosyal disipline, verileri ile teşhis olanağı sağlamasıdır (67). İşte toplumla bütünleşme arzusu içinde olan ve bütünleşmenin yaratacağı güven ihtiyacı içindeki toplum üyelerinin dayanışma hissini kuvvetlendirme amacını taşıyan sosyal güvenlik sistemleri (68), sosyolojinin verilerini kullanmakla amaçlarına daha çabuk ve emin ulaşabileceklerdir.

IV. SONUÇ

Sosyal hukuk devleti anlayışının yaygınlaştığı günümüzde, uluslararası kuruluşlar ve çeşitli ülkelerin anayasaları, "insanlık onuruna yaraşır asgarî bir yaşam düzeyini güvence altına almayı" amaçlarken, tüm toplumun fakirlik çizgisi üzerinde bir yaşama kavuşmasını öngörmüşlerdir. Bu doğrultuda, toplumu oluşturan bireylerde güven duygusu sağlanması, bu güveni bozacak tehlikeleri önleyici ve etkin bir biçimde ortadan kaldırıcı koşulların ve önlemlerin gerçekleştirilmesi sorunu olan sosyal güvenliğin varoluş nedeni, tehlikeyle karşılaşan ve yoksulluğa düşen bireye, asgarî bir güvence ve insan onuruna yaraşır asgarî bir yaşam düze-

64. Bu konuda bk. **SENCER, Muzaffer,** "Türkiye'de Konut Tasarımlarında Sosyal Sınıf Ayrımları Yönünden Uygulanabilir İlkeler", İÜEF., Sosyoloji Dergisi, S.21-22, 1967-1968, s.214.
65. **TOPÇUOĞLU,** s.60.
66. **İbid.,** s.189.
67. **DİNÇKOL,** s.204, dn. 3.
68. **İbid.,** s.204.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yi sağlamak, ulaşılmış olan asgari yaşam standartını koruma ve sürdürmektir (69). Bu bağlamda sosyal güvenlik olgusu "sosyal güvenlik politikaları" ve "sosyal güvenlik sistemleri"ni kapsayacak biçimde ele alınmaktadır. Sosyal güvenlik politikaları, "sosyal korumanın amaç ve hedefini"; sosyal güvenlik sistemleri ise "hem amaçları hem de bu amaçlara ulaşmak için oluşturulan özgün hukuksal teknikleri" içermektedirler (70).

Sosyal korumanın amaçlarına ulaşmak için oluşturulan özgün hukuksal tekniklerden hareket eden bir sosyal güvenlik sistemi; toplumun bir kesiminin sosyal varolma ihtiyaçlarının sağlanması amacıyla önerilen devletsel önlemler sistemi içinde yer alan bir müessesedir (71).

Bir sosyal güvenlik sisteminin oluşması için gerekli hukuksal temeli yasama organları yaratırlar. Bu bakımdan yasama organlarının; önceki sosyal güvenlik sistemlerinin oluşumuna ilişkin yasaların yetersizliklerini, amacını aşan uygulamaların neler olduğunu konuya ilişkin sosyolojik araştırmaların sağladığı verilerle görüp, bilahare en uygun unsur ve yöntemleri arama çabası içine girmeleri gerekir. Sorunun tanımında uyuşan yasa koyucu, çözüm için gerekli olabilecek önlemleri de daha kolay ortaya çıkarabilir. Bu şekilde sosyolojik veriler, yeni bir sosyal güvenlik sisteminin oluşmasında önemli bir girdi işlevi görürler.

Kaldı ki, sistemlerin anlaşılması, tanınması, ayrıntılı olarak özelliklerinin saptanması, hangi ilişkiler içinde bulunduğunun belirlenmesi, sosyolojinin çok temel işlevlerinden birisidir. Eğer sosyolojik veriler yeteri kadar etkin bir şekilde ulaşabilirse yasa koyucu, bir sosyal güvenlik sisteminin uygulama hedeflerinden ne kadar uzaklıkta bulunduğunu ve ne gibi hata azaltıcı önlemler alması gerektiğini de saptayabilir. Üstelik önceki uygulamaların sadece olumsuz yönlerinin değil, uygun unsur ve yöntemlerinin yeni sistemde korunması veya yeni oluşumlara örnek teşkil etmesi bakımından da, sosyolojik veriler etkili olabilirler.

Öte yandan, bir sosyal güvenlik sisteminde, sistem adına hareket etmekle yetkili ve özel sorumlulukları bulunan otoriteler de, sistemdeki ve çevresindeki koşulları bilmelidirler. Bu konudaki bilgileri, ilerdeki kararlarını ve eylemlerini etkileyecektir. Sosyolojik araştırmaların sağladı-

69. Ibid., s.126, ayrıca 59-61, 61-66.
70. Ibid., s.126, 61-62
71. Ibid., s.125

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ği verilerden yararlanarak bilgi edinen otoriteler, sosyal güvenlik sisteminin toplumla bütünleştirmeyi hedeflediği toplumsal kesimin içinde bulunduğu koşulları düzenleme, değiştirme veya önceki kararlarını düzeltme yoluna giderler. Bu konudaki verilerin yarattığı bilgi olmaksızın otoritelerin davranışlarını ayarlamaları, kaba tahminlerin ötesine geçemez. Elde verilerin bulunması, alınması olası kararların rastlantısal veya tutarsız olmalarını da önler (72).

Sosyolojik verilerden yararlanmak isteyen sosyal güvenlik politikası üreticisi veya bir sosyal güvenlik sistemi uygulayıcısı, bu verileri algılayarak, entellektüel yetisinin yardımıyla kendi "kuram"ını geliştirir. Zira verilerle desteklenmeyen kuramların yetersiz kalabileceği (73) çok açıktır. Ancak, sosyolojik verilerin eksiksiz bir gözlemine dayanan varsayımlar; hiçbir zaman sosyal güvenlik politikası üreticisinin veya uygulayıcısının veya sistem adına hareket etmekle yetkili ve özel sorumlulukları bulunan otoritelerin, kendi kişisel fikirleri ve önyargıları da değildirler. Eğer sosyolojik veriler doğru olarak ele alınabilmişse, atılan adım doğru yolda atılmış bir adımdır ve diğer metodolojik işlemlerin de öncüsüdür.

72. Bu konuda bk. EASTON, s.128-129.
73. Ibid., s.7.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883
MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TÜRK ANAYASA YARGISININ KURULUŞ ÖNCESİ:

Antidemokratik Mevzuatı Tesbit Komisyonları

Yrd.Doç.Dr. Osman DOĞRU

1946 seçimlerinden sonra kurulan Meclisteki muhalefet partisi, mevzuattaki antidemokratik hükümlerin ayıklanması, mevzuatın demokratik esaslara göre yeniden biçimlendirilmesi söylemini geliştirerek, hak ve özgürlüklerde genişletmeyi iktidar projeleri arasında gösterir. 1950 iktidar değişikliğinden sonra muhalefet partileri ise, özellikle 1960'lı yıllar yaklaşırken, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması sorununu güncelleştirirler. Bu dönemin muhalefeti, hak ve özgürlüklerin korunması için anayasanın üstünlüğü tezinin işleyerek, anayasa yargısının kurumsallaşmasını hedefler.

Türkiye'de anayasa yargısı düşüncesi, 1961 Anayasasıyla yasaların anayasa uygunluğunu denetleme ve anayasaya aykırı bulunan yasaları iptal etmekle yetkili Anayasa Mahkemesinin kurulmasından önce gelişmeye başlar. Daha 1951 yılında Turhan Feyzioğlu "Kanunların anayasaya Uygunluğunun, Kazai Murakabesi" adlı yapıtını yayınlar (1). Yine aynı yıllarda, Akşehir Yargıcı Refik Gür'ün bir yasanın anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yaparak vermiş olduğu karar, 1924 Anayasa sisteni içinde hiç bir yargı yerinin böyle bir denetimle yetkili olmadığı gerekçesinde olan Yargıtay tarafından bozulur (2).

1951, 1960 ve 1961 yıllarında kurulan antidemokratik ya da anayasaya aykırı mevzuatı tesbit komisyonlarının çalışmaları, anayasa yargısının kurumsallaşma öncesinin diğer örnekleridir kısaca, çok partili siyasal yaşamın emekleme dönemi, Türk anayasa yargısının da embriyon çağıdır.

Bu yazıda, sözü edilen komisyonların raporlarında anayasa yargısı düşüncesi bakımından önemli görülen noktalar betimlenmeye çalışılmaktadır.

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1. Turhan Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya uygunluğunun Kazai Murakebesi, S.B.F Yay. Ankara, 1951.

2. Refik Gür, Demokrasiler ve Demokrasimiz, Nasreddin Matb. Akşehir, 1953.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1. Komisyonların Kuruluşu ve Faaliyetleri

Birinci Komisyon: 04.04.1951 tarihli Bakanlar Kurulu toplantısında, mevcut yasaların taranarak, bunların içinde antidemokratik hükümler taşıyanların, bütün Bakanlıklar temsilcileri, hukuk profesörleri ve BMM Başkanlığınca ayrılacak milletvekillerinden oluşan karma bir komisyon tarafından belirlenmesi uygun görülmüştür. Daha sonra, BMM. üyelerinin aynı konu üzerinde ayrı bir kurul olarak çalışmaları kararа bağlandığından, Bakanlıklardan 25, İstanbul ve Ankara Üniversitelerinden 6 temsilcinin katılımı ile 31 kişilik bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyonun başkanlığını Prof. Süheyp Derbil yapmıştır. (Bundan böyle bu komisyona **Derbil Komisyonu** denecektir) İlk toplantısını 04.06.1951 tarihinde yapan bu komisyon, 02.02.1952 tarihinde 28 sayfalık raporunu tamamlamıştır (3).

İkinci Komisyon: 01.06.1960 tarihinde, Adalet Bakanlığının uygun bulmasıyla, başlıca antidemokratik yasaları tesbit ve yeni metinler hazırlamak üzere, çoğunluğu hukukçu öğretim üyesi 9 kişilik bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyonun başkanlığını Suat Bertan yapmıştır. (Bundan böyle bu komisyona **Bertan Komisyonu** denecektir.) Bu komisyon, 1 ay süren çalışmaları sonunda, 08.07.1960 tarihli müşterek raporunu ve 12 yasaya ilişkin eklerini Bakanlığa sunmuştur (4).

Üçüncü Komisyon: Başbakanlığın 10.06.1961 tarihli yazısıyla Adalet Bakanlığında, anayasaya aykırı yasaların tesbiti için Bakanlıklar temsilcilerin katılımıyla bir komisyonun kurulması uygun görülmüştür. Bakanlıklardan 27 temsilcinin, Ankara Üniversitesinden 2 öğretim üyesinin katılımı ile oluşan 29 kişilik komisyonun başkanlığını, Ankara Yargıcı Ahmet Zeyneloğlu yapmıştır. (Bundan böyle bu komisyona **Zeyneloğlu Komisyonu** denecektir) 03.07.1961 tarihinde ilk toplantısını yapan bu komisyon, 20.09.1961 tarihinde raporunu tamamlamıştır (5).

---

3. Derbil Komisyon raporunu, komisyonun raportörlüğüne yapmış olan Ord.Prof. Sulhi Dönmezer'den sağladım.
4. Bertan Komisyonunun raporunu, 1. Gürsel hükümetinin Adalet Bakanı Abdullah Polat Gözübüyük'ten sağladım.
5. Zeyneloğlu Komisyonun raporu için bk. M.M.T.D. 20.3.1963, B.60, O.1, s.407-28).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Komisyonların Görevlerinin Niteliği

Derbil komisyonu görevini "yürürlükteki kanunlarımızda tesadüf olunan antidemokratik hükümleri tesbit etmek", **Bertan komisyonu** görevini "başlıca antidemokratik kanunları tesbit ve yeni metinler hazırlamak" biçiminde tanımlarken, **Zeyneloğlu komisyonu** görevini" anayasaya aykırı kanunları tesbit etmek" biçiminde tanımlamıştır.

İlk iki komisyonun, antidemokratik, yani "demokrasiye aykırı" yasaları tesbit faaliyetlerini "anayasaya aykırı" yasaları tesbit faaliyeti gibi düşünüp düşünmediklerini belirlemek için, bu komisyonların çalışmalarında şu noktalar aranabilir: Birincisi, bu komisyonların görevlerini anayasa yargısı faaliyeti gibi algılayıp algılamadıkları; ikincisi, demokrasinin hukuki ölçülerinin bulunduğu üst normlara başvurup vurmadıklarını sormak gerekir.

Derbil komisyonuna göre, yasaların demokrasi esaslarına uygunluğunu sağlama gayesinin elde edilebilmesi için, 1924 Anayasa sistemi içinde dahi, yasaların anayasa ve demokrasi esaslarına aykırılığı iddialarını incelemekle yetkili bir anayasa mahkemesi kurulması gerekir. Çünkü, "komisyonun bütün dikkatine rağmen mevcut kanunlardaki bazı antidemokratik sayılabilecek hükümler gözden kaçmış veyahut böyle telakki edilmemiş olabilir; ayrıca, bundan sonra da kanunlarımıza antidemokratik sayılabilecek hükümlerin karışabilmesi imkanı mevcuttur." Eğer bir anayasa mahkeme kurulmazsa, "asıl gayenin elde edilebilmesi için zaman zaman komisyonumuz gibi hususi inceleme ve tarama heyetleri kurulmak zarureti duyulur." (Derbil K. R., s.26-7) Bu ifadeden çıkan anlama göre komisyon, tesbit ettiği yasa hükümlerinin siyasal iktidar tarafından kaldırılacağını varsayarak, anayasa mahkemesinin yokluğunda, kendini bu mahkemeyi ikame eden bir kurul gibi düşünmüştür.

Bertan komisyonuna göre, yapılacak olan yeni anayasada bir anayasa mahkemesinin kurulması düşünülmektedir; komisyonun ele alacağı mevzuattaki antidemokratik hükümlerin Anayasa Mahkemesince de kaldırılabileceği göz önünde tutularak ve komisyona verilen bir aylık süre dikkate alınarak, antidemokratik mevzuatın en önemlileri raporda belirtilmekle yetinilmiştir (Bertan K.R., s.3). Bu komisyon da, Anayasa Mahkemesi kuruluncaya dek, antidemokratik yasaların kaldırılması sürecinde işlev göreceğini düşünmüştür.

Komisyonların yasaları aykırı buldukları bir üst norma başvurup vurmadıkları sorununa gelince:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Derbil komisyonunun çalışmaları sırasında 1924 Anayasası yürürlüktedir. Ama bu komisyon 1924 Anayasasını bir ölçü norm olarak kullanmamıştır. Bunun gerekçesini de şöyle açıklamaktadır: Bu Anayasa, demokratik bir rejimin gerektirdiği temel kurumları kurmuş ve vatandaşların siyasi hak ve hürriyetlerinin çoğunu bulundurmakla birlikte modern bir demokrasinin sahip bulunduğu bütün koşulların tamamını içermemektedir; eksiklikleri olduktan başka içinde, örneğin, ancak bir siyasi parti programına girebilecek nitelikte oldukları halde Anayasada yer alan antidemokratik hükümler bile vardır. O halde yürürlükteki Anayasa güvenilir bir ölçü olamaz (Derbil K.R., s.26) Bunun yerine komisyon, antidemokratik hükümlerin "tayin ve tefrikinde ölçü ve kıstasın ne olacağı" sorusunu sormuş, bu soruya yanıt olarak bir formül saptamış (R., s.2) ve formüldeki kavramların ne anlama geldiğini belirten bir "izahnameyi" kaleme almıştır (R., s.2-11) işte **Derbil komisyonunun** kullandığı ölçü normları bu formül ve izahnamede bulmak mümkündür.

Bertan komisyonunun çalışmaları sırasında ise, yürürlükte olan bir Anayasa yoktur, yeni bir anayasa çalışmaları ise henüz başlamıştır. Bertan komisyonun müşterek raporunda ölçü normlara ilişkin ifade yer almaz. Sadece 4. ekte, normatif kaynaklara işaret edilir. Ama bu komisyon, ölçü normlarda yer alabilecek olan "ilkelere" başvurur; bunun ötesinde, Türk mevzuatının bazı normlarını da ölçü norm gibi kabul eder. İşte Bertan komisyonunun kullandığı ölçü normları ve ilkeleri, hazırladığı yasa projelerinin gerekçelerinden izlemek gerekecektir.

Öte yandan **Zeyneloğlu komisyonunun** çalışmaları sırasında, 1961 Anayasası Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiş durumdadır ama, bu anayasaya göre kurulması gereken Anayasa Mahkemesi henüz kurulmamıştır. Komisyonun, "anayasaya aykırılığı sarih olan metinleri tesbit ve Anayasa Mahkemesinin selahiyeti cümlesinden olan içtihada yol açacak hususlar üzerinde durmaktan kaçınma" kararı, görevinin anayasa yargısı biçiminde algıladığını düşündürmektedir. Komisyonun bu faaliyeti sırasında ise, "Başbakanlığın emirlerinde belirtildiği gibi, Anayasa esas alınacaktır" (Zeyneloğlu K.R., /M.M.T.D. s.410).

3. Komisyonların ölçü normları

Derbil Komisyonun formülüne göre:

"Siyasi hakları, amme haklarını ve insan haklarını lüzumsuz yere

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tahdit eden veya kaldıran hükümleri ihtiva eyleyen kanunlar antidemokratiktir. Bu lüzum: A-Hukuku müştereke'ce kabul edilen sınırlar, B-Türk cemiyetinin bekasını ve onun muasır medeniyet seviyesine ulaştırılmasını sağlayan hükümlerle taayyün eder" (Derbil K.R., s.2).

Bu formülde iki tür ölçü norma başvurulduğu görülmektedir: Birincisi, "hukuku müştereke", ikincisi, Türk toplumunun varlığını ve çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmasını sağlayan "hükümler" (kısaca inkılap hükümleri).

Komisyona göre "hukuku müştereke" kavramından anlaşılması gereken, "hak ve hürriyetlerin sınırlarını tesbit ve sınırlarını tayin bakımından" bir ölçü taşıyan, a-Demokratik ülkeler Anayasaları, b-İngiliz hak ve özgürlükler beyannameleri c-Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesidir (Derbil K.R., 8).

İnkılap hükümlerinin ölçü norm değerine gelince: Komisyon önce bu hükümlerin meşruluğu üzerinde düşünme gereğini duymuştur. Komisyona göre, "...müdafaa harbi yapan bir millet kendini korumak ve müstevliye karşı gelmek için hak ve hürriyetlerinden fedakarlık yapmak mecburiyetinde olduğu gibi", bir milleti "eski bir zihniyetten ve yaşayış tarzından ayırarak başka bir telâkki manzumesine katmak" biçimindeki, "arzu olunan bir hedefe varmak yolunda girişeceği mücadelenin de kaza bazı tahditler ortaya koyması tabiidir." Bu görüşünü devletin biolojik teorisi ile açıklayabileceğini belirten komisyon, "devletin kendine mahsus bir ruh ve iradesi bulunduğunu" ve "bu görüş açısından Türk inkılabına bakılacak olursa, her vatandaşın belirli meseleler hakkında kişisel görüş ve kanaatlerinden başka bir milli görüş bulunduğunu kabul etmenin mümkün olduğunu" söyleyecektir (Derbil K.R., s.10).

Nedir bu milli görüş? Komisyona göre Türk Milleti, Türkiye'nin bekasını bugünkü (1951) siyasi, içtimai ve iktisadi rejimde görmektedir. Bu nedenle, bağımsız ve bir bir varlığa dayanan toplumu olduğu gibi korumada gerekli tedbirleri almak, meşru müdafaanın en tabii gereğidir. Neye karşı meşru müdafaa? Birincisi, Türk Devletinin anayasa ile muayyen şeklini ve bu Anayasada tasrih edilmiş ve insan hakları beyannamesinde de yer almış kamu haklarını ve hürriyetlerini yoketmeyi hedef tutan hareketler, fikir hürriyeti mülahazasıyla serbest bırakılamaz". İkincisi, "hükümetler veya teşrii organları memleketin bekası namı altında, haddizatında kendilerinin iktidardaki bekalarını gözetleyen ted-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

birler, insan haklarını lüzumunda tahdit eden tedbirler olamaz" (Derbil K.R., s.9)

Mevzuattaki bir hükmün, gerçekten bir inkılap hükmü olup olmadığını nasıl ayırd edebiliriz? Komisyona göre, "bir hükmün hakikaten bir inkılap hükmü, bin netice meşru bir tahdit ifadesi olabilmesi için, Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyine doğru ilerleten bir vasıf taşıması gerekir. Bu ölçüyü belirginleştirmek üzere komisyon, inkılap hükümlerinden sayılmaması gereken iki hükmü örnek göstermiştir: Birincisi, ezanın Türkçe olarak okunmasını yaptırım altına alan hüküm; ikincisi, orta öğretimde karma öğretimin yapılması. Komisyona göre bunlar inkılap hükmü değildir. (Derbil K.R., s.10).

Bertan komisyonu, bir müşterek rapor ve antidemokratik mevzuatın en önemlilerinden saydığı bazı yasaların kaldırılması ve bazı yasaların değiştirilmesine ilişkin 12 yasa projesi hazırlamıştır. Bu yasa projelerinin gerekçelerinde hangi ölçü normlara ya da bu normlarda yer alabilecek hangi ilkelere başvurmuştur?

Komisyon, kullanacağı ölçü normları müşterek raporda belirtmediği gibi, yasa projelerinin gerekçelerinde de belirtmemiştir. Sadece, Genel Toplantılar ve Yürüyüşler hakkındaki yasaya ilişkin 4. ekte, B.M. insan hakları Evrensel Beyannamesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Almanya, İtalya, Panama, Haiti gibi bazı ülke anayasalarının konuya ilişkin maddelerine yer verilmiştir. Bu örnekten hareketle, komisyonun "hukuku müşterekeyi" kısmen de olsa bir ölçü norm olarak göz önünde bulundurduğu söylenebilir.

Hukuku müşterekenin içeriğinden sayılabilecek "suçta kanunilik ilkesi", komisyonun antidemokratik mevzuatı tesbitinde kullandığı başlıca ölçülerden biri olmuştur. Komisyon, özellikle düşünce açıklama özgürlüğünü ceza yaptırımı ile sınırlayan kimi hükümleri, "ceza hukukunun aradığı kesinlikten yoksun" bulmuş; "bu ibarelerin manasının hududunu tayine imkan bulunmadığı, "maksadı çok aşan tatbikata rastlandığı" gibi gerekçelerle kaldırılmalarını savunmuştur (ek 1; ek 2; ek 5). Komisyon, hukuk devletinin içeriğinden sayılabilecek mahkemelerin bağımsızlığı üzerinde önemle durmuş, mevzuattaki, yargıçların atanma, yükselme ve görevlendirilmelerine ilişkin hükümlerin yürütme organını yetkili kılmasının, yargıçları siyasi iktidara bağımlı duruma getirdiğini gözlemiştir. Bu nedenle, yargıçları siyasi iktidara bağımlılıktan koruyacak ve onlara

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

teminat kazandıracak hükümler sevk edilmesini öngörmüştür (ek 7, ek 8).

Öte yandan komisyonun, demokrasinin uygulanmasından doğan sonuçları gözlemleyerek, bazı yasaları ölçü norm gibi düşündüğü görülmektedir. Örneğin, 1950 tarihli 5680 sayılı Basın yasasında, 1956 tarihinde yapılan değişiklikler antidemokratik olarak nitelenirken, bu yasanın 1950 tarihindeki hali ölçü alınmıştır (ek 6).

4. Komisyonların "aykırılık" anlayışları

Derbil Komisyonu hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi (tanzim), sınırlanması (tahdit) ve ortadan kaldırılması kavramlarını tanımlamıştır.

Komisyona göre "**düzenlemede**, hak ve hürriyetin özüne bulaşan, o öze etkili bir müdahale yoktur; fakat hakkın kullanılması büyük kütleye zarar vermemesi için, genel soyut, objektif bir takım esas ve düzenlemelere tabi kılınmakta ve bu suretle bizatihi hak ve hürriyet güvence altına alınmaktadır. Hürriyetin de bir düzeni olmak zorunluluğu vardır ve bu düzen, hürriyetin devam ve varlığının biricik güvencesidir."

Oysa mevzuattan ayıklanması gereken, yani aykırılığı tespit edilecek hükümler, hak ve özgürlüğü düzenleyen hükümler değil, "lüzumsuz yere tahdit veya ortadan kaldıran hükümler"dir.

Komisyona göre, "bir siyasi hak, amme hakkı ve insan hakkının **ortadan kaldırılması**, bu hakkın bütünü ile kullanılmasının yasaklanması ve yerine göre bu kullanmaya teşebbüs edişin bir suç oluşturması demektir. Örneğin her türlü yayını sansüre tabi tutan bir rejim, basın hürriyetini ortadan kaldırmış olur."

Yine komisyonun tanımlamasına göre hak ve hürriyetin **sınırlanması**, bu hak ve hürriyetten yararlanma alanının daraltılmasını ifade eder. Örneğin sadece dini yayını sansüre tabi tutan bir rejim, basın hürriyetini tamamıyla ortadan kaldırmış olmaz; fakat sadece bunu sınırlamış olur. Bir hak ve hürriyetin kullanılması, mutad olmayan bir takım koşullara tabi tutulduğunda bu hak ve hürriyet sınırlanmış sayılmak gerekir. Örneğin bir gazete yayınlayabilmek için belirli bir para depo edilmesi, gazete çıkaracakların hukuk doktoru olmalarını şart koşan bir re-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

jim, basın hürriyetini sınırlamış sayılır.

Bir hak ve özgürlüğü ortadan kaldıran her hüküm bir aykırılık oluşturur ama, sınırlama getiren her hüküm bir aykırılık oluşturmaz. Sınırlama getiren hükümlerin aykırılık oluşturabilmesi için, sınırlamaların "gereksiz" olması zorunludur. Komisyona göre bu "gereğin" ölçüsü, sınırlamaların, hukuku müştereke de ve "Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesine ulaştıracak hükümlerde bulunup bulunmamasıdır.

Bu komisyon, aykırılığı tespit edilen hükümlerin, hak ve hürriyetleri tehlikeye sokmak veya rejimin simasını anti demokratik kılmak bakımından, hepsinin aynı vehamet derecesinde olmadıklarını belirterek, aykırılığı bir derecelendirmeye tabi tutmuştur. Komisyona göre, milletin genelini kapsayan ve esaslı konulara ve temel prensiplere dokunan aykırılıklar, bizzat demokrasiyi ya yok edecek ya da pek ağır bir şüphe altına sokabilecek derecede önemli ve vahimdirler. Örneğin, askeri mahkemelerin bağımsızlığını ve hakimin teminatını tehlikeye sokan hükümler bu türdendir. Buna karşılık, küçük bir zümreyi ilgilendiren ve nispeten nadir veya sınırlı hallere ilişkin olmaları bakımından ikinci derecede aykırılıklar da vardır. Örneğin, eczacıların eczanelerinden ayrılabilmeleri için Bakanlıktan izin almalarını öngören hüküm bu türdendir. Bu ikinci türden aykırılıklar her biri tek başına, bir rejime anti demokratik bir nitelik vermez ama, bunların artmaları sonucu rejimin demokratik temeli ciddi bir biçimde zedelenir.

Bertan Komisyonun çalışmalarında ise, aykırılık kavramına ilişkin bir tanımlama görülmez. Ama bu komisyonun hazırladığı yasa projelerinin gerekçelerinden, aykırılık kavramı hakkında ne düşündüğü çıkarılabilir. Bertan Komisyonu da aykırılığı, bir hak ve hürriyetin kullanım alanına getirilen "yersiz bir sınırlama" biçiminde düşünmüş, örneğin "amme murakebesini kaldıran veya güçleştiren hükümlerin antidemokratik sayılmasında katî zaruret" bulunduğunu söylemiştir. Komisyon ayrıca, hak ve hürriyetlerin çalışması halinde de bir aykırılık sorunun bulunabileceğini göstermiş, "murakabe ile hususi hayattan bahsetme yasağı arasında bir tercih yapmak icab ederse, mutlaka birincinin seçimi isabetli olur", demiştir (ek 1).

Zeyneloğlu komisyonu da aykırılığı, kendi çalışmaları bakımından, "sarih aykırılık" biçimde ele almıştır. "Anayasaya açıkça aykırılık" ile anlatılmak istenen, anayasanın sözüne aykırılık olmuştur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SONUÇ

Türkiye'de varolan yasaların bir üst norma uygunluğunun tartışılması, çok partili siyasal yaşama geçtikten sonra siyasal iktidarın frenlenmesi düşüncesiyle başlar.

Somut norm denetimi yoluyla, hem yasaların anayasaya uygunluk denetiminin yapılması hem de anayasa yargısının kurumsallaşması üst yargı yerlerince reddedildiğinden, siyasal iktidarların frenlenmesi düşüncesi ağırlık kazandığında, soyut norm denetimine olanak verecek bir kurumsallaşma yolu aranır.

Komisyonların kuruluşları ve faaliyetleri anayasa yargısı düşüncesinde soyut norm denetim yolunun ağırlık kazanacağını da haber verir.

Öte yandan, komisyonların çalışmalarında meşru sınırlama ölçüleri arayışları, yapılan anayasalarda hak ve özgürlüklerin sınırlama ölçülerinin kodifikasyonuna yardımcı olmuştur. Anayasa Mahkemelerinin "öz" ve "demokratik toplumun gerekleri" ölçülerini yorumlayışları, komisyonların hak ve özgürlüğü kullanım alanı ile yorumlayışlarından çok farklı değildir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883
MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FORFAITING SÖZLEŞMESİ

Nuray EKŞİ*

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK

Dış satım işleminde, üreticinin veya hizmet arzedenin malı göndermesi veya hizmeti sunması durumunda, alıcının bunu kabul edip bedelini ödemesi gerekir. Eğer alıcının parası yoksa veya yetmiyorsa bu parayı kendisinin sağlaması zorunludur. Fakat uluslararası rekabet dışsatım işlemlerini geniş ölçüde etkilemiştir. Öyle ki satıcı, alıcıya finans kaynağı sağlayarak onu mal veya hizmet edinmeye teşvik etmektedir (1). Üretilen malların piyasada her zaman peşin para ile alıcı bulamaması, belli bir maliyeti bulunan mal ve hizmetlerin karşılıklarının satıcılara, üreticilere dönmesi açısından genellikle uzun bir vadeye ihtiyaç göstermektedir. Bu durum üretim kapasitesinin azalmasına neden olmaktadır. Üretimini arttırmak, daha geniş bir alıcı kitlesine ulaşmak isteyen satıcılar, alıcılara kredi bulmak, onlara finans kolaylıkları sağlamak zorunda kalmaktadırlar (2).

Ayrıca dışsatımda uzun vade tanıma zorunluluğunun ortaya çıkması, dışsatımcının bu süre içinde ticari risk (commercial risk), kur riski (currency risk), transfer riski (transfer risk) ve politik riski (political risk) bizzat taşımasına neden olmaktadır (3).

Satıcıları, alıcıları finanse etme yükünden kurtarmak ve dışsatım nedeniyle üstlenmek zorunda kaldıkları riskleri ortadan kaldırmak amacıyla bazı yöntemler geliştirilmiştir. Bu yöntemlerden biri de forfaiting'tir. Forfajting, dışsatımın finansmanında çekiciliği artan ve giderek

---

* Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1. YÜKSEL, Ali Sait Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 6. baskı, İstanbul 1989, s.186.
2. ÖZAKMAN, Cumhur Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1985, s.7.
3. YÜKSEL, 186.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

uygulama alanı genişleyen bir teknik, bir yöntem olarak kendini kabul ettirmiştir (4).

Mal ve hizmetlerin dışsatımından doğan ve ilerideki bir tarihte vadesi gelecek alacakların satın alınması olan forfaiting, ihracatın finansmanında kullanılan ve kısa bir geçmişi olan bir sistemdir. Sözkonusu işlemde, alacak hakkını satın alan bir finans kurumu veya bankadır ve forfaiter olarak adlandırılmaktadır. Forfaiter alacakları devraldıktan sonra, bu alacakları borçlularından tahsil edememe riskini de üstlenmekte, alacakları devredene karşı rücu etme hakkına sahip olamamaktadır. Devralınan alacaklar genellikle poliçe ve bono gibi kıymetli evraka bağlanmıştır. Forfaiter alacakları devraldıktan sonra iskonto işlemini yapar. Faiz, komisyon ve masraflar çıkarıldıktan sonra geri kalan kısım üzerinde satıcı serbestçe tasarruf edebilir. Böylece, dış satımcı herhangi bir vade beklemeksizin gelecekte tahsil edeceği alacaklarını devrederek nakit ihtiyacını karşılamakta, kolay ve ucuz bir finansman sağlamaktadır.

II. TARİHİ GELİŞİMİ

Forfaiting, dünya ekonomik yapısının önemli değişmelere uğradığı 1950'li yılların sonlarına ve 1960'lı yılların başlarına kadar uzanan kısa bir geçmişe sahiptir (5). Uluslararası ticarette meydana gelen büyük genişleme, dışalımcıların 90 ve 180 günlük kredilerden daha uzun süreli kredi isteminde bulunma eğilimini ortaya çıkarmıştır (6). Bunun yanısıra, bu zamanlarda ticari engellerin azaltılması; batı ve doğu ülkeleri arasında ticaretin yeniden canlanması; gelişmekte olan Asya, Afrika ve Latin Amerika'nın büyüyen önemine rağmen bu ülkelerle yapılan ticaretin batılı ülkeler açısından pek çok finansal problemler doğurması (7) forfaiting'in doğuşunu hazırlayan sebepler oldu. Uluslararası finansa giderek artan talep forfait finansman aracının ortaya çıkmasını sağladı.

---

4. AKGÜÇ, Öztan "Dışsatımın Finansmanında Bir Yöntem 'Forfaiting'", Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, Ocak 1986, s.35.
5. REYNOLDS, B.Susan "Forfaiting: An Export Finance Alternative", The Financial Advisor, Şubat 1988, s.1.
6. GUILD, Ian/HARRIS, Rhodri Forfaiting An Alternative Approach to Export Trade Finance, New-York 1986, s.4.
7. GUILD/HARRIS, a. TEKİNALP, Ünal Mali Kurumlar Hukuku C.I, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s.364.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İsviçre, bankacılık alanındaki önemi ve uluslararası ticaretin finansmanındaki deneyimi ile forfaiting ile uğraşan ilk öncülerden oldu. 1965 yılında İsviçre Bankası sadece forfaiting ile uğraşan bir şube kurdu ve şubelerinin sayısını arttırdı. 1974'te Londra'da, daha sonra Zurih, Lozan ve Milan'da şubeler açtı (8). Günümüzde İsviçre bu konudaki önemli yerini korumakla beraber, forfaiting işlemleri kısa sürede diğer Avrupa ülkelerine de yayıldı. Özellikle de Londra bu işlem açısından önplana çıktı (9). 1980 yılında forfaiting konusunda ön plana çıkan Londrada bulunan finans kurumları ve bankalar genellikle ikinci bir pazar olarak faaliyette bulunmuş, Almanya ve İtalya'daki forfaiterlardan satın alınan alacakların yeniden satılması veya tahsili işlemlerini yapmışlardır (10).

Amerika ise, forfaiting alanında birinci pazar durumunda olup Londra ve Zurih gibi ticari merkezlerde forfaiting hizmetleri vererek bu yerleri ikinci pazar (secondary market) (11) olarak kullanmaktadır (12). Alman bankaları 1970'lerde giderek yoğun bir şekilde bu işlemi kendi programlarına alarak uygulamışlardır (13).

Günümüzde, forfaiting değişik ülkelerde bulunan bankalar tarafından uygulanan bir finansman yöntemidir (14).

Forfaiting, dış ticaret konusunda uzmanlaşmış bankacılığı gerektiren bir finansman yöntemidir. Ülkemizde forfaiting, batılı ülkelerde olduğu kadar tanınmamıştır. Türkiye'nin dışsatım yapısının forfaiting'e ilişkin çözümlenmemiş yasal sorunları (15) olduğundan uygulama alanı sınırlıdır (16).

---

8. GMÜR, J. Charles Forfaiting, Credit Suisse Special Publ., Vol. 47/II, Order Nr. 70334, 2. baskı, Zurich 1986, s.7.
9. AKGÜÇ, 36.
10. CARNEVALE, Francesca "Forfaiting in London", Euromoney Trade Finance Report, Nisan 1987, s.37.
11. Forfaiter tarafından satın alınan senetlerin başka finans kurumlarına veya bankalara satılmasıyla meydana gelen pazara ikinci pazar denilmektedir.
12. CARNEVALE, 45.
13. BERK, Niyazi "Dış Ticarette Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Forfaiting", Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Temmuz 1985, s.25.
14. Forfaiting ile uğraşan ülkeler ve uyguladıkları faiz oranları için bkz. Euromoney Trade Finance Report, Nisan 1987, s.67; Trade Finance, Ağustos 1989, s.52.
15. Bu sorunlar sonuç bölümünde ele alınmıştır.
16. AKGÜÇ, 43; ERSAN, İhsan "Forfaiting ve Türkiye", Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Temmuz 1986, s.31.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

III. FORFAITING'IN FAYDALARI

A. İhracatçıya Sağladığı Faydalar

- İhracatçı yani dışsatımcı vadeli satışını derhal paraya çevirme olanağına sahip olduğundan, ilerde yapacağı kredili satışlarının finansmanı için yeniden kaynak aramak zorunda olmayacaktır (17).

- İhracatçı döviz kurlarında ve faiz oranlarında meydana gelecek risklerden kurtarır (18).

- ihracatçı, alacaklarını idare ve tahsil etmek için zaman harcamayacak ve masrafa girmeyecektir (19).

- Kredili mal satışından doğan alacağın tahsil edilememe riski ihracatçı açısından ortadan kalkmaktadır. Bu risk alacakları temellük eden banka yani forfaiter tarafından üstlenilmektedir. Alacakların tahsil edilememesi durumunda forfaiter dışsatımcıya rücu edememektedir (20).

- Forfaiter'ın uygulayacağı iskonto oranı, senetlerin forfaiter'a tesliminden önce tespit edildiğinden, satıcı forfaiting giderlerini fiyata ekleyerek ithalatçıya aktarmak olanağına sahiptir (21).

- Forfaiting, diğer ticari ödünç sözleşmelerinin aksine gizli tutulabilir (22).

B. Forfaiter'a Sağladığı Faydalar

Forfaitor'in dışsatımcıya rücu etme hakkının olmaması yani alacakları ve alacağa bağlı risklerin üstlenilmesi sözkonusu olduğundan forfaitingin, forfaiter açısından çeşitli faydalar sağlaması bazı şartlara bağlıdır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde banka üstlenmiş olduğu riskleri en aza indirebilecektir.

---

17. ÜNAY, Vesdi Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi Usulleri, İstanbul 1989, s.178; AKGÜÇ, 39; GMÜR, 9; GUILD/HARRIS, 14.
18. GMÜR, 9; BERK, 27; GUILD/HARRIS, 14.
19. GUILD/HARRIS, 14.
20. AKGÜÇ, 39.
21. ÜNAY, 178.
22. GUILD/HARRIS, 14.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

-İskontoya kabul edilecek senedin borçlusunun transfer güçlüğü olmayan bir ülkede bulunmasına dikkat edilmelidir (23).

- Ticari riski önlemek üzere ithalatçının ülkesindeki güvenilir bir bankanın aval (24) veya garanti (25) vermiş olması aranmalıdır. Bu bankanın uluslararası faaliyette bulunması ve ithalatçının ülkesinde yer alması gerekir. Aval veya garantinin verilmesi sadece forfaiter'in üstlenmiş olduğu riskin azaltılması açısından değil, senetlerin ikinci pazarda (secondary market) yeniden iskonto (rediscounting) edilmesi açısından önemlidir (26).

- Kur riskini en aza indirmek için forfaiting işlemine konulacak senetlerin döviz kurları fazla değişiklik göstermeyen paralar üzerinden düzenlenmiş olmasına dikkat edilmelidir (27).

Forfaiter bu şekilde en aza indirdiği riskleri karşılığında bir takım faydalar elde etmektedir.

- Forfaiting işlemi yapılırken devrahnacak alacaklar belli bir faiz oranı gözönüne alınarak iskonto edildiğinden finansman ücretini banka peşin olarak almaktadır.

- Banka, finansman ücretinin yanında belirli bir oranda komisyon da almaktadır.

- Ayrıca ihracatçı ile anlaşma yapılmasından itibaren senetlerin bankaca iskonto edilmesine kadar geçen süre için de taahhüt komisyonu (commitment fee) adı altında ek bir komisyon almaktadırlar.

- Senetlerin vadelerinde forfaiter tarafından tahsil edilmesi halinde döviz girdisi de sağlanmaktadır.

- Forfaiter devralmış olduğu alacakları daha elverişli şartlarla ikinci bir forfaitera satabilir ve böylece fazla işlemi gerektirmeyen forfaiting yönteminden kâr elde edebilir (28).

---

23. ÜNAY, 179.

24. Aval, poliçe nedeniyle sorumluluk taşıyan kişiler lehine verilen bir tür kefalettir. Aval veren, poliçe nedeniyle sorumludur ve sorumluluğu fer'i değil, aval verdiği kişiyle aynı seviyededir ve müteselsildir (POROY, Reha Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 11. baskı İstanbul 1989, s.171).

25. Örn. banka teminat mektubu ile ticari riskin üstlenilmesi mümkündür.

26. GMUR, 12.

27. ÜNAY, 179; GMUR, 10; TUMAY, Turhan Dış Ticaret Banka Tekniği, İstanbul 1987, s.230.

28. ÜNAY, 179.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK FORFAITING SÖZLEŞMESİ

I. FORFAITING KAVRAMI

Forfaiting Fransızca kökenli bir kavramdır. Fransızca'da "a forfait" toptan veya götürü anlamlarını ifade etmektedir (29). Bu kavram Almanca'da "forfaitierung", İtalyanca'da "forfetizzazione", İspanyolca'da "fetizacion" olarak bilinmektedir (30).

Türk bankacılık sisteminde henüz fazla uygulama alanı olmamasına rağmen, müessese yine forfaiting olarak tanınmakta ve kullanılmaktadır. Forfaiting'in Türkçe karşılığı olarak "dışsatım alacaklarının iskontosu" (31) ve "uzun vadeli alacak satın alınması" (32) kavramları kullanılmıştır. Fakat, Türk Hukukunda forfaiting müessesini tam anlamıyla açıklayan bir Türkçe kavram bulmak ve kullanmak zordur. Bu nedenle forfaiting için Türkçe kavram bulmak yerine tam bir tanımının yapılması müessesenin anlaşılabilmesi, genel özelliklerinin ve fonksiyonlarının bilinmesi açısından daha yararlı olacaktır.

Forfaiting bir finansman yöntemi olduğundan ekonomik açıdan tanımı yapılmaktadır. Bu açıdan forfaiting ihracatçıya bir ile yedi yıl arasında değişen süreler için yaptığı satışlarda orta vadeli (mediumterm) finansman sağlayan bir yöntem olarak tanımlanmaktadır (33).

Forfaiting, mal veya hizmetlerin dışsatımından doğan tahsili kabil alacakların bir finans kurumu veya banka tarafından, satana rücu edememek kaydıyla satın alınmasıdır (34). Bu tanım, forfaiting işleminin genel unsurlarını belirlemekle beraber müessesenin fonksiyonlarını açık-

29. ROBERT, Paul Dictionnaire Alphabétique et Analogique De La Langue Française, Paris 1983, s.807; SARAÇ, Tahsin Büyük Fransızca -Türkçe Sözlük, Ankara 1985, s.820.
30. GUILDHARRIS, 1; GMUR, 6.
31. YÜKSEL, 186.
32. TEKİNALP, 361.
33. GMUR, J. Charles New Developments in Financing International Trade Credit Suisse Group, PZ NR 17, Zurich 1985, s.11.
34. REYNOLDS, 2. ERSAN, 29; GUILDHARRIS, 1; GMUR, 6; TUMAY, 226.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

layamamıştır. Doktrinde yapılan diğer bir tanıma göre forfaiting, genellikle mal ve hizmetlerin dışsatımından doğan ileri bir tarihte vadesi gelecek alacakların, daha önce bu alacakları ellerinde bulunduranlara başvurmak hakkı olmaksızın satın alınmasıdır(35). Aynı zamanda forfaiting, dışsatım işlemlerinden doğan, uygulamada bir banka garantisi ile güvence altına alınmış genellikle orta süreli senetli ya da kayıtlı alacakların kesin satışı şeklinde de tanımlanmaktadır (36).

Kanaatimizce, forfaiting mal ve hizmetlerin dışsatımından doğan ve ileriki bir tarihte tahsil edilecek, genellikle poliçe, bono gibi kıymetli evraka bağlanmış alacakların banka veya bir finansman kurumu tarafından faiz ve diğer masraflar indirildikten sonra satın alınması karşılığında peşin ödemenin yapıldığı; alacak ve alacağa bağlı risklerin forfaiter tarafından üstlenildiği; dışalımcının birinci sınıf, riski olmayan bir borçlu olmadığı durumlarda satın alınan alacakların aval veya kayıtsız şartsız bir banka garantisi ile güvence altına alındığı bir müessesedir.

Sözkonusu işlemde dört taraf bulunmaktadır: Dışsatımcı, ihracatçı (exporter); dışalımcı, ithalatçı (importer); alacakları satın alan, devralan banka veya finansman kurumu (forfaiter) ve aval veren veya alacağı garanti eden banka (37).

Forfaiter, genellikle bir banka ya da bu işlemle uğraşan bankalara bağlı veya tamamen onlardan bağımsız olarak çalışan finans kuruluşudur. Forfaiter tarafından yapılan bütün işlemleri kapsayan faaliyete forfaiting denir.

II. FORFAITING'IN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Alacaklara İlişkin Belgelerin Forfaiter'a Devredilmesi

Forfaiter'a devredilecek alacakların mutlaka senede bağlanmış olması zorunlu değildir. Senetli senetsiz her çeşit alacak forfaiting konusu

35. AKGÜÇ, 36.
36. BREK, 25; AKGÜÇ, 36.
37. AKGÜÇ, 37.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olabilir (38). Fakat uygulamada forfaiter'a devredilen alacakların mutlaka senede bağlı olması aranmakta, senede ve deftere bağlı olmayan alacak devrine rastlanmamaktadır. Bu nedenle forfaiting'te kullanılan vesika türlerinin ve özelliklerinin belirlenmesi gerekmektedir.

1. Forfaiting'te Kullanılan Belge Türleri

a. Poliçe ve Bono (Bill of Exchange/Promissory Note) (39)

Forfaiting işleminde en çok kullanılan belgeler poliçe ve bonodur. Poliçe, belirli bir kişi emrine diğer bir kişiye verilen ödeme yetkisini havi bir senettir. Senedi düzenleyen keşideci, muhatap olarak adlandırılan diğer bir kişiye poliçede gösterilen lehdara vadede belirli bir meblağı ödeme emrini verir (40). Forfaiting'te kullanılan poliçenin keşidecisi satıcı yani ihracatçı, muhatabı ithalatçı, lehdarı ise forfaiterdir. İhracatçının düzenlediği poliçe, ithalatçı tarafından kabul edildikten sonra ithalatçı senedin esas borçlusu haline gelir (41). Poliçenin lehdarı olan forfaiter vade tarihinde ithalatçıya başvurarak poliçe bedelini tahsil eder.

Bono ya da emre muharrer senet, bir ödeme vaadidir. Bonoda sadece ikili bir ilişki vardır. Bonoyu düzenleyen, lehdara veya emrine belirli bir miktarı ödeme vaadinde bulunmaktadır (42). Bono, forfaiting işleminde, ithalatçı yani dışalımcı tarafından düzenlenmekte ve bonoda yer alan miktarı ihracatçıya ödemeyi taahhüt etmektedir.

Forfaiting'te poliçe ve bononun en çok kullanılan senet türleri olmasının çeşitli sebepleri vardır:

- Her iki senet türü de dünyanın her yerinde uzun zamandan beri kullanılmaktadır (43).

- Hem poliçe hem de bono, tacirler ve bankalar tarafından bilinmekte ve kişiler arasında kolayca devredilebilmektedir. Bu nedenle iş-

38. ÜNAY, 177.
39. Bkz. Ek.1
40. POROY, 117.
41. GUILD/HARRIS, 2. TUMAY, 229.
42. POROY, 297.
43. TUMAY, 229; GMÜR, 10-11; GUILD/HARRIS, 2.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lemlerin basit ve hızlı bir şekilde yapılmasını sağlamaktadırlar (44).

- 1930'da Cenevre'de yapılan Ticari Senetler Hakkında Uluslararası Konvansiyon bu senetler için bir ortak hukuki çerçeve oluşturmuştur. Bu Konvansiyonda forfaiting işleminde bono ve poliçenin kullanılmasına neden olmaktadır (46). Bu senetlerin şekli konusunda Konvansiyonla sağlanan ortak uygulama tarafların daha güvenle poliçe ve bonoyu kullanmasına neden olmakta, karşı tarafın ülkesindeki hukuki düzenlemenin bu senetlere ilişkin hükümlerinin araştırılması yükünden tarafları kurtarmaktadır.

b. Defter Alacakları ve Vadeli Akreditif (Book Receivables/ Deferred Letter of Credit)

Genellikle forfaiting konusu alacaklar poliçe ve bono gibi kıymetli evraka bağlanmış alacaklar olmakla beraber istisnaen de olsa defter alacakları ve vadeli akreditif (46) alacakları da bu işlemin konusunu oluşturmaktadır. Defter alacaklarının ve vadeli akreditifin forfaiting'te az kullanılmasının nedeni, karmaşık bir yapıya sahip olmaları; borçlunun ülkesinde bulunan uygulamacı ve hukukçuların bu konuda iyi bir bilgiye sahip olmalarını gerektirmeleri ve başlangıçta bütün şartların tam anlamıyla yerine getirilmesini zorunlu kılmalarıdır. Bunların yanısıra, bütün muameleler tek bir belgede toplanmış olup borçlunun özel izni olmadan başkalarına devredilemezler. Devre ilişkin bu sınırlama, şekli ve hukuki birçok sorunlar yaratmakta ve genellikle defter alacakları ile vadeli akreditifin forfaiting için daha az çekici olmasına neden olmaktadır (47). Çünkü forfaiting işleminin finansman aracı olarak tercih edilmesinin başlıca iki nedeni hızlı olması ve basit, karmaşık yapıya sahip olmayan belgelerin kullanılmasıdır (48). Ayrıca, poliçe ve bonoda ödemelerin her birinin ayrı bir belge ile ispatlanabilir olması, bunların kolayca devredil-

---

44 GUILD/HARRIS, 2; GMUR, 10-11.

45. GUILD/HARRIS, 2; TUMAY, 229; GMUR, 11.

46. Vadeli veya ertelenmiş akreditif, alıcıya mal bedelini belgeler eline geçtikten belirli bir süre sonra ödemesi olanağını veren akreditiftir. Bu akreditif türü vadeli satışlar için kullanılmaktadır. Akreditif açan banka, ödeminin belgelerin ibrazından kaç gün sonra yapılacağını "ödeme belgelerin ibrazından, fatura tarihinden veya gönderme tarihinden 60, 90 veya 120 gün sonra yapılacaktır" şeklinde bir ifade ile belirtmektedir (ÜNAY, 96; YÜKSEL, 206; TEKİNALP, 470-471).

47. GMUR, 11.

48. GUILD/HARRIS, 3.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesi, forfaiter tarafından kolayca başka forfaitor'lara satılabilir olmalarına karşın bu özellikler deftor alacakları ve vadeli akreditifte yoktur (49).

2. Forfaiter'in Belgeleri Devreden Kişiye Rücu Etmesinin Yasaklanması (Without Recourse Clause)

İhracatçının vadeli dışsatımına ilişkin alacaklarını forfaiter'e devretmesinin en önemli nedenlerinden biri alacağa ilişkin riskleri ve tahsil sorumluluğunu da forfaiter'e yüklemek istemesidir. Bu nedenle forfaiter'e devredilen belgelerin üzerine alacağın tahsil edilememesi durumunda ihracatçıya rücu edilemeyeceğine ilişkin kayıtlar konulmaktadır (50).

Forfaiter'a devredilen alacakların genellikle poliçe ve bono gibi kıymetli evraka bağlı alacaklar olduğunu yukarıda belirtmiştik (51). Forfaiter'a devredilen alacaklardan dolayı ihracatçının sorumlu tutulmayacağına ilişkin kayıtların (without recourse, non-recourse) poliçe ve bono açısından hukuki önemi birbirinden farklıdır. Poliçeyi keşide eden kişi, poliçenin kabul edilmemesinden sorumlu olmayacağını şart koşabildiği halde, ödememeden dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir kaydı poliçeye koyamaz, koyarsa bu kayıt yazılmamış sayılır (52). O halde forfaiter'e devredilecek poliçelere, bunları keşide eden ihracatçı kabul edilmemelerinden sorumlu olmayacağına ilişkin kaydı koyabilecek; fakat ödenmemelerinden sorumlu olmayacağına ilişkin kaydı koyamayacaktır. Buna karşılık bono, ithalatçı tarafından düzenlendikten sonra ihracatçıya verilmekte ve ihracatçı tarafından forfaiter'a devredilmektedir. İhracatçı, bonoyu forfaiter'e devrederken kendini her türlü sorumluluktan kurtaracak kayıtları koyabilir.

Poliçeye, keşidecinin, ödenmemesinden sorumlu değilim kaydını koyamaması forfaiting işlemi açısından bazı sorunlar doğurmaktadır. Bu nedenle poliçeye bağlı alacakları devralan forfaiter ayrı yazılı bir belgede alacakların ödenmemesi halinde ihracatçıya karşı hukuki yollara müracaat etmeyeceğini ifade etmektedir (53). Fakat, ihracatçı genellikle bonoyu tercih etmekte ve alacağa bağlı riskleri kendisine rücu edilmemesini

49. GUILD/HARRIS, 3.
50. ÜNAY, 177.
51. Bkz. s. 320-321.
52. POROY, 135, 151-152.
53. GÜMÜR, 11.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

de sağlayarak kolayca forfaiter'e aktarmaktadır (54).

3. Senet Forfaiting'inin Temel Sözleşmeden Bağımsızlığı

Defter alacaklarının ve vadeli akreditifin forfaiting konusu olmasına rağmen bir çok banka veya finans kurumları faaliyetlerini senet forfaiting'i ile sınırlamaktadır. Yani, sadece poliçe ve bono gibi kıymetli evraka bağlanmış alacakları satın almaktadırlar. Bilindiği gibi kıymetli evrakta mücerretlik ilkesi geçerlidir. Yani senette yerleşmiş olan hak ile bu hakkın doğumuna neden temel sözleşme arasında bir bağlantı, illiyet yoktur (55). Forfaiter'a devredilen poliçe ve bonolar, ihracatçı ile ithalatçı arasında yapılan satım sözleşmesinden tamamen bağımsızdır. Satım sözleşmesinin geçersiz olması poliçe ve bonoların geçerliliğini etkilemez.

Forfaiting'te senetli alacaklar temel işlemden ayrılmıştır. Yani senet forfaiting'i, senetli alacak haklarının soyutluğu esası üzerine kurulmuştur. Soyutluk veya mücerretlik ilkesinin sonucu olarak, temel sözleşmeden kaynaklanan hiç bir itiraz ve def'i forfaiter'a karşı ileri sürülemez (56). Bu durum forfaiter'in yararınadır. Çünkü, o, esas sözleşmenin tarafı olmadığı için hangi şartlarla yapıldığını bilemez. Esas sözleşmeye ilişkin ihtilaflar ihracatçı ile ithalatçı arasında çözümlenecektir; forfaiter bunlarla ilgili değildir. Esas sözleşme ile ilgili anlaşmazlıkların kendisini etkilememesi için forfaiter devraldığı alacakların temiz olmasını yani herhangi bir engelle karşılaşmadan kolayca tahsil edebileceği alacaklar olmasını ister (57). Senetlerin mücerretliği esası, forfaiter'in alacaklarını ihtilafsız ve gecikmesiz almasını sağlar (58).

B. Forfaiter Tarafından İskonto İşleminin (Discounting) Yapılması

İskonto işlemi (59), senetlerin forfaiter tarafından alınmasından sonra yapılır. Forfaiting'e konu olan senet bedellerinin genellikle % 10-

54. GMUR 11.
55. POROY, 30.
56. BERK, 26.
57. GUILD/HARRIS, 2.
58. GUILD/HARRIS, 2.
59. İskonto işlemi kambiyo senetlerinin vadelerine kadar işleyerek faizlerin indirilip bakiyenin ödenmesi suretiyle, banka tarafından hamillerinden iktisap edilmesidir. Senet bedeli ile banka tarafından ödenen miktar arasındaki farkada iskonto denilmektedir (TEKİNALP, 362)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

20'si ihracatçı tarafından peşin olarak tahsil edildiğinden iskonto işlemi geri kalan %90-80 oranı üzerinden yapılmaktadır (60). İskonto, forfaiting işlemi süresince geçerli olmak üzere kararlaştırılan sabit bir faiz oranı üzerinden yapılır. İskonto faizi, forfaiter'a devredilen bütün senet sayısının uygulanacak faiz oranı ile çarpılması sonucu bulunur (61). Bu şekilde bulunan iskonto faizi miktarı senet bedelleri toplamından indirilir ve geri kalan kısım ihracatçıya ödenir (62). İhracatçı açısından iskonto işleminin önemi, alacaklarının yerine geçecek ödemeleri elde etmesi ve forfaiter'le yaptığı anlaşma sonucunda forfaiter'in artık kendisine alacaklar tahsil edilemedi diye başvurmasının mümkün olmaması açısındandır (63).

Genellikle iskonto oranı, forfaiter ile ihracatçı arasında önceden tespit edildiğinden, ihracatçı ithalatçıya iskonto oranını da yansıtabilmekte ve artık satıcı için ihracatın maliyeti peşin ihracattan farklı olmamaktadır (64).

C. Forfaiter'in Peşin Ödemede Bulunması (Repayment/Downpayment)

Forfaiter, iskonto işlemini yaptıktan sonra ihracatçıya ödemede bulunur. Bu ödeme, ihracatçıyı yüksek faizle orta vadeli kredi almaktan kurtarır. Kredi faizine oranla daha az oranda iskonto faizi ödeyerek nakit ihtiyacını karşılar. İhracatçı vadeli satımlarına ilişkin olarak vadeden önce nakit elde etmek ve bu satışları dolayısıyla doğabilecek bütün risklerden kurtarmak istiyorsa kendisi için avantajlı olan forfaiting finansman yöntemini kullanacaktır (65).

D. Alacağa Bağlı Risklerin Forfaiter Tarafından Üstlenilmesi

---

60. BERK, 25; GMUB, New Developments in Financing International Trade, 12.
61. TUMAY, 232.
62. GMUB, 10; TUMAY, 232
63. GMUB, 46.
64. TUMAY, 233, UNAY, 179.
65. GMUB, J.Charles World Trade Financing to the Year 2000 (New Developments in Trade with COMECON and the LDC s), Credit Suisse Group, FZ Nr 5, Zurich 1978, s.5.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Forfaiting'in ihracatçıya sağladığı en önemli faydalardan birinin alacağa bağlı risklerin forfaiter'a devredilmesi olduğunu yukarıda (66) belirtmiştik. Gerçekten de dışsatım işlemini yapan ihracatçının pek çok riskle karşı karşıya olması onun durumunu güçleştirmekte, faaliyette bulunması açısından çekimser davranmasına neden olmaktadır.

İhracatçının karşılaştığı ticari risk, transfer riski, kur riski ve ülke riski forfaiting sözleşmesi ile forfaiter'a aktarılmaktadır.

Politik risk (political risk) veya ülke riski, ithalatçının ülkesinde devletin aldığı olağanüstü önlemler veya savaş, devrim, ayaklanma, iç savaş gibi politik olayları ifade etmektedir (67). Bu tür olaylar ihracatçının alacağını elde etmesine engel olacağından ihracatçı açısından tehlike arzederler.

Kur riski (currency risk), döviz kurlarındaki değişmelerden kaynaklanmaktadır. İhracatçının ülkesindeki para cinsinden başka bir para ile ödemenin yapılması halinde bu riskin varlığından sözedilecektir (68). Günümüzde döviz kurlarının serbestçe dalgalanması, oynak döviz kurları kur riskini arttırmaktadır (69).

Transfer riski (transfer risk), moratoryum ilanı da dahil borçlu ülkenin, saptanmış döviz cinsi üzerinden borçlarını ödemede güçlüklerle karşılaşmasından veya borçlarını ödemeden kaçınmasından kaynaklanmaktadır (70).

Ticari risk (commercial risk), borçlunun ödeme güçlüğü içinde bulunmasından veya ödeme niyetinde olmamasından doğmaktadır (71).

Bütün bu riskler forfaiting sözleşmesi ile forfaiter'a devredilmekte ve ihracatçı açısından bir tehlike sözkonusu olmamaktadır.

E. İthalatçının Riskli Borçlu Olması Durumunda Bir Bankanın Aval veya Teminatının Alınması

---

66. Bkz. s.316.
67. AKGÜÇ, 39; GMUR, 8.
68. GMUR, 8.
69. AKGÜÇ, 40.
70. GMUR, 8.
71. AKGÜÇ, 40; GMUR, 8.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Forfaiter'in alacakları ihracatçıya rücu etme yetkisine sahip olmadan devralması nedeniyle, alacakların borçlu yani ithalatçı tarafından ödenmemesi riskine de katlanması gerekecektir. Bu durum forfaiting'in temel özelliklerinden biridir. Fakat borçlu birinci sınıf (first-class), riski olmayan bir kişi veya istenildiğinde derhal ödeme yapma yeteneğine sahip bir kurum değilse, forfaiter üstlendiği risklere karşı bir güvence bulma zorunluluğu hissedecektir. Uygulamada, forfaiter'lar bu ihtiyaçlarını bankaların verdiği aval ve teminatlarla gidermektedirler. Banka teminatı veya avalı forfaiter'in devraldığı alacakları tahsil edememesine karşı tek güvence olup, bu teminatların alınması forfaiter için bir sine qua non şartıdır. Aval veya teminat sadece forfaiter'in riskini azaltmakla kalmaz, onun iskonto ederek aldığı senetleri diğer forfaiter'lara devretmesini de sağlar (72).

Aval veya teminat verecek bankanın ithalatçının ülkesinde bulunan ve milletlerarası alanda tanınmış bir banka olması gerekir (73). Bankanın, borçlunun yani ithalatçının ülkesinde bulunması zorunluluğu borçlunun kredi değerliliğinin bu banka tarafından daha iyi bir şekilde tespit edilebilmesinden kaynaklanmaktadır. Bankanın verdiği teminatın kayıtsız şartsız ve dönülemez olması gerekir. Böylece alacakları vadelerinde borçludan tahsil edemeyen forfaiter aval veya teminat veren bankaya başvurarak ödeme yapmasını talep edecektir (74).

III. FORFAITING PROSEDÜRÜNÜN İŞLEYİŞİ

Forfaiting, ihracatın finansmanında kullanılan bir yöntemdir. Bu yöntemin varlığından sözedilebilmesi için öncelikle ihracatçı ile ithalatçı arasında bir satım sözleşmesinin yapılmış olması gerekir (75). Bu sözleşmede taraflar malın teslim şartları ile birlikte ödeme şartlarını, kredi süresini, ödenmesi gereken pesinat (down-payment) tutarını, taksit tarihlerini ve miktarlarını da kararlaştırırlar (76).

İhracatçı, forfaiter ile bağlantı kurar ve ondan kendisini finanse etmesini ister. Uygulamada, ihracatçı ile forfaiter arasındaki bağlantı,

72. GUILD/HARRIS, 3.
73. GMÜR, 8.
74. ÜNAY, 177.
75. Sözleşmenin kuruluşu için bkz. s. 333–335.
76. TUMAY, 228.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

satım sözleşmesinin yapılmasından önce kurulmaktadır (77). Amaç, forfaiting işlemi nedeni ile ihracatçının yapacağı masrafları ithalatçıya satacağı malların fiyatına yansıtmak isteğinin yerine getirilmesini sağlamaktır. Böylece vadeli satış yapması dolayısıyla alacaklarını vadelerinden önce kendisini finanse etmek amacıyla forfaiter'a devreden ihracatçı açısından peşin satış yapmış gibi avantajlı bir durum ortaya çıkmaktadır.

İthalatçı, satış sözleşmesinden sonra, borçlu olduğunu gösteren belgeleri imzalayarak kendi ülkesinde bulunan bankasına vermektedir. Bu banka, belgelerdeki miktarların ithalatçı tarafından ödeneceğini garanti ederek bunları ihracatçının bankasına göndermektedir. İhracatçının bankasına bir yazı yazarak, bu belgelerin ancak ihracatçı tarafından malların gönderilmek üzere yüklendiğini gösteren evrakların gösterilmesi halinde ona teslim edileceğini bildirmektedir (78).

Forfaiting işleminde araya ihracatçının ve ithalatçının bankasının sokulmasının nedeni, satımın ülke dışı satım olması nedeniyle tarafların biraraya gelmesinin zor hatta imkânsız olmasıdır. Belgelerin veya senetlerin gösterilmesi veya teslimi gerektiği durumlarda, konusunda uzman olan bankaların aracı olarak kullanılması taraflar için büyük kolaylık sağlayacağı gibi işlemlerin güven içinde ve hızlı bir şekilde yapılması sonucunu da doğurur.

İhracatçı malları gönderir ve kendi bankasına giderek malları gönderdiğine ilişkin belgeleri gösterir. Bunun üzerine ihracatçının bankası, malların sevkine ilişkin belgeleri ithalatçının bankası aracılığı ile ona gönderir ve ithalatçının bankası vasıtasıyla aldığı senetleri ihracatçıya verir. İhracatçı bunları forfaiter'a devreder ve iskonto işleminden sonra kendisine ödeme yapılır. Forfaiter elde ettiği bu senetleri vadelerine kadar kendisinde muhafaza edebileceği gibi başka forfaiterlara da satabilir (79).

IV. HUKUKİ NİTELİĞİ

Forfaiting esasında bir iskonto işlemi olduğundan hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşler iskonto işleminin hukuki niteliği konusundaki görüşlerle aynıdır (80).

---

77. REYNOLDS, 2.
78. REYNOLDS, 2.
79. REYNOLDS, 2.
80. TEKİNALP, 364.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İskonto işleminin hukuki niteliği ile ilgili görüşler iki grupta toplanmaktadır. Bir görüşe göre (81), senedin banka tarafından devralınması satım sözleşmesine ilişkin özellikleri taşımaktadır. Çünkü banka ticari senetleri rehin olarak almamakta, sahip olmak amacıyla elde etmektedir. Senet bedellerini tahsil eden banka bu bedelleri devredene vermemekte, kendisinde alıkoymaktadır. Bu da ancak bankanın senedi satın alması durumunda sözkonusu olur. Senetler bankaya ifa yerine verilmektedir.

İskonto işlemini satım değil, ödünç veya atipik ödünç sözleşmesi olarak kabul edenler (82), satım görüşünün iskonto işleminin kredi özelliğini tam anlamıyla yansıtmadığını ifade etmektedirler. Senetlerin bankaya verilmesinin nedeni kredi elde etmektir.

Kanaatimizce Forfaiting sözleşmesinin sadece satım veya ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Alacakların forfaiter'a devredilmesi karşılığında forfaiter'in ön ödemede bulunmasıyla ihracatçı nakit ihtiyacını karşılamaktadır. Bu özellik ödünç sözleşmesi niteliğini vermektedir. Alacakların ihracatçıya rücu edilmemek şartıyla devralınması forfaiting'in temlikat fonksiyonunu ortaya çıkarmaktadır. Forfaiting kanunla düzenlenmemiş bir sözleşmedir. Kanunla düzenlenmemiş sözleşmelere isimsiz, adsız sözleşmeler denildiğinden (83) forfaiting de isimsiz sözleşmedir. Forfaiting sözleşmesindeki hukuki ilişkiler incelendiği zaman bu ilişkilerin kanunla düzenlenmiş birden fazla sözleşmenin unsurlarını taşıdığı görülecektir. Yani bu sözleşme bir karma sözleşmedir. Karma sözleşme, kanunun çeşitli sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir şekilde biraraya gelmesiyle meydana gelir (84).

Forfaiting; satım, karz, kredi, alacağın temliki ve garanti sözleşmelerine ilişkin özellikleri taşımaktadır. Bu nedenle karma muhtevalı bir sözleşmedir. Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür (85).

---

81. TEKİNALP, s.362, dn. 22'de anılan yazarlar.

82. TEKİNALP, s.363, dn. 23'te anılan yazarlar.

83. YAVUZ, Cevdet Borçlar Hukuku Özel Hükümler,I.C., İstanbul 1989, s. 15; TANDOĞAN, Halûk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I'1, İstanbul 1988, s.12; KUNTALP, Erdem Karışık Muhtevalı Akit (Doçentlik Tezi), Ankara 1971, s.20.

84. YAVUZ, 16; TANDOĞAN, 69; KUNTALP, 102.

85. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KUNTALP, 121-143.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

V. FORFAITING'İN BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. Factoring Sözleşmeleri ve Forfaiting

"Ticari ve hukuki anlamda factor, malsatımı ve hizmet arzı ile uğraşan işletmelerin bu satışları dolayısıyla doğmuş ya da doğacak alacaklarını temellük ederek tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık peşin ödemelerde bulunarak finansal kolaylıklar sağlayan, aynı zamanda mali, ticari ve idari konularda işletmeye verdiği hizmetler karşılığı ücrete hak kazanan kişi ya da kuruluşdur"(86). Factorca yürütülen faaliyete factoring, taraflar arasında yapılan sözleşmeye factoring sözleşmesi denir (87). Factor, bir banka ya da bir ihtisas kuruluşudur.

Factoring 'te forfaiting gibi bir finansman yöntemidir. Birer finansman yöntemi olmalarına rağmen aralarında bazı farklılıklar vardır. Factoring genellikle 90-180 günlük satışların finansmanında kullanıldığı halde, forfaiting daha uzun vadeli satışlar için kullanılmaktadır (88). Forfaiting'te vade 5-7 yıla kadar uzayabilmektedir (89). Yine, factoring'te, factor ülke riskini ve transfer riskini taşımadığı halde forfaiter bu riskleri taşımaktadır (90). Forfaiter devraldığı alacakları tahsil edemeyince ihracatçıya başvuramaz. Oysa factoring sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça alacakların tahsil edilememesi riski müşteriye aittir (91). Ayrıca factoring uygulamasında ikinci pazar olmadığı halde, forfaiting işleminde vardır ve ticari senetlerin ikinci pazarda alınıp satılması mümkündür (92).

---

86. ÖZAKMAN, 13.
87. ÖZAKMAN, 13; AKYOL, Şener Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İstanbul 1984, s.12; FITZGERALD, Thomas/FASOLA, Sylvia/CHEN, Johnson Factoring, ITO Factoring Semineri, İstanbul 1987 (yayınlanmıştır), s.10; YARDIMCI Adnan "Factoring ve Tarihi gelişimi", İGEME Bülteni, 30.5.1986, S.22, Yıl. 24, s.4; ÖNCÜ, Beratiye "Factoring Hizmetleri ve Uygulaması", İGEME Bülteni, 30.5.1986, S.22, Yıl 24, s.7.
88. GMÜR, 7.
89. AKGÜÇ, 38; ERSAN, Uluslararası Factoring ve Türkiye, 31.
90. GMÜR, 7; ERSAN, Uluslararası Factoring ve Türkiye, 31.
91. ÖZAKMAN, 31-32.
92. ERSAN, Uluslararası Factoring ve Türkiye, 31.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Aralarındaki bu farklılıklara rağmen factoring ve forfaiting benzer özellikler de göstermektedir. Herşeyden önce, ikisi de birer finansman yöntemidir ve her ikisinde de alacak hakkının satışı veya bu hakkın satın alınması, temelluk edilmesi sözkonusudur. Hem factoring hem de forfaiting yönteminde belirli işlevler yerine getirilmektedir. Yani ihracatçının finansmanı sağlanmakta ve ihracatçının karşılaşacağı riskler üstlenilmektedir (93).

2. Poliçe İskonto İşlemleri ve Forfaiting

Poliçe iskonto işleminde, banka ile müşteri arasında bir iskonto sözleşmesi yapılmakta ve bu sözleşme uyarınca müşteri poliçeleri bankaya ciro etmektedir. Banka, poliçe bedellerinden vade tarihine kadar işleyecek ara dönem faizlerini, komisyon miktarlarını ve masrafları indirerek geri kalan kısmı müşterinin serbestçe tasarruf edebileceği hesabına geçirmektedir. Vadede poliçe bedellerinin muhatap tarafından ödenmesi halinde banka bu tutarda müşteriye açılan krediyi kapatmaktadır (94).

Poliçe iskontosunda amaç forfaiting'te olduğu gibi müşteriye yani ihracatçıya kredi sağlamaktır. Bununla beraber forfaiting'te dışsatımdan doğan her türlü alacak senede bağlı olsun veya olmasın forfaiter'a devredilebildiği halde poliçe iskontosunda bankaya sadece poliçeye bağlı alacaklar devredilmektedir (95). Ayrıca, poliçelerin bedelini tahsil edemeyen banka, poliçeden doğan rücu hakkını kullanabileceği gibi müşterisine aralarındaki sözleşme uyarınca başvurabilir (96). Fakat forfaiting'te, forfaiter alacakları ihracatçıya rücu edememek kaydıyla devraldığından, tahsil edemediği alacaklar için eğer aval veya teminat veren bir banka varsa sadece bu bankaya başvurarak ödeme talebinde bulunabilecektir.

---

93. AKGÜÇ, 38.
94. ÖZAKMAN, 63; YÜKSEL, 311; TUMAY, 224-226.
95. Çek ve bono da iskonto işlemine konu olabilir.
96. ÖZAKMAN, 63.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İKİNCİ BÖLÜM

FORFAITING SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU, HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

I. FORFAITING SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU

1. Sözleşmenin Hazırlık Çalışmaları

Forfaiting sözleşmesinin yapılması aşamasına kadar taraflar arasında çeşitli konularda ön görüşmeler yapılmaktadır. Ön görüşmeler ya da hazırlık çalışmaları sözleşmenin hangi şartlar altında yapıldığını göstermek ve sözleşme hükümleri üzerinde tereddüde düşüldüğü zaman tarafların bu hükümleri hangi amaçlarla sözleşmeye koyduklarını tespit etmek açısından önem taşımaktadır. Forfaiter, ihracatçı ile ithalatçı arasında yapılan satım sözleşmesinden doğan alacakları temellük etmekle beraber bu sözleşmenin tarafı olmaması, sözleşmenin hangi şartlar altında yapıldığını bilmemesi nedeniyle, o, ihracatçıdan devraldığı alacaklarla ilgili bir takım bilgiler edinmek zorundadır. Çünkü alacakları, ihracatçıya rücu etme hakkı olmaksızın ve bütün riskleriyle beraber devraldığından kendisi için ilerde doğacak olan sakıncaları önlemesi veya ortadan kaldırması ancak bu yolla mümkün olacaktır. Bu sebeple forfaiter tarafından edinilmesi gerekli bilgiler konusunun incelenmesi önem taşımaktadır.

a. Forfaiter Tarafından Edinilmesi Gerekli Bilgiler

Forfaiting yapan bankaların veya finans kuruluşlarının üstlendikleri riskleri azaltmak için bazı önlemler almaları ve bilgiler edinmeleri zorunludur (97):

- Forfaiter öncelikle işlemin yapılacağı para birimini, tutarını ve vadesini öğrenmek zorundadır (98). Forfaiting işlemine konu olan senetler genellikle ABD Doları, Federal Alman Markı veya İsviçre Frangı üzerinden düzenlenmektedir (99). Kural olarak senetlerin herhangi bir para

97. AKGÜÇ, 40.
98. GUILD/HARRIS, 22; GMUB, 16; REYNOLDS, 4.
99. ERSAN, 29.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

birimi üzerinden düzenlenmesinde ve iskonto yapılmasında bir sınırlama yoktur. Bu üç para biriminin kullanılmasının nedeni bütün ülkeler tarafından geniş ölçüde kullanılmaları; güçlü ve istikrarlı olmalarıdır (100).

- Forfaiter ihracatçının kim olduğunu ve hangi ülkede bulunduğunu bilmelidir (101). Çünkü ihracatçının mali durumu; dışsatım işleminin tamamlanıp tamamlanmadığını ve ihracatçı tarafından kendisine verilen belgelerdeki imzaların doğruluğunu araştırması ancak ihracatçıyı tanımasıyla mümkün olacaktır(102).

- İthalatçının kim olduğunu ve hangi ülkede bulunduğunu da forfaiter öğrenmek zorundadır (103). Çünkü ithalatçı tarafından düzenlenen ve borçlu olduğunu gösteren belgelerin, ithalatçının bulunduğu ülkedeki kanunlara ve kambiyo mevzuatına uygun olup olmadıklarını; imzaların gerçekten ithalatçıya ait olup olmadığını tespit etmesi için ithalatçıyı tanıması gerekir (104).

- Garanti verenin kim olduğu ve hangi ülkede bulunduğu (105).

- Forfaiting konusu belgelerin türleri yani bunların kambiyo senedi mi olduğu yoksa defter alacakları veya vadeli akreditif mi oldukların tespiti (106).

- Alacakların hangi tarihte veya tarihlerde muaccel olacağı (107)

- Banka tarafından verilecek garantinin aval mı yoksa başka bir teminat türü mü olduğu (108).

- Ne tür malların ihraç edildiği (109).

- Malların ne zaman teslim edildiği (110).

---

100. GMUR, 10.
101. GUILD/HARRIS, 22; REYNOLDS, 4; GMUR, 16; AKGÜÇ, 40.
102. GUILD/HARRIS, 22.
103. TUMAY, 231.
104. GUILD/HARRIS, 22.
105. ERSAN, 30; GMUR, 16; TUMAY, 231; REYNOLDS, 4.
106. AKGÜÇ, 40; GMUR, 16.
107. GMUR, 17; ERSAN, 30.
108. ERSAN, 30; AKGÜÇ, 40.
109. ERSAN, 30; GMUR, 16; REYNOLDS, 4.
110. AKGÜÇ, 40; GMUR, 16.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Senetlerin ne zaman iskonto edileceği (111),

- Malların teslim edilmesi için gerekli izinler (112),

- Forfaiter tarafından ihracatçıya; ithalatçı tarafından forfaiter'a ödemenin nerede yapılacağı (113), konularında forfaiter'in bilgi edinmesi üstlenmiş olduğu riskleri azaltması ve ilerde doğması mümkün zararlarını önlemesi açısından yararlı olacaktır.

b. Forfaiter'in Kredi Analizi Yapması

Forfaiter genellikle ya bir bankadır ya da bankalara bağlı kuruluşlardır. Bu nedenle kredi analizinin yapılması, faaliyetinin bir parçasını oluşturur. Forfaiter, ihracatçının, ithalatçının ve garanti veren bankanın kredi durumunu değerlendirecektir. İhracatçı ve ithalatçının kredi durumu; ödeme kabiliyeti ve ehliyeti; garanti verenin kredi değerliliği; kendisine devredilen alacakların geçerli bir hukuki ilişkiye dayanıp dayanmadığı ve temellük ettiği senetlerin kabul edilebilir bir fiyatla satılıp satılamayacağı konularında önceden değerlendirme yapmak durumundadır (114).

2. Sözleşmenin İnikadı ve Özellikleri

Dışsatım işleminde forfaiting sözleşmesinin hazırlık çalışmaları çok önceden başlar. Çünkü vadeli satış yapacak olan ihracatçı bu satışı yapmadan önce satış bedelini vadesinden önce elde edebileceği bir finansman yönteminin bulunup bulunmadığını ve böyle bir yöntem varsa bunun maliyetinin ne olacağını bilmek ister. Eğer finansman yöntemi forfaiting ise, forfaiterin isteyeceği masraf, komisyon ve faiz miktarı ile kendisine yapılacak peşin ödemenin miktarını satım sözleşmesinden önce öğrenmek için araştırma yapar. Forfaiter ise satım sözleşmesinden önce, bu sözleşme ile ilgili olarak yapacağı peşin ödemelerden dolayı isteyeceği faiz, komisyon ve masrafları kesin bir rakkamla ifade edecek durumda değildir. Bu nedenle, forfaiting sözleşmesi yapılana kadar ihra-

---

111. GUILD/HARRIS, 22.
112. GUILD/HARRIS, 23; TUMAY, 231.
113. GUILD/HARRIS, 23; TUMAY, 231.
114. GUILD/HARRIS, 23.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

catçı ile forfaiter devamlı bilgi alış-verişi yaparlar. İhracatçı kesin mal miktarını ve satış bedelini; forfaiter da talep edeceği forfaiting maliyetini belirlemeye çalışır (115).

Forfaiter, ihracatçıdan aldığı bilgilere dayanarak ona bir taahhüt mektubu (Commitment Letter) (116) gönderir (117). Bu mektupta forfaiter hangi şartlarla taahhüt altına girdiğini açıklar. Mektuptaki şartların ihracatçı tarafından kabul edilmesi belirli bir süre alır. Bu süreye cevap süresi (option period) denir. Cevap süresi 48 saate kadarsa, bu süre için forfaiter ücret talep etmez (118). Genellikle süre 48 saati geçmez. Fakat bazan sürenin 1-3 aya kadar uzadığı durumlar da ortaya çıkmaktadır. Bu süre içinde faiz oranında ve para değerinde meydana gelecek değişmeler forfaiter tarafından önceden saptanan maliyeti etkiler. Bu nedenle cevap süresinin 1-3 aya kadar uzadığı durumlarda forfaiter ücret talep edebilir (119).

Forfaiterce saptanan maliyetin ihracatçı tarafından kabul edilmesiyle forfaiting sözleşmesi meydana gelir. Forfaiting sözleşmesi çerçeve sözleşme niteliğindedir ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin genel esasları bu sözleşme ile belirlenmiştir. Forfaiting finansmanı konusu kredinin limiti, vadesi, iskonto oranı ve taahhüt komisyonu oranı bu sözleşmede saptanması gerekli konuları oluşturmaktadır (120).

İhracatçının senetleri forfaitera devri karşılığında kendisine belli bir oranda peşin ödemenin yapılmasına ilişkin çerçeve anlaşmanın yapılması ile malların teslimi arasında uzun bir süre geçmektedir. Bu süre 12 aya kadar uzayabilmektedir (121). Bu süre içinde, hem forfaiter hem de ihracatçı çerçeve anlaşma ile üstlenmiş oldukları taahhütleri ile bağlıdırlar. Bu aşamada ne senetler henüz forfaitera devredilmiştir ne de forfaiter peşin ödemede bulunmuştur. Sözleşmenin yapılmasından malların teslimine kadar geçen süreye taahhüt süresi (commitment period) denir (122). Bu dönemde ihracatçının forfaiting sözleşmesinden dönmesi ancak

115. GMUR, 13.
116. Taahhüt mektubu örneği için bkz. Ek 2.
117. ÜNAY, 180.
118. GMUR, 13; GUILD/HARRIS, 24.
119. GMUR, 13; GUILD/HARRIS, 24.
120. ÜNAY, 180.
121. GUILD/HARRIS, 24.
122. GMUR, 14.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

forfaiter ile karşılıklı anlaşmasına ve forfaiterin yapmış olduğu masrafları ödemesine bağlıdır (123).

Forfaiting sözleşmesi karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve bu sözleşme ile taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Forfaiting sözleşmesinin temel özelliği alacakların forfaitera devredilmesi karşılığında ihracatçının kredi elde etmesidir. Alacaklar kambiyo senetlerine bağlanmış ise, alacağın devredilebilmesi için senedin devri gerekir. Çünkü hak ile senet arasında bir bağlantı vardır. Yani hak senede yerleşmiştir (124). Forfaiting konusu alacaklar genellikle poliçe ve boncya bağlanmıştır. Bunlar emre yazılı senet niteliğinde olup ciro ve teslim ile devredilirler (125). Ciro, yazılı bir beyandır (126). Deftere bağlı alacakların forfaitera devri alacağın temliki hükümlerine tabidir. Alacağın temliki yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmaz (BK. md.163). Buradaki şekil şartının gerçekleşmesi için temlik sözleşmesinin adi yazılı yapılması yeterlidir (127).

II. FORFAITING SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

A. Forfaiter ile İhracatçı Arasındaki İlişki

Forfaiting sözleşmesi, forfaiter ile ihracatçı arasında yapılmaktadır. Bu sözleşme karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle taraflardan birinin yükümlülükleri, borçları diğer tarafın alacaklarını teşkil ettiğinden, alacaklar ve borçlar ayrı ayrı incelenmeyecek, sözleşmenin hükümleri tarafların yükümlülükleri açısından incelenecektir.

1. İhracatçının Yükümlülükleri

a. Alacak ve Alacağa Bağlı Belgeleri Forfaiter'a Devretme

Alacakları devreden kişi, alacak senedini, alacağa bağlı belgeleri

123. GMÜR, 14.
124. POROY, 27.
125. POROY, 70.
126. POROY, 70.
127. TEKİNAY, S.Selahattin/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. baskı, İstanbul 1988, s.329

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve alacağın elde edilmesi için gerekli bilgileri yeni alacaklıya vermekle yükümlüdür (128).

Yapacağı vadeli satış sözleşmelerine ilişkin olarak nakit elde etmek ve ilerde tahsil edeceği alacağa bağlı risklerden kurtarmak isteyen ihracatçı, bu sözleşmeden doğan alacaklarını forfaitera devredecektir. İhracatçının, alacağı ve alacağa bağlı belgeleri forfaitera devretme yükümlülüğü forfaiting sözleşmesinin yapılmasından itibaren doğmaktadır. Alacakların devredilmesi karşılığında peşin ödemenin elde edilmesi nedeniyle, alacakların ihracatçı tarafından forfaitera satıldığından sözedilmektedir (129). İhracatçı sadece alacağı temlik etme yükümlülüğü altında olmayıp aynı zamanda forfaiterin alacağı ve alacağa ilişkin belgeleri temellük etmesine engel olmama yükümlülüğü altındadır.

b. Alacağa İlişkin Belgelerdeki İmzaların Doğruluğunu Bankasına Teyit Ettirme (Signature Verification)

Kural olarak ihracatçının, ithalatçıdan olan alacaklarını temsil eden belgelerin doğruluğu ve imzaların gerçek sahiplerine ait olup olmadıkları forfaiter tarafından incelenir (130). Fakat forfaiter, imzaların doğruluğunun ihracatçının bankası tarafından yapılmasını tercih eder. Bu durumda ihracatçı bankasına giderek satım sözleşmesinden doğan alacaklarına ve bu alacaklarla ilgili teminatlara ilişkin belgelerdeki imzaların gerçek sahiplerine ait olduklarının teyidini istor.

İhracatçının bankası teyit işlemini iki şekilde yapabilir: Ya imzaların gerçek sahiplerine ait olduğunu veya bir tüzel kişi sözkonusu ise bu tüzel kişinin yetkili temsilcileri tarafından atıldıklarını taahhüt eder ya da imzaların dosyada bulunan diğer imza örneklerine uygun olduğunu teyit eder. Böyle bir ayırımın yapılması bankanın sorumluluğunun tespiti açısından önemlidir. Birinci durumda bankanın sorumluluğu tam iken, ikinci durumda sorumluluğu sadece imzaların örneklerine uygun olduğunu beyan etmesiyle sınırlıdır (131).

---

128. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 343.
129. YÜKSEL, 187; ÜNAY, 177; TUMAY, 226; ERSAN, 29; BERK, 25; AKGÜÇ, 36; GMUR, 6.
130. GUILD/HARRIS, 26.
131. GMUR, 20; GUILD/HARRIS, 26.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

c. Alacağın Devredildiğini İthalatçıya Bildirme

İhracatçı ile forfaiter arasında alacakların devrine ilişkin sözleşmenin yapılabilmesi için ithalatçının iznini almaya gerek yoktur. Temlikten ithalatçının haberdar edilmesi, ödemenin gerçek alacaklı olan forfaitera yapılması bakımından önem taşımaktadır. Alacağın devrinden haberi olmayan borçlu iyiniyetle, gerçek borçlu sandığı eski alacaklıya ödemede bulunursa borcundan kurtulur (132). Bu nedenle ihracatçı forfaiting sözleşmesinden ithalatçıyı haberdar etme yükümlülüğü altındadır.

d. Faiz, Komisyon ve Masrafları Ödeme

Forfaiter yapmış olduğu peşin ödemelere karşılık alacakları devralmakla beraber faaliyetinden ve üstlenmiş olduğu risklerden dolayı ithalatçıdan faiz, komisyon almakta ve yaptığı masrafları talep etmektedir.

Forfaiter, kendisine devredilen senetleri iskonto ederken, bütün kredi vadesi boyunca geçerli olmak üzere kararlaştırılan sabit bir faiz alır. Buna iskonto faizi denir. Bu faiz, iskonto edilecek senet sayısının uygulanacak faiz oranı ile çarpılması sonucu bulunur (133).

Banka yani forfaiter yapmış olduğu peşin ödemeye ilişkin olarak ta belirli bir faiz almaktadır (134). Forfaiting nedeniyle banka üstlenmiş olduğu politik risk, transfer riski, ticari risk ve kur riski (135) nedeniyle de, bir komisyon almaktadır.

Bu faiz ve komisyonlardan ayrı olarak forfaiter ihracatçı ile anlaşma yapmasından senetleri iskonto edene kadar geçen süre içinde ek bir komisyon almaktadır. Taahhüt komisyonu (commitment fee) olarak adlandırılan bu komisyonu ihracatçı ödemek zorundadır (136).

---

132. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 339.
133. TUMAY, 232.
134. ÜNAY, 179.
135. GMUR, World Trade Financing to the Year 2000, 5.
136. ÜNAY, 179.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Forfaiter'in Yükümlülükleri

a. Alacağı ve Alacağa Bağlı Belgeleri Temellük Etme

Forfaiter, forfaiting sözleşmesinde kararlaştırılan miktarda alacağı ve bu alacağa ilişkin belgeleri temellük etme yükümlülüğü altındadır. Forfaiter'in ne miktarda alacağı temellük edeceği ve hangi tür belgeleri tesellüm edeceği taraflar arasında kararlaştırılmaktadır.

b. Alacağa İlişkin Belgeleri Kontrol Etme
(Checking the Documentation)

Forfaiter kendisine verilen belgelerin doğruluğunu ve belgelerde bulunan imzaların gerçek sahiplerine ait olup olmadıklarını kontrol etme yükümlülüğü altındadır. Daha önceden ihracatçıdan aldığı bilgiler ve özellikle de ithalatçının kimliği, bulunduğu ülke konusunda edindiği bilgilere dayanarak belgeleri kontrol eder. Belgeleri kontrol forfaiter için oldukça zor ve hassas bir konudur. Belgelerdeki imzaların, ithalat izinlerinin, onayların, damga vergisine ve döviz onayına ilişkin belgelerin incelenmesi teknik bir iştir. Bu inceleme sırasında, belgelerde eksiklik olduğu tespit edilirse durum derhal bildirilerek belgelerin tamamlanması istenmelidir. Belgelerde şekli noksanlıkların bulunması durumunda da bu eksikliğin giderilmesi için gerekli işlemler yapılmalıdır (137).

Fakat uygulamada kontrol işlemi genellikle ihracatçının bankası tarafından yapılmaktadır. Bu konu daha önce incelendiği (138) için üzerinde durulmayacaktır.

c. Peşin Ödemede Bulunma (Down-Payment/Cash Payment)

Malların gönderildiğine ilişkin belgeleri ihracatçının kendi bankasına vermesiyle daha önce ithalatçının ülkesinde bulunan banka tarafından gönderilen ve ithalatçı tarafından düzenlenen senetler ihracatçıya verilir. İhracatçı aldığı bu senetleri forfaiter'a teslim eder. Forfaiter is-

137. GMUR, 20.
138. Bkz. s. 309.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

konto işlemini yaptıktan sonra ihracatçıya peşin ödemede bulunur (139). Forfaitinge konu olan dışsatıma ilişkin alacakların %10-20'si daha önceden ihracatçı tarafından peşin olarak alındığından iskonto işlemi alacağın geri kalan %90-80 oranı üzerinden yapılmakta ve peşin ödemede de bu oran esas alınmaktadır (140).

d. Alacağa Bağlı Riskleri Üstlenme

Forfaiting işleminde ihracatçının dışsatımdan doğan riski forfaiter tarafından üstlenilmektedir. Dışsatımın finansmanına ilişkin riskler politik risk, transfer riski, kur riski ve ticari risk olmak üzere çeşitli şekillerde meydana gelebilir (141). Ayrıca, ihracatçı alacakları forfaiterin kendisine rücu etmemesi kaydıyla devretmektedir. Yani forfaiter, senetlerin vadesi geldiğinde ithalatçıya başvurarak bunların tahsilini talep ettiğinde bu talebin yerine getirilmemesi halinde alacakları kendisine devreden ihracatçıya başvuramayacaktır (142).

Forfaiterin bütün riskleri üstlenmesi onun durumunu güçleştirdiği gibi forfaiting işleminin maliyetini de arttırmaktadır. Forfaiter üstlenmiş olduğu riskler için ithalatçının ülkesinde bulunan bir bankanın avalini ya da garantisini istemektedir. Aval, poliçe ve bono nedeniyle sorumluluk taşıyan kişiler lehine verilen bir tür kefalettir (143). Aval poliçenin yüzüne ".....'/..... aval içindir" (144) kelimeleri ve bankanın adı yazılıp yetkililerce imzalanmak suretiyle yapılır. Bononun yüzünde "aval içindir" (145) kelimelerinin yazılması ve banka isminin belirtilmesi yabancı alıcı adına aval verilmesi için yeterlidir (146). Aval, milletlerarası uygulamada şartsız ve rücu edilemez bir garanti türü olduğundan en uygun güvence şeklidir. Basit ve açık olması, yazıldığı belge ile kolayca devredilebilmesi ortaya çıkması mümkün karmaşık sorunları ortadan kaldırıl-

139. GUILD/HARRIS, 26.
140. GMUR, New Developments in Financing International Trade, 12; BERK, 23; ÜNAY, 180.
141. GMUR, 8.
142. TUMAY, 229; GUILD/HARRIS, 3.
143. POROY, 171; ÜNAY, 181.
144. Per aval for(name of the drawee/foreign buyer)
145. Per aval.
146. ÜNAY, 182.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ması avalın forfaiting işleminde kabul edilen en önemli teminat türü olmasına neden olmuştur (147).

B. Forfaiter ile İthalatçı Arasındaki İlişki

İthalatçı forfaiting sözleşmesinin tarafı değildir. O, ihracatçı ile yaptığı satım sözleşmesinin tarafıdır. Fakat forfaitera devredilen alacakların borçlusu olduğundan dolayı forfaiting prosedürünün işleyişinde etkin bir görev üstlenmiş bulunmaktadır. Alacakların devredildiğinin ihracatçı tarafından kendisine bildirilmesinden sonra artık ödemelerini forfaitera yapacaktır. İhracatçıya ödemede bulunarak borcunu sona erdiremez (148). Forfaiter de devralmış olduğu alacakların tahsilini ithalatçıdan talep edecektir. Genellikle forfaiting konusu alacaklar polipe ve bono gibi kambiyo senetlerine bağlanmıştır. Bu senetlerin vadeleri geldiğinde forfaiter, ithalatçıya başvurarak ödemede bulunmasını isteyecektir. Senetler ödeme vadelerine göre ayrılarak düzenlenmiştir. Örn. ithalatçı ile ihracatçı arasında iki yıl vadeli bir satım sözleşmesi yapılmış ve ödemenin altışar aylık taksitlerle yapılması kararlaştırılmışsa 6,12,18 ve 24 ay vadeli dört senet düzenlenmesi gerekir (149).

C. Forfaiter ile Aval veya Teminat Veren Banka Arasındaki İlişki

Forfaiter, borca ilişkin belgeleri ihracatçıya rücu etmemek kaydıyla satın almaktadır. Bu nedenle borçlu olan ithalatçının ödeme yapmamasına ilişkin bütün riskleri taşımaktadır. Bu durum forfaiting işleminin temel özelliğini teşkil etmektedir. Eğer borçlu birinci sınıf bir borçlu yani ödeme kabiliyeti tam olan bir borçlu değilse forfaiter bu riskleri üstlenmek istemeyecek ve kendisini güvenceye almanın yollarını araştıracaktır (150). Bu güvence genellikle aval veya kayıtsız şartsız ve rücu edilemez bir teminat ile sağlanmaktadır.

Aval bazı ülkelerin mevzuatında yer almadığı için başka teminat-

147. GMÜR, 12.
148. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 339.
149. ÜNAY, 180.
150. TÜMAY, 229; GUILD/HARRIS, 3; GMÜR, World Financing to the Year 2000, 5; GMÜR, 6; AKGÜÇ, 37.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ların verilmesi sözkonusu olmaktadır. Alınan bu teminatın rücu edilemez olması, şartsız olması, devredilebilir olması, satış sözleşmesinden bağımsız (mücerret) ve bölünebilir yani ayrı ayrı yapılacak ödemelerden her birinin tutarının ve vadesinin teminatta gösterilebilir olması gerekir (151). Teminat, bir banka teminat mektubu şeklinde olabilir (152). Bu durumda, teminat mektubunun belirtilen özellikleri taşıması gerekir.

Poliçe ve bononun vadelerinden kısa bir süre önce ödenmeleri için teminat veren bankaya, forfaiter tarafından ibraz edilmeleri gerekir. Aval veya garanti mutlak, soyut borçlar (absolute obligation) olduğundan dolayı ödemenin derhal yapılması gerekir. Zaman zaman ihracıtçı ile ithalatçı arasında hukuki ihtilaflar meydana gelmektedir. Fakat bu ihtilaflar, poliçe ve bononun geçerli bir şekilde düzenlenmesi ve garanti veya avalin kurallara uygun olarak verilmesi durumunda forfaitera ödeme yapılmasına engel olmaz. Meğer ki aval veya teminat veren ithalatçının ülkesindeki bankanın ödeme yapmaması dövizle ödeme yapılmasını engelleyen politik sebeplerden kaynaklanmış olsun. Forfaiter, bu tür bir ülke riskinden veya politik riskten kaçınamaz. Fakat uygulamada dövizle ödeme yapma güçlüğü bulunan ülkelerin forfaiting konusu borçları ödemeye öncelik verdikleri görülmektedir (153).

Garanti veren banka ödemede bulunmazsa, forfaiter durumu tespit etmek için bir ödememe protestosu çeker. Çünkü borç soyut bir borçtur ve bankanın ödemede bulunmadığının yazılı bir belge ile tespiti onun itibarı açısından zararlı sonuçlar doğurur. Protestonun çekilmesi garanti verene dava açılması durumunda ödememeyi tespit eden bir belge olduğundan davanın hızlı bir şekilde karara bağlanmasını; ödemenin kısa bir süre içinde yapılmasını sağlar (154).

Forfaiting işleminde kullanılan poliçe ve bonoların vadelerinin farklı olması mümkündür. Senetlerden bir kısmı ödeme için ibraz edildiğinde bunların ödenmemesi vadesi gelmemiş senetlerin forfaiting konusu olmaya devam etmesine engel olmaz. Forfaiter, henüz vadesi gelmemiş bu senetlerin vadelerinden önce ödenmesini talep edemeyeceği gibi karşı tarafı temerrüde (default) de düşüremez (155).

---

151. ÜNAY, 182-183.
152. TÜMAY, 230.
153. GUILD/HARRIS, 27.
154. GUILD/HARRIS, 27-28.
155. GUILD/HARRIS, 28.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

III. FORFAITING SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Kural olarak forfaiting sözleşmesi, forfaiter'in devralmış olduğu alacakları vadelerinde ithalatçıdan veya aval/teminat veren bankadan tahsil etmesiyle sona erer.

Forfaiting sözleşmesi ifa dışında çeşitli sebeplerle sona erebilir. Bu sözleşme sürekli borç ilişkisi taşıyan bir sözleşmedir. Sürekli borç ilişkisinin sona ermesi kendiliğinden veya hukuki işlemle olmaktadır. Sürekli borç ilişkisinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuran sebeplerin başında sürekli edimin yerine getirilmesi için gerekli ifa süresinin geçmiş olması gelmektedir (156). Uygulamada süre genellikle 3-7 yıl olarak kararlaştırılmaktadır (157). Kararlaştırılan sürenin dolmasıyla forfaiting sözleşmesi sona erer. Meğer ki taraflar aralarında anlaşarak süreyi uzatmış olsun.

Forfaiting sözleşmesi; taraflardan birinin ölümü, iflâsı, forfaiter veya ihracatçının tüzel kişi olması halinde tüzel kişiliğin ortadan kalkması durumlarında da kendiliğinden sona erer.

Sözleşmenin tarafların iradesine bağlı olarak yani hukuki işlemle sona erdirilmesi ya tarafların anlaşmasıyla ya da tek taraflı irade beyanlarıyla olmaktadır. Forfaiting sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla sona erdirilebilir. Sona erdirme sözleşmesi belirli bir borç ilişkisini sona erdirmeye ilişkin olabileceği gibi bütün borç ilişkisini ortadan kaldırmaya ilişkin de olabilir (158). Sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesinde iki durum sözkonusudur: Birincisinde, forfaiting sözleşmesi belirsiz süreli olarak yapılmıştır. Fakat taraflardan her birine belirli süreler içinde feshi bildirimde bulunarak sözleşmeyi sona erdirme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin kullanılmasıyla sözleşme tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilecektir. İkincisinde, hem belirli hem de belirsiz süreli forfaiting sözleşmesinde taraflardan biri için haklı nedenlerin ortaya çıkması sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesine neden olmaktadır.

---

156. SELİÇİ, Özer Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977(Doçentlik Tezi), s.65 vd.

157. ERSAN, 29.

158. SELİÇİ, 104.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SONUÇ

Dış ticaretteki gelişmeler yeni finansman kaynakları arayışına neden olmuştur. Finansman kaynaklarının sadece bulunması değil; hızlı, ucuz ve amaca uygun olması da aranmaktadır. Dış ticaretin finansmanında yeni bir yöntem olan forfaitingte kullanılan belgelerin milletlerarası uygulamada yaygın bir şekilde tanınmaları; formalitelerden uzak, kolayca devredilebilir ve asıl borç ilişkisinden mücerret olmaları günümüz dış ticaret ihtiyaçlarının karşılanmasında bu yöntemin yaygın bir şekilde kullanılmasına neden olmaktadır.

Forfaiting'te ihracatçının yani ithalatçının sayganlığı çok önemlidir. Çünkü forfaiting sözleşmesi süresince meydana gelecek olan riskler forfaiter tarafından üstlenildiğinden itibarı olmayan, ödeme gücü bulunmayan ithalatçıdan olan alacakları ihracatçıdan devralmak istemeyecektir. Bu açıdan bakıldığında, Türkiye'nin çeşitli ülkelerde bulunan kurum veya kişilerden olan alacaklarının forfaiter tarafından devralınması bazen mümkün olamayacaktır. Eğer Türk ihracatçısı savaş halinde bulunan, devamlı ödeme güçlüğü çeken bir ülkede bulunan kişilerden alacaklı ise bu alacakları forfaiter'a devredemeyecektir.

Forfaiting faaliyeti genellikle bankalar veya bankalara bağlı finans kurumları tarafından yerine getirilmektedir. Ancak bir bankanın forfaiting yapabilmesi için dış ticaretin finansmanı konusunda uzmanlaşmış olması gerekir. Forfaiting yönteminin ülkemizde yasal dayanaklardan yoksun olması, uluslararası bankacılık alanında ulusal bankalarımızın yakın zamanlarda faaliyette bulunmaya başlaması nedeniyle forfaiting yapacak bankalarımızın bu konuda dikkatli olmaları gerekir. Bankalar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Türk Parasının Kıymetini Koruma Mevzuatı ile ihracata ilişkin yasal düzenlemelerin çok yakından incelenmesi, eksik veya forfaiting müessesesi ile bağdaşmayan hükümlerin tespit edilmesi; hangi ülkelerle olan dış ticaret ilişkilerinden doğan alacakların devralınacağı konularının forfaiting yapmak isteyen Türk bankası tarafından ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gereklidir. Aksi halde forfaiting sözleşmesindeki hükümlerle Türk Hukukundaki düzenleme birbirine uymadığından Türk Bankası için zararlı sonuçlar meydana gelebilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türk Hukukunda forfaiting müessesesi ile bağdaşmayan hükümler vardır. Örn. Bankalar Kanunu'na göre krediler ancak açıldığı kişilerce kullanılabilir (md. 44). Oysa forfaiting yönteminde kredi ithalatçıya açılırken ödemeler ihracatçıya yapılmaktadır. Forfaiting'te poliçe ve bonolar, devreden kişiye rücu edilmemek kaydıyla devredilmektedir. Ancak ülkemiz de dahil bazı ülkelerdeki hukuk kurallarına göre, bono gayrikabilirücu şartıyla ciro edilebilmekle beraber, poliçenin bu şartla ciro edilebilmesi mümkün değildir (TTK. md. 591).

Forfaiting etkili bir finans aracı olmakla beraber Türk Hukukuyla tam anlamıyla uyum sağlaması gerçekleştirilmeden kullanılması çeşitli sorunlar ortaya çıkaracağından mevzuatımızın uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde gözden geçirilmesi yararlı olacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKGÜÇ, Öztin — "Dışsatım Finansmanında Bir Yöntem Forfaiting", Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, Ocak 1986, s.35-43.

AKYOL, Şener — Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İstanbul 1984.

BERK, Niyazi — "Dış Ticarette Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Forfaiting", Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Temmuz 1985, s.25-27.

CARNEVALE, Paranceaca — "Forfaiting in London", Euromoney Trade Finance Report, April 1987, s.37-46.

ERSAN, İhsan — "Forfaiting ve Türkiye", Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Temmuz 1985, s.29-31.

ERSAN, İhsan — "Uluslararası Factoring ve Türkiye", Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Haziran 1986, s.30-33.

FITZGERALD, Thomas/FASOLA, Sylvio/ CHEN, Johnson — Factoring, İTO Factoring Semineri, İstanbul 1987, (yayınlanmıştır).

"Forfaiting: Rates and market Commentary", Trade Finance, Agustos 1989, s.52.

"Forfaiting: Rates and Market Commentary", Euromoney Trade Finance Report, Nisan 1987, s.67.

GMUR, J.Charles — New Developments in Financing International Trade Credit Suisse Group, FZ Nr 17, Zurich 1985.

GMUR, J. Charles — World Trade Financing to the Year 2000(New Developments in Trade with COMECON and LDC s), Credit Suisse Group, FZ Nr 5, Zurich 1978.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

GMUR, J.Charles — Forfaiting, Credit Suisse Special Publ., Vol. 47/II, Order NR 70334, 2. baskı, Zurich 1986.

GUILD, Ian/HARRIS, Rhodri — Forfaiting An Alternative Approach to Export Trade Finance, New -York 1986.

KUNTALP, Erden — Karışık Muhtevalı Akit (Doçentlik Tezi), Ankara 1971.

ÖNCÜ, Beratiye — "Factoring Hizmetleri ve Uygulaması", İGEME Bülteni, 30.5.1986, S.22, yıl 24, s.7-14.

ÖZAKMAN, Cumhur — Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989.

POROY, Reha — Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 11. baskı, İstanbul 1989.

REYNOLDS, B.Susan — "Forfaiting: An Export Finance Alternative", The Financial Advisor, February 1988, s.1-4.

ROBERT, Paul — Dictionnaire Alphabétique et Analogique De La Langue Française, Paris 1983, s.807.

SARAÇ, Tahsin — Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Ankara 1985, s.620.

SELİÇİ, Özer — Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi (Doçentlik Tezi), İstanbul 1977.

TANDOĞAN, Halûk — Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul 1988.

TEKİNALP, Ünal — Türk Mali Kurumlar Hukuku C.I Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.

TEKİNAY, S.Selahattin/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atilla — Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. baskı, İstanbul 1988.

TUMAY, Turhan — Dış Ticarette Banka Tekniği, 2. baskı, İstanbul 1987.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÜNAY, Vecdi — Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi Usulleri, İstanbul 1989.

YARDIMCI, Adnan — "Factoring ve Tarihi Gelişimi", İGEME Bülteni, 30.5.1986, S.22, Yıl 24, s.4-7.

YAVUZ, Cevdet — Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 1989.

YÜKSEL, Ali Sait — Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 6. baskı, İstanbul 1989.

EK. 1

PROMISSORY NOTE For eff.

Amount in figures

..... 19

Place and Date of issue Name of months in letters

On ..... against this promissory note I(We) promise to pay

To ..... or order

the sum of _____

Amount in words

effective payment to be made .....

FOR VALUE RECEIVED

payable at:

Signature of maker

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

EK. 2

COMMITMENT LETTER

Zurich,.....

Forfaiting Transaction (Country)

Dear Sirs,

Following our recent discussion we have pleasure to submit to you our offer for the purchase, without recourse, of the promissory notes arising from the following transaction

Goods	: .....
Importing Country	: .....
Credit Amount	: .....
Maturity	: ...half yearly instalments, last maturity in...
Security	: Promissory Notes(as per attached specimen) issued by.....to the order of the...with the aval or the irrevocable and unconditional guarantee of the Bank.. in a form acceptable to Finanz AG Zurich payable at...
Conditions	: ....%discount perannum, calculated on the basis 365/360 with...days grace
Commitment Fee	: ....%p.a. payable monthly in advance from today's date until delivery of documents. On recipt of your payment of...this offer will be considered a firm commitment on our part at the conditions mentioned above.
Delivery of Documents	: by...(date)
Special Requirements	: Foreign exchange approval by the Central Bank of the importing country...

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İDARİ YARGILAMA USULÜNE HAKİM OLAN İLKELER VE BU İLKELER KARŞISINDA İDARİ YARGI HAKİMİ

Ar.Gör. Süheylâ ŞENLEN*

GİRİŞ

Hukuk sistemimizde yargı mercileri hukuka aykırı bir durumun mevcudiyeti halinde, taraflardan bir talep gelmeden, olaya kendiliklerinden el koyup inceleme yapamazlar. O halde, yargı mercilerini harekete geçiren, hukuka aykırılıktan etkilenen taraf iradesidir.

Diğer yargı denetimleri gibi idari yargı denetimi de "a posteriori" bir denetimdir. Yani mevcut bir hukuka aykırılık halinde, tarafların bu yönde bir irade açıklaması olmadan, yargı mercileri olayı kendiliklerinden ele alıp inceleyemeyeceklerdir. İdari Yargılama Usulü'ne hakim olan ilkelerden birinin re'sen araştırma ilkesi olmasının bu hususa bir etkisi yoktur. Çünkü, idari yargı hakimi sahip olduğu bu yetkiyi davanın açılması hususunda değil, davanın açılmasından sonraki bir aşamada kullanacaktır.

İlgililer, yargı mercileri önünde davalarını açarken ya da açtıkları davanın devamını temin hususunda belirli bazı usul kurallarına riayet etmek durumundadırlar. "Genel olarak bir hakkın yargı organları nezdinde nasıl tespit ve istihsal olunacağı ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların bu mercilerce ne şekilde çözümleneceğini gösteren hükümler bütünü (ne) "(1) muhakeme hukuku denir. Bu tanım, Hukuk ve Ceza Yargılama Usulleriyle İdari Yargılama Usulü için geçerlidir.

Bu tür hükümlerin sevk sebebi, bireylere sahip oldukları hak arama özgürlüğünü kullanma yolunu göstermek suretiyle bu hakkın kullanılmasını kolaylaştırmak ve bu hakkı kullanmaya elverişli ortamı hazırlamaktır.

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ar.Gör.

1. ÖZDEŞ, Orhan: "İdari Yargı ve Yargılama Usulü'nün Özellikleri", DD., Ankara-1974, S.12-13, s.14.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

"Muhakeme usulleri, konuları olan davaların nitelik ve amaçlarına göre düzenlenir" (2)." ...Adli yargının amacı taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, idare hukuku alanı ve çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir deyimle idari yargı denetiminin amacı idarenin, kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması, ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem, tesis etmesi hallerinde, bu eylem ve işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır..."(3).

Adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir idari yargı sisteminin varlık nedeni" ... kamu hizmetlerinden doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler, bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması; özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması; idari işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır. Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunmaları; uyuşmazlık alanlarının ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır..."(4). Çünkü, "...İdari yargı yolu, şahıslarla idare arasındaki anlaşmazlıkların halli için öngörülmüş yargı yollarından biridir..."(5)

Anayasamıza göre; "TC...bir hukuk devletidir" (Any.md.2). Hukuk devleti, "...insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet..."(6) demektir. O halde, hukuk devleti olmanın gereklerinden biri ve en önemli olanı, kural koyanın, koyduğu kurallara kendisinin de uymak durumunda olmasıdır (7). Bunun sonucu olarak, konulmuş kural-

2. DURAN, Lütfi: "İdari Yargı Adlileşti-II", İBD., İstanbul-1982, C.58, S.7-8-9, s.257.
3. AM.'sinin E.1976/1, K.1976/28 Sayılı Kararı, AMKD., Ankara-1977, S.14, ss. 185-186.
4. AM.'sinin E.1976/1, K.1976/28 Sayılı Kararı, Amkay Ankara--1977, S.14, ss.185.
5. Dş.S.D.'sinin E.1972/2329, K.1973/3595 Sayılı Kararı, DD., S.14-15, s.406.
6. AM.'sinin E.1984/1, K.1984/2 Sayılı Kararı, AMKD., Ankara-1985, S.20, s.189.
7. Hukuk devleti olmanın başka bazı gerekleri şunlardır: Kanunlarımızın, Anayasa'mızın açık hükümlerinden önce, hukukun bütünü ve bütün uygar milletlerce kabul edilen prensiplerine uygun olması; mahkemelerin bağımsızlığı; "...idarenin yargı kararlarına uymak ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması..." Dş.S.D.'sinin E.1985/1394, K.1987/1740 Sayılı Kararı, DD., S.70-71, s.289.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lara uyulup uyulmadığının bağımsız bir mercii (Any.md.9'a göre "...bağımsız mahkemeler...") tarafından denetlenmesi gerekmektedir. Çünkü, "demokrasi ile yönetilen ülkelerin, siyasi ve hukuki sistemleri ne olursa olsun, 'hukuk devleti' ilkesine bağlılıkları gereği, yürütme ve idarenin tüm etkinlikleri yargı denetimine tabidir"(8). Ayrıca, demokratik bir düzende, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve gerçekleşmesi devletin tüm organlarının hukuka bağlı olmaları koşuluna dayandığı için, yasama ve yürütme gibi faaliyetleri icra edenlerin yargı yoluyla denetimi çok daha zor koşullarla gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle, bu alanlardaki yargı faaliyetlerini icra eden yargı mercileri, hukuk devleti olma yolunda bir denge unsuru olmak ve tarafların haklarını bir arada incelemek ve değerlendirmek durumundadırlar (9).

İdari yargılama usulüne hakim olan ilkelerden ilki İYUK.md.1/2'de yer alan ve diğer yargılama usullerinde mevcut olmayan yazılılık ilkesidir (10). "...bürokrasinin yapısı ve yönetim sistemimizin özelliklerinden dolayı olaylar, durumlar ve bunların oluşturduğu olguların belgeye dökülmesi, yönetsel yargıda yazılı yargılama yönteminin benimsenmesini zorunlu kılmaktadır..."(11).

İdari yargı hakiminin re'sen araştırma yetkisine sahip olması (İYUK.md.20/1-2) ve bu yetkiye dayanarak taraflardan bir talep gelmeden dahi, davanın halli yönünden gerekli gördüğü her hususu davaya dahil edebilmesi ise idari yargılama usulünün en önemli özelliklerinden biridir. Bu yetkinin tek sınırı olan gizlilik ilkesi de (İYUK.md.20/3-4), bahsedilen diğer iki ilke gibi yalnızca idari yargılama usulüne aittir ve hak arama özgürlüğüne getirilmiş bir sınır niteliği taşıdığı için hukuk devleti olup olmama hususunu etkilemektedir.

İdari yargı hakiminin re'sen araştırma yetkisine dayanarak davaya ithal edeceği hususların büyük bir kısmı, davada iddia edilen hususun ispatı ve ispat vasıtası olan delillerle ilgilidir. Çünkü, bir davada iddia sahibi olan şahsın lehine bir sonuç elde edebilmesi için iddiasının

8. DURAN, Lütfi: "İdari Yargı mı, Yargısal Denetim mi Benisen mi?", İ ve MD., İstanbul-1981, C.28, S.10, s.431.
9. ÖZAY, İl Han: "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", İYSGS., Ankara-1985, s.20.
10. Ayrıntılı bilgi için bkz.: HONDU, Selçuk: "Türk İdari Yargı Alanında Yeni Kurulan Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Tanıtılması", AD., 1984, C.75/1, S.2, ss.359-360.
11. Dş.4.D. nasın E.1985/3491, K.1987/3507 Sayılı Kararı, DD., S.70-71, s.208.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

doğruluğuna hakimi inandırması gerekmektedir. Oysa idari davalarda, davayla ilgili belgelerin büyük bir kısmı idarenin elinde bulunduğu için, bu belgeler yargılamaya ancak idari yargı hakimi tarafından ve bahsedilen yetki kullanılarak dahil edilebilir.

Diğer yargılama usullerinde olduğu gibi ucuzluk (Any. md.141/4), çabukluk (Any.md.141/4), teknik yardımdan faydalanma ve muhakemenin kamuya faydalılığı (12) ilkeleri idari yargılama usulünde de mevcuttur (13).

Taraf ve dava ehliyeti hususları da idari yargılama hukukunda bazı özellikler arzetmektedir.

Bu çalışmamızda, idari yargılama usulü'ne hakim olan re'sen araştırma ilkesi ile bu ilkenin sınırı olarak gördüğümüz gizlilik ilkesi ve bu ilkelerin idari yargı hakimine yargılama esnasında getirdiği kolaylıklar ve zorluklar tesbite çalışılacaktır.

I- İDARİ YARGILAMA USULÜ'NE HAKİM OLAN İLKELER

1- Re'sen Araştırma İlkesi

a-Re'sen Araştırma Kavramı

İdari yargılama usulü'nde hukuka aykırı durumun mevcudiyeti halinde yargı mercii olaya re'sen el koyup davayı halledemez. Tarafların meseleyi yargı merciileri önüne getirmeleri gereklidir. Fakat bu aşamadan sonra hakim, gerekli bütün incelemeleri re'sen yapabilir. Zira idari davalarda davalı idare olduğu için davayla ilgili tüm belgeleri zaten elinde bulundurmakta, bu durum ise taraflar arasında eşitsizlik doğurmaktadır. İdari yargı hakimi ise, iki taraf arasındaki eşitsizliği bu ilkenin verdiği yetkiyle dengelemek durumundadır.

Re'sen araştırma ilkesi İYUK.md.20/1'de şu şekilde ifade edilmiştir. "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları dava-

12. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ZABUNOĞLU, Yahya Kemal: "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler", İYSGS., Ankara-1982, ss.100-101.

13. Diğer ilkeler için bkz.: GÜNEŞ, Gülsen: "Vergi Hukukunda Vakıaların Belirlenmesi ve Delillerin Toplanması", VD., C.5, S.63, ss.33-37; ÖZDEŞ, Orhan a.g.m., ss.14-16.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar".

İdare mahkemesinin kendiliğinden araştırma yaparak uyuşmazlıkları çözümleme görev ve yetkisinin bulunduğu açık olarak kabul edildiğine göre (14), denilebilir ki, hakimin "...tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı kalmayarak gerekli tüm incelemeleri kendiliğinden yapmasını öngören bu kural, İdari Yargılama Usulü ile özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usul kuralları arasındaki en önemli ve belirgin farklılığı teşkil eder..."(15). İdari yargı hakimi bu yetkisini dava açıldıktan sonuçlanıncaya kadar, yargılamanın her aşamasında, hatta bazı durumlarda dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden dahi kullanabilir (İYUK.md.14/3).

"...Bu yöntem, dava konusu işlemin tesisine esas olarak gösterilen hukuki nedenin var olup olmadığının araştırılması, dayanağı olan bilgi ve belgelerin derlenmesi şeklinde uygulandığı gibi, taraflarca önce (öne) sürülmemiş olsa dahi, idare hukukunda kamu düzenine ilişkin olduğu tartışmasız kabul edilmiş olan, görev, yetki, süre gibi konuların incelenmesi şeklinde de anlaşılır..."(16)

Bu bölümde, İdari Yargılama Usulü'nü diğer yargılama usullerinden ayıran önemli özelliklerden biri olan re'sen araştırma ilkesi kavramı, bu ilkenin kapsamı ve yetkinin kullanım şekilleri üzerinde durulacaktır. Bahsedilen yetki hukuka uygunluk denetimi ve gizli belgeler hususlarıyla sınırlandırılmıştır.

b-Re'sen Araştırma Yetkisinin Kullanılma Şekilleri

İYUK.md.20/1'e göre; "Mahkemeler ...lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve diğer yerlerden isteyebilirler". Bu madde hükmüne göre, idari yargı hakimi tarafların yargılama esnasında kendisine sunduğu bilgi ve belgelerle yetinmeyip re'sen araştırma gereği hissettiğinde, 'taraflardan' ya da 'ilgili diğer yerlerden' 'lüzum gördüğü evrakın gönderilmesini' ya da 'her türlü bilgilerin verilmesini' isteyebilecekleridir.

İdari yargı hakimi, bu talebi, davacıya yöneltebileceği gibi davalı-

14. Dş.3.D.'sinin E.1984/1458, K.1984/2973 Sayılı kararı, DD., S.56-57, ss.165-166.
15. Dş.7.D.'sinin E.1985/1737, K.1986/1117 Sayılı Kararı, DD., S.64-65, s.291, (azlık oyu).
16. Dş.5.D.'sinin E.1985/815, K.1987/1723 Sayılı Kararı, DD.,S.70-71, s.277.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ya da yöneltebilecektir. Fakat idari davaların büyük bir çoğunluğunda davacının elinde davaya ait bir belge mevcut olmadığı için talep, belgelerin hemen tamamına yakınını elinde bulunduran davalı idareye yöneltilmektedir.

İlgililerden hangi belgelerin isteneceği hususunun takdiri, idari yargı hakimine aittir.

'İlgili diğer yerler' kavramıyla kastedilen, davanın tarafları dışında fakat davayla ilgili bilgilere sahip olan mercii ve şahıslardır. Fakat bu şahıslara, davanın taraflarına başvurulup yeterli bilgi elde edilemediği takdirde gidilmelidir. Danıştay bir davada; ileri sürülen iddiayı ispatlamaya matuf belgeleri davalı idareden (Maliye Bakanlığı) istemiş, gönderilen dosyadan bu konuda kanaat verici bir sonuç elde edilemediğinden, aynı konuda, davanın tarafı olmayan İçişleri Bakanlığı'ndan bilgi ve belge istemiştir (17).

c-Re'sen Araştırma Yetkisinin Kapsamı

Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilirler (İYUK.md.20/1,1.cümle) (18). İdari yargı mercilerinin sahip olduğu yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır (Any.md.125/4 ve İMK.md.2/2,1. cümle). Bu nedenle, bahsedilen' her çeşit inceleme' sadece idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimini gerçekleştirecek oranla sınırlı tutulmalıdır. Çünkü, idari eylem ve işlemlerin yerindeliğinin denetimi, idari mahkemelerin yargı yetkisi sınırları dışında kalmaktadır.

İdari yargı yoluyla denetlenen, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu olduğuna göre, incelemenin kapsamına idarenin bu konuda yaptığı hazırlık işlemleri de dahil olacak ve idari yargı hakimi işlem dosyasının celbi yoluyla bu hususları da yargılamaya dahil edebilecektir.

İdari bir davada, tarafların "...mahkemeye herhangi bir belge ibraz etmemiş olması mahkemece bu konunun re'sen araştırılmasına engel de-

17. Dş.S.D.'sinin E.1974/1970, K.1974/3850 Sayılı Kararı, DD., S.18-19, ss.518-520.

18. "...bu olgu mahkemenin araştırmalarının keyfi bir şekilde yürütülebileceği anlamına gelmez..." Dş.3.D.'sinin E.1989/452, K.1989/2340 Sayılı Kararı, DD., S.78-79, s.177.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

gildir..."(19). Aksi davranış tarzı ise re'sen araştırma ilkesine riayetsizlik ve bu ilkenin açıkça ihlali olarak nitelendirilir (20). Ayrıca "hakim, re'sen araştırma yetkisini kullanırken, hiçbir idari yargı merciinin taraflardan birinin inceleme olanağına sahip bulunmadığı bir belgeyi nazara almak suretiyle karar veremeyeceği yolundaki idari yargılama usulü ilkesine de özellikle riayet edilmelidir" (21).

İdari yargı hakiminin sahip olduğu re'sen araştırma yetkisinin kullanılması herhangi bir şarta bağlı tutulmamıştır. Fakat İYUK. md.20/3'de bu yetkinin bir sınırı olduğu ifade edilerek çerçevesi çizilmiştir.

İdari yargı hakiminin bahsedilen yetkiyi kullanırken yapacağı şey, aslında idarenin o işlem ya da eylemi tesis etmeden yapması gereken araştırmaları yapmak değil, idarece yapılmış olan tesbitlerin doğruluğunu tesbittir.

İdari mevzuatımızda 'her çeşit inceleme' kavramının kapsamı hakkında bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla, bu tesbit bir İçtihat Mahkemesi de olan Danıştay'ın bu konudaki kararlarıyla yapılacaktır. Fakat, bahsedilen tesbit her davanın özelliğine göre değişiklik arzedecektir. Bu kapsam içinde: idari yargı hakiminin bir idari davaya konu olan idari işlem ya da eylemin dayandığı maddi olayların hukuken ve fiilen var olup olmadığının ve doğruluklarının incelenmesi hususundaki araştırmalar (22); maddi olayın hukuki tavsifi hususundaki araştırmalar(23);

---

19. Dş.VDDGK'nun E.1987/18, K.1987/15 Sayılı Kararı, DD., S.68-69, s.253.

20. Dş.7.D.'sinin E.1978/1446, K.1979/863 Sayılı Kararı, DD., S.36-37, ss.427-430; Dş.13.D.'sinin E.1978/698, K.1979/202 Sayılı Kararı, DD., S.36-37, ss.642-643; Dş.7.D.'sinin E.1983/1467, K.1984/2344 Sayılı Kararı, DD., S.58-59, ss.253-254; Dş.3.D.'sinin E.1985/269, K.1985/1520 Sayılı Kararı, DD., S.60-61, ss.173-176; Dş.7.D.'sinin e.1984/3570, K.1985/1039 Sayılı Kararı, DD., S.60-61, ss.333-335; Dş.6.D.'sinin E.1985/895, K.1985/1239 Sayılı Kararı, DD., S.62-63, ss. 247-248; Dş.4.D.'sinin E.1985/5206, K.1986/1684 Sayılı Kararı, DD., S.64-65, ss. 139-142; Dş.7.D.'sinin E.1984/1525, K.1986/48 Sayılı Kararı, DD., S.64-65, ss.257-262; Dş.8.D.'sinin E.1985/416, K.1986/93 Sayılı Kararı, DD., S.64-65, ss.350-352; Dş.7.D.'sinin E.1986/1381, K.1986/2375 Sayılı Kararı, DD., S.66-67, ss.325-327; Dş.9.D.'sinin E.1986/1905, K. 1986/3043 Sayılı Kararı, DD., S.66-67, ss.416-418; Dş. VDDGK'nun E.1987/18, K.1987/15 Sayılı Kararı, DD., S.68-69, ss.250-253; Dş.6. D.'sinin E.1986/1261, K.1987/341 Sayılı Kararı, DD.,S.68-69, ss.433-434.

21. Çev.YORGANCIOĞLU, Erçakıs. "Fransız İdari Yargı Hakiminin Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında Hakim Olduğu Yetkiler" DD., Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, Ankara-1983, ss.274-275.

22. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENLEN, Suheylâ: İdari Yargılama Usulü'nde Hakim Olan İlkeler, İsbat ve Delil Türleri ile İdari Davalarda Delil'lerin Elde Edilmesindeki Özellik ve Zorluklar, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, ss.24-28.

23. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENLEN, Suheylâ: a.g.t., s.28.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

uygulanacak hukuk kuralının tesbiti hususundaki araştırmalar(24); hakimin önüne gelen davada ihtilaflı olmayan konulardaki araştırmalar (25) ve davayla ilgili olan delillerin elde edilmesiyle ilgili olarak yaptığı araştırmalar (26) yer almaktadır. Ayrıca, idari yargı hakimi harç, posta pulu, teminat hususları ve özellikle kamu düzeniyle yakından ilgili olan görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, husumet ve süre gibi daha dava açılırken ele alınıp incelenen ve dilekçelerde ilk inceleme esnasında bulunması gereken noktalara riayet edilip edilmediği hususlarını da re'sen ele alarak inceleyebilecektir (IYUK.md.14/3).

2- Gizlilik Gizlilik -Yarı Gizlilik- İlkesi

a- Gizlilik -Yarı- Gizlilik Kavramı

İdari bir dava açıldığında, dilekçe ve ekleri üzerinde ilk inceleme yapıldıktan sonra, dilekçe ve bu dilekçeye verilecek cevap tebliğe tabi tutulur. Fakat bu aşamadan sonra, özellikle hakimin re'sen araştırma yetkisine dayanarak yargılamaya dahil ettiği husus ve belgeler (aslında taraflara tebliği gerektiği halde) taraflara tebliğ edilmemektedir. Hatta öyle bazı belgeler vardır ki, bu belgeler yargılamayı yürüten hakimin dahi bilgisine sunulmamaktadır.

O halde, gizlilik ilkesiyle kastedilen, davayla ilgili bazı belge ve hususların kamunun, tarafların ve hatta idarenin hukuka uygunluğunu denetleyen hakimin dahi bilgisine sunulmaması halidir (27).

b-Gizlilik-Yarı Gizlilik-İlkesinin Kapsamı

(1) Tarafların Gizlilik-Yarı Gizlilik-İlkesi Karşısındaki Durumu

Bu bölümde taraf kavramı ile kastedilen, aslında sadece idari davanın davacısıdır. Zira, belgeler davalı idare tarafından tanzim edildiği için içeriği idare tarafından bilinmektedir. İdari yargı hakimi ise re'sen araştırma yetkisine dayanarak bu belgelere zaten vakıf olmuştur. Bu durumda, bahsedilen gizliliğe muhatap olan ve belgelerin içeriğini bilmeyen tek şahıs, o belgelerde yer alan bazı hususların iptalini ya da idare-

24. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENLEN, Süheyla: a.g.t., s.29
25. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENLEN, Süheyla: a.g.t., s.29-30
26. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENLEN, Süheyla: a.g.t., s.41-46
27. Başka bir tanım için bkz. TİKVEŞ, Özkan: İdare Hukuku, İzmir-1983, s.289.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

den bu konu ile ilgili olarak verilen zararın tazminini isteyen şahıstır.

Tarafların gizlilik-yarı gizlilik-ilkesi karşısındaki durumu üç yönden ele alınabilir.

Bu konuya birinci bakış açımız, idari dava açıldıktan sonra hakim tarafından re'sen araştırma yetkisine dayanılarak yargılamaya dahil edilen ve fakat taraflar (davaların büyük bir kısmında davacı) yönünden gizlilik arzetmeyen belgelerin, buna rağmen, tarafların bilgisine sunulmaması ve bu nedenle davayla ilgili bazı belgelere yargılama esnasında ilgililerce vakıf olunamamasıyla ilgilidir. Bu nedenle, taraflar, yargılama esnasında nelerin cereyan ettiğine, duruşma hali dışında, vakıf olamamaktadırlar. Bu durum ise tarafların Anayasa ile tanınmış temel hak ve hürriyetlerini ihlal etmektedir. İdari yargı hakiminin, re'sen araştırma yetkisine dayanarak davaya dahil ettiği ve taraflara yönelik bir gizliliği olmayan yeni bilgi ve belgelerden tarafları re'sen haberdar etmesi gerekmektedir. Fakat, tebliğ işleminin gerçekleştirilmediği durumlarda, bu tür belgelerin davanın ait olduğu mahkeme kaleminde tetkik edilmesi imkanı her zaman mevcut olmalıdır. Aslında bu incelemenin amacına uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için, hakim tarafından, dosyaların inceleneceği ayrı bir celse tayinine karar verilmesi çok yerinde olacaktır.

İkinci olarak; taraflar, kamuya nazaran ilgili mahkeme kararının kesinleşmesine ihtiyaç duymadan dava dosyasını inceleme ve davanın seyri hakkında bilgi alma imkanına sahiptirler. Bu noktada ortaya, bahsedilen hakkın sınırının nereye kadar uzandığı sorusu çıkmaktadır. Kural olarak davayla ilgili bütün belgelerin davanın taraflarının bilgisine sunulması lazımdır. Fakat öyle bazı belgeler vardır ki, bu belge ve dosyalar idarece ve dava açan şahsın bilgisi dışında düzenlendiği için, hakim re'sen araştırma yetkisine dayanarak bunları yargılamaya dahil etse hatta kararını bu belgelere dayandırsa dahi, davalı taraf aslında dava dosyasını inceleme hakkına sahip olmasına rağmen, bu belgeleri inceleme imkanı mevcut değildir (28).

Davacının dava açılmadan evvel bahsedilen belgelere ulaşması mümkün değildir. Fakat aynı imkansızlık dava açıldıktan sonra da devam etmektedir (İYUK.md.20/4). Bu durumda, davacının hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandırıldığı belgeleri incelemeden nasıl öğrenebileceği; bu iddiaları öğrenememesi ihtimalinde, hakkındaki iddiaları hil-

28. Güvenlik soruşturması sonucu olumsuz rapor tanzimi ve sicil dosyası gibi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meden kendini kime ve neye karşı, nasıl savunacağı; hakkındaki iddialara vakıf olamadığı için kendini savunamadığı durumlarda, temel haklardan olan ve Anayasa ile güven altına alınan hak arama hürriyetini ve savunma hakkını nasıl kullanabileceği ve hatta, bu şartlar altında, bahsedilen haklara sahip olup olmadığı hususları düşünülmeye değer görülmektedir. Bu durumlarda, ilgiliyi hem (mesela aleyhine sicil tanzimi ile bir noktada) dava açmaya mecbur kılmak, hem de açtığı davada ona hakkındaki belgeleri, idare tarafından ve re'sen giyabında düzenlendiği için göstermemek, ilgili şahsın Anayasa ile tanınmış temel hak ve hürriyetini elinden almak anlamına gelir ki, bu hal Any.md.36/1'e aykırılık teşkil etmektedir.

Fakat, idare mahkemesinin talebi üzerine idari makamlarca gönderilen fakat taraflara ve vekillerine incelettirilmeyen bu belgelerle ilgili olarak; davacı tarafından herhangi bir vesile ile hukuk ya da ceza mahkemelerinde dava açılması halinde, bahsedilen yargılama usullerinde gizlilik ilkesinin bu görünüm şekli mevcut olmadığı için, ilgiliden gizlenen belgeler rahatlıkla incelenebilecektir.

İdari yargı hakiminin dahi ulaşamadığı gizli belgelere davanın taraflarının vakıf olmasına ise hiç imkan yoktur (İMK.md.20/3).

(2) İdari Yargı Hakiminin Gizlilik İlkesi Karşısındaki Durumu

Kural olarak, idari yargı hakiminin dava ile ilgili görerek davanın taraflarından ya da ilgili diğer yerlerden istediği belgelerin mahkemeye gönderilmesi mecburidir. Bu mecburiyetin ortadan kalktığı tek hal, istenen belgelerin Devletin güvenliği veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin olan belgelerin mevcut olması halidir (İYUK.md.20/3). Zira bu hususların varlığı halinde, Başbakan veya ilgili bakan bu belgeleri mahkemeye vermeyebilir (İYUK.md.20/3, son cümle). Fakat, bu tip belgelerin gönderilmeme sebebi, somut, açık ve sağlam dayanaklarıyla birlikte idari mahkemelere bildirilmelidir. İdare, çok soyut ve tamamiyle ilgili maddede kullanılan ifadeleri tekrarlayarak istenilen belgeleri gönderemeyeceğini beyan edemez.

Elbette, bahsedilen nitelikte olsa dahi, mahkemelere gönderilmesinde idarece bir sakınca bulunmayan ve bu nedenle gönderilen belgeler de mevcut olabilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu gibi belgelerin söz konusu olduğu davalarda, idari yargı hakiminin yargılamaya nasıl devam edeceği problemi ile karşılaşılmaktadır. Zira hakim, istenildiği halde, yukarıdaki sebeplere binaen gönderilmeyen belgelerin neyi ya da neleri içerdiğini bilmemektedir. Bu nedenle, yapacağı yargılama ile gerçeğe ne derece yaklaşabileceği şüpheli olacaktır.

Ayrıca, kanunda "Devletin güvenliği veya yüksek menfaatleri" kavramlarından bahsedilmektedir. Bu kavramlar hem bir belirsizlik arzetmekte hem de hangi durumların bu kapsama gireceği hususunun tesbiti Başbakan veya ilgili bakana bırakıldığı için, temel bazı kıstaslara ihtiyaç göstermektedir. İdarenin, elindeki belgelerin bahsedilen nitelikte olup olmadığı hususunda takdir yetkisi vardır.

Fakat bu hususun takdirinin tamamen idareye bırakılması, idarenin zaten belirsiz olan bu kavramları hemen daima kendi lehine yorumlayarak, belge istenen her davada idari yargı denetiminden kaçması sonucunu getirebilir. Bu ise Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir (Any.md.125/1). Fakat, Danıştay bir davada 521 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan gizlilik ilkesinin 1961 Anayasası'nın 114. maddesi ile güvence altına alınan yargı denetimini kısıtlayıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğuna dair ileri sürülen iddiayı ciddi görmeyerek reddetmiştir (29). Dolayısıyla, idarenin Devlet güvenliğine ilişkin bulduğu için mahkemeye belge göndermediği durumlar, maddi açıdan hukuka aykırı kabul edilmemiştir.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, 521 Sayılı Danıştay Kanunu ile 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda gizlilik ilkesinin kapsamı hususunda farklılık mevcuttur. 521 Sayılı DK.'nunda bu kapsama reddi hakim istemi üzerine reddedilen hakimin bu konuda verdiği cevabın yanlara veya vekillere inceltirilmeyeceği hususu da dahildir (DK.md.82'ye 1740 Sayılı Kanun'la eklenen fıkra). Oysa 2577 Sayılı İYUK.'unda bu hususta bir hüküm mevcut değildir. Bu husus haricinde, kapsam her iki kanunda da aynıdır.

---

29. DDDK.'nun E.1968/237, K.1968/622 Sayılı Kararı, YORGANCIOĞLU, Erçetin, "Danıştay Yargılama Usulü'nde Re'sen İnceleme Yetkisi", İH ve İYİİ-I, Ankara-1976, s.246, dpn.88.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II- İDARİ YARGILAMA USULÜNE HAKİM OLAN İLKELERİN, DELİLLERİN ELDE EDİLMESİNE OLAN ETKİLERİ VE BU İLKELER KARŞISINDA İDARİ YARGI HAKİMİ

1- İdari Yargı Hakiminin Bahsedilen İlkeler Nedeni ile Delillerin Elde Edilmesinde ve Yargılamada Karşılaştığı Problemler

Kural olarak, İYUK.md.20/1'e göre idari yargı hakimi re'sen araştırma yetkisini kullanarak önündeki davayla ilgili her türlü inceleme ve araştırmayı yapabilir ve belgeyi temin edebilir. Taraflar ve ilgili diğer yerler bu yoldaki karara uymak zorundadır.

Konuya ait ilk problem tarafların bu konudaki karara uymamaları halinde doğar. Kanunun açık hükmüne göre idari yargı hakiminin bu yoldaki isteği ara kararında belirlenen süre içinde taraflarca yerine getirilmelidir. Eğer ara kararının icapları yerine getirilmezse İYUK. na göre, bu durumun verilecek karar üzerine bir etkisi olacaktır. Taraflardan biri, ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir (md.20/2). Ama, idari yargı hakiminin re'sen araştırma yetkisine sahip olması ve bu yetkiye dayanarak ilgililerden yargılama için gerekli belgeleri isteyebilmesi, buna rağmen belgeler gönderilmediğinde, özellikle belgelerin gönderilmesini temin edecek başka ve daha etkili bir yetkiye sahip olması anlamına gelmemektedir. Verilecek kararın belge göndermeyen taraf aleyhine olacağı yolundaki hükmün fazla zorlayıcı olmadığı açıktır. Zira, idari davaların çoğunda davalı konumunda bulunan idarenin, davaların büyük bir kısmında elindeki belgeyi göndermektense aleyhte kararı kabullenmeye hazır olduğu görülmektedir.

Bu konudaki ikinci problem, davayla ilgili belgelerin taraflar haricinde kalan ilgililerden istenmesi ve bu şahısların ara kararında belirtilen süre içinde bahsedilen belgeleri göndermemeleri halinde davaya ne olacağı ve belgeleri göndermeyen 3. şahıslara yönelik bir müeyyidenin var olup olmadığı ya da ne tür bir müeyyidenin olması gerektiğidir. Bir mahkeme kararı ile ancak o davanın tarafları bazı şeylere mahkum edileceği için, İYUK.md.20/2'nin davanın tarafları dışında kalan şahıslara uygulanması mümkün değildir. Zaten metinden de maddenin yalnızca

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

taraflar için tanzim edildiği açıkça anlaşılmaktadır. Yani, İYUK.'nda idari mahkemeler tarafından istenilen belgeleri göndermeyen 3. kişilere uygulanabilecek bir müeyyide mevcut değildir (30). Bu ise, yargılamanın ve kararın sıhhatini oldukça etkilemektedir. Bu durumda, belgelerin gönderilmemesi nedeniyle davayı kaybedip bazı ödemelere mahkum olan tarafa, ki bu davalı idari makam ya da davacı şahıs olabilir, belgeleri göndermeyen ilgiliden, kusuruyla oranlı olarak, mahkum olunan meblağın bir bölümünü talep etme hakkını tanımak gerekmektedir. Böylece, netice maddiyata dayanacağı için, bir noktada, istenen belgelerin gönderilmesi hususuna titizlik gösterilmesi temin edilebilir. Fakat, eğer dava sonucunda bir tazminata mahkumiyet yoksa, bu imkan dahi olmayacaktır.

Bu konudaki üçüncü problem; idari yargı hakiminin davanın halline etkili gördüğü için ilgililerden gönderilmesini istediği ve İYUK.md.20/3 anlamında bir gizliliği bulunmayan belgelerin, davaların büyük bir çoğunluğunda idarenin de kendini bu belgelerin gönderilmesi hususunda takdir yetkisine sahip görmesi ve mahkemece tesbit edilerek istenen belgelerin "gönderilebilirliğinin" bir de ilgili idari makamın denetime tabii tutulması halidir. Bunun sonucu olarak, istenen belgeler İYUK.md.20/3'de sayılan nitelikte olmasalar dahi,idari makamca mahkemeye gönderilmeyebilmektedir (31). Oysa, idari makamın belgelerin niteliklerini tesbit hususunda geniş bir takdir yetkisinin olmaması gerekmektedir. Zira, kanunun aradığı anlamda "gizli" olmayan belgeler dahi, gizlidir denilerek gönderilmez ve bu nedenle yargılamaya dahil edilemez ise, ilgilinin savunma hakkı ve hak arama özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır.

Bahsedilen konuyla ilgili dördüncü zorluk; hakimin bu yetkisine dayanarak hiç bir vakit ulaşamayacağı bazı belgelerin varlığı ve bu belgeleri yargılamaya dahil edememesinin doğuracağı problemlerdir. Bu

30. Mesela, Danıştay bir davada davalı idareden iddianın isbatını istemiş fakat idare bu konudaki delillerini mahkemeye ibraz etmemiştir. Aynı konuda davanın tarafı olmayan İçişleri Bakanlığından da belge istenmesine rağmen cevap alınamamış fakat herhangi bir müeyyide de uygulanamamıştır. Dş.8.D.'sinin E.1974/1870, K.1974/3850 Sayılı Kararı, DD., S.18-19, ss.519-520.

31. Davayla ilgili belgeler Başbakanlıktan iki kez istenmesine rağmen gönderilmemiştir. İstenen belgelerin Devletin güvenliğine aykırı veya yüksek menfaatlerine ilişkin olduğu da iddia edilmemiştir. Fakat belgelerin gönderilmemesi hususunda ısrar edilmiştir. Bu nedenle, dayanılan olduğu anlaşılan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Dş.6.D.'sinin E.1984/834, K.1986/128 Sayılı Kararı, DD., S.64-65, ss.187-189.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

aşamada, re'sen araştırma ilkesinden gizlilik ilkesine geçip konuya biraz daha değişik bir açıdan yaklaşılacaktır.

Gizlilik ilkesinin yargılama yönünden ortaya çıkardığı ilk zorluk; idari makam tarafından davacının gıyabında tanzim edilen ve idari yargı hakimi tarafından istenildiğinde kural olarak gönderildiği halde, davacının incelemesine sunulmayan belgelerle ilgilidir. Davacının bu belgelere davasını açmadan önce sahip olması mümkün değildir. Dava açıldıktan sonra da, ilgilinin gıyabında idare tarafından tanzim edildiği için, bu gibi belgelere davalının vakıf olma imkanı mevcut değildir. Bu durumda, bir şahsın kendi hakkında neye dayandığını hiç bilmediği ve bilme imkanına da sahip olmadığı bir iddiaya karşı kendini nasıl savunacağı ve hak arama hürriyetini nasıl kullanabileceği problemi doğmaktadır. İşte bu durum, kişilerin sahip olduğu ve Anayasa'da bahsedilen temel hakları ihlal etmektedir. Bu nedenle, böyle bir gizliliğin İdari Yargılama Usulü'nde yer almaması gerekmektedir. Ama eğer böyle bir gizlilik olacaksa, ilgilinin hak arama hürriyetini ihlal etmeyecek ölçüde tutulmalıdır. Mesela, belgeler bütünü ile gösterilmiyorsa dahi, hakim tarafından belirlenen ve önemli hukuki noktaları içeren bir özet yapılarak gerekli bilgi ilgiliye, hiç olmazsa, dava esnasında ulaştırılmalıdır.

Gizlilik hususundaki ikinci problem, hakimin re'sen araştırma yetkisinin kanuni ve tek sınırını oluşturan ve "Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin" olan belgelerle ilgilidir. Bu tip belgeler mahkemece istendiğinde, eğer bunların idare mahkemesine verilmesinde idarece bir sakınca görülüyorsa sebebi belirtilmek suretiyle gönderilmeyebilir. Fakat, bu hüküm, bu nitelikte olan tüm belgelerin verilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira bu belgeler Devletin güvenliği veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği veya yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin olmakla beraber, mahkemeye sunulmasında idari makamca bir sakınca görülmüyor olabilir. Aslında bu nitelikte bir gizliliği olmadığı halde idari makamca bu sınıfa sokulan belgeler mahkemeye gönderilmediğinde hem hakimin re'sen araştırma yetkisine bir sınır getirilmiş, hem de şahsın savunma hakkı tamamen elinden alınmış olmaktadır. İdari Yargılama Usulü'nde bu gizliliğin de aslında mevcut olmaması gerekmektedir. Zira idare, kendini denetleyen yargı organına güven duymalı, ona karşı açık olmalıdır. Bu nitelikteki belgelerin davacı taraftan gizli tutulması konusu üzerinde ısrar edilmekte ise, bahsedilen belgelerin mahkemeye gönderilmesi, ama

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tarafların bilgisine sunulmaması şeklinde bir düşünce tarzı tercih edilebilir. Çünkü, karşı karşıya olan yararlardan biri Devlet tüzel kişiliğine, diğeri ise bir şahsa aittir. Devlete ait ve şahıslar tarafından bilinmesinde sakınca bulunan hususlar mevcut olabilir. Ama, hakim bu hususlara, imkan olduğu oranda, vakıf olabilmelidir.

Bu kısımla ilgili olarak, ortaya bazı problemler çıkmaktadır. Bu problemlerden ilki; belgelerin "Devletin güvenliğine veya Devletin yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği veya Devletin yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin belgeler" olup olmadığı hususunun takdirinin idari makama ait olmasıdır. Bu konudaki takdir yetkisinin bağımsız bir organa değilde, yargı organına olan güvensizliğini ilgili belgeleri mahkemeye, talep edilmesine rağmen, göndermeyen idari makama bırakılmış olmasının sebebi anlaşılamamaktadır. Fakat bu yetki hali hazırda idareye ait olduğu için, idari makamların sahip oldukları takdir yetkisini amaca en uygun şekilde kullanmalarını dilemekten başka yapılacak birşey yoktur.

Bu alandaki ikinci problem; idari makamın elindeki belgeleri göndermemek için dayanacağı sebeplerin çok muğlak ve belirsiz olmaları ve bu hususun tesbitine yarayacak kıstasların yokluğudur. Bu noktadaki problem, bahsedilen kavramların kapsamının ve kullanım alanlarının tam olarak belirlenememesinden çıkmaktadır. Dolayısıyla, uygulamada bu kavramlar her yöne çekilebilmekte, bu kavramların arkasına sığınan idare ise idari denetimden kaçmaktadır.

İdari makamlar, kendilerinden istenilen belgeleri göndermemek hususunda, bunların gizli belge olduğuna dair kuvvetli ve somut nedenler göstermelidirler. Problemlerden biri de bu noktada görülmektedir. Zira, belgeleri gönderip göndermemek hususundaki takdir yetkisi idari merci tarafından kullanıldığı halde, idari makamın istenilen belgeleri göndermemek için gösterdiği gerekçeyi idari yargı hakimi incelemektedir. Eğer gösterilen gerekçe bu belgelerin mahkemeye gönderilmesine yetmeyecek nitelikte ise; yani, idarenin tamamen denetimden kaçmak amacıyla hareket ettiğinin sezilebildiği zayıf bir gerekçe gösterilmekte ise, idari yargı hakimi ne yapacaktır? Bu durumda, idari yargı hakimi istenilen belgeler gelmediği için elindeki belgelere göre karar vermek yerine, idari makama gösterdiği gerekçenin yeterli olmadığını belirterek belgeleri tekrar istemeli ve yine gönderilmezse davanın kaybedileceğini ihtar etmelidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yargılamanın amacı gerçeği bulmak olduğu halde, idarenin belge göndermemesi halinde dava sonucunun ne kadar gerçeğe ve adalete yakın olacağı şüpheli görünmektedir. Mesele, o dava ile ilgili her hususun incelenerek bir sonuca ulaşılması olduğuna göre, tüm belgelerin incelenmesinden sonra davanın sonuçlandırılmasını temin edici yasal düzenlemelerin gerekliliğindeki aciliyet, kendini birkez daha gözler önüne sermektedir.

2- Bahsedilen Ilkeler Karşısında Idari Yargı Hakiminin Yargılama Esnasında Bulunduğu Konum Ve Sahip Olduğu Fonksiyon

İdari makamlar tarafından yapılan idari eylem ve işlemler yargı denetimine tabidir (Any.md.125/1). Bu denetim idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır (Any.md.125/3). O halde, idari yargı hakiminin yargılamada sahip olduğu yetki, idari eylem ve işlemlerin, sadece, hukuka uygunluğunu denetlemekten ibaret olmalı, yerindelik denetimi niteliğine bürünmemelidir. İdari yargı hakimi araştırmalarını re'sen araştırma yetkisini kullanarak yapacaktır. Bu yetkinin sınırını ise gizlilik ilkesi oluşturmaktadır.

Bu şartlar altında, idari yargı hakiminin yargılamayı nasıl yapacağı ve gerçeğe nasıl ulaşacağı problemi doğmaktadır. İşte bu noktada, idari yargı hakimi Anayasa'nın, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu şeklindeki hükmünü (Any.md.125/3), Türkiye Cumhuriyeti'nin güvenlik ve yüksek menfaatleri ve idarenin zaruretleri ile telif etmek zorundadır. Zira, Danıştay'ın bir kararına göre, 521 Sayılı DK.md.82 Any.md.114'ü ihlal eder nitelikte değildir (32). Yani, idari makamlar DK.md.82'de bahsedilen nitelikleri haiz belgeleri idari yargı organlarından saklı tutabilme imkanına sahiptirler. Üstelik bu davranış Anayasa'ya da aykırı değildir.

Bu durumda, bir idari davada en önemli ve en zor konumda olan idari yargı hakimi olmaktadır. Çünkü, yetkisi olmasına rağmen bu yetkisini gerektiği gibi kullanamamaktadır. Bu ise, verilen kararlardaki isabet oranını azaltmaktadır.

İdare Hukuku bir kamu hukuku dalı, idari davalar ise, bu nedenle, teknik niteliği ağır basan davalar olduğu için, idari yargı hakiminin vereceği karar bir hukuk hakiminin kararına oranla çok daha geniş bir

32- Bkz. 29. Dipnottaki karar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çevreyi etkileyecektir. Çünkü, idare hem büyük bir bürokratik birliktir, hem de teknik, hukuki ve mali imkanlara sahiptir (33). Dolayısıyla, faaliyetlerinde de teknik esaslardan hareket etmektedir. Bunun bir sonucu olarak, idari davalarda idari yargı hakiminin izleyeceği yargılama usulü hukuk hakiminin izleyeceği yargılama usulünden daha farklı özelliklere sahip olacaktır. Üstelik, idari davalarda davanın bir tarafı, genelde davalısı, bir kamu otoritesi olduğu için, güçlü idare karşısında davacı şahsın gözetilmesi gereklidir. (Dava ile ilgili belgeler idarenin elinde olduğunda ispat yükünün davacı şahıs lehine hafifletilmesi; HUMK'na yapılan atfın kapsamıyla fazla bağlı kalmama ve gerektiğinde İdari Yargılama Usulü'nün özellikleri gözönünde tutularak uygulanacak usulün tesbit edilmesi hallerinde olduğu gibi). Ayrıca "idare hakiminin genel yararlarla özel yararları telif etmek ve kamu hizmetinin işlemesini temin etmek gibi" (34) bir takım görevleri ifa ettiği de düşünülürse, neden "adli yargı hakim(ler)inin yalnız hukuk alanında bilgi, ihtisas ve meleke sahibi olmaları kafi olduğu halde, idari yargı hakimlerinin hukuki bilgi ve ihtisastan maada kamu hizmetleri alanında da tam bir bilgi ve tecrübe sahibi olmaları" (35) gerektiği kolayca anlaşılabilir.

SONUÇ

İdari yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem ya da eylem tesisi halinde, o işlem ya da eylemi yetki, şekil, sebeb, konu ve maksat yönlerinden denetleyerek, idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır.

Bahsedilen denetimin gerçekleştirilebilmesi oldukça zordur. Zorluk, idari davaların hemen hepsinde davalı tarafın idare olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda, davacı iddiasını ve iddialarının dayanağı olan delillerini idareye karşı öne sürmek durumundadır. Oysa, dava ile ilgili belgelerin hemen hepsi davalı idari makamın elinde olduğu için, bu makam idari davanın davacısına oranla görünüşte olduğu gibi gerçek-

33. YAYLA, Yıldırhan: "İdari Yargılamanın Özelliği", A.'un 100. DYKS., Ankara-1981, s.155.
34. ONAR, Siddik Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. bası, İstanbul, C.III, s.1432.
35. ONAR, Siddik Sami: a.g.e., s.1432.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

te de oldukça güçlü bir konumdadır. Asıl güç olan ise, bu kadar güçlü konumda bulunan tarafa karşı bazı haklar ileri sürebilmektir.

Davacının idari davada gizlilik ilkesi nedeni ile karşılaştığı güçlükleri hafifletme yetki ve görevi idari yargı hakimine aittir. İdari yargı hakimi bu görevi re'sen araştırma yetkisini kullanarak yerine getirecektir.

İdari yargı yoluyla idarenin hukuk alanı içinde kalması temin edilirken, ilgililerin Anayasa ile tanınan temel haklarına ve bunlardan özellikle iddia ve savunma hak ve hürriyetine önem verilmeli ve bu hakkın Anayasa'ya konuluş amacı ihlal edilmememeye özen gösterilmelidir. Zira, bu husus hukuk devleti olma fikri ile yakından ilgilidir.

İdari yargı hakiminin re'sen araştırma yetkisine sahip olması, idari yargı denetimi ile ulaşılmak istenen sonucun temini bakımından oldukça gereklidir. Fakat, bu yetkinin sınırını oluşturan gizlilik ilkesinin alanı daha dar tutulmalı, üstelik re'sen araştırma yetkisine dayanılarak yapılan araştırmalar sırasında idareden istenen belgelerin gönderilmemesi halinde, idari yargı hakimine bu belgeleri yargılama esnasında elde etmesini temin edecek bazı yetkilerin de verilmesi gerekmektedir.

Bu konuda son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, idari makamlar, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Usulü'nde iki ayrı sıfata sahip bulunmaktadır. İdare Hukuku'nda idare, idari işlem veya eylemleri yapan merciidir. Bu işlem ve eylemlerin muhatabı ise şahıslardır. İdari Yargılama Usulü'nde idare, idari davanın tarafıdır ve genelde davalı sıfatını haizdir. Ayrıca bu iki sıfat bazı yetki ve görevleri de beraberinde getirmektedir. Fakat idare, idari davalarda bu iki ayrı sıfatı daima birbirine karıştırmakta ve yargı organı önünde, genelde, davalı olduğunu gözardı ederek idari makam gibi davranmakta ve istenilen belgeleri göndermeme hakkını kendinde bulmaktadır.

O halde, mevcut mevzuatımız İdari Yargılama Usulü'ne hakim olan ilkeler de nazara alınarak yeniden incelenmeli ve gizlilik ilkesinin sınırları, ilgililerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmeyecek orana indirilerek; İYUK.md.20/3'de zikredilen nitelikteki belgelerin idare mahkemesine gönderilmesi ve fakat davanın taraflarının bilgisine sunulmaması, İYUK.md.20/4'de yeralan nitelikteki belgelerin ise hem idari yargı hakiminin ve hem de idari davanın taraflarının bilgisine sunulmasını temin edecek düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemelerle idari yargı hakimi re'sen araştırma yetkisini tam olarak kullanabilir hale gelecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BİBLİYOGRAFYA

I. DERLEMELER

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi : S.14,20.

Danıştay Dergisi : S.8,14-15,18-19,36-37,56-57,58-59,60-61,62-63,64-65,66-67,68-69,70-71,78-79.

Danıştay Dergisi Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı

II. KİTAPLAR

ONAR,Sıddık Sami : İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul, C.III.

TİKVEŞ, Özkan : İdare Hukuku, İzmir-1983.

III. MAKALELER

DURAN,Lütfi : "İdari Yargı Adlileşti-II", İBD., Y.1982, C.56, S.7-8-9, ss.257-265;

"İdari Yargı mı, Yargısal Denetim Benzeri mi?", İ ve MD., Y.1981, C.28, S.10, ss.431-435.

GÜNEŞ, Gülsen : "Vergi Hukukunda Vakıaların Belirlenmesi ve Delillerin Toplanması", VD., C.5, S.53, ss.31-38.

HONDU, Selçuk : "Türk İdari Yargı Alanında Yeni Kurulan Bölge İdare Mahkemelerinin Tanıtılması", AD., Y.1984, C.75/1, S.2, ss.341-363.

ÖZAY, İl Han : Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", İYSGS., Ankara-1982, ss.11-31.

ÖZDEŞ, Orhan : "İdari Yargı ve Yargılama Usulu'nün Özellikleri", DD., Ankara-1974, S.12-13, ss.9-17.

YAYLA, Yıldızhan : "İdari Yargılamanın Özelliği", A.'ün 100.DYKS., Ankara-1981, ss.129-140.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YORGANCIOĞLU, Erçetin: "Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi", İH ve İYİİ-I, Ankara-1976, ss.218-253;

"Fransız İdari Yargı Hakiminin Dava Dosyasının Tekemmülü Safhasında Haiz Olduğu Yetkiler", DD., Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, ss.252-290 (Çeviri).

ZABUNOĞLU, Yahya Kemal : "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler Pozitif Düzenlemeler", İYSGS., Ankara-1982, ss.87-101.

IV. TEZLER

ŞENLEN, Süheylâ : İdari Yargılama Usulü'ne Hakim Olan İlkeler, İsbat ve Delil Türleri ile İdari Davalarda Delillerin Elde Edilmesindeki Özellik ve Zorluklar, İstanbul-1989 (Yayınlanmamıştır).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İNSAN HAKLARI AÇISINDAN KRİZ HUKUKU VE 1982 ANAYASASI*

Arş. Gör. Sibel İNCEOĞLU**

GİRİŞ

Her toplumun varlık sürecinde kriz dönemlerinin yaşandığı açıktır; tabii afet, ekonomik çöküntü ya da şiddet olayları ve savaş hali nedeniyle ortaya çıkabilmektedir. Toplumun doğal ve olağan yaşamının dışına çıkmasına neden olan kriz dönemi, düzen isteğinin hak ve özgürlükler aleyhine güçlenmesi ile hukuki kurallara bağlanmakta ve olağanüstü hukuk düzenlemeleri ortaya çıkmaktadır.

Bir "Konsensus" ile ortaya çıkan, ve iktidar yapılanmasını ve iktidarla toplum ilişkilerin düzenleyen Anayasa, sözkonusu "Konsensus'un yok edilmemesi kaydıyla kriz dönemlerini de düzenlemektedir. Bugün artık, demokrasilerde JHERİNG'in Devletçi görüşünün uzantısı olan, "Devlet yarattığı hukuk kurallarına bağlı kalmayı kendi yararına aykırı bulduğunda buna uymak zorunda değildir" cümlesiyle ortaya çıkan ve kriz dönemlerini hukuk dışı gören anlayış terk edilmiştir (1). Devlete ya da başka bir deyişle Devlet iktidarını kullananlara bir "zaruret hakkı" tanımak demek, onların hukuk dışı davranışlarına önceden meşruluk tanımak ve sürekli bir diktatörlük rejimine açık kapı bırakmak demektir (2).

İnsan Hakları açısından kriz dönemleri önemli bir sorundur, özellikle Türkiye'de olğanüstü hal hukukunun oldukça yaygın ve süreğen biçimde uygulandığı düşünülecek olursa, İnsan Haklarının bir anlamda askıya alındığı bu rejimin tartışılma ihtiyacı daha da belirginleşmektedir. Üstelik 1982 Anayasası ile bir taraftan 12 Eylül hukukuna, diğer ta-

---

* Bu çalışma, İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası'na konulu 1991-1992 KAPANİ-AYBAY İnsan Hakları İnceleme Yarışmasında Jüri Özel Ödülü'nü almıştır.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

1. Zaruret Teorisi olarak adlandırılan sözkonusu Devletçi görüş için bkz. H. Nail KUBALI, Anayasa Hukukumuzun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1964, s. 341 vd; Bülent DAVER, Fevkalade Hal Rejimleri, Ankara 1976, s. 237.

2. M. KAPANİ, op. cit. s.238.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

raftan da kriz dönemlerine ait düzenlemelere yargı kısıntısı getirilerek Olağanüstü hal Anayasacılığı güçlendirilmiş, diğer bir deyişle öteki Anayasa ortaya çıkarılmıştır (3). Bu nedenle 1982 Anayasasını insan hakları açısından değerlendirmeye kangrenli bir yapı sunan öteki Anayasayla başlamak yerinde olacaktır.

Kriz dönemlerine ilişkin rejimlerde iki özelliğe dikkat çekmek gerekir. Birincisi bu rejimin "geçiciliği" ikincisi ise bu rejim içinde "siyasi ve hukuki denetimin" kullanılmasıdır (4). Bu iki özelliğin olmadığı rejimlerde kriz dönemi rejiminden değil polis rejiminden söz edilebilir.

Çalışmada kriz dönemi yönetimlerinin meşruiyet kriterleri temel hak ve özgürlüklerin durdurulması ve sözkonusu kayıtlamalara ilişkin hukuki denetim mekanizmalarına değinilecektir. Bu anlayış içinde 1954'den bu yana Türkiye'nin taraf olduğu ve iç hukukun da bir parçası olan İHAS, batı demokrasisi anlayışının güçlü bir uzantısı olması ve kurallar kademelendirmesinde kanunların üstünde yer alması nedeniyle hukuki dayanak olarak kullanılacaktır.

I- Olağanüstü Yönetim Usullerinin Tanımı ve Hukuki Meşruiyet Kriterleri.

A) Olağanüstü Yönetim Usullerinin Tanımı

Kriz dönemlerinde, ülke içinde yer alan bütün örgütlerin ve Devlet organlarının, kamu düzeninin devamını sağlama hedefine yönelik olarak gerekli tedbirleri almaları doğaldır. Kriz dönemi rejiminin konusu ve içeriği ülkelere ve kriz dönemi rejiminin çeşidine göre değişmekle beraber, bütün kriz dönemi rejimlerinde ortak özellik "bozulan kamu düzeninin düzeltilmesi, milli güvenliğin sağlanması veya yakın tehlikenin giderilmesi için gereken kararların süratle alınması ve uygulanması amacıyla" (5) idarenin yetkilerinin normal zamanlara göre genişlemesi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinde daha fazla sınırlamalar yapılmasıdır.

1961 Anayasası iki çeşit kriz dönemi rejimi öngörmüştü. Birincisi 123. maddede yer almaktaydı. Maddede olağanüstü halin hangi durum-

3. Bakır ÇAĞLAR, "Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargısı, Yenilenen Anayasa Kavramı üzerine Düşünceler", Anayasa Yargısı, Ankara 1991, s.8, s.24-26.

4. İbid., s.239.

5. Pertev BİLGEN, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, İstanbul 1976, s.32.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

larda ilan edileceği açık olmamakla beraber gerekçesinden olağanüstü halin "ancak ekonomik kriz ve genel afetin doğurduğu kriz dönemine" ilişkin olduğu anlaşılmaktaydı (6). Bu dönemde vatandaşlara para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebilmekteydi.

1961 Anayasasının kriz dönemine ilişkin ikinci düzenlemesiyse 1488 sayılı kanunla değişik 124. maddede yer almaktaydı. Maddeye göre "savaş hali savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan ve Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten ve dıştan tehlikeye düşüren veya Anayasanın hür demokratik düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelen yaygın şiddet hareketleri hakkında kesin belirtilerin ortaya çıkması sebebiyle Bakanlar Kurulu süresi iki ayı aşmamak üzere..." sıkıyönetim ilan edebilir.

1982 Anayasası ise 1961 Anayasasından farklı olarak kademeli bir sistem getirmiştir. Üç ayrı düzenleme getiren 1982 Anayasasının ilk düzenlemesi 1961 Anayasasının 123. maddesine benzemekteydi; aynı hallerde olağanüstü hal ilan edilebilmekteydi, tek fark 1982 Anayasasının ilgili hükmünün konuyu daha somut olarak ele almış olmasıdır; ayrıca bu dönem için bir de süre sınırı koyulmuştur: Altı ayı geçmemek şartı. İkinci düzenleme ise 120. maddede yer almaktadır. 1961 Anayasasında bulunmayan bu düzenleme "...şiddet olaylarının ortaya çıkmasında, fert hak ve hürriyetlerinin bir süre askıya alınması, kısılması konusu ortaya çıktığında silahlı kuvvetlerin müdahalesi, işin içine karıştırılması önlenmek ve silahlı kuvvetlerin siyasi hayata karışması,..., asgari dereceye indirilmek" (7) için 1982 Anayasasına alınmıştır (8). Maddeye göre şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle, Cumhurbaşkanı başkanlığında kurulan Bakanlar Kurulu (BK), Milli Güvenlik Kurulunun (MGK) görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.

---

6. Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası, derleyen Atilla ÖZER, Ankara 1984, s.459.

7. Orhan ALDIKAÇTI'nın söz ettiği bu amaç için bkz. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 1982, C. 9 s. 506 (3.9.1982, B. 142).

8. İ.Ü.Hukuk Fakültesinin Danışma Meclisi Anayasa Komisyonuna sunduğu görüşte de sivil yönetime yetki tanımarak olayları aşmanın gerekliliği üzerinde durulmuştur. BKZ. Anayasa Görüşler Tasnif, hazırlayan: Yaşar GÜRBÜZ, İstanbul 1982, s.131 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Üçüncü düzenleme ise Anayasanın 122. md'sinde yer almıştır. 1982 Anayasasında sıkıyönetim olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerini önlemek amacıyla düzenlenmiştir. 1961 Anayasasının 124. md'sinin benzeri şartlarında ilan edilen sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından Milli Güvenlik Kurulunun da görüşü alındıktan sonra altı ayı aşmamak şartıyla ilan edilmektedir. 1961'deki düzenlemeden farkı; Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından karar verilmesi, süresinin altı ayı geçmemesi ve Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünün (9) alınmasıdır. Diğer bir deyişle bu sistemle bir yandan Milli Güvenlik Kurulu aracılığıyla sivil hükümete etki edilerek diğer yandan da sıkıyönetim süresi uzun tutularak kriz anayasacılığı güçlendirilmektedir. 1982 Anayasası, her üç hale ilişkin olarak hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulmasında ortak düzenlemeye sahiptir. Anayasanın 15. md'sindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve özgürlükler durdurulacak veya Anayasal güvencelerine aykırı önlemler alınacaktır; sözkonusu sınırlamalar anayasanın 121. md'sine göre olağanüstü hallerde Olağanüstü Hal Kanunu (OHK) ile, 122. md'sine göre de sıkıyönetim seferberlik ve savaş halinde kanunla düzenlenecektir.

Türk ve yabancı doktrinlerde sıkıyönetim konusunun üç unsuru kapsadığı kabul edilmektedir: a) Kolluk görev ve yetkilerinin askeri makamlara geçmesi, b) Temel hak ve özgürlüklerin kayıtlanması veya durdurulması, c) Bazı suçların sıkıyönetim mahkemelerinde yargılanması (10). Gerçekten de 13.5.1971 gün ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu (SK) bu teorik üç unsuru da taşımaktadır (Md. 2,3;11;5) (11).

---

9. Milli Güvenlik Kurulu görüşünün hukuki değeri belirsiz görünmektedir, fakat 1982 anayasasının 118. md'sinde 1961 Anayasasının 111. md'sinden farklı olarak, BK'nca MGK kararlarının "öncelikle dikkate alınacağı" belirtilmiştir. Ozbudun, bu kurulun görüşünün Bakanlar Kurulu'nu bağlamayacağını ve sadece istişari olduğunu sayanmaktadır. Ergun ÖZBUDUN, Turk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s.321. DURAN ise kararlarının, 1982 Anayasasında artık Bakanlar Kurulu için bağlayıcı bir nitelik taşıdığını savunmaktadır. Bkz. Lütfi DURAN, "Türkiye'nin Siyasi Rejimi", Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul 1988, s.21. SOYSAL ise, bu kararlara tam bir bağlayıcılık tanımamakta fakat Milli Güvenlik Kurulu kararlarını, Bakanlar Kurulu'ndaki tutumun genel doğrultusunu verdiğini bildirmektedir. Mümtaz SOYSAL, Anayasanın Anlamı, İstanbul 1986, s. 346. Milli Güvenlik Kurulu kararlarının Bakanlar Kurulu için bağlayıcılığı konusunda tam bir görüş birliği olmamakla birlikte güçlü ve etkili olduğu da yatsınamaz görünmektedir.

10. ÖZBUDUN, op. cit., s.322.

11. Ibid. s.322,323.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ancak, belirtmek gerekir ki Sıkıyönetim Mahkemelerinin sıkıyönetimin gerekleri nedeniyle kurulması teorik olarak kabul edilmiş ise de bu mahkemelerin insan haklarının güvencesi olan doğal yargıç ilkesine aykırı olarak kurulabileceğini benimsemek mümkün değildir. Nitekim, olağanüstü mahkemelerin önlenmesi için doğal yargıç ilkesini belirten hükümler batı Anayasalarında yer almaktadır (12). Ayrıca milletlerarası çevrelerde askeri mahkemelerin olağanüstü dönemlerde sivilleri yargılamaları konusunda duyulan tedirginlik yaygındır. Özellikle "Yargı Bağımsızlığı Dünya Konferansı"nda, Birleşmiş Milletler'e yönelik tavsiye kararlarında "istisnai nitelikte hiçbir mahkemenin kurulamayacağı", "Kamusal tehlike dönemlerinde, sivil kişilerin adi sivil mahkemeler tarafından yargılanma gereği" ve "Askeri mahkemelerin yargı yetkisinin silahlı kuvvetler mensuplarının işledikleri askeri suçlarla sınırlı olması" bildirilmişti (13).

SK'na bakılarak yapılan değerlendirme sonucu sıkıyönetim mahkemelerinin "Olağanüstü nitelikte" bir mahkeme olup olmadığı tartışılmıştır. BİLGEN, KUNTER, ERMAN ve DONAY, sıkıyönetim mahkemelerinin olağanüstü yargı yerleri olmadığını savunmaktadırlar, genel olarak sıkıyönetim mahkemelerinin önceden kanunla kurulmuş olması veya ne gibi davalara bakacaklarının kanunla ve bu suçlar işlenmezden önce belirlendiği gibi gerekçelere dayanmaktadırlar (14). TANÖR'e göre ise, sıkıyönetim mahkemeleri a) Yasayla değil, Milli Savunma Bakanlığınca, b) Olaydan önce değil, sıkıyönetim ilanından ve olaylar az çok belli olduktan sonra, c) Sadece ilerisi için değil kurulmalarından önce işlenen suçlara bakmak için hatta asıl bunun için kurulmuş olduklarından olağanüstü birer yargılama makamlarıdırlar (15). TANÖR'ün bu görüşüne SK'nun 11. ve 13. maddeleri kaynaklık etmektedir. Bu maddeler ve Anayasa Mahkemesince, 1972/5 sayılı kararıyla doğal yargıç ilkesine dayanılarak iptal edilen ve sıkıyönetim komutanına sıkıyönetim mahkemelerinin yargılayacakları suçları seçme imkanı veren SK'nun 15. md'sinin

12. Bkz. Bülent TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s.354, 355.
13. İbid. s.360.
14. BİLGEN, op. cit. s.11; Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, İstanbul 1966, s.158; Sahir ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, İstanbul 1967, s.279; Süheyl DONAY, Sanığın Hakları, İstanbul, 1962, s.74.
15. TANÖR, op. cit., s.379.
16. E. 1971/31 K. 1972/5, AYMKD., S. 10, s.183, 184.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yeniden Milli Güvenlik Konseyi döneminde SK'nın sokulması (Md. 13, f.3) düşünülecek olursa sıkıyönetim mahkemelerinin doğal yargıç ilkesine aykırı olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle ilan edilen ve bir ara rejim olarak öngörülen olağanüstü hallerde ise, sıkıyönetimden farklı olarak, kolluk yetkileri askeri makamlara geçmeyeceği gibi, bir kısım suçların sıkıyönetim askeri mahkemelerinde yargılanması da sözkonusu olmamaktadır (17). Olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin yürütülmesi ile ilgili görev ve yetkiler, il valisi ya da bölge valisine geçmektedir (OHK. md. 14). Olayların önlenmesinde valilere bağlı kuvvetlerin ve bu iş için tahsis edilmiş kuvvetlerin yetersiz kalması halinde, çevre valiliklerinden ve askeri birliklerinden yardım istenebilmektedir. Ancak, güvenlik kuvvetleri ile, yardıma gelen askeri birliğin belirli görevleri beraber yapmaları halinde komuta, sevk ve idare askeri birliğin komutanına aittir (OHK. md.21). Bu son durumda sivil yönetimden askeri bir yönetime doğru kayma olduğu ortaya çıkmaktadır.

OHK'na göre, olağanüstü hal ilan edilen yerlerde, devlet güvenlik mahkemeleri ile askeri mahkemelerin görevlerine giren suçlar dışındaki davalara adli yargıda bakılır (OHK. md.24). ÖZBUDUN'a göre, "Olağanüstü hallerde kanunun öngördüğü olağanüstü kolluk yetkileri sivil otoriteler tarafından kullanılmakta ve yargı yetkisi tabii hakim ilkesine uygun olarak kanunen yetkili bulunan mahkemelere ait bulunmaktadır. Bu nitelikleri itibariyle olağanüstü hal rejiminin temel hak ve özgürlükler açısından sıkıyönetim kadar radikal bir sınırlama oluşturmadığı söylenebilir" (18) ÖZBUDUN'un görüşünde haklılık payı varsa da, sevk ve idarenin askeri birlik komutanına geçebilme imkanı ile olağanüstü dönemlerin özelliği gereği işlenen suçların çoğunlukla Askeri Mahkemeler ve DGM'lerin görev alanlarına girmeleri ve bu mahkemelerin doğal yargıç ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığının bile şüpheli olması (19) olağanüs-

17. ÖZBUDUN, op. cit., s.328.

18. Ibid., s.324.

19. KUNTER, DGM'leri kanunla kurulduktan sonraki suçların davalarına baktıklarından (Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu md. 9, f.1) olağanüstü mahkeme sayılamazlar demekte, fakat "yine de demokratik düzenlerin normal zamanlarının normal mahkemeleri değillerdir" düşüncesine varmaktadır. KUNTER, op. cit., s. 161. EREM ise, suçun işlenmesinden önce kanunla gösterilen hakimin «tabi hakim» sayılmasını tabii hakim ilkesini daraltacağı görüşündedir. Çünkü bu anlayış konuyu sadece "zaman /...

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tü halin gerçekten hak ve özgürlükler açısından sıkıyönetim kadar radikal bir sınırlama getirmediği sonucunu tartışmalı hale getirmektedir.

Olağanüstü hallerin sıkıyönetim rejimine nazaran temel hak ve özgürlükler açısından daha az sınırlama getireceğini, Anayasanın 15. md'sinde belirtilen "ölçülülük prensibi" açısından yorumlayarak savunmak daha yerinde görünmektedir. Ancak, OHK'nun Milli Güvenlik Konseyi yönetimi döneminde çıkarılan ve Anayasanın geçici 15. md'si gereği Anayasaya aykırılığı idda edilemeyen yasalar arasında olması ve olağanüstü hal KHK'lerinin Anayasanın md. 148, f.1'i gereğince Anayasa Mahkemesi denetimi dışında tutulması hukuki denetim açısından birer engel olarak görünmektedir. Bu konuya ileride tekrar değinilecektir.

B) Olağanüstü Yönetim Usullerinin Hukuki Meşruiyet Kriterleri

1) Türk Anayasa Düzeni Açısından Hukuki Meşruiyet Kriterleri

Olağanüstü yönetim usullerinin ortaya çıkmasının nedenleri Anayasa md. 119; 120 ve 122'de belirtilmiştir; bu nedenlerden olağanüstü yönetim usullerinin tanımı başlığı altında sözedilmiştir.

Anayasa md. 119'da yer alan tabii afet ve ağır ekonomik bunalımın gerçekleşmiş olması nedeniyle olağanüstü hal ilanının dışındaki diğer olağanüstü yönetim usullerine neden olan haller; şiddet olayları ve savaş haline ilişkindir.

Şiddet olayları ve savaş haline ilişkin olağanüstü hal ilanının meşruiyet kriterleri üçlü bir ayırıma konu olabilmektedir.

Birinci kriter, savaş hali veya şiddet hareketleri gibi "mevcut" bir tehlikenin olması (md 122). İkincisi, olağandışı bir karmaşanın "mevcut" olmasına gerek olmaksızın, böyle bir durumun ortaya çıkmasına ilişkin "ciddi belirtilerin" varlığı başka bir deyişle "ciddi belirti" kriteridir (md 120).

Üçüncü kriter, şiddet hareketlerinin "kamu düzenini ciddi şekilde

---

bakımından uygulama" konularından biri haline getirir. Faruk EREM, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1978, s. 98. Ayrıca DGM'nin tabii hakim güvencesi açısından değerlendirilmesi için bkz. Halit ÇELENK, Devlet Güvenlik mahkemeleri Niçin Kaldırılmalıdır?, Ankara 1976, s. 15,16. TANÖR de milletlerarası organlar kararlarına gönderme yaparak, olağanüstü dönemlerde askeri mahkemelerin sivilleri yargılamasını "Tabii Yargıç" ilkesine aykırı bulmaktadır. TANÖR, op cit. s.360.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bozması, her demokrasi düzenini, temel hak ve hürriyetleri kaldırmaya yönelik olması ya da ülkenin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşürmesi"dir.

Kriz dönemlerine ilişkin olağanüstü yönetim ilanı, sebebe bağlı bir işlemdir. Türk sisteminde bu sebeplerin ortaya çıkıp çıkmayacağına karar verecek olan Bakanlar Kuruludur. Sözkonusu dönemlerde Bakanlar Kurulunun olağanüstü yönetim ilanına karar verme konusunda sınırsız yetkilerle donatılmış olduğunu düşünmek mümkün değildir; bu yaklaşım demokrasinin belirsiz bir şekilde kesintiye uğramasını kabul etmek olacaktır. Öyleyse Bakanlar Kurulunun olağanüstü yönetim ilanına karar verebilmesi için, belli şartların açık, net ve sınırlı olarak anayasada yer alması ve gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlar hukuki meşruiyet kriterleri çerçevesinde yukarıda belirtilmişti. Anayasada yer alan sözkonusu şartların açık, net ve sınırlı olduğunu söylemek güçtür. Bu şartlar olağanüstü yönetimin nedenleri konusunda çok geniş bir alan yaratmakta, yürütmenin takdir yetkisini genişletmektedir.

Özellikle Anayasanın 120. md'sinde yer alan mevcut bir tehlike olmaksızın "ciddi belirti" kriterinin ne anlama geldiği önemli bir sorundur. Aşağıda belirtilecek olan Strasbourg organlarının bu yönde verdiği kararlar olağanüstü yönetim ilanının meşruiyet kriterlerinin yorumlanmasında temel olacaktır.

2) Milli-Üstü Hukuk Açısından Meşruiyet Kriterleri

Milletlerarası Hukuk andlaşmalarında olağanüstü hallere ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır; örneğin Avrupa Sosyal Şartının 30. md'si, Milletlerarası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 4. md'si, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin 27. md'si bu konuya ilişkindir (20). Fakat konunun genel olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) açısından ele alınacağı daha önce vurgulanmıştı. Bu bağlamda İHAS'nin ilgili 15. md'si ve sözleşme hükümlerinin ne olduğunu söyleyen Strasbourg organlarının bu md'ye ilişkin kararları birlikte düşünülerek milli-üstü hukuk kriterlerine ulaşılacaktır.

İHAS'nin 15. md'si olağanüstü hallerle ilgili bir düzenlemedir; bu

20. Yoram DINSTEIN, "Human Rights in Armed Conflict: International Humanitarian Law", Human Rights in International Law: Legal and policy Issues (Edited by Theodor MERON), Oxford 1985, s.311

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maddenin 1. fıkrası aynen şöyle demektedir: "Savaş veya milletin yaşamını tehdit eden diğer umumi bir tehlike halinde her Yüksek Akit Taraf ancak durumun gerektirdiği oranda ve Devletler Hukukundan doğan diğer yükümlülüklerle çatışmamak kaydıyla bu sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerine aykırı tedbir alabilir."

Maddede iki önemli kriter yer almaktadır; ilki olağanüstü halin meşruiyet kriteridir; olağanüstü hal ilanı için gereken şartlar savaş ve milletin yaşamını tehdit eden diğer umumi bir tehlike olmasıdır. Diğeri ise, bu hallerde alınan tedbirlere ilişkin ilkelerdir; alınan tedbirlerin olağanüstü hale sebebiyet veren şartlar ölçüsünde olması ve milletlerarası yükümlülüklere aykırı tedbir alma yasağı.

Bu başlık altında sadece meşruiyet kriteri incelenecektir, alınacak tedbirlere ilişkin ilkeler ise temel hak ve özgürlüklerin durdurulması ve anayasal güvencelere aykırı tedbir alma yetkisi çerçevesinde ele alınacaktır.

İHAS'nin 15. md'sinin uygulanmasına ilişkin olarak komisyon ve Mahkeme tarafından dört temel karar verilmiştir. Bunlardan ilki, Komisyonda görülen Kıbrıs Davasıdır. Bu kararın önemi Komisyonun şu saptamasında idi: İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK), yönetimlerin olağanüstü hal ilanlarını incelemeye "yetkili ve görevlidir". Sözleşmenin 15. md'si gereğince ilgili yönetime aykırı önlemler alan tasarrufunun meşrulaştırılması için bir takdir alanı (margin of appreciation) bırakılır (21).

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ise, 15. md'nin uygulamasına ilişkin ilk kararını, Kuzey İrlanda'daki yaygın şiddet olaylarında yakalanan ve yargısız hapsedilen LAWLESS'in başvurusu üzerine vermişti (22). Bu karar, olağanüstü durumların Avrupa denetimi altında olağanüstü gösteren İHAM'nin yaklaşımı açısından önemlidir. İHAM, Sözleşmede tanınan haklara aykırı tedbirler alınabilmesi için gerekli olan şartların varlığını araştırmış ve milli otoritelerin takdir haklarının sınırsız olamayacağını ortaya koymuştur. Mahkeme, 15. md'ye ilişkin

---

21. Bkz. Paul SIEGHART, The International Law of Human Rights, Oxford 1983, s. 114; Bkz. Francis G. JACOBS, The European Convention on Human Rights, Oxford 1975, s.204, 205; Mehmet Semih Gemalmaz, "Olağanüstü Rejimin Uluslarüstü Ölçüleri Bağlamında De Facto-De Jure Ayrımı", Cahit TALAS'a Armağan, Ankara 1990, s.227.

22) (322/57) 1 Temmuz 1961 Lawless Davası; European Court of Human Rights, s.14-39.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak dört şart aramıştır: Birincisi "Bütün halkın yaşamına yönelik istisnai ve umumi (kamusal) bir tehlikenin olması; ikincisi, bu tehlikenin organize hayatı tehdit etmesi; Üçüncüsü, bu tehlikenin pek yakın olması; dördüncüsü de, normal önlemlerin yetersiz kalmasıdır. Bu açıdan mahkeme o dönemde, a) İrlanda Cumhuriyetinin topraklarında amacına ulaşmak için güç kullanan ve anayasal olmayan faaliyetlere yönelmiş bir gizli ordunun var olduğunu, b) Aynı zamanda bu ordunun İrlanda Cumhuriyetinin komşularıyla ilişkilerini ciddi bir tehlikeye sokacak şekilde ülke dışında da faaliyette bulunduğunu, c) 1956'dan 1957'nin ilk yarısına kadar bu terörist faaliyetlerin sabit ve tehlikeli bir biçimde arttığını, d) Olağan ceza mahkemelerinin, hatta özel İrlanda Cumhuriyetini tehdit eden tehlikelerin büyümesini durduramadığını, somut olayları inceleyerek saptamıştır.

Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda tarafından açılan Yunanistan davasında ise Komisyon, Albaylar Cuntasının Yunanistan'da olağanüstü hali gerektiren sebeplerin mevcut olduğuna yönelik iddialarını reddetmiştir (23). Davada, Yunanistan, Türkiye'de gerçekleşen 1960 ihtilali ile benzerlik kurup, o dönemde Türk parlamenterlerine yapılan muamele ve tutuklamalar karşısında Türkiye'nin iç hukukuna karışma hakkı olmadığını belirten Avrupa Konseyi Danışma Meclisinin kararına dayanarak Komisyonun bu konuda yetkili olamayacağını savunmuştur.

Komisyon ise, Danışma Meclisinin kararının kendisini bağlamayacağını, vurgulayarak kendisini Yunanistan davasında yetkili görmüş ve sözleşmenin 15. md'sinin anayasal bir hükümete olduğu kadar ihtilalci bir hükümete de uygulanabileceğini belirtmiştir.

Yunanistan davasında Komisyon, ihtilalci hükümet tarafından yapılan insan hakları aykırılıklarını denetleme yoluna gitmiştir. Öncelikle, Komisyon, 21 Nisan 1967'de iktidarı ele geçiren ve Anayasanın uygulanmasını askıya alan ihtilalci hükümetin olağanüstü halin mevcut olduğuna ilişkin verilerini ele almıştır.

Komisyon, "Milletin yaşamını tehdit eden umumi tehlikeyi" tanımlarken Lawsless davasındaki mahkeme kararını izlemiştir. Olağanüstü

23. 3321/67; 3322/67; 3323/67; 3344/67 sayılı adı geçen davalar için bkz. Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights, May 1968, s.92-118.

24. JACOPS, op. cit, s.205.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

halin mevcudiyetine ilişkin olarak Yunanistan'ın göstердiği verileri değerlendirirken Komisyon, a) Sunulan delillerin 1967 Nisanında milletin hayatını tehdit eden umumi bir tehlike olduğunu göstermediğini, b) Özellikle, organize hayatın ve birliğin devam etmesini engelleyen siyasi düzensizlik (karmaşa) veya kararsızlık ve silahlı güç kullanılarak komünistlerce iktidarın ele geçirilmesine yönelik yakın tehlike belirtilerinin olmadığını saptamıştır.

Komisyon, hükümetin "takdir alanını" incelerken, Yunan hükümetinin umumi tehlikenin mevcut olduğuna inanması için yeterli nedenleri olup olmadığını değil, böyle bir tehlike halinin gerçekte olup olmadığına bakmıştır. Bu yaklaşım mahkemenin Lawless kararındaki tavrından farklıdır; 15. md'nin gerekleri daha dar yorumlanmış (25) ve hükümetin takdir alanı daraltılmıştır.

Burada, üzerinde durulması gereken konu bu davada olduğu gibi Strasbourg organlarının kendilerine yansıyan diğer davalarda 15. md'ye dayanarak sözleşmede tanınan hakların aykırı davranan devletin içinde bulunduğu tehlikeye ya da olağanüstü durumu saptarken, her zaman devlete ait bir takdir alanı olduğunu kabul etmeleridir. Yine İrlanda Birleşik Krallığa karşı davasında da Mahkeme olayları araştırmış ve halkın yaşamını tehdit eden açık bir tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini sorgulamıştır (26).

Genel bir değerlendirme yapılacak olursa olağanüstü hal için şu dört şartın arandığını söylemek gerekecektir:

Tehlike;

- Fiilen mevcut olmalı veya çok yakın olmalı,

- Sonuçları bütün halkı etkilemeli,

- Toplumun organize hayatının devam etmesini tehlikeye sokmalı,

- İstisnai olmalı, üstesinden gelebilmek için sözleşmenin kamu düzeni kamu sağlığı ve güvenliğini sağlamak amacıyla izin verdiği olağan

25. İbid. s.207.

26. 18 Ocak 1978 İrlanda Birleşik Krallık'a Karşı davası için bkz. Vincent Berger, Case Law of Human Rights, Vol. 1: 1960-1987, Dublin, 1988, s. 86-90.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sınırlamalar yeterli olmamalıdır.

Strasbourg organları olağanüstü hal ilanı gerekçelerini makul bulmazlarsa taraf devlet için yapılacak iki şey kalmaktadır; ya olağanüstü hale dayanarak yaptığı insan hakları ihlallerini kaldıracak ya da 1974'de Albaylar Cuntasının yaptığı gibi Avrupa Konseyinden çekilecektir (27).

İHAS md. 15, bir anlamda Strasbourg organlarını siyasi kararlar almaya da itmektedir. Bu nedenle bazı devletler sözleşmeyi veya ihtiyari maddeleri onaylamakta tereddüt etmişlerdir (28). Örneğin, Fransız Anayasasının 16. md'si olağanüstü hallerde cumhurbaşkanına çok geniş yetkiler tanımaktadır ve bu nedenle Fransız hükümeti 1974 de sözleşmeyi onaylarken 15. md'ye çekince koymuştur. Çekinceye göre "Sözleşmenin 15 md'sini tamamlamaya yönelik anayasanın 16. md'sinde belirtilen haller 15 md'nin amacına uygun olarak anlaşılmalıdır (29). Bu çekinceye benzer bir çekince Türkiye'nin Komisyon'a bireysel başvuruyu tanıyan 22 Ocak 1987 tarihli 87/ 11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararında da yer almıştır; bu kararda "15. md muvacehesinde özel hallerde sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kısıtlamasını gerektirecek durum ve şartlar Türk Anayasasının 119 ile 122. md'leri ışığında yorumlanmalıdır" denilerek, Anayasa sözleşmenin yorumunda kriter olarak alınmışsa da böyle bir çekincenin geçerliliği tartışmalıdır (30).

Söz konusu çekince, Sözleşmenin 64. md'sinde yer alan ve "genel nitelikli çekincelerin" kabul edilemeyeceğini öngören hükme aykırıdır (31). Üstelik, İHAM, Belilos davasına ilişkin olarak verdiği kararında da genel nitelikte çekincelerin Sözleşmeye aykırı olduğunu tesbit etmiştir (32).

---

27. GÜNDÜZ, "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", İBD 1990, C. 64, S. 1-2-3, s.47.

28. JACOBS, Sp. cit., s.209.

29. İbid.

30. Bkz. Bilip ÇELİK, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Bireysel Başvuru Hakkı ve Türkiye", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, s. 228. GÖZÜBÜYÜK, Türkiyenin başvurusundaki şartların hepsini çekince olarak kabul etmemektedir. Gözübüyük'e göre başvurudaki kriz dönemlerine ilişkin madde teknik anlamda çekince değildir. Şeref GÖZÜBÜYÜK, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel... op.cit.,s.24-25.

31. B. ÇELİK, op.cit., s.227-229.

32. 29 Nisan 1988 tarihli insan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı, Council of Europe Human Rights Information Sheet 1988, N.22, s. 34-38.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Diğer taraftan bireysel başvuru hakkını düzenleyen 25. md, Devletin bu hakkı ancak "belirli bir süre" ile sınırlayabileceğini bildirmektedir. Nitekim İHAK Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını tanıyan kararında belirttiği çekinceleri 25. md'ye uygun bulmamıştır (33). Bu durumda Komisyona bireysel başvuru hakkı herhangi bir kayıtlama olmaksızın kullanılabilecektir.

3) 1982 Anayasasında belirtilen Kriterlerin İHAS Açısından Değerlendirilmesi.

I,B,1 Başlığı altında, anayasadaki olağanüstü yönetim usullerine ilişkin meşruiyet kriterleri üçlü ayrım yapılarak belirlenmişti: Yaygın şiddet hareketleri veya ayaklanma ya da vatana ve cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, savaş veya savaşı gerektirecek durum "mevcut" olmalı veya "ciddi belirtileri" görülmeli, bu nedenle "Hür demokratik düzen veya temel hak ve hürriyetler veya ülke bütünlüğü tehlikede olmalı veya kamu düzeni bozulmalıdır". Burada belirtilmesi gereken, Anayasanın olağanüstü yönetim usullerine ilişkin düzenlemelerindeki kriterleri İHAS'nin 15. md'si ve Strasbourg organları jürisprüdansı çerçevesinde kabul edilen kriterler doğrultusunda okumak mümkün müdür sorusudur. Genel olarak iki alandaki kriterlerin benzerlik gösterdiğini söylemek mümkün ise de Anayasanın 120. md'sinde yer alan "ciddi belirtiler" kavramından ne anlaşılması gerektiği önemli bir sorundur. "Ciddi belirtiler" kavramı son derece belirsiz bir anlam ifade etmektedir. Bu kavramı Strasbourg organları kararlarındaki "çok yakın" tehlike anlamında okumak milletlerarası hukuka gönderme yapan Anayasanın 15. md'si ele alındığında mümkün görülmektedir. Bilindiği gibi bu maddede "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek koşuyla... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" denmektedir (34). Sıkıyönetim ya da olağanüstü hal ilanı ile bu dönemdeki temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması arasında bir sebep sonuç ilişkisi olduğuna göre, bu dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasını düzenleyen maddeyle belirlenen "milletlerarası hukuka açıklık prensibi-

33. Bkz. Naz ÇAVUŞOĞLU, "Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na Bireysel Başvuru Hakkını Tanıma Bildirimine Koyduğu "hususlar" üzerine bir not", İnsan Hakları Merkezi Dergisi 1991, C. 1, s.2-3.

34. Bkz. infra, s.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nin" (35) olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hukuki meşruiyet kriterleri açısından da geçerli olduğunu düşünmek gerekecektir.

Ancak bu konudaki hukuki denetimi ancak mahkemeler yapabileceğine göre, mahkemelerin olağanüstü yönetim ilanlarına karşı aldıkları tutum son derece önemlidir.

C) Olağanüstü Yönetim Usulleri Meşruiyet Kriterlerinin Yargısal Denetimi

Bakanlar Kurulu, içinde bulunduğu acele hal nedeniyle sıkıyönetim ilanı kararını alma yetkisine sahiptir. Bu karar Anayasanın 121. md'sine göre hemen, 122. md'sine göre aynı gün, TBMM'nin onayına sunulmaktadır. O halde, ortada iki işlem vardır; biri Bakanlar Kurulu'nun kararı diğeri TBMM'nin kararıdır. aşağıdaki bu iki kararın yargısal denetimi incelenecektir.

1) Bakanlar Kurulunun Olağanüstü Yönetim İlanı Kararının Hukuki Denetimi

Bakanlar Kurulunun olağanüstü yönetim ilanı kararı acele hal nedeniyle alınmaktadır. Bu karar yürürlüğe girdikten sonra, asıl yetkili organ olan TBMM önüne konu götürülerek tartışılmakta ve yeni bir karar verilmektedir. Bu karar ile Bakanlar Kurulunun sıkıyönetim ya da olağanüstü hal ilanı işleminin hukuki varlığı son bulmakta, olağanüstü yönetimin hukuki dayanağı artık TBMM kararı olmaktadır (36). İlk sorun, hukuki varlığı sona ermiş yürürlükten kalkmış bir işlemin iptal davasına konu olup olmayacağıdır.

"İşlemin idare tarafından ilgası süreli işlemlerde bu sürenin bitmesi veya incelenen konuda olduğu gibi başka bir işlem sebebiyle hukuki varlığının son bulması ilerisi için hüküm ifade ettiği için bu durum davanın açılmasından önce veya sonra ortaya çıksın, iptali istenen işlem, yapıldığı tarihten yürürlükten kalktığı tarihe kadar, bu süre uygulanmış ve hüküm doğurmuş olduğu için, dava ön şartlar bakımından reddedilmemek, esastan karara bağlanmak gerekir (37). Bu hem işlemin hukuk aleminde yarattığı tüm değişiklikleri gidermek hem de idarenin hukuka

35. Bkz. Bakır ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi, İstanbul 1989, s.50.
36. Pertev BİLGEN, 1961 Anayasasına göre sıkıyönetim, İstanbul 1979, s.40.
37. İbid., 105.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bağlılığı ilkesinin müeyyidesini işletmek bakımından gerekli ve hukuk devleti ve (1961) Anayasanın 114. md'sinin bir sonucudur.

Bakanlar Kurulunun olağanüstü yönetim ilanı kararının hukuki niteliği 1924 Anayasası döneminde tartışmalı idi. ONAR ve SARICA Bakanlar Kurulu kararını "hükümet tasarrufu" olarak görmekte ve hukuki denetimin dışında kabul etmekteyken, GİRİTLİ aksini savunmakta idi (40). 1961 Anayasasından sonra ise, Anayasanın "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" (1961 Anayasası md. 144; 1982 Anayasası md. 125) hükmü karşısında doktrinde artık bu kategoride işlem kalmadığı, kabul edilmektedir (41). Nitekim bu dönemde, Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da Türk hukukunda hükümet tasarrufları teorisinin uygulama alanı kalmadığı görülebilmektedir (42). Fakat idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun kapatılamayacağı hükmüne ve Anayasa mahkemesinin hükümet tasarrufları teorisini reddeden jurisprüdansına rağmen Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 3.7.1970 gün ve 970/389 sayılı ve 970/443 sayılı kararlarında başka gerekçelerle sıkıyönetim ilanı kararının denetlenmesinden kaçınılmıştır (43). Danıştay Dava Daireleri Kurulu kararlarında anayasanın 12. md'sinden yola çıkılarak, Bakanlar Kurulunca alınan sıkıyönetim ilanı kararı, organik ve şekli bakımdan idari bir tasarruf olarak görülmesine rağmen, anayasanın 124. md'sinin derpiş ettiği hükümler muvacehesinde niteliği bakımından yasal bir tasarruf olduğu, hele TBMM'nce benimsenip onaylandıktan sonra bir yasama organı tasarrufu haline dönüştüğü vurgulanmıştır. Bu nedenle ortada idari mercilerin kesin ve uyulması zorunlu idari veya yargısal kararlarını denetlemekle görevli bulunan Danıştayın görevine giren bir kararın varlığından bahsedilemiyeceği belirtilerek, görevsizlik nedeniyle dava reddedilmiştir. Azınlık oyunda ise, Ba-

38. Ş. GÖZÜBÜYÜK, İdari Yargı Ankara 1970, s.116.

39. Bkz. Raşip SARICA, "Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları", İÜHFM, C.III, s. 1-2, s.462-463; aynı yazarın "Fransa'da ve Türkiye'de Örfi İdare Rejimi", İBM, 1941, s.111, s.133-135; Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1952, s. 1080-1081; Ayrıca hükümet tasarruflarının niteliği ve yargı bağışıklığı açısından bkz. Bahri SAVCI, İnsan Hakları, Ankara 1953, s.285-289.

40. İsmet GİRİTLİ, "Örfi idare ilanı Kararı Kazai Murakabeye Tabi midir?, İÜHFM 1967, C. XXII, s.1-4, s.123

41. Bkz. BİLGEN, op. cit., s.106.

42. İbid., s.109.

43. E. 970/389 K. 970/442, E. 970/420 K. 970/443 sayılı Dava Daireleri Kurulu kararları.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kanlar Kurulu kararının bir icrai karar niteliğinde olduğu ve sıkıyönetim kararının onanmadan önce yürürlüğe girdiği belirtilmiş ve yasama organının onaması, karar aleyhine idari yargı merciinde dava açılmasına mani sayılmamalıdır, çünkü tasarrufun asıl sahibi Bakanlar Kurulu'dur ve Bakanlar Kurulunun kararı Anayasanın 114. md'si gereğince denetime tabi tutulmalıdır denmiştir (44).

Danıştay'ın onama işlemi ile sıkıyönetimin ilanı kararının bir yasama işlemine dönüştüğü fikri doktrinde tartışılmıştır. ÖZBUDUN, Danıştay kararını isabetli bulmuş ve Bakanlar Kurulunun bu konudaki takdirinin denetlenemiyeceğini savunmuştur (45). TEZİÇ, BİLGEN ve YENİCE ise, kararı eleştirmiş ve ortada, yasama organının ayrı, yürütme organının ayrı, iki işlem bulunduğunu belirtmişlerdir (46).

TEZİÇ'e göre Bakanlar Kurulu işlemi "... koşul işlem dediğimiz türdür yani bireyleri bir statüden alıp mevcut belli bir statüye yerleştiren işlemlerdendir; ve bağımsız varlığını sürdürür. Yani işlevsel açıdan bir yürütme işlemi olan bu işlemler yasama meclisine sunulmakla yasama işlemine dönüşmezler (47).

BİLGEN ise, davanın konusuna ilişkin şartlar bakımından sıkıyönetim ilanı kararının yargı denetimine elverişli olduğunu saptadıktan sonra, konuyu menfaat şartı açısından incelemiştir. BİLGEN'e göre, sıkıyönetim ilanı kararı bir şart işlemdir ve ilan ile doğrudan bu bölgede oturan halkın uymak zorunda oldukları bir norm ihtiva etmemektedir. Bu nedenle ve Danıştay'ın menfaat şartına ilişkin diğer kararları doğrultusunda davaya ilişkin şartlar bakımından dava açma olanağının bulunduğu şüphelidir. İşlem kimsenin şahsi menfaatini doğrudan ihlal etmemektedir (48). Ancak, yine BİLGEN'e göre; "YENİCE'nin karşı oyunda da belirtildiği gibi bir içtihat mahkemesi olan Danıştay dolaylı da olsa

---

44. Bkz. Kazım YENİCE, "Sıkıyönetim İlan Kararı ve Yargısal Denetim Sorunu", Danıştay Dergisi 1971, s. 2, s.19,20.

45. ÖZBUDUN, op. cit., s.325,326; Hayati HAZİR ise olağanüstü hal ilanı kararı ile sıkıyönetim ilanı kararlarını birbirinden ayırmış ve birincilerin Danıştayın denetimine tabi olacağını, ikincilerin ise olamayacağını belirtmiştir. Bkz. Hayati HAZİR, (Türkiye'de ve Yabancı Ülkelerde) Olağanüstü Hal Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması ve 12 Mart Olağanüstü Rejimi, Trabzon 1982, s.96.

46. Erdoğan TEZİÇ, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s. 16; BİLGEN, op. cit., s.110; YENİCE, op. cit., s.27,28.

47. Erdoğan TEZİÇ "Kanun ve TBMM Kararları", Anayasa Yargısı 1989, s.54.

48. BİLGEN, op. cit., s.112-116.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tüm temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisini ve hukuk devleti ilkesini gözönünde tutarak, usul kurallarını ikinci derecede bir sorun olarak kabul ederek, yani menfaat şartını çok geniş tutarak, sıkıyönetim ilanı işlemi hakkında açılan iptal davasını davacıya ilişkin şartlar bakımından kabul edebilir. Bu sonuç..., hukuk devleti ilkesine uygun olacak, hiç değilse açık ve ağır hukuka aykırılık hallerinde denetim olanağı bulunacaktır (49). Nitekim karşı oy kullanan YENİCE de, makalesinde, "Temel hakları bu derece kısıtlayan ve bu derece hükümetin inisiyatifi içinde olan bir tasarruf usul meseleleri arkasında kalamaz ve yargı denetimi dışında bırakılamaz" demektedir (50).

YENİCE ve BİLGEN'in görüşleri doğrultusunda ve Anayasa'nın 2. md'sinde belirtilen Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti oluşu ilkesi, 125. md'sinde belirtilen idarenin her türlü işleminin ve eyleminin yargı denetimine tabi olduğu hükmü, 119, 120 ve 122. md'lerinde olağanüstü yönetim usullerinin uygulanabilmesi için gereken şartların detaylı bir şekilde sayıldığı gözönüne alındığında, Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı kararlarının yargısal denetim dışında tutulmasını onaylamak insan haklarının yargısal teminatı açısından önemli bir eksikliktir.

2) TBMM'nin Olağanüstü Yönetim İlanını Onama Kararının Yargısal Denetimi

TBMM'nin onaylama işlemi, anayasanın olağanüstü yönetim usullerine ilişkin maddelerinde belirtilen sebeplerin gerçekten mevcut olup olmadığını tespit eden bir karardır. Onaylama kararının da bu sebeplere dayanması gerekmektedir; diğer bir deyişle sebebe bağlı bir işlemdir (51). Bu işlemin hukuki niteliği açısından, bir karar mı yoksa kanun mu olduğu Anayasa yargısı açısından önem kazanmaktadır. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi ancak kanun, KHK ve TBMM iç tüzüklerini esas yönünden inceleyebilmektedir (Anayasa md. 148).

Anayasa Mahkemesi, 17.11.1970 tarihli kararında (52) sıkıyöne-

49. İbid., s.116,117.
50. YENİCE, op. cit., s.35.
51. TEZİÇ, Türkiye'de 1961 anayasasına göre...op. cit., s.16.
52. E. 1970/51 K. 1970/43 Sayılı karar, AYMKD, s.8, s.443-451.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tim ilanını meclis arafından denetlenmesi işleminin, bir "karar" olduğunu, bu nedenle de Anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulması gerektiği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir: "BK tarafından ilan edilen sıkıyönetim kararının yürürlekte kalabilmesi... için, araya bir şart tasarrufu girmesi yani organik bakımdan idari olan sıkıyönetim kararının TBMM'nce onaylanması gerekmektedir... Onama tasarrufunu, maddi bakımdan kanun adletmeye veya bu nitelikte bir işlem saymaya... imkan görülmemiştir." Anayasa Mahkemesi, anayasanın 147. md'si 1. fıkrasında belirtilen hükme dayanarak (Anayasa Mahkemesi, kanunların ve TBMM iç tüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler), TBMM'nin kanun veya iç tüzük niteliğinde olmayan kararlarını- Anayasanın ayrık olarak düzenlediği hükümler saklı kalmak üzere- Anayasa uygunluk denetimi dışında tutmuştur.

TEZİÇ, bu konudaki TBMM kararının "maddi bakımdan" kanun olduğu görüşünü savunmaktadır (53). TEZİÇ'e göre kanun ile meclis kararlarını ayıran en önemli fark kanunun "güvenoyu almış hükümetlerin programını gerçekleştirme aracı olmasına rağmen meclis kararlarının meclisin kendi girişimleriyle ve kendi inisiyatifiyle oyladığı bir işlem" olmasıdır. "Sıkıyönetimin kararla onaylanması... üzüne bakdığımız zaman birer parlamento kararı olarak nitelendirilemeyecek işlemler(dir). Bu işlemler dışa dönüklüğü bir, ikincisi de bireylere getirdiği yeni bir takım yükümlülükler karşısında ancak birer kanunla yapılması gereken işlemler(dir)" (54). Anayasa Mahkemesi gelecekte önüne gelecek bir iptal istemi karşısında, "Eski içtihatlarını tekrar gözden geçirerek tıpkı iç tüzük niteliğindeki (55) ve kanun niteliğindeki (56) yasama meclisi kararlarını denetim kapsamına aldığı gibi, TBMM onaylama işlemini kanun hükmü niteliğinde olduğu gerekçesiyle, bu konuda farklı bir içtihat oluşturabilmelidir"(57).

1982 Anayasasında, onay işleminin bir kararla mı yoksa yasa ile mi yapılacağına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Ancak, uygulamada

---

53. TEZİÇ, "Türkiye'de 1961 Anayasasına..." op. cit., s.18,19.

54. TEZİÇ, "Kanun ve TBMM..." op.cit., s.49.

55. 27.2.1968 gün ve E. 1967/6 K. 1968/9 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, AYMKD, s.6, s.126.

56. 22.2.1977 gün ve E. 1977/6 K. 1977/4 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı AYMKD S., 15 s.196.

57. TEZİÇ, "Kanun ve TBMM..." op. cit., s.128.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olan iç tüzük gereğince, karar yolu kullanılmaktadır (58). Hak ve özgürlükleri olağan dönemleri aşan ölçüde kısıtlama ve durdurma rejimini uygulamaya sokan olağanüstü hal ilanının onaylanması kişi özgürlüklerini doğrudan ilgilendirmekte ve hak ve özgürlükleri kısıtlama ve durdurma yetkisinin meşruiyetini belgelemektedir. Bu anlamda sözkonusu onay işleminin bir kanun olarak kabul edilmesi, yargıdenetiminden sıyrılmaya yönelen yönetimin fren mekanizması olacaktır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin kararına katılmak güçtür. Bir taraftan Bakanlar Kurulunun kararının diğer taraftan TBMM kararının yargısal denetim dışında tutulması, insan haklarının önemli ölçüde askıya alındığı bu dönemin hukuki meşruiyetini "tartışmasız" kabul etmek zorunluluğunu doğurmaktadır.

II- Olağanüstü Dönemlerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Durumu, Uygulanacak Kriterler ve Hukuki Denetim.

Anayasanın 15. md'sinin 1. f'sına göre, kriz dönemlerinde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. 2. fıkrada ise bu dönemlerde dahi müdahale edilemeyecek alan yaratılmıştır. Dokunulmaz haklar çekirdeği diye adlandırılabilecek bu alana, yaşama hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanma yasağı, suç ve cezaların geriye yürümezliği ve masumiyet karinesi girmektedir.

Bu çalışmada, dokunulmaz haklar çekirdeğinin kapsamlı içeriği nedeniyle, 2. fıkra ele alınmayacak, 15. md'nin 1. fıkrası, kısmen veya tamamen durdurma ve Anayasal güvencelere aykırı tedbirler alma kavramları, orantılılık prensibi ve milletlerarası açıklık prensibi açısından incelenecektir.

A) "Tamamen ve Kısmen Durdurma" ve "Anayasal Güvencelere Aykırı Tedbirler Alma" Kavramları

1) Tamamen veya Kısmen Durdurma Kavramı

---

58. 17.2.1966 tarihli TBMM Birleşim Toplantısı İç Tüzüğü md. 36.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İHAS'nde, hakların durdurulmasından değil, "tarafların bu sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerine aykırı tedbirler" alabileceğinden sözedilmektedir. Bu maddeyle asıl rejimin askıya alınıp, dışına çıkma rejiminin belli bir süre uygulanması ifade edilmektedir (59).

1982 Anayasasında ise tam bir terim birliği yoktur, 15. md'de tamamen ve kısmen durdurmadan söz edilirken, 121. md'de sınırlama ve durdurma, 122. md'de ise kısıtlama ve durdurmadan söz edilmektedir. Görüldüğü gibi maddelerde sınırlama ve durdurma arasında fark olup olmadığı belli değildir.

Anayasa Komisyonu tartışmaları sırasında ise, 15. md'de belirtilen durdurmanın, "temel hakkın kullanılmasının mümkün olmaması", "temel hakkın ihlali" gibi kavramlarla tanımlandığı gözükmektedir (60).

Durdurmanın ne anlama geldiği doktrinde çeşitli yorumlara neden olmuştur; ALDIKAÇTI durdurmayı, "anayasada belirtilen koşulların gerçekleşmesi ile olağanüstü hallerde fert hak ve hürriyetlerinin adeta yürürlükten kalkması, askıya alınması" olarak açıklamıştır (61). AKILLIOĞLU'na göre bu görüş, Fransız hukukundaki yaklaşıma uygundur, durdurmayı ya da askıya almayı bir rejim, bir olağanüstü yönetim bütünü olarak ele almaktadır. Bu bütün hakların "büyük ölçüde sınırlanmasına" olanak tanıma özelliği ile belirlenir (62).

SOYSAL'a göre, durdurma bir çeşit sınırlamadır, fakat bu sınırlama bir hakkın kullanılamaması, kısmen kullanılamaması veya üzerindeki korumanın kaldırılması gibi özel ve ağır sonuçlar doğurmaktadır (63). Görüldüğü gibi SOYSAL, durdurmayı daha ağır sonuçlar doğuran bir sınırlanma olarak görmektedir.

BİLGEN ise, durdurmayı hakların kullanılabilir olup olmamasıyla açıklamaktadır. BİLGEN'e göre, durdurma belli bir süre için temel hakların kullanılmasının mümkün olmamasını ifade eder. Kayıtlama ile

---

59. Tekin AKILLIOĞLU, "Temel Hakların Durdurulması" Bahri SAVCI'ya Armağan, Ankara 1988, s.56.
60. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, anayasa Komisyonu Tutanakları, s. 3730; Kemal DAL, aynı yerde s.3732.
61. Orhan ALDIKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Genel Esasları ve 1961 Anayasası, İstanbul 1976, s.252.
62. AKILLIOĞLU, op. cit., s.56.
63. Münteşir SOYSAL, op. cit., s.198, 199.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

arasındaki fark, kullanımın mümkün olup olmamasındadır. Durdurmada kullanım mümkün olmazken, kayıtlamada henüz olanaksız hale gelmemiştir, fakat bu da olağanüstü bir sınırlamadır (64). BİLGEN çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarına (65) dayanarak, belirlediği kamu hürriyetlerinin özünün o hakkın gayesine uygun şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya imkansızlaştıran sınırlamalarla tahrip edileceğini belirtmiş ve sıkıyönetim ilanı ile uygulanan rejimin, Anayasa izin verdiği için, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaya elverişli olduğunu belirtmiştir (66). Başka bir deyişle, hak ve özgürlükler kullanılamaz hale getirilerek ya da kullanılması zorlaştırılarak özü tahrip edilmektedir. 1982 Anayasasının 13. md'sinde her ne kadar "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" ilkesi "öz" kriteri yerine kullanılmışsa da Anayasa Mahkemesinin 1982 sonrası içtihatlarında da "öz" ve "kullanılabilirlik" kriteri birlikte ele alınmıştır; bu anlamda, kullanılması demokratik düzenle bağdaşmayacak derecede zorlaştırılan (67) veya kullanılamaz hale getirilen (68) hakların özüne dokunulmuştur denilmiştir. 15 md'de yer alan kısmen veya tamamen durdurmada ise, anlamda hak ve özgürlüğün kullanımının zorlaştırılması ve kullanılmaz hale getirilmesi hali olduğu düşünülebilir.

SAĞLAM ise, farklı düşünmektedir; SAĞLAM'a göre gerek durdurma gerekse durdurma yetkililerinin "öze dokunma" oluşturdukları söylenemez; durdurma halinde hakkın kullanım olanakları dondurulmuştur, bu durum öze dokunma olarak nitelendirilebilir; ne var ki amaç öze dokunma olmadığından bu niteleme doğru ve yerinde sayılmaz. SAĞLAM'a göre hak kullanımının geçici olarak ertelenmesi sözkonusudur (69). AKILLIOĞLU bu görüşü haklı olarak eleştirmiştir; "...istenmeyen bir sonuç meydana geldiğine veya temel hak kullanılamadığına göre

64. BİLGEN, op. cit., s.20.

65. 8.4.1963 gün ve E. 1963/16 K. 1963/83 sayılı karar AYMKD, s.1 s.167; 6.3.1963 gün ve E. 1962/280 K. 1963/51 sayılı karar, AYMKD, s. 1, s.95; 28.1.1964 gün ve E. 1963/128 K. 1964/8 sayılı karar, AYMKD, s.2, s.51.

66. BİLGEN, op. cit., s.19, dn. 56 ve s.22.

67. 25.5.1987 gün ve E. 1986/7 K. 1987/11 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, AYMKD s. 23, s.222.

68. 26.11.1986 gün, E. 1985/8 K. 1986/27 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, AYMKD, s. 22, s.333.

69. Fazıl SAĞLAM, Temel Hakların sınırlanması ve Özü, ankara 1982, s.24, dn.36 ve s.180,181.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

amaca bakılarak bunu öze dokunma saymamak kolay açıklanabilir bir sonuç değildir" (70). Gerçekten de her ne kadar söz konusu durdurmanın geçici olduğu söylense de, bir hakkın kullanılmaz hale getirilmesi bir tek kişi için ve belli bir süre için dahi olsa o hakkın özüne dokunulduğunun kabul edilmesini gerektirecektir (71).

Hakları kullanılamaz veya kullanılması güç hale getiren tamamen veya kısmen durdurma kavramı, olağanüstü dönemlerde kolluk görevleri ve kamu güvenliği nedeniyle Birey-Devlet dengesinin Devlet lehine bozulması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Diğer bir deyişle "Devlet, korumakla yükümlü olduğu Anayasada belirtilen hak ve özgürlüklere aykırı önlemler alabilmektedir."

Tekrar sınırlama ve kısmen ya da tamamen durdurma kavramlarının farklılığına dönecek olursak, durdurmanın sınırlamadan farklı olarak olağanüstü hallerde yönetimin yetkilerinin çok veya az da olsa hakkın özüne dokunacak şekilde arttırılması olduğu söylenebilir (72). Nitekim olağanüstü dönemler dışında "Hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen düzenlemeler, önleyen uygulamalar tümüyle geçersiz kılan oluşumlar, (Anayasa Mahkemesince) demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz" (73) bulunmuştur. Sözkonusu düzenlemeler artık temel hak ve özgürlüğün sınırlanması olarak değil durdurulması olarak değerlendirilmelidir. Bu iki kavramdan birincisinin olağan dönemlere ilişkin (Anayasa md. 13), diğerinin olağanüstü dönemlere ilişkin (anayasa md. 15) olarak değerlendirilmesi her ne kadar kavram karmaşasını önler nitelikte görülmekteyse de, Anayasada bu kavramların istikrarlı bir biçimde ayrıldığını söylemek güçtür (74).

Durdurmanın diğer bir özelliği ise, sadece olağanüstü dönemlerde kullanılabilecek bir yetki diğer bir deyişle geçici olmasıdır. Bu özellik olağan hallerde temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamanın bir sınırını oluşturduğu gibi, olağanüstü dönem uygulamalarının bu dönem

---

70. AKILLIOĞLU, op. cit., s.59.

71. Bkz. BİLGEN, op. cit., s.19, dn.56.

72. Benzeri görüş için bkz. AKILLIOĞLU, op. cit., s.59.

73. 7.11.1989 gün ve E. 1989/6 K. 1989/42 sayılı karar için bkz. 6.4.1990 gün ve 20484 sayılı RG.

74. Anayasanın md. 121, f. 2 ve md. 122, f.5'inde durdurma ile birlikte sınırlama ve kısıtlama kavramları da kullanılmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dışına taşırılmasına da engel olmaktadır. Fakat Anayasa Mahkemesi Serbest Bölgeler Kanununda yer alan ve grev hakkını on yıl süreyle uygulamadan kaldıran geçici 1. maddeyi iptal etmemiştir (75). Anayasa Mahkemesi temel hakların durdurulması varsayımını tartışmaksızın, konuyu sadece temel hakların sınırlandırılması açısından ele almış ve üstelik grev hakkının kaldırılmasında kamu yararı bulunduğu sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesine göre "Yasa koyucunun ülke düzeyindeki çok sınırlı bir alanda grev lokavt ve arabuluculuk gibi işçi ve işveren haklarının kullanılmasını belirli bir süre askıya almış olmasının demokratik toplum düzeni gerekleriyle çelişebileceği söylenemez".

Anayasa Mahkemesi kararında söz konusu geçici 1. md'yi 2822 sayılı yasanın grev ve lokavtın geçici olarak yasaklandığı 31. md'sine benzetmiştir. Oysa 2822 sayılı yasada düzenlenen haller "olağanüstü hal" niteliği taşımaktadır (76). bu hallerde yetki genişlemesinin ortaya çıktığını 15. md'ye dayanarak kabul etmek mümkündür. Oysa olağan dönemlere ilişkin bir hakkın durdurulmasını düzenleyen Serbest Bölgeler Kanununun geçici 1. md'sini Anayasanın 15. md'sine dayandırmak güçtür.

Durdurma, olağanüstü dönemlerde kullanılacak bir yetki olduğu için, bu dönem içindeki uygulamaların, geçici bir süre için de olsa olağanüstü yönetim uygulamalarının dışına taşırılması mümkün değildir. Nitekim 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi, Sıkıyönetim Mahkemelerinin görevlerinin sıkıyönetimin bitmesinden sonra ellerindeki davalarla sınırlı olarak, bunlar bitinceye kadarsürecceğine ilişkin yasa hükmünü (1402 Sayılı Yasa md.23) Anayasaya aykırı bulmuştu.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının sıkıyönetime ilişkin 124. ve askeri yargıya ilişkin 138. md'lerine dayanarak hükmü iptal etmişti. Anayasa Mahkemesine göre, "anayasanın değişik 124. md'sinin son fıkrası uyarınca çıkarılacak kanun ancak sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde... hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağını veya durdurulacağını gösterir. Sıkıyönetim dönemine özgü bu yetkilerin bir bölümünün bu dö-

---

75. 6.10.1986 gün ve E. 1985/21 K. 1986/23 sayılı karar, AYMKD, s. 22, s.223-235.

76. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 31. md'si savaş hali, genel ve kısmi seferberlik süresince grev ve lokavtın yasaklanmasına, yangın, su baskını, toprak ve çığ kayması veya depremlerin sebebiyet verdiği genel hayatı felce uğratan felaket hallerinde, bu hallerin vukubulduğu yerleri inhisar etmek ve bu hallerin devamı süresince yürürlükte kalmak üzere Bakanlar Kurulu gerekli görülen işyerleri veya işkollarında grev ve lokavtın yasaklanmasına olanak sağlamaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nem bitiminden sonra uygulama alanında kalmasının kanunla sağlanmasına Anayasanın sözü geçen 124. md'si elvermez...(77) 'Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının, Becker davasındaki İHAK'nun görüşüyle de uyumlu olduğunu belirtmek gerekecektir; bu kararda şöyle denmiş idi: "Tehlike halinin sona ermesinden sonra haklara aykırı önlemlerin sürdürülmesi sözleşme çerçevesinde kabul edilemez (78).

Anayasa Mahkemesinin 1972 yılında Anayasaya aykırı bulduğu bu hüküm Milli Güvenlik Konseyi döneminde tekrar Sıkıyönetim Kanununa alınmıştır (md. 23).

Kısmen veya tamamen durdurmanın, diğer bir deyişle Devlet lehine artan yetkilerin, geçici olduğu ya da sadece olağanüstü hale ilişkin olduğuna dair ikinci bir örnek ise Sıkıyönetim Kanununa dayanılarak görevlerine son verilen kamu personelinin durumu ile ilgilidir.

Sıkıyönetim Kanununa göre (md. 2) sıkıyönetim komutanı, çeşitli sebeplerle kamu personelinin görevine son verme yetkisine sahiptir ve bu şekilde işlerine son verilenler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılamazlar. İşlerine son verilen kamu personelinin, sıkıyönetim bittikten sonra yeniden işlerine dönmeleri bu hükme dayanılarak idare tarafından engellenmiştir.

Bu konudaki Danıştay İçtihatı Birleştirme Kararı sıkıyönetim döneminde hak ve özgürlüklerin durdurulmasının "geçiciliği"ni gösteren tipik bir örnektir.

Kararda şöyle denmiştir: "Temel hak ve özgürlüklerin olağan durumlardakinden daha çok sınırlandırılmasına izin veren 15 ve 122 md'lerin açık metninden de anlaşılacağı üzere sıkıyönetim, ilanını gerektiren hallere bağlı olarak yürürlüğe konulan ve bu hallerin ortadan kalkması durumunda sona eren geçici bir rejimdir. Sıkıyönetim rejiminin bu niteliği sıkıyönetim idaresince alınan önlemlerin sıkıyönetimin kalkmasıyla birlikte sona erdiğinin kabulünü de zorunlu kılar. anayasanın 15. md'sinde yer alan; savaş, seferberlik, .. hallerde.. temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen 'durdurulabileceği' yolundaki hükümle, 122. md'sinin 5. fıkrasında yeralan sıkıyönetim,

77. 15-16.2.1972 gün ve E. 1971/31 K. 1972/6 sayılı karar, AYMKD, s.10, s.189.
78. 27.3.1967 tarihli Becker davası, bkz. BERGER, op.cit., s.13-14.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

...hallerinde... hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı... kanunla düzenlenir hükmü, sıkıyönetim komutanlığının hürriyetlerin kullanımı konusunda aldığı önlemlerin sıkıyönetim ilan ediliş nedenleri ve süresi ile sınırlı olduğunu kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya koymaktadır..." (79)

Bu karar gerek kısmen ya da tamamen durdurmanın geçiciliğine değinmesi, gerekse olağan hallerde hakların sınırlanması ve olağanüstü hallerde hakların askıya alınması kavramlarının farklılığını belirtmesi açısından önemlidir. Üstelik, Milli Güvenlik Konseyi döneminde koyulmuş bir hükmün Anayasaya aykırılığı iddia edilemezken, Danıştay'ın "Uygun yorum" modelini benimsemesi de kararın diğer bir özelliğidir. Bu son özelliğe hukuki denetim mekanizması incelenirken tekrar dönülecektir.

2) Anayasal Güvencelere aykırı Tedbirler Alma

Anayasanın 15. md'sinde olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulmasının yanısıra, Anayasada bunlar için öngörülen güvencelere aykırı tedbirler de alınabileceği belirtilmektedir.

15. md'de sözü edilen Anayasal güvenceler nelerdir? SAĞLAM, anayasal güvencelerden bir kısmının yasa koyucuya yönelik yasaklar, diğer bir kısmının ise, yasal sınırlamanın uygulanmasında yargıç kararı kaydının aranması olduğunu vurgulamış ve bunlara ek güvenceler adı vermiştir; KABOĞLU ise, söz konusu güvencelere özgül güvenceler demektedir (80). SAĞLAM, Anayasal güvenceleri dört grupta toplamıştır: (81)

a) Önceden izne bağlama yasakları: Bunlar bazı temel hakların kullanılması için önceden izin alma koşulunun konamayacağını gösterir.

b) Sansür yasakları.

c) Yasal sınırlamanın yargıç kararıyla uygulanabildiği haller: Söz-

79. 7.11.1989 gün ve E 1988/6 K. 1989/42 sayılı karar için bkz. 9.2.1990 gün ve 20428 sayılı RG.

80. SAĞLAM, op. cit., s. 156-158; İbrahim KABOĞLU, Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989, s.286.

81. SAĞLAM, op. cit., s.156-158.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

konusu bu ek güvence daha çok kişi güvenliği ile ilgilidir (tutuklamanın yargıç kararı ile olması gibi). Kişi güvenliği dışındaki bazı haklar için de yargıç güvencesi öngörülmüştür Örneğin, gazete ve dergi toplatma, kapatma, dernek ve parti kapatma da yargıç kararı ile olur).

d) Belli temel hakların norm alanlarını sağlamlaştıran ek güvenceler: Bunlar da, temel hakların dokunulmaz unsurlarını düzenleyen, onları somutlaştıran ek güvencelerdir (Örneğin, kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğü bakımından "eziyet ve işkence, insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulma yasağı" (md. 17, f.3), "Anayasada öngörülmüş ceza sürelerini aşma yasağı" (md. 19, f.4), 1982 Anayasasının 38. md'sinde yer alan ceza hukuku ilkeleri).

Diğer önemli bir grupda, basın özgürlüğü norm alanını pekiştiren güvencelerdir: Gazete ve dergi çıkarma hakkının "Mali teminat yatırma şartı"na bağlanamaması, "Basımevi ve eklentileri ve basın araçlarının suç vasıtası olduğu gerekçesiyle de olsa zapt veya müsadere" edilmemesi, işletilmekten alıkonulamaması gibi.

Ayrıca SAĞLAM'ın belirttiği Anayasal güvencelere, 1961 Anayasasında yer almayan 1982 Anayasasının md. 40 f. 1'inde yer alan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvuru imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir" hükmünü ve kanuni yargıç ilkesini (md. 37) eklemek mümkündür (82).

Buna karşılık AKILLIOĞLU ise, "Anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" kavramını da temel hak ve özgürlüklerin durdurulma kavramı içinde değerlendirmekte ve hatta durdurmanın bir unsuru olarak görmektedir (83).

Oysa, Anayasanın 15. md'sinde kısmen ve tamamen durdurmanın yanında "Anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" kavramına yer verilmesi bu iki kavramın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği izlenimini vermektedir.

Olağan dönemlerde Anayasal güvenceler kesin bir sınır oluştururken olağanüstü dönemlerde bu güvencelere aykırı tedbirler de alınabilmektedir.

---

82. Bkz. KABOĞLU, op.cit., s.287.
83. AKILLIOĞLU, op.cit., s.63.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

B) Temel Hak ve Özgürlüklerin Durdurulması ve Anayasal Güvencelere Aykırı Tedbirler Alma Açısından Uygulanacak Kriterler

Anayasanın 15. md'sinde "Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" denmektedir. Maddede açıkça, iki ilke üzerinde durulmaktadır. İlki, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere olağanüstü dönemlerde dahi uyulması şartı, ikincisi ise, ölçülülük prensibidir. Madde, İHAS'ın 15. md'si ile paralellik göstermektedir, nitekim Danışma Meclisindeki tartışmalar sırasında da özellikle İHAS'na uyumlu olup olmadığı tartışılmış, İHAS metnine uyum sağlaması üzerinde durulmuştur (84). Aşağıda ölçülülük prensibi ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi ilkesi İHAS organları kararları gözönüne alınarak incelenecektir.

1) Ölçülülük ilkesi

a) Milli Hukuk Açısından Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, hukuk devletinin bir parçası ve anayasal hakların korunmasında etkili olması nedeniyle önemli bir güvencedir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kamu hürriyetlerine devlet müdahalesinin sınırlanmasında hukuk devleti kavramından yararlanmaktadır. Bu sınır Alman idare ve Anayasa hukuklarına hakim olan "ölçülülük" ilkesidir (85). Söz konusu ilke üç kriterden meydana gelmektedir. Müdahale, temel hakların sınırlandırılmasını doğrulayan kamu yararını teminat altına almaya elverişli olmalıdır; yasa koyucu ya da idare kişilerin temel haklarına çok daha sınırlı bir müdahale ile kamu yararını sağlama imkanına sahip olmamalıdır; kamu yararı müdahale edilen özel yararlardan çok daha önemli olmalıdır (86). SAĞLAM bu üç kriterе, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık kriterleri demektedir (87).

---

84. Bkz. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 19.8.1982, C.8, B.130, s.181,182.
85. B.ÇAĞLAR, "anayasa mahkemesi kararlarında Demokrasi", Anayasa Mahkemesi'nin 28. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyuma sunulan tebliğ, s.54.
86. İbid.
87. SAĞLAM, op.cit., s.114.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında ölçülülük ilkesinin alt kriterlerini kullanmıştır. Örneğin 1972/3 sayılı kararında elverişlilik kriteri bakımından, sendika kurma hakkını sınırlayan yasa hükmünü denetlemiş ve Anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme şöyle demiştir:"... yasa kuralı ile verilmek istenen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir. Bu da, kuralın konulmasında kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir' (88).

Diğer bir kararında ise, orantılılık alt kriterini kullanmış ve şöyle demiştir: "Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar açısından hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaç ile araç arasındaki makul dengeyi aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı açıktır' (89).

Anayasa Mahkemesi son olarak Avukatlık Yasası ile ilgili 1989 tarihli kararında üç alt kriteri birlikte, ölçülülük ilkesi doğrultusunda değerlendirmiştir (90).

Olağanüstü yönetim usullerinde, sıkıyönetimin ya da olağanüstü hal ilan sebebleriyle hak ve özgürlüklerin kısmen ya da tamamen durdurulması veya güvencelere aykırı tedbirler alınması arasında da ölçülülüğün olması gerekmektedir. Olağanüstü yönetim usullerinde, içinde bulunulan şartların ağırlığı nedeniyle hak ve özgürlüklerden daha fazla taviz verileceği açıktır, takdir yetkisi özgürlükler aleyhine genişlemektedir. Fakat olağanüstü dönemlerde genişleyen takdir yetkisinin kamu düzenini sağlamaya yönelik olduğunu unutmamak gerekir. Bu dönemlerde de kamu düzeni nedeniyle özgürlükler durdurulurken, geçici olarak askıya alınırken, düzeni bozan faktörlerle sınırlı kalınması gerekmektedir (91). Özellikle olağanüstü hal nedenleriyle sıkıyönetim ve savaş hali ilanı ve nedenleri arasındaki şiddet farkı da ölçülülük ilkesi açısından hak ve özgürlükler aleyhine tedbirler alınırken ve denetimi yapılırken değerlendirilmek zorundadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 1972/5 sayılı kararında da Sıkıyönetim Kanununun bazı hükümleri ölçülülük ilkesinin alt kriteri olan gereklilik kriteri kullanılarak denetlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Sıkı-

88. 5.9.2.1972, E. 1970/68 K. 1972/3 sayılı karar, AYMKD, s.10, s.129.
89. 22.5.1987 gün ve E. 1986/17 K. 1987/11 sayılı karar, AYMKD s.23, s.322.
90. 23.6.1989 gün ve E. 1988/50 K. 1989/27 sayılı kazar, AYMKD, s.25, s.312.
91. Bkz. Hayati HAZİR, "Olağanüstü Hal Rejiminin Hukuki Niteliği ve Pozitif Hukuk Düzeni Üzerinde etkisi", SÜHFD 1988, C. 1, s.1, s.34.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yönetim Kanununun md. 15, f.3'ü hakkında şu kanara varmıştır: "Bir sanığın hakim önüne çıkarılmaksızın otuz gün gözetim altında tutulması sıkıyönetim gereklerini ve gerekçelerini aşan, olağanüstü deyimiyle de tanımlanamayacak bir tedbir, bir çeşit fiili tutuklamadır" (92). Fakat Anayasa Mahkemesinin bu kararına rağmen 1982 Anayasası döneminde kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin madde kapsamına, olağanüstü hallerde gözaltı sürelerinin uzatılabileceği hükmü koyularak ve Milli Güvenlik Konseyi döneminde Sıkıyönetim Kanununa aynı hüküm yeniden eklenerek otuz günlük gözaltı süresi yeniden gündeme getirilmiştir. Yine 1402 Sayılı sıkıyönetim Kanununda bulunan ve demokratik hukuk devleti ilkesine dayanan ölçülülük ilkesine açıkça aykırı olan başka hükümler de vardır; örneğin üçüncü maddede yer alan ve sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılamayacağını düzenleyen hükmün olağanüstü durumda bozulan kamu düzenini yeniden sağlayacağını düşünmek güçtür. Bu hükmün, söz konusu dönemde muhtemel hukuk dışı uygulamaların yaygınlaşmasını körükleme ihtimali son derece yüksektir.

Son olarak, uygulayıcıların yetkilerinin olağanüstü"... yönetim ilan edilirken dayanılan gerekçeye uygun olarak o amacı sağlayıcı bir ölçüde ve genişlikte kullanılması gerekir" (93). Aksi halde ileride inceleneceği gibi (Strasbourg organları kararlarında yer alan kriz dönemine ilişkin kriterlere aykırılık nedeniyle), milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etme yasağının bir anlamı kalmayacaktır.

b) İHAS Açısından Strasbourg Organları Kararlarında Ölçülülük İlkesi

İHAS'ın 15. md'sinde"... her Yüksek Akit Taraf durumun gerektirdiği ölçüde... sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerine aykırı önlemler alabilir" denmektedir.

15. md'de yer alan "durumun gerektirdiği ölçüde" kavramı, Devletin takdir alanı sorunu ile kesişmektedir. Burada iki soru sorulabilir; birinci soru: Devlet durumun gereklerinden ne anlıyor, ikinci soru: objektif olarak gereklilik nedir. "Takdir alanı" kavramı Komisyon tarafından kul-

92. Bkz. supra dn. 88.
93. SOYSAL, op.cit., s.343.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lanılırken "gerekenin ne olduğu"nun yorumu daha çok son yaklaşıma uygun olarak yapılmaktadır (94). Komisyon, "gereken önlemlerin alınmasını" değerlendirirken, daha çok objektif kriterlere göre gerekliliği araştırmaktadır. Mahkeme Lawless davasında (95), İrlanda parlamentosundan 1940 tarihinde geçen 2 sayılı Kanunun, devlet bakanlarına, yargılamadan gözaltına alma ya da başka birdeyişle hapsetme (detention) yetkisi veren ve bir hükümet tasarrufu ile uygulanmaya konulabilecek hükmü İHAS'nin ilgili maddeleri açısından incelenmiştir. Mahkeme söz konusu özgürlük kısıtlamasının Sözleşmenin hiç bir hükmüne uymadığını belirledikten sonra, bu özgürlük kısıtlamasının sözleşmenin 15. md'sindeki ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını araştırmıştır.

Mahkeme, 1957'de İrlanda'daki terörizm faaliyetlerinin önlenmesi ve bunlarla mücadele açısından olağan kuralların, olağan mahkemelerin ve hatta özel ve askeri mahkemelerin dahi yetersiz kaldığını, kişileri mahkum etmek için gerekli delillerin toplanabilmesinin çok güç olduğunu ve bu terör örgütlerinin halkın üzerinde büyük bir korku yarattığını saptadıktan sonra bütün bu nedenlerle, idari gözaltı tedbirinin ağır bir uygulama olmasına rağmen durumun gerektirdiği gibi göründüğünü belirtmiştir (96).

Fakat mahkeme bununla yetinmemiş idareye verilen sözkonusu yetkinin suistimalini önleyecek güvencelerin varolup olmadığını araştırmıştır.

Mahkeme ilk olarak parlamento güvencesinden söz etmiştir. 1940 tarihli kanuna göre, parlamentonun kanunu uygulamasında sürekli bir gözetimi vardır ve bu sadece düzenli aralıklarla olan bir gözetim değil, her zaman yapılabilecek bir gözetimdir. Ve parlamento her zaman bakanlara sözkonusu yetkiyi veren hükümet tasarrufunu iptal etme imkanına sahiptir. İkinci olarak, söz konusu kanuna göre bir "Gözaltı Komisyonu" kurulması öngörülmüştür; bu komisyonun üç üyesinden biri savunma kuvvetlerinin (defences forces) bir görevlisi ikisi hakim olacaktır ve hapsedilen her kişi bu Komisyona başvurarak serbest bırakılmayı isteyebileceği gibi, olağan mahkemelerin de bu Komisyonu görevini yap-

94. İbid.
95. Bkz. supra dn. 24.
96. İbid. s. 36.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

masa içi zorlama imkanı vardır.

Ayrıca, hükümet tarafından bir duyuru yapılmış ve terör örgütleri üyesi olma şüphesiyle gözaltında tutulanların Anayasaya saygılı olacaklarını ve bir daha her hangi bir hukuk dışı faaliyette bulunmayacaklarını taahhüt ettikleri takdirde serbest bırakılacaklarını açıklamıştır. Nitekim Lajlesa da Komisyon önünde ve sözlü olarak böyle bir taahhud verdiği için serbest bırakılmıştır.

Mahkeme tüm bu güvencelerle birlikte sözleşmede belirtilen özgürlüğe aykırı önlemler alınmasının 15. md'de belirtilen ölçülülük ilkesine uygun olduğunu saptamıştır.

Görülduğü gibi Mahkeme, olağanüstü halin şartları açısından gerekli bir tedbir olup olmadığını inceledikten sonra, diğer bir deyişle gereklilik ilkesini inceledikten sonra güvenceleri ele alarak oranlılık ilkesini araştırmıştır. İrlanda, Birleşik Krallık'a karşı davasında da Mahkeme özel yakalama ve gözaltında tutma yetkilerine ilişkin bir düzenlemeyi denetlemiş, bu düzenlemenin Sözleşmenin 5. md'si ile çatıştığını doğrulamış, fakat 15. md açısından, bu tarz özel yetkilerin, durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığını İrlanda Hükümetinin talebi üzerine incelemiştir.

İrlanda Hükümeti, Kuzey İrlanda da bir tehlike halinin diğer bir deyişle olağanüstü halin mevcut olduğunu 1975 yılına kadar meydana gelen olayları inceledikten sonra saptamış ve alınan önlemleri değerlendirmiştir (97). Davada Mahkeme hangi önlemlerin alınması gerektiği konusunda milli otoritelerin "geniş bir takdir alanı" vardır, fakat bu takdir alanı sınırsız değildir. Komisyon ve Mahkemenin konusudur demiştir. Mahkeme iki noktaya dikkat çekmiştir; birincisi alınan önlemlere alternatif olarak daha az şiddetli önlemlerin mevcut olmayışı, ikincisi ise olağanüstü durum nedeniyle alınan bu özel yetkilerin milli hukukta denetlenmesidir. İrlanda davasında, krizin ciddiyeti nedeniyle, Mahkeme, alternatif önlemleri araştırmamış ve gözaltının bir süre ile sınırlı olmasını, hapis durumunun muhakeme dışı (Extra-judicial) gözden geçirilmesini ve hapis ya da gözaltı durumunda karşılaşılan kötü muameleye karşı Mahkemeye başvuru imkanını denetim mekanizması açısından yeterli bulmuştur.

97. 18 Ocak 1978, İrlanda-Birleşik Krallığa Karşı davası, European Court of Human Rights, Seriesi A, bkz. BERGER op.cit., s. 86-90.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Mahkeme, ölçülük ilkesinin diğer bir unsurunu araştırmayı reddetmektedir; Sözleşmedeki haklara aykırı alınan önlemlerin terörizmle mücadelede etkili diğer bir deyişle elverişli olup olmadığını incelememektedir. Mahkeme, kendi görevinin terörizmle mücadelede hangi politikanın en uygun veya en akılcıca olabileceğini saptamak olmadığını, mahkemenin sözleşme çerçevesinde hükümetin kabul ettiği önlemlerin hukukilik denetimini yapmaktan öteye geçemeyeceğini bildirmiştir. Bu nedenle Mahkeme, önlemlerin etkinliğinin geriye dönük bir araştırmasını değil, bu önlemlerin alındığı ve uygulandığı zamandaki mevcut olan şartların araştırmasını yapacak ve bu şartların ışığı altında kararını verecektir.

Mahkemenin bu son bakış açısı WARBRİCK tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Uluslararası organların milli normların etkinliğini incelediği kararları olduğundan yola çıkan WARBRİCK, Tyrer kararını örnek vermiştir (98). Bu davada Komisyon Birleşik Krallık'a bağlı olan Isle of Man'deki çocuk mahkemesinin verdiğe kararı konu almıştı. Değnekle vurulma cezasının caydırıcı, vazgeçirici bir etkiye sahip olduğu için kabul edilmesi gerektiği görüşünü şiddetle reddetmiş, bu cezanın caydırıcı bir etkiye sahip olamayacağını vurgulamıştı (99).

Strasbourg organları kararlarına bakıldığında, çarpıcı olan, milli organların "takdir alanının" sık sık gündeme gelse de ve milli organların terörle mücadelede kendi araçlarını seçmekte serbest oldukları belirtilse de, milli takdir alanının her zaman Avrupa denetiminde olduğunun vurgulanmasıdır (100). Olağanüstü halin gerektirdiği ölçüde haklara aykırı önlem alınabilmesi kabul edilirken olağanüstü halin kişi özgürlüklerinin sınırlanmasında bir bahane olarak kullanılamayacağı ortaya konulmaktadır (101).

2) Milletlerarası Hukuktan Doğan Yükümlülüklerin İhlal Edilme Yasağı

1982 Anayasasının 15. md'sinde temel hak ve özgürlüklerin durdu-

98. WARBRİCK, "The Protection of Human Rights in International Emergencies", Human Rights Problems Perspectives and Texts (Edited by F.E. Dowrick) Northamptonshire 1979, s.97.

99. Bkz. BERGER, op.cit., s.92-95.

100. Bkz. SIEGHART, op.cit., s. 116.

101. Bkz. Ibid.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rulurken ya da askıya alınırken milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere sadık kalınması öngörülmüştür.

Burada belirtilen "milletlerarası hukuk" sözcüğü ne anlama gelmektedir? GÜNDÜZ'e göre "milletlerarası hukuk" sözcüğü "hem milletlerarası teamülleri, hem de andlaşmaları ifade ettiğinden, 15. md'nin kapsamına başta BM Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere Türkiye'nin insan hakları alanında üstlendiği ve yerine getirmek zorunda olduğu milletlerarası hukuktan doğan tüm yükümlülükler girmektedir" (102).

Bu hüküm aynı zamanda Anayasanın kurallar kademelenmesinde milletlerarası hukuka verdiği yeri de saptamaktadır. "Kriz dönemlerinde temel hak ve özgürlükler ile ilgili milletlerarası hukuk yükümlülüklerine bu derece titizlikle önem veren Anayasanın olağan dönemlerde aynı şeyi afortiori kabul etmiş olduğu sonucuna varmak" (103) gerekecektir. O halde, "genel olarak milletlerarası hukukun temel hak ve hürriyetlerle ilgili hükümleri özel olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa tarafından milli hukuka üstün tutulmuştur (104). ÇAĞLAR da, 1982 Anayasa modelini Alman modeline benzeterek ve 15. md'nin belirtilen ifadesinden yola çıkarak yasaların andlaşmalara uygun yorumlanması gerektiğinden söz emektedir (105).

Genel olarak anayasanın 15. md'sine ve 90. md'sinin son fıkrasına dayanılarak milletlerarası hukuk andlaşmalarının kanunlardan üstün olduğu fikrinde uzlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle temel hak ve özgürlükler alanında yapılan milletlerarası sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi Anayasal garantiye alınmıştır denilebilmektedir (106).

Millelerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı önlemler alınaması hükmü karşısında özellikle İHAS organları tarafında yapılan Avrupa denetimi Türk Hukuku açısından önem kazanmıştır. Bu hüküm sonucu öncelikle, Sözleşmede tanınan temel hak ve özgürlükler, Strasbourg organları tarafından anlaşıldığı şekilde uygulanmalıdır. Diğer bir deyişle hak ve özgürlüklerin özellikle olağanüstü hallerde durdurulması ve

102. GÜNDÜZ op.cit., s. 42.
103. Ibid.
104. Ibid.
105. ÇAĞLAR op.cit., s. 50.
106. GÜNDÜZ, op.cit., s. 58.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınması Strasbourg organları kararlarına uygun olmalıdır. "15. md. ile getirilen milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme kaydıyla, kriz hukuku, Avrupa organlarının denetim alanına sokulmuştur" (107).

Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında, İHAS'nin hükümleri referans norm olarak kullanılmaktaysa da (108), doğrudan İHAS'nin Anayasal blok içinde değerlendirildiğini söylemek mümkün olmadığı gibi, 15. md'de belirtilen milletlerarası hukuka açıklık ilkesi de Anayasa Mahkemesi kararlarında kullanılmamaktadır. Danıştay ise daha cesaretli çözümlere gidebilmektedir. Örneğin 1970/1310 karar sayılı kararında La Haye metninin 5. md'sine aykırılığı denetlerken (109), 1989/4 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında 1402 Sayılı Kanunun 2342 sayılı Kanunla değişik ek 3. md'sinin, İç ve Meslek Bakımından ayrım Hakkında 111 sayılı sözleşmenin 4. md'sine aykırı olduğunu belirtirken, ve 1991/1993 karar sayılı kararında İHAS'ne uygunluğu denetlerken (110) milletlerarası sözleşmeye aykırılığı değerlendirmiştir (111). Üstelik bu son kararında Danıştay 90/son md'ye dayanarak İHAS'nin hiyerarşik değerini de saptamıştır: andlaşmalar yasaların üstündedir. Bu yolla İHAS'nin milli-üstü karakterinin tanınması belki de bir anlamda 1982 Anayasasının öteki yüzünü aşabilecektir.

C) Hukuki Denetimde Yargı Kısıntısı

Kriz dönemi hukuku bir çok ülkede Türkiye'de olduğu gibi söz konusu olmaktadır. Fakat bu kriz dönemine dayanılarak çıkarılan düzenlemelerin yargı kısıntısı içinde kaldığını söylemek İnsan Haklarını ortadan kaldıran bir anlayıştır ve polis devletine yol açar. Nitekim ABD'de 1966'dan bu yana kriz hukuku Yüksek Mahkeme tarafından denetlenmektedir. Mahkemeye göre hiç bir düşünce tehlikeli sonuçları gizleyerek, hükümetin zaruret halinde bulunduğu gerekçesi ile Anayasal dü-

107. Bakır ÇAĞLAR, 17 Nisan 1990 günlü Cumhuriyet Gazetesi, s.11.

108. Bkz. Türkiye Raporu (Y.ALİEFENDİOĞLU/E. ÖZBUDUN) Anayasa Yargısı, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Lisbon 27 Nisan 1987), Ankara 1988, s. 205,206.

109. Danıştay 12. Dairesi, E.1966/1117 K. 1970/1310 sayılı kararı, D.D. 1971, s.1-2, s. 306, 307.

110. 1966/1723 esas ve 1991/933 karar sayılı Danıştay 5. Daire kararı.

111. E. 1988/6 K. 1988/4, 9.2.1990 gün ve 20 428 sayılı RG.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zenlemelerden herhangi birini askıya almak imkanı verilmesini ileri süremez. Böyle bir anlayış doğrudan doğruya anarşiye veya despotizme dönüşür" (112).

1982 Anayasası olağanüstü hal düzenlemelerinin uyması gereken tüm kriterleri hukuki planda denetim dışı tutmaktadır. İlk engel, geçici 15. md'de belirtilen Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanunların Anayasaya aykırılığının iddia edilmemesi, ikinci engel ise kriz KHK'lerine yargı kısıntısı getirilmesidir.

1) Milli Güvenlik Konseyi Dönemi Yasalarının Yargı Bağışıklığı

Üç yıllık bir süreyi kapsayan (12 Eylül 1980-6 Aralık 1983) MGK (Milli Güvenlik Konseyi) döneminde sayısı sekizyüzü aşkın yasama işlemi çıkarılmıştır. Bu yasalardan kriz dönemlerinin bel kemiği olan Olağanüstü Hal Kanunu, MGK döneminde çıkarıldığı gibi sıkıyönetim kanununda değişiklik yapan ve daha önce Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olan (yukarıda zaman zaman sözü edilen) çeşitli hükümleri yeniden gündeme getiren onüç yasa yine bu dönemde yürürlüğe sokulmuştur (113).

Bu dönemde çıkarılan yasalara ilişkin olarak anayasanın açık hükmü bulunmaktadır, geçici 15. md'nin son fıkrasına göre, bu dönemde "çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan kararlar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez" "Kısaca, 12 Eylül Hukuku yargı kısıntısı ya da bağışıklığından yararlanır" (114).

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de geçici 15. md'nin ortaya çıkardığı yargı bağışıklığını kabul etmiş ve MGK döneminde çıkarılmış kanunların denetimini yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir (115). Anayasa Mahkemesi 6.10.1990 tarihli kararında detaylı bir inceleme yapmıştır. anayasa

112. Bkz. Burhan KUZU, "Demokraside Zaruret Hali" AÜSBFD (Prof. Dr. Muammer Aksoy Armağanı), C.XL VI, Ocak-Haziran 1991, N. 1-2, s. 290.

113. Milli Güvenlik Konseyi dönemi yasaları için bkz. Zafer ÜSKÜL, Türkiye'nin Anayasa Sorunu, İstanbul 1991 s.31-33.

114. Bakır ÇAĞLAR, "anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Tenilenen Anayasa Düşüncesi Üzerine", Anayasa Mahkemesinin 29.

115. Bkz. 11.3.1986 gün ve E. 1985/25 K. 1985/8 sayılı karar, AYMKD, s.22, s. 79 vd; 28.9.1984 gün ve E. 1984/1 K. 1984/1 sayılı karar AYMKD, s.20 s. 504;16.10.1990 gün ve E. 1990/32 K. 1990/28 sayılı karar, 30.11.1990 gün ve 20711 sayılı RG.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Mahkemesi; a) Özel ve genel ilke ayırımı yapmış ve Anayasanın 15. md'sinin bir özel ilke olduğunu vurgulayarak, özel ilkenin genel ilkeye göre öncelikle uygulanacağı tezini savunmuş; b) Sözkonusu maddenin "geçici" olarak değerlendirilmesinin önemsiz bir madde olduğu sonucu doğurmayacağını, değer olarak diğerleriyle eşit olduğunu belirtmiş; c) Yorumunda lafzi yorumu tercih etmiştir. anayasa Mahkemesinin bu kararında MGK döneminin tartışma konusu yapılmaması için, yargı dışında olduğu vurgulanarak ve geçici 15. md. kaldırılmaksızın denetim yapılamayacağı belirtilerek adeta Anayasa ve hukuk devletine aykırılık olduğu halde denetim yapamayacağını açıklamış (116) ve durumun düzeltilmesi için yasama organının harekete geçmesi gerektiğini vurgulamıştır (117).

Oysa, Anayasa Mahkemesi, daha önce Anayasa içinde kurallar hiyerarşisi olduğunu kararlarında dolaylı olarak benimsemişti (118). Anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğunu 'Cumhuriyetin özü' kavramıyla denetleyen kararları, 2. md'de belirtilen hukuk devleti ilkesinin MGK dönemi yasaları karşısında korunmasında dikkate alınabilinir ve geçici md'nin ihmal edilmesi yoluna gidilebilirdi (119). Fakat Anayasa Mahkemesi 1984/1 sayılı kararında (120) geçici 15. md'nin ihmal edilemeyeceğini vurgulamıştır. Aynı kararda "uygun yorum" modelini de benimseyerek bu dönemdeki yasaların Anayasaya uygun yorumlanması gereğinden söz etmektedir. Fakat anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerinin bağlayıcılığı sorununun henüz çözümlenmediği düşünülecek olursa, uygun yorum modelinin işlevselliği tartışılır olacaktır (121).

ALDIKAÇTI ise, geçici 15. md'nin TBMM Başkanlık Divanının oluşumu ile işlerliğini yitirdiğini, aksi halde bunların Anayasanın üstüne çıktıklarının düşünülebileceğini belirtmektedir.

---

116. Söz konusu kararın incelemesi ve eleştirisi için bkz. Sultan TAHMAZOĞLU UZELTÜRK/Turan YILDIRIM, "Anayasa'nın Geçici 15. maddesi üzerine (Karar incelemesi)", Argumentum, Şubat 1991, C.1, s.7 s. 104-108.

117. Aynı görüş için bkz. ÖZBUDUN, op.cit., s.329.

118. 12.10.1976 gün E. 1976/38 K. 1976/46 sayılı karar AYMKD, s.14 s. 252;6.3.1973 gün, E. 1972/56 K. 1973/11 sayılı karar, AYMKD, s. 11 s. 141; 27.1.1977 gün. E. 1976/43 K. 1977/4 sayılı karar, AYMKD, s. 15, s. 115-118.

119. TAHMAZOĞLU UZELTÜRK/YILDIRIM, op.cit., s. 105.

120. Bkz. supra dn. 131.

121. TAHMAZOĞLU UZELTÜRK/YILDIRIM, op.cit., s. 106.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Diğer yandan burada tekrar Danıştay'ın İçtihadı Birleştirme Kurulunun kararına değinmekte yarar vardır (123). Kararda "Yasanın, kabul ve yürürlük tarihi itibariyle Anayasanın geçici 15. md'si kapsamında olduğu için, anayasaya aykırılığının ileriye sürülemeyecek olması onun mümkün olduğu ölçüde Anayasaya uygun olarak yorumlanmasına engel değildir" denilerek ilgili hükmün "amaçsal bir yorumla" ve "anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanması" gerektiği vurgulanmıştır.

Belki de, geçici 15. md'nin doğrudan muhatabı olduğu için anayasa Mahkemesi yeterince cesur davranmasa da, Danıştay'ın ilgili kanunu olaya uygularken izlediği "uygun yorum" modeli temel hak ve özgürlükler açısından önemli bir gelişmedir. Bu şekilde adeta Anayasa üstü hale getirilen MGK dönemi yasaları sorunu bir ölçüde alışabilmekte, hukuka uygunluk sınırları içine çekilebilmektedir.

2) Olağanüstü Dönem KHK'lerinin Yargı Bağışıklığı

1961 Anayasasında yer almayan olağanüstü hal KHK'leri, 1982 anayasasında karşımıza çıkmaktadır. 1982 Anayasasına göre, olağanüstü hal KHK'leri, "Olağanüstü durumun gerekli kıldığı konularda", "olağanüstü yönetim süresince uygulanmak üzere", "Olağanüstü yönetimin uygulandığı yerlerde" ve "temel hak ve özgürlükleri de kapsayan düzenlemeler getirebilecek şekilde" çıkarılabilirler.

Anayasanın 15. md'sine uygun olarak, md. 121, f.3 ve 122, f.2'de de ölçülülük ilkesi benimsenmiştir. Bu maddelere göre "halin gerekli kıldığı konularda" KHK çıkarılabilir. Gerçi bu kavramın geniş ve belirsiz olmasından yola çıkılarak halin gerekli kıldığı konuların saptanmasının yetkili organın takdir yetkisine bırakıldığı KUZU tarafından savunulmuşsa da, (124) ölçülülük ilkesinin içi boş kavram olduğunu söylemek güç oldu-

122. ALDIKAÇTI'nın görüşü için bkz. Hülya UYGUR, 1982 Anayasasında Olağanüstü Yönetimler ve Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi, İstanbul 1990 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 16,17.

123. Bkz. supra dn. 120.

124. Burhan KUZU, Türkiye'de Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul 1989, s. 208.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğundan bu şartın denetiminin mümkün olduğunu söylemek gerekecektir.

Olağanüstü yönetim usullerinin sınırları olduğu ve hukuki meşruiyetini sürdürebilmesi için de bu sınırlara uymak zorunda olduğu bu çalışmada sık sık vurgulanmıştır. Fakat anayasanın 148. md'sinin 1. fıkrasında şöyle denmektedir"...Ancak olağanüstü hallerde sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz" Bu hüküm karşısında Anayasada belirtilen olağanüstü yönetim usullerine ilişkin sınırlama kriterleri ve şartların anlamı yok mu olmaktadır?

Doktrinde özellikle yürürlükten kaldırılan 413 sayılı KHK'nin tartışılması sırasında usul saptırması ve yetki aşımı kriterleri kullanılmıştır (125), fakat bu kavramlar altında çoğunlukla asıl üzerinde durulan KHK'lerin olağanüstü hal ilan edilen bölgeler dışında da hak ve özgürlüklere aykırı önlemler getirmesiydi (126). Nitekim, Anayasa Mahkemesi 430 sayılı KHK'nin olağanüstü hal bölgesi dışına taşan hükümlerini Anayasa 121/3 ve 148/1'de belirtilen olağanüstü hal KHK'si kapsamına girmemeleri nedeniyle iptal etmiştir (127). Oysa, KHK'lerin sadece olağanüstü hal bölgesini ilgilendirse de incelenmesi gerektiğini yine yetki aşımı teorisiyle açıklamak mümkündür. Nitekim milletlerarası andlaşmaları kriter olarak ele alan Anayasanın 15. md'sinden yola çıkarak ÇAĞLAR'ın da dediği gibi, İHAK'nun ve İHAM'ın kullandığı "Look behind the fact" teorisi çerçevesinde yetki tecavüzü, yetkinin kötüye kullanılması ve hürriyetlerin sakli koruma alanına müdahale halinde anayasa Mahkemesinde denetime hukuki bir engel yoktur (128). Nitekim İrlanda Anayasasının olağanüstü hal düzenlemelerinde ve bu düzenlemeleri uygulama tedbirlerinde yargı kısıntısı getirmiş olduğu halde İrlanda Yüksek Mahkemesi bu düzenlemeler karşısında olağanüstü hal gerekle-

---

125. Bulent TANÖR, Bakır ÇAĞLAR, 17 Nisan 1960 günkü Cumhuriyet Gazetesi, s.11; Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 32.

126. Bkz. TANÖR, Cumhuriyet op. cit.; ALDİKAÇTI, Cumhuriyet op. cit; GEMALMAZ da bolge dışına ilişkin düzenlemeleri yetki aşımı kavramını kullanmadan eleştirmekteydi, bkz. 17 Nisan 1990 günkü Cumhuriyet Gazetesi s. 11.

127. 8.7.1991 tarih ve 1991/6 esas, 1991/20 karar sayılı kararı, 8.8.1992 tarih 21 165 sayılı RG s. 28.

128. ÇAĞLAR, Anayasa Mahkemesi Kararlarında..., op.cit., s. 57,58.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rini araştırma yetkisini kendinde görmüştür; Hindistan Federal Yüksek Mahkemesi de aynı mantığı kullanmış ve "ultra vires" ve "bona fide" gibi aykırılık hallerine göre denetleme yetkisini kendine tanımıştır.

"Bu durumda, 1982 Anayasası ile getirilen ve yargı denetimine kapatılan özerk kriz kararnamelerinin konvansiyon ve getirdiği koruma hukukunda, "look behinde the facts" teorisi çerçevesinde, yetki tecavüzü, yetkinin kötüye kullanılması ve hürriyetlerin saklı koruma alanına müdahale halinde, Anayasa Mahkemesinin de denetimine hukuki bir engel olduğunu söylemek zordur" (130).

SONUÇ

Kriz dönemlerinde Devlet yetkilerinin temel hak ve özgürlükler aleyhine genişlemesinin Demokratik bir rejim için tehlikeli boyutlara varabileceği açıktır. Bu dönemlerde hükümetin genişleyen takdir yetkisinin sınırları ve bu sınırların yargı denetimi içinde olması demokratik hukuk devletinin unsurlarından biridir.

1982 Anayasası son derece detaylı hükümlerle kriz dönemi rejimini düzenlemektedir üstelik insan haklarının bu denli daraltıldığı ve hatta askıya alındığı bu rejimi yargı kısıtlamalarıyla destekleyerek bir anlamda dokunulmaz bir alan meydana getirmektedir; adeta Anayasa içinde ikinci bir Anayasa ortaya çıkarmaktadır.

Bu rejim ne meşruiyet kriterleri açısından denetlenebilmekte ne de haklar üzerindeki kısıtlamalar açısından denetlenebilmektedir. Koruma altına alınmış olan söz konusu kriz rejimi Hukuk Devleti ve İnsan Hakları Hukuku konteksinden keyfilik rejimine kaymakta ve otoriter rejime kapı aralamaktadır. Bu noktada yargıçlara önemli görevler düşmektedir.

Yargıçlar İHAS'nın kurallar kademelenmesindeki yerini hatırlamalı ve hukuka aykırı normlar açısından "uygun yorum" ya da "ihmal" modelini tekrar gözden geçirmelidirler.

---

129. Ibid., s. 58.
130. Ibid.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883
MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MAĞDURUN DURUMU VE ÖZELLİKLE ZARARIN TAMİRİ*

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans Joachim Hirsch**

(Çev. Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk)***

60'lı yıllarda faile yönelik ıslah düşüncesi suç siyaseti bakımından yerini mağdurun korunmasına bırakmıştır. 15 seneden beri "Victimologie" bir ilerleme kaydetmiştir. Gerçekten bir bilim dalı olmaktan çıkan Victimologie, milletlerarası bir reform hareketine dönüşmüştür. Söz konusu reform hareketinden çıkan suç siyasetine ilişkin tepkiler, bu arada etkilerini ülke mevzuatlarında göstermişlerdir.

Mağdura yönelme, suç siyasetinin sadece faili göz önüne almış olmasına bir tepki oluşturur. Çünkü, suç siyaseti açısından mağdurun geri plana atılması ceza hukukunun kendisinden beklenen adaleti sağlayacağı hususundaki güvenilirliğinin zayıflamasına neden olmuştur, güvenilirlikte bir azalma meydana getirmiştir. Adaletin sağlanması beklentileri Kuzey Amerika ve İskandinav Ülkelerinde tek taraflı olarak ıslaha yönelme, Federal Almanya'da ise çok geniş uygulaması olan ve murakabe edilemeyen düşme kararları vasıtasıyla neticesiz kalmıştır.

İşte bu nedenle bugün mağdurun Ceza ve Ceza Muhakemeleri Hukukundaki yeriyle, yoğun bir şekilde meşgul olmayı esas itibariyle yerinde bulunuyoruz. Bununla beraber mağdurla meşgul olma aşağıda da belirtileceği gibi yeni bir tek yönlü olma tehlikesini de beraberinde getirmiştir. Bu tek yönlü olma düşüncesini kuvvetlendiren bazı emareler bulunmaktadır: örneğin mağdurun ifadesinin alınmasında olduğu gibi edilgen (pasif) durumda bulunana sağlanan usuli korunma yanında, yine usul hukuku açısından ona aktif yetkiler de tanınmıştır. Ancak özellikle mağdurun zararının tamiri hususuyla ilgili olarak Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü sistemlerinde çabalar müşahade edilmektedir. Bununla beraber aşağıda da görüleceği gibi bu faaliyetlerde, çabalarda mağdurun durumuna ilişkin kaygı her zaman ön planda yer almamaktadır. Bu faaliyetleri daha ziyade tek taraflı ıslaha yönelik düşüncelerin muvaffakiyetsizliğe uğraması sonucu, suç siyaseti açısından suç oluşturan fiillere başka bir açıdan hakmak zorunluluğundan doğmuştur. Zararın tamirine ilişkin fail-mağdur dengesi merkezde yer almaktadır.

---

* 14.4.1992 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verilen konferansın metnidir.

** Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Profesörü.

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu gelişme çerçevesi içinde 1987 tarihinde yürürlüğe giren Federal Alman Mağduru Koruma Kanunu, suçun mağduru lehine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Mahkemeler Teşkilâtı Kanununda bir seri değişiklikler yaptı. Bu değişiklikler arasında özellikle şunlar sayılabilir: Kimlik konusunda tanığın korunması, yapılan işlemlerin kendisine bildirilmesi konusunda iyileşme, suçtan zarar görene kamu davasına müdahil sıfatıyla katılma yetkisine sahip olduğunun öğretilmesi, müdafiden yararlanma, müdahil sıfatıyla katılma yetkisini veren hallerin artması ve suç mağduruna tazminat ödenmesine ilişkin şartlarda kolaylık. Ayrıca cezanın tayinindeki esaslar arasında yer alan failin mağdur ile uzlaşmak için gösterdiği çaba da mevzuata girmiştir. Müdahil sıfatıyla katılma yetkisini veren hallerin artması ve suç mağduruna tazminat ödenmesine ilişkin şartlarda kolaylık. Ayrıca cezanın tayinindeki esaslar arasında yer alan failin mağdur ile uzlaşmak için gösterdiği çaba da mevzuata girmiştir.

Ayrıntıların eleştirilmesi dışında- örneğin özel hayatın meselelerinin konuşulması sırasında mahkemenin gizli duruşma yapılmasına ilişkin ara kararına itiraz edilmemesi, kanun yapılmasındaki ana düşünce eleştirildi. Kanunun çıkmasının gayesi sanık ve mağdur arasında sınırlı olarak silahların eşitliğinin sağlanmasıdır. Ancak böyle bir düşünce mağdurun haklarının sanığa sağlanan usul garantileri aleyhine gelişlemesine yol açar. Ceza usulü ilişkisi bakımından sanık ile mağdur arasında silahların eşitliğinden bahsedilemez. Ceza yargılamasının ceza hukuku yönü Devletin ceza verme hakkının var olup olmaması sorunundan ibarettir. Bu durumda sanık için her şey mağdur için çok daha az şey tehlikelidir.

Bize öyle geliyor ki, bu düşüncelerde sosyal bilimlerin ceza yargılaması ve suç faili ile mağdur arasındaki çatışmadan ibaret sayan görüşlerine fazla değer tanınmasının etkisi olmuştur.

2. Yukarıda da belirtildiği gibi mağdurun menfaatlerine önem vermeme bugün Federal Almanya'da kendini en çok savcılık veya mahkemeler tarafından verilen kamu davasının açılmaması veya düşme kararlarının uygulamasında göstermektedir. Federal Alman Hukukunda esas itibariyle geçerli olan kamu davasının mecburiliği prensibinin tashihi niteliğindeki değerin azlığı sebebiyle yargılamaya son verilmesi 1975 ceza hukuku reformuyla tahmin edilemeyen bir pratik değer kazandı. Uzun zamandanberi hafif suçluluğun sınırları orta dereceli suçluluğun alanını aştı.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yargılamanın değerin azlığı sebebiyle sona ermesi genellikle mağdur için üzüntü vericidir ve koğuşturma makamları her geçen gün daha fazla eleştirilmektedirler. Bilim adamları bu nedenle mağdura, aleyhinde kanunyoluna başvurulmayan bu karara itiraz hakkı tanınmasının yerinde olacağını savunuyorlar. Bununla beraber kanun değişiklikleri iyice belirmemektedir. Gerçekten adli makamların tatmin edici olmayan bu gelişmeyi desteklemeleri yanında mağdurların lobisinin bulunmaması ve bilimin yeterli derecede siyasal ağırlığını koymaması mevzuat değişikliklerinin iyice belirlenmesine engel olmaktadır.

Diğer bir reform eğilimi de başka bir alana ilişkindir: Mağdurun zararının tamiridir. Bu konu literatürde çok tartışılmış ve bazı profesörlerin kanun tasarıları hazırlamalarına neden olmuştur. 1989'da Freiburg'da zararın tamiriyle ilgili Milletlerarası bir kongre gerçekleştirilmiştir. Bu sorular güncellikleri nedeniyle Konferansın esasını oluşturacaktır.

II

Zararın tamiri ceza hukukunda öyle bir şekilde düzenlenmelidir ki, hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasının etkisini azaltsın veya onları, lüzumsuz hale getirsin. Yürürlükteki Federal Alman Hukukunda cezanın tayinindeki esaslar, genç ceza hukukunda disiplin araçları veya cezanın ertelenmesini mümkün kılan yükümlülüklerde olduğu gibi zararın tamirine açıkça özel bir yer veren hükümlere rastlanmaktadır. Ayrıca Alman Ceza Muhakemeleri Hukukuna göre (153 StPO) öçemsiz suçların koğuşturulmaması, yargılamaya son verilmesi zararın tamirine bağlanabilir.

Son zikredilen ceza muhakemesi hukukuna ilişkin hüküm haricinde bu tek tek sayılan hükümler zararın tamirinin birinci derecede maddi hukuka, ceza hukukuna ilişkin bir mesele olduğunu göstermektedir.

2. Ceza hukukuna ilişkin hukuki sonuçlar bakımından zararın tamirinin gözönüne alınmaması bugün ileri sürülemez. Bu husus tartışma konusu değildir. Diğer bir anlatımla bugün zararın tamiri her halukarda ceza hukukuna ilişkin hukuki sonuçlar bakımından gözönüne alınacaktır. Bu husus zaten kendisini halen mevcut hükümlerde de gösterir. Bununla beraber zararın tamirinin nasıl gözönüne alındığı veya alınması gerektiği sorusu sorulabilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) Ceza yerine fail ile mağdur arasında zararın tamirini öneren akım bir tarafa bırakılmalıdır. Cezanın bu suretle mutlak olarak reddedilmesi Federal Almanya'da çok az taraftar bulmuştur. Bu tür bir düşünce Devletin cezalandırma talebinde ifadesini bulan toplumun menfaatlerine aykırıdır. Ceza yerine zararın tamirinin geçmesi ceza hukukunun sadece esas itibariyle medeni hukuktan gelen tazminat hükmü lehine ortadan kaldırılması sonucunu değil, ayrıca mağdurun bulunup bulunmamasına göre suçlunun davranışına eşit olmayan bir tepki gösterilmesine neden olur. Ayrıca ceza yerine sadece zararın tamirinin kabulü ya failin mağdurun baskılarına terk edilmesine ya da tam aksine mağdurun, zararının tazmini talebi üzerinde mali fedakarlıkta, tavizde bulunmasına neden olur.

b) Ceza hakiminin yüklediği zararın tazminin ceza olarak algılanmasının ve bir ceza türü olarak klasik ceza çeşitleri arasında yer almasının mümkün olup olmadığı sorusu da zikredilmeye değerdir. Kanunkoyucunun zararın tamirini ceza kanununda düzenleyip düzenlememesine göre bu sorunun cevaplandırılamayacağı bilimsel bakımdan açıktır. Mağdura verilen maddi ve manevi zarar karşılığı tazminat hüviyetini muhafaza ettiği müddetçe zararın tamiri ceza kanununda yer alsa da medeni hukuka ilişkin manevi tazminatı da kapsayan tazminat talebi niteliğindedir. Ceza hukuku ve medeni hukukla ilgili tazminat sadece isme göre değil objektif olarak birbirinden ayrılırlar.

Bununla beraber zararın tamirini savunanlar burada mağdura verilecek tazminattan fazla bir şey olduğunu belirtirler. Bu münasebetle mağdura verilecek kefaret karşılığı tamirin yerine getirilmesi söz konusudur.

Ancak bu gibi düşünceler tatminkâr değildir. Bununla beraber tazminat ödeme gücü olmayan failin buna karşılık yüklenen bir işi icra etmesi düşünülebilir. Ancak her halde medeni hukuk açısından tazminat, mağdurun fülden zararını tamir etme talebinin sınırlarını gösterir. Tazminata medeni hukuk bakımından kişiliği korumayı amaçlayan manevi tazminat da dahildir. Manevi tazminat mağdura verilen zararın karşılanmasından ibarettir. Bunun dışında kalan her şey zararın tazmini değil bilâkis mağdur açısından suç dolayısıyla elde edilen kazancı oluşturacaktır. Bu nedenle hakim, ceza kanunlarında yer alan zararın tamiri yükümlülüklerini medeni hukuk bakımından tazminat hakkının sınırları içinde tutar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

c) Münih Üniversitesi Profesörlerinden Claus Roxin, zararın tamirinin ceza niteliğini reddeder. Roxin, cezanın amaçlarından anlaşıldığına göre zararın tamiri koruyucu bir vasıta olarak ceza hukukunun hukuki sonuçları arasında kendine özgü bir yaptırım şeklinde yer almalıdır, düşüncesindedir. Bu düşüncenin savunucuları cezanın yeni bir gayesinin ortaya atılmasını açıkça doğru bulmazlar. Ancak cezanın klasik gayelerinden çıkarılmasının mümkün olduğunu belirtirler.

Bazı müellifler pozitif genel önleme düşüncesine iltihak ederler. Pozitif genel önlemeye göre fail o kadar şey yapmıştır ki genel hukuk şuuru hukuki ihlale ilişkin olarak sükûnet bulmuş ve faille anlaşmazlığın sona erdiğini kabul etmektedir. Bu nedenle zararın tamiri cezanın yerine geçen veya onu hafifleten üçüncü bir iz olarak cezalar ve emniyet tedbirleri yanında hukuki sonuçlar kataloğuna alınmalıdır.

Burada pozitif genel önleme kavramı üzerinde fazla durulmayacaktır. Esas sorun ceza hukukunun her şeyi kapsayıcı mı yoksa yalnız cezaya ilişkin bir arabuluculuk fonksiyonunun olup olmadığıdır. Cezanın fiille meydana gelen tatmin görevinin ceza talebiyle sınırlı kaldığı tabii sayılıyordu. Buna karşılık tazminat şahsi davanın -Fransız Ceza Muhakemeleri Hukukundaki şahsi davada olduğu gibi- ceza yargılamasıyla birleşmesini gerektiriyor. Hukuk düzeninin bir kısmı olarak ceza hukuku Devletin ceza talebiyle, ona bağlanan ceza ve emniyet tedbirleri ile meşgul olur. Cezanın hükmedilmesinde fiil ve önlemenin adil bir şekilde gerçekleşmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Umuma karşı müşahhas cezanın tatmin görevi adil bir cezalandırma sayesinde hukuk düzeninin korunmasına güvenilirliğin sağlanmasından ibarettir. Failin adil bir şekilde cezalandırılmasıyla mağdura taziye verilmektedir. Federal Alman Ceza Hukukunda ve diğer ceza kanunlarında bulunan emniyet tedbirlerinin de doğrudan doğruya ceza talebiyle veya hiç olmazsa onun haksızlık yanıyla ilişkileri vardır. Zira emniyet tedbirleri fail hakkında yeni bir ceza talebinin oluşmasını önlemek zorundadırlar. Cezanın gayeleri ve ceza hukukunun gayeleri özellikle ceza hukuku karakterli hukuki sonuçlarla ilgilidirler. Faile etki edecek vasıtalar söz konusudur. Buna karşılık mağdurun tazminat elde etmesi bu gayelerin dışındadır.

Benim tarafımdan eleştirilen görüş, bir meselenin ceza hukuku tarafından ele alınmasının onun hukuki çözümünün sadece bir kısmını oluşturduğunu tanımamaktır.

Meselenin hukuki bakımdan üstünden gelinebilmesi, tam anlamıyla başarıya ulaşması, hukuk düzeninin diğer sahalarında bir rol üstlenilmesine bağlıdır. Örneğin tazminat hukukundan ayrı olarak sigorta hukuku, idare hukuku gibi. Bu hukuk sahalarının her biri hukuk ihlâlleriyle meydana gelen sonuçlarla meşgul olurlar ve her biri ayrı bir fonksiyona sahiptir. Suç bütün hukuki sonuçlarıyla tek bir yargılama içinde mütalâa edilirse, yargılama bakımından bir kaos, içinden çıkılmaz bir durum oluşurdu ve ceza muhakemesi özellikle failin yargılanmasıyla amaçlanan hedefinden çıkardı, yani ceza yargılamasının gayesi kaybolurdu.

Hukuk düzeni ve ceza kavramının gelişmesi açısından ceza hukukunun toplumsal fonksiyonuna başvurma zararın tamirinin ceza hukukunun sonuçlarına girmesinin temas noktasını oluşturur.

Cezanın gayelerinin devletin faile ceza vermek hakkıyla ilişkisi olduğuna göre şu soru sorulabilir: Bu açıdan zararın tamirinin hukuki sonuçlar sisteminde önemi nedir? Bu husus yukarıda daha önce zikredilen kanun hükümleriyle, örneğin cezanın hesaplanması kuralları ile belirginleşmektedir. Cezanın sonuçları arasında zararın tamiri ahlâki bakımdan failin kötüden iyiye dönüşünü, pişmanlık duygusunun ifadesini ve ıslahı yolunda atılan adımı göstermektedir. Buna göre Alman Mevzuatında failin, zararın tamiri hususundaki çabası önemlidir.

Zararın tamiri ceza hukukunda bağımsız olmayan, medeni hukuk karakterine dokunmayan bir role sahiptir. Böyle bir modelde zararın tamiri ceza hukukuna öyle bir şekilde monte edilecektir ki, fail medeni hukuk bakımından zararın tamirinin gerçekleşmesiyle veya onun sonuçlanmasına gösterdiği çabayla hissiyatının değiştiğini kanıtlasın ve böylece cezanın hafifletilmesine hak kazansın.

Gayet açık bir örneği zararın tamiri veya zararı tamir çabasıyla ilgili olan cezanın infazının ertelenmesi oluşturur. Faili teşvik eden bu çeşit bir yöntem, bir taraftan cezanın tüm etkisini hafiflettiğinden fail için bir fayda meydana getirir. Diğer taraftan da cezada herhangi bir indirim yapılmamasından korkan failin zararın tamiriyle uğraşması mağdur için de bir fayda oluşturur. Cezanın infazının ertelenmesi örneğinde hükmedilen ve sadece infazı ertelenen ceza, meydana getirdiği zararı tamir etmesi için fail açısından ağır bir baskı vasıtası oluşturur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

d) Cezai korunmaya bir zarar getirmeyecek surette ilgili kanun hükümlerinin tamamlanmasıyla reform meselesi halledilmiş olur. Federal Alman Hukukunda Türk Ceza Kanununun 89. maddesinde olduğu gibi para cezalarında da cezanın ertelenmesi imkanı tanınmalıdır. Ertelemeye zararın tamiri yükümlülüğü yerine getirilince hükmedilmelidir. Ayrıca cezanın infazının bir kısmının çektirilmemesi zararın tamiri şartına bağlı tutulabilir. 1975 yılından beri Federal Alman Hukukunda yer alan ve fakat henüz önem kazanmamış olan yükümlülüklere bağlı adli tevbihin uygulama alanı da genişletilmelidir. Mahkûmiyet hükmünden önce failin zararı tamir etmesi bugünkü hukuka göre cezanın tayininde gözönüne alınır. Ayrıca zararın tamiri erteleme için lehte bir tahmin oluşturur. Zararın tamiri belirtildiği gibi bugün için Alman Hukukunda olmayan para cezalarının ertelenmesine de imkân sağlamalıdır. Tazminatın ödenmesini maddi ceza hukuku bakımından cezayı kaldıran bir neden olarak gören Avusturya CK'nun 167. paragrafı çok daha ileri ve katıdır. Zararın tamiri kural olarak ceza talebinin varlığına etki etmez. Failin işlediği fiilden dolayı sadece zararı tazmin etmesi hususu mevzuat tarafından teşvik edilmemelidir. Zira fail medeni hukuka (özel hukuka) göre zaten zararı tazmin etmek zorundadır. Hafif hukuk ihlâllerinde failin zararı tamir etmesi halinde Alman Mevzuatına göre önemsizlik nedeniyle yargılamaya son verilir. Bu da uygun bir yol oluşturur.

Yukarıda belirtilen hallerle cezanın gayelerinin sınırlarına varılmıştır. Zararın tamirinin ne bir ceza yaptırımı ne de cezanın herhangi bir hukuki sonucu olmadığı görülür. Zararın tamiri sadece cezanın tayininde veya failin cezalandırılmasında önemli, fakat ceza hukuku bakımından bağımsız olmayan bir görüş olarak göz önüne alınır. Bu görüşün dolayısıyle mağdurun lehine de etkisi vardır.

e) Diğer önemli bir husus da, ceza talebi ve medeni hukuka göre tazminat talebinin gerçekleşmesi meselesinin çatışmasıdır. Tek taraflı olarak mağdurun menfaatine aykırı olabilen Devletin ceza talebinden sakınılmalıdır. Daha ziyade bu iki talepten hangisine öncelik verileceği düşünulmelidir, tartışılmalıdır. Bir çatışma meselesinden bahsedebilmek için her iki hukuk alanının gayeleri birbiriyle çatışmak zorundadır. Bu suretle mantıki olarak cezanın gayesi kaybolmaz.

Bu çatışmayla ilgili olarak halen mevzuatlarda kısmi olarak otoriter Devlet düşüncesine rastlanır, örneğin özellikle zararın tamirine bakılmadan para cezasının öncelikle infazı diğer taraftan hürriyeti bağlayı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cı cezanın infazının zorunlu olduğu ağır suçlarda açıkça suçun cezalandırılmasındaki kamu menfaati zararın tamirini engellemektedir. Hürriyeti bağlayıcı ceza cezai bir yaptırım olarak zorunlu olduğu sürece bu engelden kaçınılamaz.

Para cezalarında menfaat çatışması zararın tamirine öncelik verilerek halledilebilir. Bu husus Federal Alman Hukukunda StPO 459 a paragrafında ihtiyari olarak yer almaktadır. Buna karşılık hüküm veya ceza kararnamesinde cezaya ihtiyaç duyulduğundan hükmedilen ceza ile zararın tamirinin takası çatışmayı halletmez. Cezanın ortadan kaldırılması, para cezalarında da zararın tamirine bağlanan infazın ertelenmesini düzenleyen Türk Ceza Kanununun 13 ve 95 inci maddelerinde olduğu gibi uygulanırsa yerinde olur.

f) Cezanın hükmedilmesinde zararın tamiri çabalarına yönelme ceza hukuku içinde bir çözümü ve mevcut reform meselelerinin sınırlandırılmasını mümkün kılar. Esas meseleleri anlamak ve ceza hukuku ve medeni hukuk açısından belirsiz bir duruma düşmemek için ceza talebi ve medeni hukuk açısından tazminat talebinin sınırlarına riayet etmek gerekir. Ceza veya Medeni hukuk niteliği objektif ölçülere göre tesbit edilir.

g) Zararın tamiri meselesinin nazari yönü yanında meselenin pratik önemi de gözönüne alınmalıdır. Bugün doktrinde zararın tamirine ilişkin çabalar meselenin pratik önemiyle orantılı değildir. Tatbikattan da bilindiği gibi esas mesele genellikle faillerin gerekli mali kaynaklara sahip olmamalarıdır. Yukarıdaki zikredilen ve halen mevcut hükümlerin seyrek uygulanması bir tesadüf değildir.

Mağdur lehine zararın tamiri yerine gerçekleştirilen telâfi edici çalışmalar da -örneğin hafta sonu çalışması- Federal Almanyada İş Hukuku ve Vergi Hukuku açısından kolaylıkla gerçekleştirilememektedir. Ayrıca müessir fiil veya hırsızlık fiilinin failini mağdur genellikle evine kabul etmek istemez. Diğer taraftan failin iş bularak mağduru mali bakımdan tatmin etmesi de Federal Almanya'da 3 milyondan fazla kimse iş bulamadığından hemen hemen imkânsızdır.

Bundan başka zararın tamiri münakaşasının biraz romantik düşüncelerin etkisi altında olduğu düşüncesinden tamamen kaçınılamamaktadır, yani yanlış olarak genellikle fail ve mağdurun menfaatleri bakımından doğrudan doğruya birbirlerinin karşısında oldukları kabul

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

edilmektedir. Ancak bu hal genellikle sigorta korunmasının geliştiği ülkeler bakımından geçerli değildir. Zira bu gibi ülkelerde sigorta mağdurun zararını öder. Müessir fiillerde tazminat talebi hastalık sigortası veya diğer sigortalara yöneltilir, mal aleyhine suçlarda, hırsızlık sigortası, ev eşyası sigortası ve kasko sigortası büyük bir rol oynarlar.

Bu suretle maddi hukuk açısından problemli olan zararın tamiri meselesini bitirmiş oluyorum.

III

Ceza Usulü bakımından mağdur meselesine bir göz atalım. Daha önce de söylediğim gibi 1987 tarihli Federal Alman Mağduru Koruma Kanunu özellikle, esasa ilişkin olmayan usulî değişiklikler ihtiva etmektedir. Özellikle Federal Alman Hukukunda, Fransız Hukukunda olduğu gibi müdahil sıfatıyla davaya katılma genel olarak kabul edilmek istenmemektedir. Alman Hukukunda müdahil sıfatıyla davaya katılma sınırlandırılmıştır. Mağduru Koruma Kanununda müdahil sıfatıyla davaya katılma önceye nazaran daha katı olarak tamamen kişiyi ilgilendiren suçlarla sınırlandırılmıştır. Yani fail-mağdur ilişkisiyle sınırlandırılmıştır. Ayrıca mağdur veya başka bir şahsa katılma rolünün verilmesinin modern ceza usulü hukuku bakımından yerinde olup olmadığı sorusu sorulabilir.

Türk Hukuku gibi bizim Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda mevcut olan mağdurun medeni hukuk açısından sahip olduğu tazminat hakkını ceza mahkemesi önünde ileri sürmesi, mağduru koruma konusunda yapılan az değişikliklerle her halde kalmaktadır. Çünkü bu konu Alman tatbikatında fazla ilgi çekmemektedir. Buna ilaveten yukarıda belirtilen zararın tamiri meselesi usul bakımından zararın ceza mahkemesi önünde ileri sürülmesini şart kılmamaktadır. Yani zararın tamiri ceza mahkemesi önünde ileri sürülmeden de elde edilebilir. Adhäsionsverfahren olmadan da elde edilebilir. Ceza kanununa ilişkin hükümler ceza hukuku bakımından zararın tamirinin önemli olduğu noktalarda özel hukuka ilişkin talep hakkı üzerinde karar verilmesine lüzum olmadığını gösterir. Ayrıca usul ekonomisine ilişkin sebepler ceza mahkemesi önüne gitmeyi yerinde bulurlar mı? Zira bir taraftan genellikle ceza yargılaması medeni hukuk meselelerinin çözülmesine uygun değildir. Diğer taraftan taleple ceza mahkûmiyeti kararı aynı zamanda

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

medeni hukuk kararı etkisini taşıdığından mağdurun usul ekonomisine ilişkin menfaatleri tatmin edilebilir. Bu şekilde bir uygulama ile Adhäsionsverfahren tamamen ortadan kaldırılabilir. Ancak bu düşünce hakkında bir eğilim yoktur.

Mağdura zararın hafifliğine dayanarak verilen düşme kararını inceletme yetkisinin tanınması yerinde olur. Zikredildiği gibi kanunkoyucu usul ekonomisi açısından bu konuya değinmek istememektedir. Aynı şekilde kanun koyucu şahıs aleyhinde işlenen hafif suçlar hakkında -Türk Ceza Muhakemeleri Hukukunda da- geçerli olan ve savcı tarafından değil de mağdur tarafından açılan ve yürütülen şahsi dava reformu hakkında da aynı şekilde hareket etmektedir. Mahkemeler baştan itibaren yargılamayı, değerin azlığı nedeniyle hemen hemen istisnasız olarak düşündüklerinden bu alan Alman Hukukunda fiilen kaybolmuştur. Bu nedenle hukuki korunma boşluğu doğmuştur. Kanaatimce, mesele bugüne kadar şahsi dava yoluyla takip edilen davaları ceza hukukundan dışarı çıkararak ve tadil edilmiş düzene aykırılıklar hukukunun içine ithal etmekle çözümlenir. Ancak Federal Alman Kanunkoyucusu ufak suçların maddi hukuka ilişkin bu çözümünü reddetmektedir.

Bu aktüel tartışmayla ilgili olarak Federal Alman Ceza Kanununda yer alan orta ve hafif suçlar kategorisi hakkında cunhalarla ilgili olarak barıştırma teşebbüsünün (StPO 380) önünde yer alması ceza muhakemesinin önüne koyulması teklifi de zikredilebilir. Barıştırma usulu (Suhneverfahren) ihtilâfı mağdura verilen zararın tamiriyle onun tatmin edilmesi yoluyla halletmek istemektedir. Yani Barış usulünün gayesi, mağdurun zararının ortadan kaldırılması yoluyla onun barışmasını sağlamaktır. Failin bu imkânı kullanmaması halinde duruşma bir ceza yaptırımıyla sonuçlanabilir. Bununla beraber bu teklifin arkasında iki inandırıcı olmayan tez bulunmaktadır. Birincisi suçta sadece fail-mağdur çatışması olduğu düşüncesidir. Ancak bu düşünce reddedilmektedir. Devletin ceza talebi hakkının varlığı fail ve toplum ihtilâfını, çatışmasını işaret eder. Diğer bir anlatımla suçta sadece fail-mağdur çatışması değil fail-toplum çatışması vardır.

Gasıbın mağdurla barış anlaşması yapması suretiyle kamunun ceza verme ihtiyacının sona ermesi garip bir düşüncedir. İkinci kez diversion düşüncesini yetişkinlere ilişkin ceza hukukuna nakletmektir. Ancak ABD kökenli bu düşüncenin özellikle genç suçlulara ilişkin olduğu konusu gözden kaçırılmaktadır. Ayrıca cünhalarla ilgili öne çıkan barış teşeb-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

büsünde hukuki sonuçların mağdurun keyfiliğine terkedildiği tereddüde de ileri sürülebilir. Tatbiki bakımından daha önemli olan, genellikle failin mali kaynakları kısıtlı olması nedeniyle, yargılamayı yürüten başkanın, tazminat talebi hakkında taviz vermesi konusunda mağduru zorlamaya başlamasıdır. Bunun anlamı şudur ki, böyle bir barış teşebbüsünde mağdurun menfaatlerinden çok, failin menfaatlerine önem verilecektir.

IV

Maddi ceza hukuku açısından halihazır mağdur tartışmasının kurban dogmatiğini vücuda getirdiği vurgulanmalıdır. Diğer hallerde genellikle mağdurun hukuki durumunun iyileştirilmesinden bahsedildiği halde, burada açıkça aksi bir eğilim söz konusudur: Mağdurun kendisini basit ve kendinden beklenen bir şekilde koruması gerektiği ve fakat korumadığı davranış şekilleri cezalandırmadan hariç tutulurlar. Teorik bir model olan kurban dogmatiğinin arkasında daha ziyade cezanın hesaplanmasına ilişkin görüşler ve tek tek ceza hükümlerinin amaçsal yorumuyla ilgili sorular bulunmaktadır.

V

Sonuç olarak şu hususlar tesbit edilebilir: 60'lı yıllarda ceza siyasetinden kaybolan mağdurun tekrar itibar kazanması memnuniyet vericidir. Bununla beraber bu yönde tek taraflı düşünülmemelidir. Yani mağdurla yeniden tek taraflı olarak meşgul olunmamalıdır. Böylece, 1) Mağdurun yetkileri usul hukuku bakımından faile tanınan hak ve güvenceler aleyhine genişletilmemelidir. 2) Ayrıca ceza hukuku fail-mağdur çatışmasıyla sınırlanmamalıdır. Yani ceza hukuku fail-mağdur çatışmasına indirgenmemelidir. Ve mağdura sağlanan kefaretin ödenmesi (zararın tamiri) Devletin ceza verme hakkının yerine geçmemelidir. 3) Ceza hukuku ve özel hukuka ilişkin tazminat hukuku arasındaki fark yok edilmemelidir. Daha ziyade ceza hukukuna ilişkin görevlerin sınırlarına dikkat etmek ve halen yürürlükte olan ceza ve ceza usul hukukunun sistemi içinde hangi noktaların iyileştirilmesi gerektiği ve iyileşmeye müsait oldukları sorusuyla meşgul olmak gerekir. Burada eleştirilen bazı eğilimlere dikkatli bakılırsa, söz konusu eğilimleri savunanların mağdurun korunmasının iyileştirilmesinden bahsettikleri halde, aslında onların mağdurun durumunu kötüleştirdikleri şüphesi doğmaktadır. Ce-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

za hukukundan tamamen bağımsız olarak zaten medeni hukuka göre zararın tamiri talebi hakkı mevcuttur. Zararın tamirinin ceza hukukunun bağımsız bir sonucu haline getirilmesi mağdura ek bir şey kazandırmayacaktır. Bundan fazla olarak zararın tamiri cezanın yerine geçerse mağdurun tatmin olması zarara uğrayacaktır, zira mağdur sadece zararının tazminini istemiyor karşısındakinin cezalandırılmasını istiyor. Ayrıca cezaya bağlanan genel önleme müstakbel mağdurlar aleyhine etkisiz kalacaktır. Halihazır suç siyasetine dayanan söz konusu eğilimler mağdurun korunmasını kötüleştirmektedirler.

Fakat ceza hukukunun görevlerinin sınırları iyi tanınır ve ceza ve ceza usulü hukuku sistemi içinde kalacak hangi noktaların iyileştirilmesi gerektiği sorusuyla meşgul olunursa mağdura ilişkin tartışmaların abartıldığı görülür. Ancak bu reformlar o kadar çok şey talep ediyorlar ki, ancak 15 sene sonra kabul edilme şansları vardır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SAVCILIK (*)

Konum, İşlev, Denetleme

Dr. Barbara HUBER**
Çev. Doç. Dr. Nur CENTEL***

1. Giriş

Avrupa'da, hemen hemen tüm büyük ceza hukuku düzenleri, muhakeme hukuklarını yenileme aşamasındadır. Bu alanda genel reform, halen Portekiz (1), İtalya -hatta modelinin temel yapısı tamamen değişti- (2) ve İsviçre'nin iki kantonunda (Schaffhausen ve Nidwalden) yapıldı. Avusturya (3) ve İsviçre'nin diğer kantonlarında (Zürih, Solothurn) ise, görevin karmaşıklığı nedeniyle, genel reform çabaları şimdiye kadar başarısızlığa uğradığından, artık kısmi reform hedeflenmektedir. İspanya (4) yanında, özellikle, hukuk devleti açısından yenilemenin zaruri olduğu doğu Avrupa ülkelerinde yeni muhakeme yasaları yapılmaya başlandı. Halen, yeni bir ceza muhakemesi yasa tasarısının bulunduğu Polonya'da (5) ve Rusya'da (6) hazırlık çalışmaları ileri bir aşamaya geldi. Ayrıca, Almanya'da, uzun zamandan beri büyük bir ceza muhakemesi reformu çağrısı yapılmaktadır (7). Gerçi, şimdiye kadar esaslı bir yenilemeye girişilmedi, ama hiç değilse, belli bir yasalaştırma aşamasına gelindi. Şimdi-

---

(*) 15 Mayıs 1992 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde verilen konferans metnidir.

** Max-Planck Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü Freiburg-Almanya

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

1. Kararname No. 78/87, 17.2.1987. Ayrıntılar için bak. Figueiredo Dias, Jorge, "Die Reform des Strafverfahrens in Portugal", ZStW 104 (1992) 449-513.

2. Amodio, Ennio/ Selvaggi, Eugenio, "An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure", 62 Temple Law Review (1989), 1211-1224. Pizzi, W.T/Marafioti, L, "The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation", 11 Yale Journal of Intern. Law (1992) 1-46; Stile, Alfonso M., "Strafverfahrensreform in Italien", ZStW 104 (1992) 429-447.

3. Bak. Höpfel, F., "Landesbericht Österreich" (yay. Eser, A./Huber, B.), Strafrechtsentwicklung in Europa 3, Freiburg 1990, II, 849 vd.

4. Bu amaçla, Kraliyet Kararnamesi No. 1342/1988 (RAL No. 2262) ile Adalet Bakanlığında "genel yasalaştırma komisyonu" kuruldu. Bak. Madlener, K., "Landesbericht Spanien" (Eser/Huber dipnot 3'deki yayın), 2, 1106.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ye kadarki muhakeme modellerinin temel yapısını bozmamakla birlikte, İngiltere ve Fransa da, muhakeme usullerini değiştirmektedirler.

Anılan ülkelerin bir çoğunda en büyük reform ihtiyacı, uzun süre, geçen yüzyılın klasik (kıta Avrupası) muhakeme yapısının, "kamu davasının hazırlanması" olarak nitelendirdiği "hazırlık soruşturması"nda söz konusudur. O zamanki anlayışa göre, asıl muhakeme, ancak kamu davasıyla başlardı, bundan önceki hazırlık faaliyeti açıkça ihmal edilmekteydi (8). Özellikle bu yaklaşım, hazırlık soruşturmasının esaslarının henüz 1980'li yılların başında yasal olarak düzenlendiği, İngiltere'de sözkonusu olmaktadır (9).

Günümüzde ise, giderek daha açık biçimde, muhakemenin sonraki aşamalarını, genellikle hazırlık soruşturmasının yönlendirdiği kabul edilmektedir (10). Bu nedenle, bu aşamanın işlev gücü hukuk devleti sınırlandırmalarının ışığında gözden geçirilmelidir. Bu muhakeme aşamasına ilişkin reformun -sadece Almanya'da değil- farklı sorunları bulunmaktadır: Makûl savunma ile suçla etkili mücadele arasındaki dengenin sağlanması, hukuk devleti güvencelerine ve soruşturma faaliyetinin özgürce yapılmasına müdahale yetkisinin sınırlarının belirlenmesi, tutuklama hakkı, ilgili organlar (polis, hâkim, savcılık) arasında görev bölümü, soruşturma işlemlerinin hukuka uygunluğunun güvencelenmesi için karşılıklı denetlemenin sağlanması gibi. Bu reform çalışmalarının hemen tamamı, farklı kapsamlarda da olsa, aynı zamanda, ceza muhake-

---

5. Bak. Weigend, Ewa, "Landesbericht Polen" (Eser/Huber dipnot 3'deki yayın), 2, 913; Weigend, Ewa, "Strafprozessreform in Polen-Der Entwurf einer neuen Strafprozessordnung", (yay. Eser, A./Kaiser, G./Weigend, E.), Viertes deutsch- polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1991, 33-45.

6. Schittenhelm, Ulrike, "Landesbericht UdSSR", (Eser/Huber, dipnot 3'deki yayın) 2,1256.

7. Engelhard, Hans A., "Ist eine grosse Strafprozessreform notwendig?", Festschrift Baumann, 1989, 58-62. Kapsamlı bir reform taslağı için bak. Wolter, Jürgen, Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007, München 1991.

8. Bu anlayış İngiltere'de yakın zamana kadar devam etti. Henüz geçtiğimiz yıllarda mahkemeler hazırlık soruşturması sonuçlarının nasıl oluştuğuyla ilgilenmeye başladılar. Ve en eleştirisel içtihat için bak. Zander, Michael, Police and Criminal Evidence Act. London 1990, 186 vd. 197 vd.

9. Düzenleme, ülkenin hukuk tarihinde ilk kez polislerin yetkilerini ayrıntılı ve kapsamlı olarak tanımlayan yasa olan 1984 tarihli Police and Criminal Evidence Act ile gerçekleşmiştir.

10. Alman usulü için bak. Löwe/ Rosenberg-Rieß, Kommentar zur StPO, 24. Aufl. München 1989, m. 160'dan önce k. no. 7 vd. Richter II, Christian, "Zum Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens", Strafverteidiger 1985, 388-389, Wolter, 13 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesinin üç temel makamından biri olan savcıyı da ilgilendirmektedir. Bugün bu konuyu ele almak istiyorum. Savcı ve onun makamıyla ilgili sorular ve sorunlar, yasakoyucu, yargı ve öğretinin dikkatinin son on yılda önce sanığa, sonra da mağdura yönelmesiyle geniş ölçüde arka plâna atılmıştır. Savcılığın ceza muhakemesinde hukuk devleti açısından önemini anlamak için, onun örgütsel ve anayasal yapı modelinin özetini vermek, hazırlık soruşturmasında görevi bulunan diğer iki organ karşısındaki durumu gibi, ceza muhakemesinin genel sistemindeki durumunu da sınırlandırmak ve ceza soruşturmasındaki görevlerini ana hatlarıyla belirtmek, amaca uygun görünmektedir. Bu kurumun tarihsel gelişimine kısaca gözatmak da zaruridir. Sonuçu ise, farklı sistemlerin değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

2. Savcılığın tarihsel gelişimi

14. Yüzyılda, kralın ve asillerin hukuk ve ceza davalarındaki mali çıkarlarını (11) korumak için oluşturulan savcılık, modern yapılaşmasını, engizisyon usulünün sakıncalarına borçludur. 18. Yüzyıl sonlarına kadar İngiltere dışında tüm Avrupa ülkelerinde hakim olan bu muhakeme usulünün ilkelerine, yasal delil teorisi, sadece meslekten hakimlerin karar vermesi, yazılılık, gizlilik ve soruşturmanın vasıtalılığı yanında, soruşturma, iddia ve yargılama faaliyetlerinin aynı kişide toplanması da dahildi. Bu çeşitli, bir insan için çözülemez görevler, hakimi, psikolojik olarak fazla yük taşımaya yöneltti ve onun, hükümran devletin otorite aracı olma rolü, aslında görevi, objektif ve tarafsızca gerçeği araştırmak olan bu makamın şöhretine zarar verdi.

Liberal devlet anlayışının gerektirdiği iddia tekeliyle donatılmış ve aynı zamanda suistimalci polis mekanizmasını da denetleyecek durumda olan savcılık, Fransa'da ilk olarak 1808 tarihli Napolyon Ceza Usul Kanunu ile gerçekleşti ve henüz siyasal birliğin kurulmadığı Almanya'da, 1830'dan itibaren önce güneyde, 19. yüzyılın ortalarından itibaren ise, tüm Almanya'da oluşmaya başladı. 1810'dan itibaren, Ren bölgesinin işgali nedeniyle, bu bölgede icraatte bulunan Fransız savcılığı doğrudan

11. Bu iptidai görevin kalıntıları bugün bile hala İspanya'da, makamın tavsifinde yer almaktadır: procurator fiscal ve İskoçya'da: procurator fiscal. İskoçya'da 1927'ye kadar savcılığın görevi, mali cezaları yerine getirmekten ibaretti. Bak. Sheehen, Albert, Criminal Procedure, Edinburgh 1990, s.1.30

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

örnek teşkil etmiştir. Fransız düzenlemesi, Fransız imparatorluğunca 1810'da ilhak edilen Hollanda krallığında (12), -masraflar nedeniyle basitleştirilmiş biçimde de olsa (13)- İsviçre'nin hemen tüm kanton muhakeme usullerinde, Norveç (14), Rusya (15), İspanya (16) ve İtalya'da da (17) örnek fonksiyonuna sahip olmuştur.

Ancak, farklılıklar da vardı. Gerçi, Fransız ve Alman anlayışına göre, savcılığın işlevleri ilke olarak, çeşitli muhakeme aşamalarında aynı idi, ama amaç açısından değişik anlayışlar vardı. Almanya'daki baskın görüşe göre (18), savcılık, suç işlediğinden kuşku duyulan vatandaşa karşı devletin ceza talebini taraf olarak temsil etmeliydi, yani Fransa'daki gibi sembolik davacı olmayacaktı (19). Savcı, sadece devletin temsilcisi değil, kamusal iddiacıydı. Ancak savcılık, davalı gibi mahkemeye tabi kılınmayıp özel bir statü verildiğinden, muhakeme hukukun-

12. Schaffmeister, Dieter, "Landesbericht Niederlande", Funktion und Taetigkeit der Anklagebehörde im auslaendischen Recht, (yay. Jescheck, H.H. /Leibinger, R.), Baden-Baden 1979, 89.

13. Driendl, Johannes / Marty, Dick F., "Landesbericht Schweiz", (Jescheck/Leibinger), 338 vd.

14. Hanaas, Ulrich, "Landesbericht Norwegen" (Jescheck/ Leibinger), 488.

15. Daha 1721'de, Deli Petro, o zamanki Fransız savcılığı örneğini, daha etkili bir denetleme organı arayışıyla ikâbas etti. 1864'de ise savcılık, ceza muhakemesindeki işleviyle sınırlandırıldı. Günümüzde savcılık, Fransız devrim öncesi örneğine uygun olarak, tüm devlet yönetimi ve vatandaşlar hakkında "yasalara uygunluk denetimi" yapmakla yükümlüdür. Ceza davaları için, savcılık bünyesinde, Fransız sorgu yargıçlığı örneğine uygun bir "soruşturma yöneticisi" bulunmaktadır. Tarihsel gelişme ve bugünkü yapı için bak. Fincke, Martin, "Der sowjetische Strafprozess", Der Strafprozess im Spiegel auslaendischer Verfahrensordnungen (yay.Jung, H.), Berlin 1990, 101 vd.

16. Gomez, Orbaneja, Emilio/ Herce Quemada, Vicente, Derecho Procesal Penal, 10 Aufl., Madrid 1986, 17 vd.

17. Manzini, Vincenzo, Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano, Turin 1967, I, 81 vd. Almanya'daki gibi, burada da Fransız hukuku önce kısmen geçerli oldu.

18. Alman eyaletlerinin hepsi için geçerli tek bir ceza muhakemesi yasası bulunmadığından, bazı eyaletlerin hukuk sistemleri Fransız örneğini esas alırken, diğer bazıları ise kamusal iddia düşüncesinde ısrar ettiler. Ayrıntılar için bak. Planck, J.W., Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnungen seit 1848, Göttingen 1857, 34.

19. Geleneksel anlayışa göre savcılık, görevi, kamu düzenini korumak olan "gardien de l'interet général" ya da "avocat de la société" olarak nitelendirilmektedir. Karş. Grebing, Gerhard, "Landesbericht Frankreich", (yay. Jescheck/Leibinger), 16 vd. Ceza muhakemesi yasasının yapısına göre, ceza muhakemesinde savcılık belli bir tarafın değil, tarafların tarafsızı olarak yer almakta, kendi düşüncesine göre, yasanın yanında olduğu taraf temsil etmektedir. Bu yüzden şahıs olarak belli bir iddiacı bulunmamakta, bulunduğu varsayılmaktadır. Savcılığın, mahkeme yanında organize edilmiş makamlardan biri olarak esasının taraf faaliyeti, kanun yararına aracı olarak kamu davasını icradan ibarettir. Diğer ayrıntılar için bak. Planck, 28, 32.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

daki taraf durumunu kazanmadı (20). Almanya'da, 1879 dan beri müşterek muhakeme hukuku yerleştiren imparatorluk ceza muhakemesi yasasıyla, salt, tarafların bulunduğu ithamı muhakemesi değil, mahkemenin maddi gerçeği araştırmakla yükümlü kaldığı ithamı sistemli muhakeme getirildi. Savcılık, iddia tekeline sahipti ve kamu davası açılmasında kanunilik ilkesine göre, bir suçun işlendiği konusunda yeterli delil bulunduğu kanaatinde ise, dava açmakla yükümlü kılınmıştı. Savcı, hazırlık soruşturmasını yönetiyor ve polise talimat verebiliyordu. Savcılık soruşturması yanında, mahkemenin yaptığı ilk soruşturma da vardı, iddianın bulunulduktan sonra mahkeme, iddianın yerinde olup olmadığına ve sonsoruşturmanın açılmasına karar vermekteydi (21).

Günümüze gelinceye kadar, hemen her yerde temel yasalar başkalarıyla tamamlandığı (Fransa'da 1958 ceza muhakemesi yasası, Hollanda da 1921 ceza muhakemesi yasası, Avusturya'da 1873 ceza muhakemesi yasası, İtalya'da 1930 ceza yasası gibi veya yenileri (1827 Hollanda mahkeme örgütü yasası, 1877 Alman ceza muhakemesi yasası gibi) oluşturulduğu (22) halde, tarihi muhakeme usulü modelleri temel yapılarını korudular. Bu şekilde, engizisyon muhakemesinin tüm kara Avrupası muhakeme yasalarını etkileyen unsurları, farklı zamanlarda ve farklı mantıklarla ya ilga edilmiş ya da düzeltilmiş oldular. En esaslı ameliyeyi ise, kısa süre önce İtalyan yasakoyucusu yaparak, ceza muhakemesi yasası ile (23) ilke olarak kara Avrupası muhakeme sisteminden ayrılıp, Angloamerikan sisteminin karşılıklılık esasına dayanan muhakemesine yaklaşan bir muhakeme yapısı yarattı (24).

---

20. Planck 34

21. Almanya'da savcılığın tarihsel gelişiminin ayrıntıları için bak. Riehle, Gerhard, Die rechtsstaatliche Bedeutung der Staatsanwaltschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer Rolle in der national sozialistischen Zeit, Dissertation, Heidelberg 1985, 1 vd.

22. Karş. Schaffmeister, "Landesbericht" (Jescheck/ Leibinger), 90.

23. 16.2.1987 gün ve 81 sayılı yasa. Yürürlüğe girişi. 24.10.1989.

24. Muhakeme sistemi konusunda bak Amodio, Ennio, "Neues Italienisches Strafverfahren", ZStW 102 (1990), 171-195; Amodio, Ennio/Selvaggi, Eugenio; Marx, C./Grilli, A., "Der neue Italienische Strafprozess", Goldammer's Archiv 1990, 495; Maiwald, M./ Ippoliti, A., "Eine neue Strafprozessordnung für Italien", Juristenzeitung 1989, 874; Pizzi/Marafioti, yukarıda dn. 2. Konuyla ilgili çok sayıda İtalyanca kaynak ; Note, The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe, 29 Col. J. Transnat'l L. 245 (1991).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Günümüzde Avrupa'da savcılığın nasıl farklı organize edildiği ise, bundan sonraki bölümün konusunu oluşturmaktadır. Bu arada, tarihsel gelişmelerden etkilenmeyen İngiliz ve İskoç iddia makamlarının yapısı da incelenecektir. Amerikan iddia makamının renkli ama sık sık şaşırtıcı görüntüsüne ise, girmeyeceğim. Çünkü, Amerikan savcılığının ademi merkeziyetçi, bürokratik her örgütten kurtarılmış statüsü, bu konferans çerçevesinde karşılaştırma için uygun olmamaktadır (25).

3. Örgütsel ve anayasal yapı modeline bakış

Avrupa ülkelerinde savcılığın örgüt yapısına bakıldığında, birbirlerine çok benzedikleri görülmektedir. Genel olarak savcılık, ceza soruşturması yapmaya yetkili devlet organıdır ve hiyerarşik örgütlü bir makamdır (26). Kara Avrupasında her mahkeme yanında bir savcılık vardır. (27) Federal Almanya Cumhuriyetinde münferit eyalet savcılıklarından başka Yargıtay ve (ilk derece mahkemesi olarak yetkili olduğunda) eyalet yüksek mahkemesinde savcılık görevini üstlenen federal savcılık bulunmaktadır. Ancak, ceza soruşturması daha çok eyaletlerin işidir, federasyon genelinde yönetilen ceza soruşturması, savcılık açısından, kural olarak, sözkonusu değildir. Bu yapı, merkezi bir iddia organının güçlü etkisine karşı, amaca uygun bir engel teşkil etmekte, yani makamiçi talimat akışında bir denetleme mekanizması olmaktadır.

İngiltere'de savcılıklar mahkeme yanında değil, polis makamları yanında yer almaktadır. Bu, tarihsel nedenleri olan bir özelliktir. Henüz daha 1985'de, tüm ülke için, o ana kadar iddia ile yetkili olan polisin hukuki danışma şubesinden doğan, genel (resmi) bir soruşturma makamı yaratılmıştır. Soruşturma ve iddia faaliyetlerinin birbirine bağımlılığı nedeniyle, bu mekân itibariyle yakınlık, amaca uygun görülmektedir (28).

Alman savcılığının tepesinde federal ve eyalet adalet bakanı bu-

25. Bak. Weigend, Thomas, "Landesbericht USA", (yay. Jescheck/Leibinger) 587, 590 vd.

26. Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 21 Aufl., München 1990, 45 vd.; Sheehan, dn. 11, P.1-36.

27. Almanya için bak. GVG m. 141 (Mahkemelerin Esas Teşkilâtı Hakkında Kanun).

28. Bak. Royal Commission on Criminal Procedure, Report HMSO Cmnd 8092, London 1981, P.7.30.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lunmaktadır. Fransa (29), Hollanda (30), Avusturya (31), İspanya (32)'da da savcılık, adalet bakanlarına bağlıdır. Ama, adalet bakanı ve dolayısıyla hükümet ile iddia makamının bu ilişkisini istemeyen sistemler de vardır: Örneğin, Norveç'te kral, savcıların başkanıdır (33). İngiltere ve İskoçya'da iddia makamı çok nazik bir biçimde iktidara bağlıdır, ama aynı zamanda tamamen bağımsızdır. Makamın tepesinde, görevi, kraliçenin ve hükümetin hukuk danışmanlığı hizmetini yapmak yanında, en yüksek iddia makamı olan başsavcı (İngiltere'de "Attorney General", İskoçya'da ise "Lord Advocate") bulunmaktadır. Bunların kabinede mevkileri yoktur (34), hükümet başkanından veya herhangi bir bakandan talimat almazlar. Ancak, bu durum karmaşık bazı politik olaylarda, başsavcının veya ceza soruşturması yürütülmesinin amaca uygun olup olmayacağını onlara danışmasını engellememektedir. Ancak, her ikisinin de, parlâmentoya karşı hesap vermekle yükümlü oldukları karar, daima kendilerinin veya bizim Yargıtay başsavcısına tekabül eden "Direktor of Public Prosecution (DPP)" ın kararlarıdır.

İtalyan Anayasası, savcılığın yürütmeden ayrılmasını, 1948'de öngörmüştür. Gerçi burada da savcılık mahkeme yanına yerleştirilmiş bir makamdır, ama yürütmeye değil, yargıya bağlıdır. Tepede ise, yüksek hakimler kurulunca atanan başsavcı bulunmaktadır. (35) Hakim statüsüne de sahip olan diğer savcıların tayinine ve nakline ise, bir anayasal organ sıfatıyla bu adli kendikendini yönetim organı, karar vermektedir. Bu örgütlenme biçimi savcılığa, politik organların boşlanmadığı büyük bir bağımsızlık sağlamaktadır. Ve şimdi, bu otorite akaikliğini azaltma çabaları görülmektedir: Söyleki, İtalyan savcılığının, hükümet çoğunluğu tarafından atanan başsavcının talimatlarına tabi olması önerilmektedir. Halen anayasaya aykırı olmakla eleştirilen bir çözüm. Böylece İtal-

29. Grebing, "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger), 25.

30. Schaffmeister, "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger), 93. Doğrusu başsavcı, Hollanda yüksek mahkemesinde hiyerarşik teşekkülde yer almaz. Başsavcı uygulamanın hukuka uygunluğunu kollama görevini yaptığı ölçüde, sadece savcıların kararlarını denetlemekle kalmaz, aynı zamanda savcılıklara talimatlar da verebilir.

31. Foregger/Serini, Die österreichische, StPO, Wien 1969, n 29.

32. Montero, Aroca, Juan, Las Partes, Derecho Jurisdiccional (yay. Montero Aroca Juan/Gomez Colomer, Juan-Luis) III, Proceso Penal, Barcelona 1991, 58.

33. Hansen, "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger), 485.

34. Sheehan, P.215.

35. Bu organın başı, devlet başkanıdır. Başkan yardımcısı, parlâmentoca tayin edilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ya'da da, diğer ülkelerde çok tartışmalı ve politik olarak daima güncel olan, savcılığın talimatla bağlılığı konusundaki ilke tartışması yine alevlenmiş bulunmaktadır (36).

3.1. İdari makam olarak savcılık

Dahili talimatla bağlılık

Memurun tüm amirlerinin dahili talimatlarıyla bağlı olması, bu makamın kamu hukuksal durumundan kaynaklanmaktadır: Savcılık, baskın görüşe göre, yürütmeye dahildir (37). Bu konuda bir istisnayı, sadece İtalya yapmaktadır. Yargının tersine, yürütmenin örgüt yapısı amirin emir yetkisiyle donatıldığından, dahili talimatla bağlılık savcının kamu hukuksal durumunun bir sonucu olmaktadır.

Harici talimatla bağlılık

Almanya'dan başka, Avusturya, Hollanda, Fransa ve İspanya'da da görülen, Adalet Bakanlığının harici talimat yetkisi daha fazla sorun içermektedir. Adalet Bakanı aslında soruşturma organı olmadığından amir değildir, ama talimat yetkisi, Almanya ve Avusturya'da, bu yetkiyle parlamentoya karşı sorumluluk ilkesinin gerçekleştirilmekte olmasından kaynaklanmaktadır (38). Demokratik hukuk devleti, yürütme gücünün en yüksek organı olarak hükumetin, parlamentoya karşı sorumluluğunu şart koşmaktadır: Bu sadece ast durumundaki yürütme organlarının talimatla bağlı olması ilkesiyle mümkündür, yani demokratik hukuk devleti anayasasının bir emri olmaktadır (39). Sorun yaratan özellikle Almanya'da, başsavcıların "siyasi ajan" olma mevkileridir (40). Siyasi ajan niteliği, savcıların siyasal güçlere bağımlı olmalarını akla getirmek-

---

36. Avusturya'da 5.3.1986'da savcılık yasası çıkarılmakla, yoğun tartışmalar sona erdi. Bakanlığın talimat vermesi konusunda özellikle muhakemenin menine yönelik talimat yetkisi konusunda bak. Berger, "Landesbericht Österreich", Strafrechtsentwicklung in Europa (yay. Eser/ Huber) 2, 1984/86, 2. 1094 vd.

37. Avusturya'da savcılık monarşik bir yürütme makamıdır. Foregger/ Serini, oStPO, m. 29 ile ilgili açıklamalar. Ayrıca bak. Driendl, J., "Landesbericht Österreich", (yay. Jescheck/Leibinger), 199. Aynı durum Hollanda için de geçerlidir: Schaffmeister, "Landesbericht" (yay. Jescheck/Leibinger), 90. Norveç için karş. Hansen," Landesbericht", 486; Vitu, André, Das französische Strafverfahren, (yay. Jung.), 18.

38. Krey, Volker/Pföhler, Jürgen, Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltschaft", NZSt 1985, 146-152.

39. BVerfGE, 9, 269 (281 vd.), BVerwGE 46,57.

40. Burada, eyaletler düzeyinde savcılık makamlarının başı sözkonusudur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tedir (41). Bu şekilde, (örneğin müsteşarlar gibi) her an için emekli edilmeleri mümkündür. Başsavcının "görevini yerine getirirken kural olarak hükümetin siyasal görüşleriyle ve amaçlarıyla sürekli uyum içerisinde bulunması"nın yasada öngörülmüş olması, (42) savcılığın ve makamın başının işlevlerinin çok yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Savcı, öncelikle siyasi değil, adalete uygun düşüncelerle hareket etmelidir. Savcı, hükümetin iktidar arzusunu değil, devletin hukuk iradesini temsil etmektedir. Başsavcının görevinin siyasi ajan olarak biçimlendirilmesi, yasada öngörülen kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesine de ters düşmektedir. Başsavcı, bunun da ötesinde, bu statü yüzünden işin doğasına aykırı ve tehlikeli bir bağımlılığa düşmektedir, başsavcı, o andaki hükümet siyasetinden çok, ceza adaletiyle kendini hükümlü hissederse, her an azledilebilir.

İngiltere ve İskoçya'da da iddia makamının tepesinde siyasi bir ajan bulunmaktadır. Her iki makam sahibi de mevcut hükümete hizmet eder ve hükümet başkanının güvenini kaybederlerse, değiştirilirler. Ancak, Almanya'daki gibi bu, hazırlık soruşturması kararlarına iktidar veya parti siyaseti amaçlarının (43) esas alınmasını ifade etmez. İngiltere'de savcıyı yöneten sadece adalet düşüncesi değil, "public interest" (44) denilen, kuşkusuz hukuk iradesi veya adalete uygunluktan başka sonuçlara da yöneltebilen, kamu yararı olmaktadır.

Harici talimat yetkisinin (son olarak İngiltere'de dahili de) siyasal olarak suistimali tehlikesi, kontrol mekanizmalarınca denetlemeyi gerekli kılmaktadır. Kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesinin hakim olduğu sistemlerde bu, sistemin etkisiyle sınırlandırılmıştır, zira bu sisteme göre, savcılık açıkca suç teşkil eden eylemlerde aksi talimata

41. Bu hukuk kurumunun ümeri konusunda bak. Kurtzi, Heinrich. "Staatsanwaltschaft-objektive Behörde und Anwalt des Staates", DRiZ 1987, 467-464.

42. BRRG m. 31. (Memurlar Hakkında Çerçeve Yasa).

43. Ceza soruşturması yürütülmesinin gerekip gerekmediği sonucu için, kararın, karar vermek olan Başsavcının veya hükümetin kaderine ne gibi etkiler yapacağı asla gözönüne alınmamalıdır. Bak. Lord Shawcross, Att. Gen. 1951, zikreden: Rozenberg, Joshua. The Case for the Crown, Wallingborough 1987, 185.

44. Kamu çıkarının kapsamının sözkonusu olduğu nadir durumlarda -İngiltere'nin eski başsavcısı Sir Norman Skelhorn böyle demişti- (casusluk olayları veya Leyla Halid gibi yabancılara karşı ceza davalarında) başsavcının talimatının değil, ama tavsiyesinin alındığı konusunda bak. Rozenberg, 30. Ayrıca bak. Heuberger, Th., Prosecution and the Public Interest, London 1989.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rağmen ceza soruşturması yapmakla yükümlü bulunmaktadır. Ayrıca bakan da, açıkça bu ilkeye bağlı davranmalıdır. İçtihat gibi, kanuna ve hukuka (45) bağlılığın da sınırlandırıcı etkisi vardır. Savcının hukuka aykırı eylemleri kural olarak ceza hukuku açısından önemlidir ve talimatla kendisinden bu tür eylemlerin istenebileceği kişiye, buna karşı koyma hakkını verir. Astların korunması için talimatlar yazılı verilmeli ve gerekçelendirilmelidir. Kapsamı da, sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmeyecek oranda açıklık içermelidir. Vicdanın korunmasına, savcının, olayda soruşturma yapma görevinden muaf tutulması da dahildir.

Kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk sisteminde takdirin hukuka uygun kullanılması, hukuka uygun birçok seçenek arasından, duruma uygun olanını seçmeyi gerektirir. Soruşturma yapma ve yapmama arasındaki bu seçim hakkı konusunda, savcı kadar, talimat verme yetkisinin anlam ve amacına göre, adalet bakanı da yetkilidir. Bunun için medya kontrolu kadar, parlamenter-siyasal sorumluluk da suistimalleri ortaya çıkarmaya elverişli olmalıdır (46).

Uygulamada, hem Almanya (47), hem İsviçre (48) ve hem de kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesine bağlı olan Hollanda (49) ile İngiltere'de, bakanların talimat yetkilerini pek ender kullandıkları belirtilmektedir. Bakanın talimat yetkisini özellikle olumsuz yönden, parti siyaseti doğrultusunda kullandığı suçlamasının basında sık sık yapıldığı Avusturya'da ise, durum başkadır (50). İtalya çözümü, otoritenin kötüye kullanılması sorununu, doğrusu sadece ilk bakışta engel-

45. Alman Yargıtayı, kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesinden, savcılığın, yüksek mahkemenin müstakar içtihatlarıyla bağlı olması gerektiğini çıkarmıştır. BGHSt 10, 155 vd. Ayrıca bak. Krey, Volker, JA 1985, 63 vd. Bununla ve öğretideki durumla ayrıntılı ilgilenen: Bottke, Wilfried, "Zur Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft", GA 1981, 296-311.

46. Mahkemelerin, soruşturmaya ilişkin kararları kontrol edip edemeyeceklerinin tartışmalı olduğu İngiliz hukuku için bak. Hetherington, 173 vd. Ancak, açıklamalar sadece dava edilen olayların denetimine ilişkindir, vazgeçilen iddiaların olumsuz denetimine değil.

47. Başbakan Kohl aleyhine Bonn savcılığınca bir soruşturma yürütülmesi konusundaki tartışma için bak. Hann. Allg. Zeitung, 15.3.1985, FAZ 14.3.1986; Der Spiegel no. 12/1986, s.20.

48. Driendly/Marty, "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger), 340 vd.

49. Schaffmeester, Landesbericht, (yay. Jescheck/Leibinger), 93.

50. Çok ilgi uyandıran olayları Liebscher belirtmektedir: Liebscher, Victor, "Eigenstaendigkeit der Staatsanwaltschaft- ein Verfassungsproblem?", Festschrift für H.R. Klecatsky, I, Wien 1980, 561-589.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lemektedir: İddia makamının adliyeye örgütsel bağlılığı sayesinde, hükümetin savcıya talimat verme yetkisi bulunmamaktadır, böylece siyasal her etki engellenmiş olmaktadır. Ancak, burada yürütme, savcının itham tutumunu yönetmek için başka bir yol aramakta ve İçişleri Bakanlığına bağlı olan polis vasıtasıyla bunu gerçekleştirmektedir. Soruşturmalar politikacıların ya da diğer etkili kişilerin kritik davranışlarına çok yaklaşırsa, o zaman başka yerlere tayin suretiyle savcının elinden polis yardımı alınmakta, böylece soruşturma stratejileri zayıflatılarak, savcı bloke edilmektedir. Bu yöntemin özellikle uyuşturucu madde olaylarında ve ekonomik suçlarda uygulanmasına şaşılmamalıdır.

3.2. Adli makam olarak savcılık

Yargılamaya ilişkin görevi bulunmadığından, savcılık, güçler sisteminde yürütmeye dahil sayılmakla birlikte, işlev ve örgüt açısından yürütmeden ayrılmakta (51) ve adliyeye dahil edilmektedir. Doğrusu, kara Avrupasındaki anlayışa göre, savcılık, bağımsız bir adalet organıdır, mahkemelerle eşit düzeydedir, mahkeme gibi o da, gerçeğin bulunması ve âdil bir hüküm verilmesi için faaliyette bulunmalıdır (52). Savcının faaliyeti, Alman anlayışına göre, hukuku gerçekleştirme ve icradan ibarettir. Etkililik ve amaca uygunluk düşüncesi arka plâna atılmaktadır. Savcılık, bağımsız bir organ olarak hem de yargıyı denetleme görevini üstlenmelidir.

Adalet organı olma konumunun, savcının bu alandaki yetkilerini asla idrak edemeyen Bakanın, harici talimat yetkisiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı kuşkuludur (53). Bakan veya makamı, kamu davası açamaz veya soruşturmayı durduramaz. Savcı olmak, bir Bakanın mutlaka sahip olması gerekmeyen, yargıç olabilme ehliyetini de gerektirmektedir. Düşünüş biçimlerinde de farklılık bulunmaktadır: Bir Bakan siyasal düşünür, savcı ise, hukuka uygun düşüncelerle hareket etmelidir.

Diğer kara Avrupası hukuk sistemleri de, savcılığın, örgütsel olarak yürütmeye, işlev açısından adalet organına dahil olma çifte karakterini kabul etmektedir: İsviçre'de savcılık adliyenin bir parçasıdır (54), ay-

51. BVerfGE 9,223, 228; BVerwG, NJW 1361, 1497.
52. StPO m.160. Baskın görüş BGH 24, 170 vd.
53. L.R.Schaefer, StPO, 23. bası, V. München 1975, GVG m. 145, 146.
54. Driedi/Marty, "Landesbericht", (yay. Jeschech/Leibinger) 348.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nı şey, yargıç ve savcıların eğitimlerinin aynı olduğu ve kariyerde yer değiştirmelerin mümkün bulunduğu, Fransa için de geçerlidir (55) (56). Kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesine göre bir suçu soruşturmak veya vazgeçmek biçimindeki yargıçlık benzeri işlev, burada savcıyı, yargıç konumuna yaklaştırmaktadır, doğrusu durumu da, yürütmeye bağlı olan Alman savcısından daha güçlüdür (57). Avusturya'da savcılık mahkemeden kayıtsız şartsız bağımsızdır ve savcının, yargıçlık ehliyetine sahip olması gerekmektedir. İşlevlerinin yargılamaya olan yakınlığı dolayısıyla da savcı, Avusturya'da adalet organı sıfatını taşımaktadır (58). Nihayet savcı, Hollanda'da da, "adli makam" olarak nitelendirilmektedir (59). Daha önce de söylendiği gibi, yüksek hakimler kuruluna tabi olan ve onun mensubu, hatta yargıçlık statüsüne sahip bulunan İtalyan savcısı, daha açık biçimde, adliye mensubu olmaktadır.

İngiliz (60) ve İskoç savcısı yürütmeye tabidir (61). Ancak, mahkemelere oranla konumu çok açık tanımlanmamış olsa da, makam burada da aynı zamanda adliyeye dahildir. Bu tür mensubiyet sorunları orada önem taşımamaktadır (62).

Özet olarak, savcılık, kara Avrupasında, hüküm vermeyen, yürütme ve yargı arasında arabulucu olarak hizmet eden bir adalet organı olarak tanımlanmaktadır. Adalet Bakanının, savcıyı yürütmenin köprübaşı durumuna getiren harici talimat yetkisi (uygulamada her olayda sözkonusu olmasa da), eğer vazgeçilemiyorsa, savcıların hukuka aykırı talimatlara karşı güvencelere sahip olmaları ve adalet bakanının demokra-

---

55. Greiving, "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger) 23.

56. Vitu, 18.

57. Örneğin, atama türü ve biçimi: Bak. Greiving, "Landesbericht" (yay.Jescheck/Leibinger), 24 vd.

58. Driendl, "Landesbericht" (yay. Jescheck/Leibinger), 198 vd.

59. Schaffmeister, "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger), 90.

60. Sheehan, P. 1. 36, 23. "... ve savcılık görevini üstlenen polis memurunun, atanmasında başsavcıdan bir yetki belgesi alması ve azledilmesinde yargı raporu gerekmesi dışında, soruşturma bürosunun fiilen diğer devlet dairelerinden bir farkı yoktur..." 1927'ye kadar savcılar adli memurdu, ancak bugün başsavcılığa tabidir.

61. Bu soruna başka bir açıdan bak. Conelly v. DPP 1964, A.C.1254, DPP v. Humphrys 1977, A.C.1; Edwards, J.Ll., The Attorney General, Politics and the Public Interest, London, 1984.

62. Kraliyet soruşturma bürosunun kuruluş çalışmalarında gerçi, kime tabi olacağı açıklandı. (Başsavcılığa veya İçişleri Bakanına), ancak, makamın kararlarına etki ihtimali sorunu burda hiç rol oynamadı. Kars. Royal Commission, Report, P. 762 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tik hukuk kurallarına, özellikle kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesine bağlı olması ile sınırlandırılmalıdır. Kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesini kabul eden sistemlerde talimatlar daima, ceza soruşturmasının münferit olayda savcının takdirine bağlı olduğu sistemlerdekinden daha fazla etki eder: Kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesinin takdir alanı, talimat hakkının da kullanılma sahasıdır (63). Doğrusu, talimat hakkının hukuka aykırı biçimde kullanılmasını önlemeye yönelik tüm taktikler, ilgili organların demokratik hukuk kurallarına uymalarını şart koşar. Bunlar ihlal edilirse, kamu davasının açılmasında ne kanunilik ilkesi sistemleri (bak. Avusturya, İtalya), ne de harici talimat yetkisi bulunmayan sistemler (bak. İtalya) suistimallere karşı koyabilirler.

4. Savcılığın hazırlık soruşturmasındaki durumu ve görevi

Savcılığın son soruşturmadaki görevi tüm ülkelerde aynıdır: Duruşmada iddiayı temsil yetkisi ona ait olmaktadır.

Savcılığın önsoruşturmadaki görevi ise daha az homojendir: Önsoruşturmada savcının bazen hiç bir yetkisi bulunmamakta, bağımsız iddia makamı değil, itham sisteminin bir ayrıntısı olmaktadır. Diğer sistemlerde ise savcıya, geniş soruşturma ve infaz yetkileri tanınmıştır. Savcının bu muhakeme aşamasındaki durumu, önsoreşturmanın muhakemenin bütünündeki yerine bağlıdır ve mahkemenin yetkilerine, polisle olan ilişkisi ile önsoruşturmayı etkileyen diğer iki otorite blokuna göre belirlenmektedir.

Bu nedenle, ilk soru şudur: Önsoruşturmanın başı kimdir? Cevap kısmen, önsoruşturmanın sadece hazırlık soruşturmasından mı ibaret olduğuna, yoksa Avusturya ceza muhakemesi yasasının deyimi ile öntahkikat (Fransız muhakemesinde enquête, İspanya'da adli olmayan önsoruşturmada investigación previa) ile ilk soruşturmadan mı (Fransız hukukunda instruction preparatoire (64), İspanyol CMUK m. 306'da fase de instrucción veya procedimiento preliminar judicial) (65) teşekkül ettiğine bağlıdır. İki aşamalı önsoruşturmada savcı, ilk soruşturmada yetkili olan sorgu yargıcıyla yetkiyi paylaşır, tek aşamalı hazırlık soruşturmasında ise, tek başına, polis soruşturmasının hukuka uygunluğunun so-

63. Krey/Pfeiffer, 150.

64. Fransız muhakemesinde bu aşama sadece ağır suçlarda öngörülmüştür, cünhalar da da yapılabilir, ancak uygulamada çok istisnaen yapılmaktadır. Karş. Vitu, 31.

65. Bak. Montero Aroca, 55 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rumluluğunu taşır, ancak, tarafsız yargının kontrolüne tabidir.

Alman ceza usul yasası savcılık için, hazırlık soruşturmasında (tek aşamalı) şu görevleri öngörmektedir: İhbar ve şikayetleri kabul etme, polisin, savcılığın talimatıyla yaptığı soruşturmaları yürütme ve denetleme (66) (67). Bundan başka savcılık, kısmen sadece gecikmede tehlike bulunan hallerde koruma tedbirleri (yakalama, elkoyma, arama, kontrol noktaları kurma, koruma altına alma, kimlik tespiti) uygulayabilir ve nihayet kamu davası açılmasının gerekip gerekmediğine karar verir (68). Tutuklama ve tanıkları zor hapsine koyma gibi yargıcın yetkisi dahilinde olanların dışında, savcılık, tanıklık ve bilirkişilik yapmakla yükümlü olan herkesi zorlayabilir. Arama, telefon dinleme, elkoyma yargıcın kontrolü altındadır, ancak, gecikmede tehlike bulunması halinde savcılıkça da bizzat düzenlenebilir. Yetkileri, yargıçla savcılık arasında yeniden sınırlandıran bu düzenleme, hazırlık soruşturmasını hızlandırmak amacıyla 1974'de yapılmıştır (69). Daha önceleri Fransız muhakemesinin tahkik modeline göre, soruşturma yetkileriyle donatılan sorgu yargıcı, yeni düzenlemeyle çok daha az güçlü bir kimliğe sahip oldu ve sadece karar vermekle sınırlandırılan faaliyeti dolayısıyla, anayasanın yargıç tanımıyla artık daha iyi bağdaşmaktadır (70). Ancak karşılıklı denetleme ve engelleme ilkesi değiştirilmedi: Bireylerin kişi özgürlüklerine müdahale eden koruma tedbirleri, mahkeme tarafından denetlenmektedir. Ayrıca, savcılık hiç bir şekilde kendi soruşturma işlemlerini üstlenemez veya talimatlar veremez.

Hollanda muhakeme yasasının da esas aldığı (71) bu modele, bu arada, İtalyan (72), Portekiz (73) kısmen İspanya (74) yasaları da uydu-

66. Alman CMUK m. 160/1.

67. Alman CMUK m. 160, 161, GVG m. 152.

68. Alman CMUK m. 170.

69. Birinci Ceza Muhakemesi Hukuku Reformu Yasası, 9.12.1974.

70. İlk soruşturmaya karşı ileri sürülen diğer itirazlar şunlardı: Savcılığa karşı güvensizlik yerinde değildir, ilksoruşturma, olayın daha iyi aydınlatılması için bir güvence sağlamaz ve pratik de değildir. Ayrıntılar için bak. Riehle, 330.

71. Schaffmeister, "Landesbericht", (Jescheck/Leibinger), 34 vd.

72. 1988 tarihli İtalyan ceza muhakemesi yasasının V. bölümü.

73. 1988 tarihli CMUK.

74. İspanya'da savcılık giderek artan oranda, muhakemede soruşturma yetkisini üstlenmektedir. 769/1987 no.lu kararnameden bu yana mahkemede dava açılmadığı sürece kriminal polis, savcılığın soruşturmalarında, onun emrindedir. Savcılık, soruşturma aşamasında böylece daha güçlü konumda olmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lar. Buna karşılık, İngiliz soruşturması özel bir kategori oluşturmaktadır: Burada polis soruşturmaları tamamen kendi sorumluluğu altında yürütmekte ve "kraliyet soruşturma bürosu" tarafından hiç denetlenmemektedir. Polis ve Adil Yargılama Kanunu 1984'de çıkarıldığından beri, polisin görevinin ve müdahale hakkının sınırları ve koşulları yasal olarak saptanmıştır. Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için yargıç kararı alınması gerekmektedir. Hukuk devleti ilkelerine bağlılık tam olarak tespit edilmiştir ve kara Avrupası muhakeme yasalarının çoğunun ilerisindedir.

Şaşırtıcı biçimde, sorgu yargıçlı iki aşamalı sistemlerde, özellikle Fransız ve Avusturya muhakemelerinde savcı, önsoruşturmanın en etkili kişisi olarak nitelendirilmektedir (75). Fransız adalet komisyonunun reform düşünceleri gerçekleşecek olursa, sorgu yargıçlığının ilgasından sonra, savcının gücünde daha da artma olacaktır (76). Fransız ceza muhakemesinin hazırlık bölümünün ikiye ayrılmış yürürlükteki biçiminde, polisin hazırlık ve yargıcın ilk soruşturmasında, savcının görevi, (şekle bağlı olmayan ve örneğin İspanya'da adli muhakemeye de dahil bulunmayan) soruşturma faaliyetini yönetme ve denetleme olmaktadır. Ancak Fransız savcısının bu aşamadaki rolü, yeni Alman CMUK'da olduğundan daha az vurgulanmıştır: Savcı ihbarları almakta ve (teorik olarak her halükârda) adli polisle birlikte soruşturmaktadır (uygulamada soruşturmayı fiilen polis yapmaktadır), ancak koruma tedbirine başvurma yetkisi yoktur. Onun otoritesi sadece, polisin soruşturma raporuna göre ceza muhakemesinin yapılmasına veya yapılmamasına karar verebilmesinden kaynaklanmaktadır. Yeterli delil bulunması durumunda savcı doğrudan mahkemede dava açmaktadır, yoksa ilk soruşturma yapılmasını talep etmekte ve polisin elde ettiği bilgileri sorgu yargıcına vermektedir (aktarma işlevi). Sorgu yargıcı, polis tarafından elde edilen delilleri, hazırlayıcı, tahkik edici bir soruşturmada kullanmakta ve dava açılmasına karar vermektedir. Bu andan itibaren delil elde etme sorumluluğu yargıca ait olmakta; savcı geri çekilmektedir.

Savcılığın yetki alanı böylece kamu davasını açma ve temsil etmeden ibaret olmaktadır (dava ilkesi, sınırlı dava tekeli) (77). İlksoruştur-

75. Vita, 46.

76. Eleştiri ve önerilerin ayrıntıları için bak: Commission Justice pénale et Droits de l'homme, La mise en état des affaires pénales, la Documentation Francaise, Paris 1991.

77. Özel ceza hukuku alanında bir dizi idari ajan da kamu davası açabilir. Karş. Grebing, Landesbericht, (yay. Jescheck/Leibinger), 33 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ma talep etme kararında savcının karar verme yetkisi önplana çıkmaktadır, çünkü burada kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesi geçerli olmaktadır (78). Ancak, koruma tedbirlerine başvurma yetkisi savcının değil, sadece sorgu yargıcınındır (79).

Keza, teorik temel yapısıyla (önaraştırma polis, ilksoruşturma mahkeme tarafından) Fransız örneğine (savcı merkezde, ancak soruşturmayı bizzat üstlenemez, mahkemelere veya güvenlik makamlarına yaptırması gerekir) uyan Avusturya önsoruşturmasını, hâlâ daha, güçlü tahkik sistemi çizgileri karakterize etmektedir; ancak taraf durumunda olmasına rağmen savcı, Fransız ceza muhakemesi yasasındakinden daha az yetkiye sahiptir. Bu nedenle, özellikle yasal düzenlemenin mahkemeyi esas soruşturma mercii olarak kabul ettiği ve uygulamada soruşturma faaliyetinin sorgu yargıcından polis makamlarına geçtiği gözönüne alınırsa, Avusturya savcılığını önsoruşturmanın en yetkili kişisi olarak nitelendirmek yanlış olacaktır. Burada savcı, olsa olsa, öntahkikatın en yetkili kişisidir, ancak bunun dışında, Fransa'da olduğu gibi, soruşturma organından çok, sadece iddia makamı görevini görmektedir. Ya araştırmalarının sonuçlarını bir ilksoruşturma veya doğrudan dava açma talebiyle değerlendirdiği polise ya da mahkemeye, soruşturma yaptırmaktadır (80). Bugün Avusturya savcısının temel görevi, içtihatların sorgu yargıçlarına giderek artan ölçüde, bir ceza davasıyla uğraşmaya başlar başlamaz, davanın en yetkili kişisi statüsünü vermesi nedeniyle, sadece, polis veya sorgu yargıcı tarafından toplanan delilleri esas alarak şekli iddiada bulunmak olmuştur (81). Fransız savcılığının tersine, kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesine bağlı olmasına rağmen Avusturya savcısı, takipsizlik kararı (82) verebilmekte veya daha sonraki bir aşa-

78. Grebing, "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger) 30.

79. Meşhut suçlardaki istisnalar ve garde à vue polis nezareti için bak. Grebing, "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger), 30. Diğer muhakeme usulleri için Vita, 42 vd.

80. Ceza muhakemesi yasası m. 88. Savcılık aynı zamanda inisyatif makamı olarak nitelendirilmektedir, çünkü savcılık sadece diğer organların faaliyetini harekete geçirmektedir, aktarma işlevi olarak tanımlanan görevi de elle tutulabilir gibidir. Savcılık hangi dava malzemesinin, ceza muhakemesinin yürütülmesi için, hangi mercie vermesi gerektiğine karar vermektedir. Karş. Moos, Reinhard, "Grundlinien und Standortbestimmung des österreichischen Strafprozeßrechts" (yay. Jung), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, Berlin 1990, 66.

81. Bu konuda ayrıntı için bak. Moos, 66 vd., Driendl, 216 vd., ayrıca Moos, Reinhard, "Zwischenbilanz der Strafprozeßreform", Österr. Anwaltsblatt 1982, 653-669.

82. Kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesine rağmen bu yolla olayların yarısından fazlası (%52) bitirilmektedir. Karş. Statistik der Rechtspflege 1982, 45, ayrıca bak. Driendl, 234 vd., 257 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mada davayı geri alabilmektedir.

Avusturya önsoruşturması için ileri sürülen reform önerileri, kısmen Fransanınkiyle aynı yönde olmaktadır: Faaliyeti kural olarak çok az etkili olan sorgu yargıcından soruşturma yetkisi alınmalı, sorgu yargıcı, hazırlık soruşturması yargıcı, yani sanığın haklarına müdahale konusunda karar organı olmalıdır (83) (84). Buna karşılık savcılığın durumu yeniden değerlendirilmeli, savcı gerçek zorlama yetkisini kazanmalı, bizzat tamamlayıcı sorgulamalar yürütebilmeli (85), malzeme toplamak için sorumluluk üstlenmeli ve böylece gerçekten polisin ve dolayısıyla da önsoruşturmanın mutasarrifi olmalıdır.

Bu çözüm önerileri tamamen anlamlıdır, zira Fransa gibi Avusturya ve İtalya'da da (86) polis zaten, teorik olarak savcının gözetim ve yönetimi altında ama fiilen genellikle resen ve bağımsız biçimde hazırlık soruşturması çalışmalarını yapmaktadır. Sorgu yargıcı da ilk soruşturmada kendi yetkisi dahilinde olan soruşturma faaliyetlerinin yürütülmesi için polisi kullanmaktadır. Gerçi bu durumdan, polisin soruşturma faaliyetini artık bağımsızlaştırmak gerektiği sonucu çıkarılabilir (87), ama hukuk siyasetinde genel olarak, hazırlık soruşturmasının hukuka uygunluğunun, amaca uygunluk ve etkililiği hedefleyen polisten ise, savcının yönetiminde daha iyi güvenceleneceği anlayışı hakimdir. Bunun için, savcılığın araştırmaları denetlemesi, sonuca karar vermesi veya önemli ya da hukuken, maddeten karmaşık olaylarda belli ölçüde bizzat soruş-

---

83. Moos, (dn. 81'deki kaynak) 659. Genellikle tecrübesiz genç yargıçlar bu görevlere getirilmektedir.

84. Moos, (dn. 81'deki kaynak) 659. Reform önerileri için bak: Miklau, R. / Szymanski, "Strafverfahrensreform und Sicherheitsbehörden -eine Nahtstelle zwischen Justiz und Verwaltungsrecht" Pallin-Festschrift, Wien 1989, 249-282.

85. Günümüz muhakemesinde savcı, yargıcın değil ama polisin ifade almasında hazır bulunabilir, ancak bizzat müdahale edemez. Avusturya CMUK m. 88/3. Ayrıntılar için bak. Moos, (dn. 81'deki kaynak) 662.

86. Yeni İtalyan muhakeme hukukuna göre, soruşturma savcılığın görevidir, polis onun emrindedir. Karş. Pizzi/Marafioti, 11 vd. Polis, bağımsız soruşturma yürütme konusunda çok az yetkiye sahiptir. Anayasa m. 109 şöyle demektedir: "adli zabıta doğrudan doğruya adli makamlara tabidir. "Polis bir suçtan haberi olur olmaz savcıya haber vermeli, 48 saat içinde bir rapor ve delilleri sunmalıdır. Bu andan itibaren savcı soruşturmadan sorumludur ve polis sadece savcının talimatlarına göre hareket eder (İtalyan CMUK m. 347). Karş. Pizzi/Marafioti, 11, dn. 47.

87. Alman İçişleri bakanları sürekli polisin fiili hükümranlığını meşrulaştırmayı denemektedirler. Aynı çabaların Hollanda'da da sarfedildiği konusunda bak. Schaffmeister "Landesbericht", (yay. Jescheck/Leibinger), 94 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

turma yapması yeterlidir. Savcının bu denetleme fonksiyonu aynı zamanda meşrudur: Savcı, yargıçla aynı eğitimi almaktadır, adalet organı olarak yasalara bağlıdır ve objektif olarak mahkeme gibi o da, gerçeğin araştırılmasıyla yükümlüdür. Savcılığın talimat alabilmesi, esas itibariyle onun keyfi olmasını ifade etmemektedir.

Savcının hazırlık soruşturması yaparken, özellikle, ödev ve talimatların yerine getirilmesi karşılığında davadan vazgeçmesi (Alman CMUK m. 153a) biçimindeki, yargıçlık benzeri görevi bu açıdan büyük önem taşımaktadır. Almanya'da bunun uygulama alanının çok kapsamlı olması, endişeye vesile teşkil etmektedir (88). Burada, yargıcın karar verme yetkisinin sürekli azalması sözkonusu olmaktadır, zira aslında yargıcın yetkisinde olması gereken müeyyidelere de hükmedilmektedir (89). Çok küçük mal aleyhinde suçlar dışında yasada öngörülen mahkeme onayı, hemen hemen otomatik olarak verilmektedir, ki bu, savcıya, ekonomik ve çevre koruması ceza hukuku alanında 100 bin DM üstüne kadar büyük bir yetki vermektedir.

Diğer ülkelerde de savcılığın yargıçlık benzeri görevler üstlenmelerine izin verilmektedir. Avusturya'da savcı olayların yarısında davayı açmama makamı olarak karar verirken, Fransa, İngiltere ve İskoçya'da savcı sorgu yargıcının veya bir ceza mahkemesinin katılımına gerek olmaksızın, dava açmayabilir, yani savcı yalnız başına bir ceza soruşturması yapılmasının kamu yararına olup olmadığı kararını vermeye yetkilidir (90). İtalyan savcısının da "archiviatione", yani ceza hukuku alanına giren basit olaylar için men'i muhakeme talep etme olanağı, bu savcıya, kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesinin geçerli olmasına rağmen, ceza soruşturması yürütülmesinin gerekip gerekmediğine karar verme konusunda önemli bir sorumluluk yüklemektedir (91).

Günümüzde hazırlık soruşturması yöneticisi olarak savcılığın durumunu, bazı özel tehlikeler tehdit etmektedir. Bunlar polis teşkilâtında

---

88. Alman CMUK m. 153 a'ya göre vazgeçme oranı çok yükseldi. 1977'de 55 bin iken, 1987'de 152 bin (% 2,7 den %6,7 ye yükselmiş).

89. Anayasa m. 20/III, 92.

90. İngiliz savcılığı 1987-88'de, polisin "dava açılabilir" kaydıyla kendisine iletti̇ği olaylardan sadece % 7,5'unda soruşturmaya devam etmemiştir. Ayrıntılar: Committee of Public Accounts, 2nd. Report: Review of The Crown Prosecution Service, London HMSO 1990 P. 25 vd.

91. Bak. Pizzi/Mirafiori, 11 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bilgisayar sicil kaydı kullanılarak polis verilerinin oluşturulması ve yabancı polis makamları ve haber ajanslarıyla işbirliğidir. Hazırlık soruşturmasında savcılığın atlanarak polis verilerinin başkalarına verilmesi sözkonusu olduğu sürece (bu bir bilgi ağında engellenebilir de), hazırlık soruşturmasının hukuka uygunluğu konusundaki denetleme görevini savcı, artık layıkıyla yerine getiremez. Zaten böyle bir durum, hakların müdahaleye karşı korunmayı savcının güvencelemesi gereken sanık için de sakıncalı olurdu.

Önsoruşturmada hakimiyet sorununu özetlersek, görülür ki, her yerde işi fiilen polis yapmakta, sorgu yargıçlı sistemlerde sorgu yargıcı giderek daha fazla taban kaybetmektedir, çünkü prosedür çok ağırdır, sorgu yargıcı zaten polisi kullanmaktadır, savcı tam etkili olamaz ve eğitimiyle uyumlu olmayan bir faaliyeti de icra etmez. Burada yani hakimiyetten hemen hiç söz edilemez. Gelişme hazırlık soruşturması modeli yönüne doğru olmakta, polis araştırmalarının yargısal denetiminden, savcılık lehine vazgeçilmektedir. Ancak, savcının konumu güçlendikçe, denetlenmesi konusu da önem kazanmaktadır. Burada sorun sanığın olağandışı soruşturmalara karşı korunması değildir, çünkü yargıcın onaylaması yoluyla bunun önü alınabilir. Asıl sorun, mağdurun korunmasının ve toplumun, haksız yere soruşturmadan vazgeçilmesinden korunmasının denetlenmesidir.

5. Savcılığın son soruşturmadaki durumu ve görevleri

Savcıya otorite sağlayan görevlerinden biri dava açmadır. Dava ilkesi (92) bugün tüm hukuk düzenlerinde hüküm sürmektedir. Savcılığın insiyatifi olmaksızın hiç bir yargıç harekete geçemez (93). Kamu davası açma ya da davadan vazgeçme kararını, savcının kendi bağımsız takdiri etkilemelidir. Savcılığın bu takdir yetkisi ve muhakemedeki durumu açısından, sözkonusu değerlendirme serbestliği çok önemlidir.

Sonsoruşturmada savcının durumu, sanıkla müdafiin durumundan daha güçlü değildir. Duruşma başlarken (sanığın kimliği sorgulan-

92. Dava ilkesi güvencesi anayasada tespit edilmiştir. Karş. Avusturya Federal Anayasası m. 90/2.

93. Mahkeme iddiada yer almayan bir konuyu ele alamayacağından, kita Avrupası muhakemesinin, tahkikçi olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Muhakeme İngiltere'deki gibi ithamcıdır. Yargıcın, tanıklarına ifadesini alarak gerçeği araştıran kişi olma rolü, tahkik sisteminin özelliğidir, ancak bu durum tüm muhakemeyi, bu olumsuz kavramla nitelendirmek hakkını vermez.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

diktan sonra) savcı iddianameyi okumaktadır. Bununla savcının özel rolü sona ermekte, soru sorma (Alman CMUK m.240), çapraz sorgu (Alman CMUK m.239) açıklamalarda bulunma (Alman CMUK m. 237 vd.) ve delil ikamesini talep etme (Alman CMUK m. 244 vd.) haklarını savunma makamıyla birlikte paylaşmaktadır. Son konuşmalarda da savcının durumu daha iyi değildir, son sözü her halukârda sanık söyler (94). Bu temel örneğe, diğer kara Avrupası ülkeleri muhakemeleri de (Fransa, İspanya, Avusturya) uymaktadırlar: Ancak, sık sık muhakemelerin sözlü yapısı sadece şeklen korunmakta, maddeten uyulmamaktadır, bu durum eleştirisiz kabul edilemese de, sözgelimi Avusturya'da genel olarak amaca uygun ve doğru bulunan bir görünümdür (95).

Savcının mahkeme karşısındaki özel rolünü, iki görevi ortaya koymaktadır: Savcı önce, kıta ülkelerinin bir çoğunun muhakeme biçiminde, mutlaka katı-sert rolünü üstlenmesi gerekmeyen bir "iddianame" vermelidir. Savcı, objektif olmakla yükümlüdür (Alman CMUK m. 160/2), ancak, uygulamada, duruşmada, kendi takdir alanı dahilinde, konunun çetin tarafında yer almaktadır.

Son zamanlarda giderek artan "ceza muhakemesinde uzlaşma" yolu savcıyı, konumu ve anlamı açısından mahkeme karşısında önemli ölçüde yükseltmektedir (96). Bu durum özellikle mahkemenin kararında savcının mutabakatını şart koşan, davadan kısmen veya tamamen vazgeçilmesinde sözkonusudur (97). Benzer durum, diğer tasarruf edilebilen muhakeme biçimlerinde de geçerlidir. Belli bir hüküm biçimi için kanun yolundan vazgeçme vaadi, delil ikamesinin kapsamı gibi muhakemede belli usul hakkında anlaşma bu cümledendir (98).

Bu gelişme Almanya ile sınırlı da değildir: Her yerde fiilen yürütü-

---

94. Fransız, Avusturya, İspanya karşılıklı muhakeme sistemi aynı biçimde yürümektedir. Karş. Vitu, 39 vd.

95. Mose, (dn. 80'deki kaynak) 64.

96. Geçerli sayılan anlaşmanın sınırları öğreti ve içtihatlarda henüz tam olarak tespit edilmiş değildir. Bu tür uygulamanın eleştirisi için bak. BVerfG, NStZ 1987, 419.

97. Bak. Alman CMUK m. 153, 153a, 154/2, 154a/2.

98. Müdafilerin % 83'ü, yargıç ve savcıların % 100'ü Almanya'da uzlaşmayı desteklemektedir. Ekonomik suçlara duruşmasının % 25'i anlaşmayla sonuçlanmaktadır. Karş. Schünemann, B., "Absprachen in auslaendischen Strafverfahren", Verhandlungen des Juristentages, I, Gutachten München 1990, B 18; Diğer bilgiler için bak. Wolter, 68 dn. 231 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lecek sonsoruşturmaların sayısını azaltma yolları aranmaktadır (99).

Anlaşılan, uygulamanın çabalarına kamu davası açılmasında geçerli bulunan kanunilik ilkesi de bir engel oluşturmamaktadır. İspanyol hukukunun "conformidad" kurumu gibi, yeni İtalyan muhakeme hukukundaki "pattagiamento" (100) da, her iki hukuk düzeninin kısaltılmış muhakemeye ilişkin kurallarıyla tamamlanan tipik örnekleridir. Bu çözüm biçimleri, ceza takdirini, yargıçtan savcıya kaydırmaktadır, sanık, duruşmanın güvencelerinden yoksun kalmakta, ama ceza tecili biçiminde bir telafi elde etmektedir.

Yapısal bazı benzerliklere karşın, daha yakından bakıldığında ve uygulama gözönüne alındığında, savcılığın hukuki durumunda bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Alman, Fransız ve Hollanda ceza muhakemesi hukuklarında ilgililerden her birinin kendi delillerini ikame edebilmesine ve karşı tarafın delillerinin değerini tartışabilmesine rağmen, bu hukuk düzenleri savcılığa taraf sıfatını vermezler: Savcı, sanıkla aynı düzeyde değildir, yükümlülükleri, yetkileri ve bunun da ötesinde güç araçları farklıdır (101). Savcılığın arkasında daima polis makamlarının tüm soruşturma mekanizması vardır. Alman muhakemesinde savcılık, hem de, zorlama yetkisine sahiptir.

Buna karşılık, Avusturya, İsviçre'nin bazı kanton ve yeni İtalyan muhakemesi, İngiliz ve İskoç muhakemeleri ötedenberi olduğu gibi, savcılığı taraf olarak kabul etmekte, ceza davasını (İngiliz, İskoç hukukunda olduğu gibi) taraf davası saymaktadırlar (102). Bu, Avusturya'da, savcının suçlama ve özellikle iddiayı geri alma konusunda tasarruf yetkisi bulunmasından anlaşılırken, İtalyan yasakoyucusu daha da ileri gitmektedir. Şöyleki, yeni İtalyan ceza muhakemesi yasasında, kural olarak yargıcın hüküm vermek için gereksinme duyduğu delilleri davada ikame etmenin tarafların işi olduğu öngörülmekle, tahkik ilkesi zayıflatılmış olmaktadır. Savcı İtalya'da, lehteki delilleri toplamakla yükümlü değildir

99. Bak. Weigend, Thomas, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, mit Darstellungen über die Regelungen in den USA, Kanada, Grossbritannien, Australien, Spanien und Italien, Freiburg, 1990.

100. İtalyan CMUK m. 444. Bak. Amodio, 186, Rizi/Marafioti, 31 vd.

101. Sarık hiç bir şekilde suçunun ispatına yardımla yükümlü değildir, ancak savcılık sanığın lehine delilleri de toplamak zorundadır. Karş. Alman CMUK m. 136, 160/3, 295/2, 365.

102. Eleştiri için bak. Moos, (dn. 81'deki kaynak) 663 ve (dn. 80'deki kaynak) 63 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(103). Bu taraf olma ilkesi sadece Common Law ülkelerinde tam olarak uygulanmaktadır. İtalya için bu ilke, mahkemenin tamamlayıcı soru sorma ve delil araştırma yetkileriyle (İtalyan CMUK m. 506) tadil edilmiştir.

Aslında taraf olma durumundan, savcının ceza talep etme hakkının ortadan kalkması sonucu doğmalıdır (104). Anglosakson muhakemesi, şimdiye kadar bu ilkeye uymuştur (105), keza Avusturya usul yasası savcıya, esas hakkındaki son mütalâasında ceza takdiri hakkında belli bir talepte bulunma yetkisini vermemiştir (106). Bu bakımdan yeni İtalyan muhakeme usulü mantıki değildir. Çünkü, daha önceki usul gibi şimdi de savcının, cezanın türü ve yüksekliği konusunda talepte bulunma hakkı vardır.

6. Savcılığın denetlenmesi

Göstermeye çalıştığım gibi, her hukuk düzeninde savcı, dava tekelinin mutasarrıfı, önsoruşturmanın en büyük otoritesi, dava açma ve davadan vazgeçme konusunda takdir sahibi olarak, vatandaşların genellikle güvenilmez buldukları büyük bir güce sahiptir. Özellikle ithal yetkisinin savcıda tekelleştiği sistemlerde, ki bu batı Avrupa ülkelerinin bir çoğunda böyledir (İspanya, Fransa, İngiltere, İskoçya dışında), savcının tek başına karar verme yetkisini kötüye kullanmasını engelleyecek, vazgeçilmez denetleme mekanizmalarına ihtiyaç vardır. Kontrol mekanizması, savcının, bakandan talimat alarak politik yönden etkilenmesinin mümkün olduğu sistemlerde daha da zorunlu hale gelmektedir.

Hukuk devleti ilkeleri açısından kontrol konusunda örgütsel güvenceyi büyük ölçüde, hiyerarşik yapıdan kaynaklanan hizmetiçi denetleme üstlenmektedir.

Avusturya ve İtalya'da da kabul edilen baskın Alman görüşüne gö-

---

103. İtalyan CMUK m. 358. Ayrıntılar için bak. Amodio, 182, Rizzi/Marafioti, 11. Ayrıca bak. Stile, 433.

104. Avusturya için: Moos, (dn. 80'deki kaynak) 71.

105. Şimdiye kadar iddia makamının, verilen bir hükme karşı, ceza takdiri açısından itirazda bulunması mümkün değildi. 1988 tarihli Adil Yargılama Yasası ile Başsavcının, mahkemenin verdiği hükmün cezanın ağırlığı yönünden denetlenmesi için yüksek mahkemede dava açabilmesi olanağı getirildi. Böylece savcılık, başsavcılıktan hükme itiraz etmesini isteyebilmek için, cezanın uygun olup olmadığı konusunda bir kanaat edinmektedir. Ayrıntılar için bak. Hetherington, 178.

106. Avusturya CMUK m. 255/1

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

re, savcının iddia tekeliyle bir arada bulunması gereken ilke, kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesidir, bu ilkeye göre savcı soruşturma yapmak zorundadır, suç şüphesi varsa ve bu şüphe devam ederse, kamu davası açması gerekmektedir.

Kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesi, kanunkoyucunun, eğer cezalandırmak istiyorsa, ceza hukuku alanındaki müdahalelerin koşullarını ilke olarak bizzat belirlemesini, somut olayda soruşturma organlarının takdirine bırakmamasını güvence altına almaktadır (107). Ancak, uygulamada hakimiyeti henüz tehlikeye düşmemekle birlikte, yapılan geniş istisnai düzenlemeler nedeniyle bu ilkenin çağa uygunluğu konusunda -Almanya'da- ciddi kuşkular dile getirilmektedir (108). Demokrasi, hukuk devleti, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi (Alman Ay. m.103/II) ve herşeyden önce kanun önünde eşitlik ilkesi (Alman Ay. m. 3) kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesinin temeli olarak gösterilmektedir (109). İtalya'da çok katı biçimde uygulanan bu ilke, hizmetiçi denetleme yanında, savcının değil, sadece mahkemenin davadan vazgeçmeye yetkili olması nedeniyle, savcıya güveni sağlamaya yetmektedir. Böylece savcığın yürütmeden tamamen ayrılması sözkonusu olmaktadır ki, bu da adalet organı olan savcılığın faaliyetinin hiç bir karşı denetlemeye tâbi olmaması sonucunu doğurmaktadır. Gerçi mağdur, denetleme açısından pek yardımı olmayan, sadece özel hukuk amaçlarına hizmet eden şahsi hak davasını harekete geçirebilir. Avusturya'da da kamu davası açılmasında kanunilik ilkesi özellikle kesin biçimde ifade edilmiştir (110). İstisnalar sadece önemsiz suçlar için sözkonusudur (111). Kamu davası açılmasını zorlama yolu bulunmamaktadır, bunu, iddia üzerinde tasarrufta bulunmanın sadece savcıya bırakılmış olması kadar, şekli kuvvetler ayrılığı anlayışı da yasaklamaktadır. Avusturya ceza muhakemesi yasası, iddia yükümlülüğünün güvencelenmesi için, geçerliliği ve gerekçeleri mahkemece denetlenmekle birlikte, mağdurun da (sadece malvarlığı zarar gören) doğrudan doğruya kamu davası açabilmesini (tali dava) öngörmektedir. Bu şekilde, kamu davasının açılmasında kanuni-

---

107. BVerfG, NstZ 1982, 480.

108. Ayrıntı için bak. Weigend, 46.

109. Rosin, 69.

110. Kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesini yumuşatma stratejileri için bak. Driendl, 282 vd.

111. Moos, (dn. 80'deki kaynak) 70. Avusturya CMUK m. 34/2'de istisnalar bulunmaktadır.

lik ilkesini, savcılığın istisnaen kendi kanaatiyle bağdaşmayan bir davayı açmaya, mahkemece zorlanabileceği, kamu davası açılmasını zorlama kurumuyla güvencelemeyi zaruri görmüş olan Alman hukukuyla aynı sonuç elde edilmiş olmaktadır (112). Ancak bu muhakemenin sınırları çok dardır: Avusturya hukukunun tali davasında olduğu gibi, sadece suçun mağduru yetkilidir, mağdursuz suçlarda (devlet güvenliği veya çevre koruması ile ilgili suçlar gibi), somut mağdur bulunmadığından, sözkonusu değildir. Bundan başka, bu sadece, kamu davası açılmasında kanunilik ilkesinin geçerli olduğu suçlar için sözkonusu olabilir. Buna karşılık, maslahata uygunluk nedeniyle vazgeçme durumunda ise, geçerli değildir. Kanunilik ilkesinden sürekli sapıldığı için, takdire bağlı vazgeçmelerde mağdurun korunması sözkonusu olmamaktadır. Vazgeçmelerin bir kısmı için mahkemenin onayının gerekmesi, mağdura pek güvence sağlamamaktadır, çünkü mahkemenin onaylamayı reddetmesi pek gerçekleşmemektedir. Sadece başsavcılığa itirazda bulunma sözkonusu olabilir (113). Zaten bu da kamu davası açılmasını zorlama davası için şarttır.

Uygulamaya bir gözatmak göstermektedir ki, mağdurun başvurabileceği denetleme olanakları çok az ümit vericidir. Vazgeçilen davaların sadece % 0,3'üne itiraz edilmektedir, bunların da % 0.5'i başarılı olmakta, yani kamu davası açılmasıyla sonuçlanmaktadır. 1987'de böyle açılan davalardan sadece birisi mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmıştır (114). Buna rağmen, kamu davası açılmasını zorlama yolunun varlığının, savcılık soruşturmalarında özen gösterilmesini takviye ettiği iddia edilmektedir (115). Davaya müdahale ve şahsi hak davası, Alman uygulamasında da teorik bir denetleme görevi ifa etmektedir, ancak bu bağlamda ihmal edilmeleri mümkündür. Şahsi dava yolu ise, ancak belli suçlarda mümkündür, genel denetleme aracı olmaz (116).

İspanya'daki hukuk düzeninde de kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesi geçerlidir, ancak burada savcılık iddia tekeline sahip değil-

112. Alman CK m. 172-177.

113. Alman CK m. 172/1.

114. Mutlak sayılarla, yıllık 600 ün vazgeçmenin 2 sinine, kamu davası açılmasını zorlama davası yoluyla itiraz edilmektedir. Karş. Roxin, 252.

115. Roxin, 252.

116. Suç türleri Alman CMUK m. 374'de sayılmaktadır. Savcılık burada İngiltere ve İskoçya'da olduğu gibi, soruşturmayı üstlenebilir. Alman CMUK m. 377, 389.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dir, ilkenin harekete geçirilmesi "halk davası" yolu ile sözkonusu olmaktadır (117). Kamu davasının açılmasında kanunilik ve kamu çıkarı burada, toplum adına, ihlâl edilen hukuk düzenini eski haline getirmek isteyen vatandaşlarca korunmaktadır (118). Herkes kamu davası açabilir, dava açanın mağdur olması veya başka bir çıkarının bulunması gerekmez. Diğer denetleme fonksiyonuna ise, sadece mağdurun açabileceği "kısmi dava" sahiptir.

Bunun dışında, şahsi ceza davası hakkını, daha çok kamu davası açılmasında, maslahata uygunluk ilkesini izleyen sistemler (yani Fransa, İngiltere, İskoçya) tanımaktadır. Fransız CMUK m.I/II, şahsi davacıyı, kamu davacısıyla eşit haklara sahip kılmaktadır. Aynı yasa m. 4/1 ve 31'den anlaşıldığına göre, mağdur hatta savcıyı da kendi iradesi dışında bir ceza soruşturması yürütmeye zorlayabilmektedir. Özel hukuka ilişkin tazminat hükümlerinin de uygulanmasına olanak veren gerçekten yaygın bu yoldan, özellikle dernekler, birlikler, yararlanmaktadır, bunlar, belli suçların soruşturması için önemli bir denetleme mercii oluşturmaktadır (119).

İngiltere ve İskoçya'da bireyler yanında, dernek, birlik, resmi daire ve bakanlıklar da dava hakkına sahiptir, ancak, soruşturmayı yapma ve sonverme hakkına sahip olan savcılıkca sıkı biçimde denetlenirler (120). Bu şahsi takipler, açıkca, polisin sorumluluğunu uyanık tutmaya yardım eden önemli denetleme araçları olarak kabul edilmektedir (121). Aslında, dava yetkisi bulunan makamların tersine, şahsi davaların sayısı çok azdır (122). Gerçi, son yıllarda eğilim yükselmektedir (123); şahsi ceza takibi, çok yüksek masraf ve büyük zorluklara rağmen, giderek artan ölçüde, savcılığın iddiadaki tutumuna kızan, hayal kırıklığına uğrayan insanlar için hukuksal bir yol olmaktadır. Bu gruba özellikle, toplu kaza

---

117. İspanyol Const. m. 101.

118. Montero Aroca, 59 vd.

119. Bak. Grebing, 36.

120. 1975 Tarihli İskoç Ceza Usul Yasası, 211(4); 1985 Tarihli Soruşturma Yasası, 6.

121. Fourth Report of the Home Affairs Committee 1989-90, Crown Prosecution Service HMSO London 1990, 48. Birçok şahsi dava, savcılık delilleri yeterli bulmadığını veya kamu çıkarı görmediğini belirttikten sonra açılmaktadır.

122. Sayılar için bak. Shabaan, 53 vd. Government Reply to 4th Report, HMSO London 1990, 5.

123. 1987-89 arasında savcılık 28 şahsi davayı üstlendi, ancak 10'unda devam etmedi, diğerlerinde devamı etti. Bak. 8.8.1991 günlü Time Dergisi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kurbanlarının akrabaları dahildir (124). Bu hallerde savcılar genellikle dava açmaktan kaçınmaktadırlar.

Buna karşılık mahkemeler iddianın takdir edilmesini denetleyici etkide bulunamazlar. Bu konuda savcılar özgürdür. Makamiçi denetleme ise, özellikle sulh mahkemesinde (125) davanın geri alınmasında sözkonusu olmaktadır, ancak, geri alınan ortalama 135 bin davadan sadece ağır suçlara ilişkin olanları denetlenebilmekte, diğerlerinde ise, sondaj usulü denetlemeyle yetinilmektedir (126).

Kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesini kabul eden ülkelere Hollanda da dahildir. Diğer gruptaki İspanya gibi, Hollanda da istisnaen iddia tekelini de öngörmektedir. Mağdurun, davadan vazgeçme yetkisi bulunan savcının ve ayrıca polisin kararlarını etkilemek için fazla olanağı yoktur. Gerçi, burada da kamu davası açılmasını zorlama yolu öngörülmektedir (Hollanda CMUK m.12) ve mahkemenin de, maslahata uygunluk açısından davadan vazgeçebilmesi mümkündür. Bu oldukça küçük ülkede, kararlarda eşitlik, sadece 25 savcılıkla, koordinasyon ve düzenli konferanslarla sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunun dışında, takdir hakkının hukuka uygun olarak kullanılması konusunda idare hukuku ilkelerine güvenilmektedir (127).

7. Gelişme eğilimleri

Savcılığın durumu, fonksiyonu ve denetlenmesi konularının mukayeseli olarak incelenmesiyle elde edilen malzemeden sonuç çıkarmaya çalışmak, bu konuları çok basite indirgemek ve genelleştirmek anlamını taşır. Çünkü elde edilen malzeme, sadece hukuk tekniği düşüncelerine değil, anayasa hukuksal verilere, siyasal ve toplumsal temel inanışlara da dayandığı için homojen değildir. Bu nedenle ancak açıkça ortaya çıkan gelişme eğilimleri konusunda birkaç söz söylemeye cesaret edilebilir.

---

124. İngiltere'de geçtiğimiz yıllarda çok büyük kazalar oldu, stadyum olayları, metro (King's Cross) yangını, Hillsborough, gemi çarpışması (Marchioness) gibi.

125. 1985 tarihli soruşturma yasası 23'e göre, savcı, polisin sulh mahkemelerinde başlattığı ceza davalarını, geri alarak sonuçlandırabilir. Mahkeme savcıyı davayı yürütmeye zorlayamaz.

126. Fourth Report, 47, Government Reply, 4.

127. Bu konuda bak. Schaffmeister, "Landesbericht", (Jescheck/Leibinger) 144 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Savcı, dava açan makamdır. Mukayeseli hukuk literatüründe sıklıkla vurgulanan farklılıklar, savcının iddiada bulunmaya sadece yetkili mi yoksa aynı zamanda hem de yükümlü mü olduğu, yani davranışlarına kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk mu yoksa kanunilik ilkesinin mi hakim olacağı sorusuna verilen değişik cevaplarda bulunmaktadır. Gelişmeler bu farkı giderek artan ölçüde yok eder görünmektedir. Gelişmiş bir endustri ve hukuk devletinde artık hiç bir adalet orgütü, her yasa ihlâlini, büyük masrafları göze alarak soruşturmak, yargılamak ve cezalandırmak durumunda değildir. Hukuki sınırlandırmaları bir yana itip kısa muhakemeye ağırlık vermek (ceza kararnamesi) çözümleri, giderek artan oranda hakli eleştirilerle karşılaşmaktadır, bu yol zaten sadece küçük suçlar ve özel ceza hukuku için sözkonusu olmaktadır. Kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesinin geçerli olduğu hukuk düzenleri de, gizli biçimde ceza soruşturmasından vazgeçme yolunu uygulamaktan geri kalmamaktadırlar. Bu kanunilik sistemleri, giderek artan ölçüde, maslahata uygunluk ilkesini benimseyen sistemlerden artık savcının soruşturma yapma konusundaki takdirinin türü ve kapsamı açısından değil, şu iki noktada ayrılmaktadırlar: Kamu davasının açılmasında kanunilik ilkesinde savcılık, ağır suçlarda soruşturma yapıp yapmamayı takdir etme yetkisine sahip değildir, ancak maslahata uygunluk ilkesinde de, mal aleyhinde bir suçun, kuvvetli delil varsa, dava edilmemesi çok çok enderdir. Her iki sistemde, devlet anlayışı veya daha kötü nedenlerle dava açılmamasının gerektiği durumlarda, kural olarak çok zor denetlenebilen bir "hazırlık soruşturmasını takdir", "kovuşturma yapılmasını takdir" yerine geçmektedir. İkinci fark fiilen daha önemlidir. Kanunilik ilkesini benimseyen sistemlerde savcının soruşturmadan vazgeçmesi yargıcın onayına bağlıdır (ya da tersine, bu sadece hukuk tekniği açısından ortaya çıkan bir farktır), maslahata uygunluk ilkesinde ise savcı, davadan gizli vazgeçmelerde bile, muhakemenin tek otoritesidir. Bu aslında, savcılığın artık sistem farklılığına bağlı olmayan işlevinden değil, denetlenmesinden kaynaklanan bir fark olmaktadır.

Bir diğer sistem farkı, savcılığın iddia tekeline sahip olup olmadığı yani kamu davasının sadece onun aracılığıyla mı açılabileceği noktasında sözkonusudur. (diğer resmi makamların özel ceza hukuku alanındaki dava açma yetkileri, mukayeseli hukuk açısından önemli değildir). Sınır çizgisi daha önce söylediklerimizle çakışmamaktadır: kamudavasının açılmasında kanunilik ilkesini benimseyen öyle hukuk düzenleri vardır ki, ceza davalarında "halk davası"nı kabul etmektedir. (İspanya gibi). Di-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğer bazı sistemler ise, kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesini kabul etmiş olmalarına rağmen bunu tanımazlar (Hollanda gibi). Oysa maslahata uygunluk ilkesinin tashihi açısından "halk davası" akla daha yakın olmaktadır (İngiltere ve İskoçya'da olduğu gibi). Halk davası sisteminin getirilmesi veya varlığı, genellikle toplumsal temel inançlara bağlı olmaktadır, yani devletin ceza tekelinin, adaleti güvenceleme amacının gerçekleştirilmesi aracı olarak görülüp görülmeyeceğine veya hukuk barışının devam ettirilmesinde vatandaşların bireysel taleplerine yer verilip verilmeyeceğine, yani bireye sadece kendininkini değil, kamu çıkarını savunma hakkının tanınıp tanınmayacağına bağlı olmaktadır. Buna karşılık şu konulardaki fark giderek ortadan kalkmaktadır: Mağdurun, kamu davası açılmasını zorlama davası açmaya yetkili olup olmadığı (Almanya) veya bizzat dava açma yetkisinin (tali dava -Avusturya, şahsi hak davası- Fransa) bulunup bulunmadığı. Fiili farklılık ve ayrılıklar daha önemlidir ve bu noktada bilinçlilik farkının, hukuk sistemi farkından daha ağır bastığını göstermektedir. İngiltere'de "halk davası" yüzdesi (yardım örgütlerinin, zarar gören adına masrafları ödedikleri senaryosal olaylar bulunsa da), Almanya'daki kamu davası açılmasını zorlama davası yüzdesinden biraz fazladır. Fransa'da şahsi hak davası sayısı, Avusturya veya İtalyan yüzdesini çok çok aşmaktadır. Genel bir gelişme yönü ortaya koyma çabası, özellikle bu noktada dikkatli olmayı gerektirmektedir. Ancak mağdurların şimdi daha bilinçli oldukları ve yasakoyucunun eğilimleri izlediği görüntüsü vardır. Böylece, örneğin Alman Anayasa mahkemesinin içtihatları, temel haklara, ceza hukuku araçlarıyla korunma hakkının da (kürtaj/yaşam hakkı gibi) dahil olduğunu kabul etmeye başladı. Ancak toplumlar arasında, bireylerinin sadece kendi çıkarlarını veya kamu çıkarını ceza muhakemesinde takip etme haklarının bulunup bulunmadığı konularındaki farklılıklar halen devam etmektedir.

Avrupa hukuk sistemlerinde, savcılığın iddia işlevinin tanımından başka, hazırlık soruşturması işlevinin paylaştırılması konularındaki farklılıklar da devam etmektedir. Gelişme çizgisi olarak şu konu açıkça saptanmaktadır: Hazırlık soruşturmasının önsoruşturma ve ilk soruşturma biçiminde ikiye ayrılması artık geçmişe -ya da olmakta olan şimdiye- aittir. Çok geç de olsa artık şu anlayış başarılı olmaya başlamaktadır: Savcının işlevi, devletin ceza iddiasını kuvveden fiile çıkarmak yanında, sadece, suçsuz olması ihtimali bulunan şüpheliyi asılsız suçlamadan korumak değil, aynı zamanda asılsız hazırlık soruşturmasından da koru-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maktır. Hazırlık soruşturmasının, ilki polis veya savcı, ikincisi yargıç tarafından yönetilen iki aşamaya bölünmüş olması, bu konuda yeterli güvence sağlamamaktadır. Bunu tüm Avrupa ülkelerindeki reform tartışmaları yoklaması ortaya koymuştur. Savcının, hazırlık soruşturmasının en yetkili kişisi olması, ama temel haklar sözkonusu olduğunda -arama, elkoyma, zor hapsi gibi- yargıcın onayına veya kararına ihtiyaç duyulması biçimindeki işlev bölünmesinin daha etkili olacağı ileri sürülmektedir. Buna karşılık, şu anlayış şimdiye kadar taraftar bulamadı: Savcılığa sadece hazırlık soruşturması ile dava açılması arasındaki "aktarma" işlevi düşmez. Aksine, onun görevi daha çok, bir yandan mağdurun ve toplumun ceza verilmesindeki çıkarı ile diğer yandan, haksız yer suçlanması ihtimali bulunan şüphelinin soruşturmadan korunması arasındaki dengeyi sağlamaktır. Ancak bu, savcılığın, uygun bir denetleme bulunması koşuluyla hazırlık soruşturmasının baş otoritesi olmasını gerektirir. Bu konudaki reform henüz tartışmalara açıktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883
MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Frankfurt a.M., Ağustos 1992

GÜNÜMÜZ ALMAN HUKUKUNDAKİ YARGI SİSTEMİ. FEDERAL ALMANYA'DAKİ ADLİ YARGI SİSTEMİ ÖRNEĞİNDE PROBLEMLERE, ANALİZLERE VE REFORM ÇABALARINA BİR BAKIŞ.

Prof. Dr. Peter GILLES,
Çeviren: Ar. Gör. Füsun UYANIŞ*

İÇİNDEKİLER

I. Rakamlar, Fiili durum ve Hukuki esaslar

II. Problemler ve Eleştiriler

III. Büyük Yargı Reformu Hakkındaki Tartışmaların Yeniden Gündeme Gelişi, Özellikle Adli Yargı Alanında.

IV. İki Almanya'nın Birleşmesi Nedeniyle Tartışmanın Adalet Sistemi Konusunda Da Güncelleşmesi

V. Analizler ve Reform teklifleri

VI. Sonuç ve Geleceğe bakış.

Alman yargı sistemine ilişkin fiili durum ve normatif esaslar ile biraz yakından ilgilenen bir yabancı, sözgelimi bir usul hukukçusu, en yeni Alman adalet istatistiklerine bir göz attığında, bu yargı sisteminin hemen her yönüyle iyi bir durumda olduğunu ve Almanların bu sistemden memnuniyet duymanın ötesinde, gurur dahi duyduklarını düşünebilir.

Yalnızca rakamlara bakıldığında Federal Alman adalet teşkilatı gerçekten de heybetli, güçlü, şahsi, nesnel ve finansal kaynak açısından donanımlı, yüksek seviyede gelişmiş ve organize edilmiş, son derece etkin ve verimli, vatandaşlarca çok rağbet olunan, herkes tarafından kabul gören, kolay ulaşılabilir ve vatandaşlara yakın, adli hizmetler bakımından hiç değilse bu hizmetlerden istifade edenler için- son derece ucuz, hızlı ve iyi bir görüntü sergilemektedir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

I- RAKAMLAR, FİİLİ DURUM VE HUKUKİ ESASLAR

En son adalet istatistiklerine göre (1), yalnızca eski eyaletlerin onbirinde, burada inceleyeceğimiz adli yargının kollarından birini teşkil eden hukuk mahkemeleri teşkilatı bünyesinde, muhtelif büyüklükte mahkemelerden müteşekkil 551 sulh mahkemesi, 1242 hukuk dairesinden müteşekkil 94 asliye mahkemesi, 415 hukuk senatosundan müteşekkil 20 adet ikinci derece mahkemesi ve 11 hukuk senatosundan müteşekkil yüksek mahkeme bulunmaktadır. Bu istatistiğe, iki Almanya'nın birleşmesinden sonra eklenen yeni 5 eyalete ilişkin rakamlar dahil değildir. Meslekten hakimlerin sayısı daha 1989 yılında 17.627 olup bunların 513'ü federal görevde iken, 17.114'ü ise eyalet düzeyinde görev ifa etmekte ve bu hakimlerin 13.44'ı sadece adli yargıda çalışmakta idiler. Yine resmi adalet istatistiğine göre, avukatların sayısı 1991'de 51. 266'ya yükselmiştir; başka verilere göre bu sayı yaklaşık 55.000'de, avukat-noterlerin sayısı ise 1991 yılında 8.180 ve sadece noterlik yapanların sayısı ise 1014 rakamı ile ifade edilmekte idi. Adliyelerin bünyesinde veya yakın çevresinde çalışan bu hukukçulara, büyük sayıda yardımcı personel, sicil memurları, katipler, mübaşirler, icra memurları ve hukuk müşavirleri de eklenmelidir. Adli personel hususunda belirtmek gerekir ki, eski doğu Almanya'da yaklaşık 1500 hakim, 650 savcı ve 600 avukattan oluşan son derece yetersiz bir personel mevcudu bulunmakta idi. Bu nedenle yeni katılan 5 eyalette 5000 hakim ve 15.000'den fazla avukata ihtiyaç olduğu bildirilmiştir.

Aile mahkemeleri hariç olmak üzere, hukuk mahkemelerindeki iş yüküne gelince, 1989 yılında ilk derece mahkemesi sıfatıyle sulh hukuk mahkemelerinde açılan dava adedi 1.244.608 rakamını bulmuştur; bu rakama yine sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren ve istatistiklere dahil olmayan 5.323.608 icra takibi ve 1.355.673 adet mal beyanına ilişkin prosedür eklenmelidir. Asliye hukuk mahkemelerinde aynı yıl açılan dava sayısı ise 351.448 idi. Bundan başka, üst derece mahkemelerinde aynı yıl 96.797 yeni dava ikame edilmiştir. Yine 1989 yılında ikinci derece mahkemelerine 60.769 dava dosyası intikal etmiş olup, bu rakama aile hukukundan doğan davalar dahil değildir. Yüksek mahkemede ise aynı yıl 4.494 yeni dava ikame edilmiştir. İstatistiklerde özel olarak gösterilmiş olan aile hukukundan doğan iş yükü 1989 yılı itibariyle sulh mahkemelerinde 302.151 ve üst derece mahkemelerinde 23.694 dosya sayısını bulmuştur.

1- Statistisches Bundesamt (Hg.) Statistisches Jahrbuch 1991, s.364 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Rakamsal verilerden anlaşıldığı üzere, yıl sonunda devreden dosya sayısı, bir önceki yılın başında devretmiş olan dosya sayısından daha azdır; bir başka deyişle, neticelendirilmiş olan işlerin sayısı yukarıda belirtmiş olduğumuz yeni açılan dava sayısından daha fazladır.

Uluslararası alanda bir karşılaştırma yapıldığında, muhakeme süresinin -en azından ilk derece mahkemelerinde- kısalığı dikkat çekicidir. Buna göre, sulh mahkemeleri tarafından işlerin % 81'i 6 ay ve % 91'i 12 ay içersinde görülmüştür. Asliye mahkemeleri ise davaların %68'ini 6 ay ve %88'ini 12 ay içersinde neticelendirmiştir. Asliye mahkemeleri, üst derece mahkemesi sıfatiyle, kanun yoluna müracaatların %47'sini 12 ay ve %90'ını 24 aylık bir sürede halletmiştir. Üst derece mahkemeleri ise davaların %25'ini 12 ay, %70'ini ise 24 ay içerisinde görmüşlerdir. Buna karşılık yüksek mahkeme temyiz dosyalarının sadece %5'ini 12 ay ve %21 ini 24 aylık bir sürede neticelendirmekle daha kötü bir tablo sergilemektedir.

Yukarıda verilen rakamlar -daha önce de belirtildiği üzere- yalnızca hukuk mahkemelerine ilişkin olup, adli yargının sadece tek bir koluna dairdir. Gerçekte adli yargı hukuk mahkemeleri, ceza mahkemeleri ve nizasız kaza olmak üzere üç kola ayrılmaktadır. Bunun yanında bilindiği üzere iş yargısı, idari yargı, finans yargısı, sosyal yargı, federal devletin ve eyaletlerin anayasa yargıları bulunmaktadır. Bütün bu yargı kollarının her biri kendi yargılama usullerine ve mahkemeler teşkilatına sahiptirler.

Adli yargının normatif esaslarına gelince, bu konuda şimdilik hatırlanması gereken Mahkemelerin Teşkilatı Hakkındaki Kanun, Usul Muhakemeleri Kanunu, Nizasız Kazaya İlişkin Meseleler Hakkında Kanun, Cebri Arttırma Kanunu ve İflas Kanunu, Alman Hakimler Kanunu, İcra Memurları Hakkındaki Kanun, Federal Alman Avukatlık Nizamnamesi, Federal Alman Noterlik Kanunu, Mahkeme Harç ve Masrafları Hakkında Kanun ve Federal Alman Avukatlık Ücret Kanunu'dur. Bu kadarı ile, adli yargı için önem arzeden tüm hukuki-usuli, personel ve ücretlere ilişkin düzenlemeler elbette yeter derecede sayılmış olmamaktadır.

Yine bu bağlamda önemle vurgulanması gereken diğer bir husus da, Alman Anayasası'nın yargı erkine verdiği fevkalade büyük önem ve anlamdır (karş, AY md. 1,3,19,20). Anayasa'da "yargı gücü" başlığını taşı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yan ve sadece bu konuya tahsis edilmiş olan kapsamlı bir bölüm mevcuttur (md. 92-104) (karş. AY.md.1,3,19,20).

Böylesine devasa bir yargı teşkilatını ayakta tutmak elbette hatırı sayılır miktarda finans araçlarının sağlanmasını gerektirir. Bu araçlar çoğunlukla toplumun tümünden, yani vergi mükelleflerinden sağlanmaktadır. Parasal kaynakların küçük bir kısmı yargı hizmetinden bilfiil yararlananlar veya yargıya dahil olanlar tarafından mahkeme masrafları veya para cezaları yoluyla tahsil edilmektedir. Bu nedenle 1990 yılı için kabul edilen 312 milyar markhk Federal bütçeden sadece Federal yargı bütçesi için yaklaşık 486 milyon markhk bir gider tahsisatı yapılmıştır (2). Eyaletlerin yargı için harcadıkları paraya bir örnek vermek gerekirse Hessen eyaletinin 29 milyar markhk bütçesinden yargı için 1990 yılında bir milyar mark ayırdığını belirtebiliriz (3).

II. PROBLEMLER VE ELEŞTİRİLER

Buraya kadar vermiş olduğumuz rakamlara, normatif esaslara ve fiili duruma bakılırsa Alman yargı sistemi ve onunla birlikte adli yargı ilk bakışta diğer ülkelerin yargı sistemleri ile mukayese edildiğinde genel olarak olumlu görünmektedir. Ancak, Almanların bakış açısından, bu sistem dahi son zamanlarda giderek artan şikayetlere konu olan esaslı sorunlarla karşı karşıyadır. Bu sorunlar nedeniyle bazı yargısal vakıalar ve bunlara bağlı neticeler yoğun eleştirilere maruz kalmışlardır. Bu eleştirilerin yöneltildiği olgular, eskiden olduğu gibi bazı adli veya usuli reformların yapılmasını gerektirir nitelikte ufak tefek noksanlardan ibaret değildir.

Bilakis, burada artık çok daha esaslı hususlar eleştirilmektedir. Bu durum, Federal Alman Cumhuriyetine tenkidî, hatta giderek küçümser bir manada yakıştırılmak istenen "yargı devleti" yada "içtihat devleti", "kanunyolları devleti", "hukukçular devleti" veya "hakimler devleti" gibi kavramlar ile ifade edilmektedir. Bu etiketlendirmeler Alman adalet sisteminin son derece hassas noktalarını ilgilendirmekte ve aynı zamanda günümüz yargısının önemli sorunlarına ve reformun bazı esaslı tartışma noktalarına açıklık kazandırmaktadırlar.

2- 26 Haziran 1990 tarihli Haushaltsgesetz (Bütçe Kanunu), BGBL.190, s.1146 vd.
3- 26 Haziran 1990 tarihli Hessen Eyaleti Bütçe Kanunu, GVBL.1991, s.185 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Burada, "dava devleti" etiketlendirmesi, devletin mahkemelerindeki iş yükünün fazlalığını ifade etmektedir. Mahkemeler giderek altından kalkamadıkları devasa bir iş yükü ile uğraşmaktadırlar. Pek çok yargı eleştirmenine göre de, iş yükünün fazla oluşu, Alman yargı sisteminin en önemli problemidir. Bu duruma sebep olan olgu, devletin vatandaşlarına haklarını aramak veya kendilerini mahkeme nezdinde müdafaa etmek konusunda gerektiğinden fazla yargısal imkan tanımış olmasıdır. Zira bu şekilde yargı mekanizması da diğer sektörler gibi geniş halk kitlelerine yönelik bir imalat yada bir "hizmet endüstrisi" haline dönüşmüştür. İşte bu gelişmenin kazai içtihatları" değerli ve lüks ürünler" kategorisinden çıkartıp artık adeta "seri imalat" ürünlerine dönüştürmekte olması eleştirilmektedir (4).

Federal Alman Cumhuriyeti için "kanunyolları devleti" yakıştırmasında ise eleştirilmek istenen husus şudur: Yargı sistemi bütünü itibariyle çok sayıda kanunyolları, yargılama usulleri, hukuki himaye yolları ve üst derece mahkemelerine müracaat imkanları ile donatılmış durumdadır. Bu nedenle de yargı sistemimiz artık fazlasıyle komplike, girift ve ayrıntılı bir hale gelmiştir. Dolayısıyle artık açık ve şeffaf olmadığı gibi, işlerin yürütülüş biçimi ve yargılama prosedürü aşırı bir şekilciliğe kaçmaktadır. Aslında pekala kaçınılması mümkün olan mükemmeliyetçilik yüzünden mekanizma gereğinden fazla ağır işlemekte ve demode olmuş durumdadır. Bu özellikleri nedeniyle yargı sistemi günümüzde çözüm bekleyen yargısal sorunlara etkin bir çözüm getirmek konusunda yetersizdir. Bu eleştirilere bağlı olarak getirilen reform teklifleri bu yargı karmaşasının radikal bir biçimde ortadan kaldırılması ve gerek kanun yolları, gerekse yargısal kurumlar ve mahkemeler teşkilatının birimleri arasında basitleştirmeye, standardizasyona ve kolaylığa gidilmesi yönündedir.

"Hakimler devleti" yada daha genel olarak "hukukçular devleti" ifadeleri ile eleştiriler, uluslararası bir mukayese yapıldığında, Almanya'da fevkalade yüksek olan hakim sayısına yöneltilmektedir. İki Almanya'nın birleşmesinden önce mevcut olan eski eyaletlerdeki toplam nüfus sadece 61 milyon iken, neredeyse 18 bin hakim görev yapmakta idi. Bu yüksek sayı nedeniyle hakimlerin yetiştirilmeleri, kaliteleri ve atanmaları

4- Bu konuda karş. BENDA, DRİZ 1979, 357 vd.; PFEİFFER, ZRP 1981, 121 vd., ZEİDLER, DRİZ 1983, 249 vd.; SENDLER, AnBL 1989, 415 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

konusunda bir zamanların seçkin mesleğinin artık sıradan bir meslege dönüşmüş olması da eleştirilmektedir. Alman nüfusunun birleşme nedeniyle 80 milyona ulaşmış olması da bu durumda bir değişiklik yaratmamaktadır; zira nüfus artışı ile birlikte hakim mevcudu da 5 bin hakim oranında artmıştır.

Bu bağlamda daima "hakim fakiri" olan ülkelere, örneğin Japonya gibi ileri seviyede gelişmiş endüstri ülkelerine dikkat çekilmekte ve Japonya örneğinde 120 milyonluk nüfusa rağmen sadece 3 bin hakim ile yetinilebilindiği ifade edilmektedir. Bununla beraber, Japonya'da devlet mahkemeleri dışında alternatif uzlaşma kurumlarına verilen olağanüstü önemi ve buna karşılık bu gibi kurumların Almanya'da pek önem taşımadıklarını düşünecek olursak, böyle rakamsal bir karşılaştırmanın farklı hukuk kültürü ve sistemine sahip olan ülkeler bakımından yetersiz kaldığı aşikârdır.

Bahis konusu etiketlendirmeler ile eleştirilmek istenen bir başka nokta şudur: Alman toplum hayatında, özellikle de politikanın, sosyal hayatın ve ekonominin kilit noktalarında dikkatler gereğinden fazla işlerin hukuki yönü üzerinde odaklanmıştır. Hukuki ihtilafların mutlaka mahkeme önüne götürülmesini isteyen hukukçuların sayısı da fazladır. Yargının bu kadar fazla iş yükü ile karşı karşıya bulunuyor oluşundan işte bu avukat çokluğu sorumlu tutulmaktadır (5).

Son olarak, Federal Alman Cumhuriyeti'nin bir "yargı veya kazai içtihatların devleti" olduğu ifade edilmekle kastolunan hususa gelince: Devletin üç iktidar unsurundan biri olan yargı gücü, son derece önemli bir otoriteye sahiptir. Bu niteliği yargıya gerek Anayasa'da ve gerekse toplumsal realitede tanınmaktadır. Vaktiyle Weimar Cumhuriyeti'ndeki yargı sisteminin zaaflarını ve daha sonra Nasyonal Sosyalist dönemdeki yargının aczini dikkate alan Anayasa mimarlarının açıkça hedefledikleri gibi yargı erki güçlü konumunun yanısıra yasama ve yürütme karşısında belirgin bir üstünlük ve önceliğe sahiptir (6). Gerçekten de Anayasa Mahkemesi geniş kapsamlı karar verme ve denetleme yetkileri ile donatılmıştır. İdari yargı adeta yürütme erkinden ayrılmış durumdadır.

5- Bkz. ayrıca GILLES/GOLDMANN, Comparative Law Revue, Chuo University (Japonya) 1986, s.37 vd. (40 vd.)

6- Bu konuda özellikle RASEHORN (Görlitz'de), Handlexikon zur Rechtswissenschaft 1972, s.227 vd., WASSERMANN, aynı eser s.239 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kamu gücü tarafından hak ihlali hallerinde bireylere hukuki himaye talep etmek hususunda temel bir hak tanınmıştır. Yine mahkemelerin, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek konusunda geniş yetkileri mevcuttur. Bu hususlar dikkate alınınca, yargı gücünün yazılı Anayasa icabı dahi imtiyazlı bir statüye sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bütün bunlara ilaveten, yargı gücünün, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana kaybettiği önem ve iktidar artışını da dikkate almak gerekir. Zira mahkemeler her geçen gün daha fazla "kanun uygulayıcıları" olmak fonksiyonunu aşan ve çoğu kez yasama ve yürütmenin geleneksel yetki sahalarına giren görevleri üstlenmiş yada üstlenmek zorunda bırakılmışlardır. Değilmiki günümüz hakimleri geniş kapsamda siyaset ağırlıklı yargılama faaliyetinde bulunmakta, sosyal mühendis vazifesi görmekte ve ekonomiyi yönlendirecek biçimde devletvari yönetsel faaliyetlerde bulunmaktadırlar; o zaman hiç kuşkusuz devlet güçleri arasındaki dengenin yargı gücü lehine-belki de gerçekte onun aleyhine-bozulmasının tehlikeleri hakkında düşünmek gerekir.

III. Büyük Yargı Reformu Hakkındaki Tartışmaların Özellikle de Adli Yargı Alanında Yeniden Gündeme Gelişi

Burada bahsi geçen sorunlar ve yargı sistemine yöneltilen eleştiriler hiç de yeni değildir. Aslında bu eleştiriler Federal Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana farklı kapsam ve yoğunlukta da olsa daima politika, uygulama ve doktrin tarafından öne sürülmüş ve Alman yargı sistemini az yada çok temelden değiştirme çabalarıyla birleştirilmişlerdir.

Yargı reformu ve problemleri hakkındaki tartışmalar 60'lı yılların sonu 70'li yılların başında geçici bir doruk noktasına ulaşmıştır. Bu tarihlerde "Büyük Yargı Reformunu" gerçekleştirmek üzere "Adli Yargının Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı" hazırlanmıştır. (Birinci Yargı Reformu Kanunu) (7). Tasarıda, adli yargının adım adım yeniden düzenlenmesi ve yeknesak bir strüktür içersinde üç basamaklı bir muhakeme yapısının kurulması hedeflenmiştir. Fakat gerek parti politikaları, gerekse sınıfsal baskılar ve bazı başka nedenlerle ne bu Birinci Yargı Reformu gerçekleşebildi, ne de bundan sonraki tarihlerde yargının-özellikle de adli yargının-geniş kapsamlı bir değişikliğine gidilebi-

7- Bundesministerium der Justiz (yayınlayan), Adli Yargının Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı (Erstes Justizreform-Gesetz), 1971

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lindi. Günümüzde sözkonusu olan reform teklifleriyle karşılaştırıldığında, Birinci Yargı Reformu Kanun Tasarısı kapsamında sadece bazı hukuki esaslarda marjinal değişiklikler yapılabildi, örneğin usul kanunlarının şu yada bu noktalarına ilişkin yenilikler gibi.

Büyük bir yargı reformuna ilişkin meseleler ancak 70'li yılların sonlarında yeniden politika, uygulama ve doktrinin görüş sahasına girmiştir. Bu gelişme özellikle yüksek mahkemelerin üst derecedeki hakimleri ve Anayasa Mahkemesi hakimlerinin hemen hemen tüm yargı çeşitlerine dahil mahkemelerin artan iş yükleri karşısında "asgari hukuki teminat" (8) sloganı ile, bir "işletme planı" doğrultusunda yargı mekanizmasında esaslı bir birleştirme, basitleştirme ve kısaltmaya gidilmesini talep etmeleri üzerine ortaya çıkmıştır.

O tarihlerden bu yana, yargının esaslı bir yeniden yapılanmaya tabi tutulmasına ilişkin tartışmaların sonu gelmemiştir. Kuşkusuz bu tartışmaların dinamosu mahkemelerdeki iş yükünün her geçen gün artıyor oluşu idi. Bu fazla iş yükü hakimler tarafından "aşırı yüklenme" olarak ifade edilirken, avukatlar bu durumu -statükonun esaslı bir biçimde değişeceği endişesi ile biraz da kasıtlı olarak- yalnızca bir "fenomen" ve hatta "boş lakırdı" olarak küçümsemeye çalışmışlardır (9)

Son zamanlarda tartışılan güraşler içersinde, en azından yasama organları, hükümet, Federal devlet ve eyaletlerin Adalet bakanlıkları tarafından kabul gören ve yerleşen kanaat şudur: Yargı sisteminin "temel sorunu" mahkemelerin olağanüstü bir iş yükü altında bulunmalarıdır. Bu meseleyi çözmek ve bunu yaparken de yargının kalitesini ve işlevselliğini yitirmemek maksadı ile, zaten devasa boyutlarda olan yargı teşkilatını daha da genişletmek imkânsızdır; çünkü yeni mahkemeler ve yargı müesseselerinin ihdası çok masraflıdır. Bir taraftan iki Almanya'nın birleşmesi, diğer taraftan yakın zamanda gerçekleştirilecek olan Avrupa Birliği'nin getirdiği finans ihtiyacı nedeniyle boşalan devlet kasaları karşısında bu masrafların karşılanması mümkün değildir. Bu nedenle de, günümüzdeki reform düşünceleri daha ziyade, yargıya tahsis olunan maddi kaynaklardan, takyid ve rasyonalizasyon tedbirleri ile mahkeme teşkilatı ve yargılama alanlarında tasarruf etmek ve böylece elde edilen

8- Bu konuda ayrıca Deutscher Richterbund, Grenzen der Rechtsgewaehrung, 1983, aynı şekilde özellikle BENDA, DRİZ 1979, 357 vd. ZEİDLER, DRİZ 1983, 249 vd., PFEİFFER, ZAP 1981, 221 vd.; SENDLER, DVBl. 1982, 17 vd. aynı yazar AnBL. 1989, 415 vd.

9- Karş.örn. VİNTERS, DRİZ 1985, 34; VOSS, DRİZ 1986, 466; BİRK, AnwBL. 1984, 190vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kapasiteyi bu kez yeniden yargı alanında veya bir başka alanda daha faydalı hale getirmek, yani kaynak dağılımını değiştirmekten yanadır.

Böylece,"kıt yargı kaynaklarının işletilmesi" sloganının altında giderek ölçülülük, orantılılık yada gider -fayda düşünceleri de reform tartışmalarına dahil edilmiştir. Bu düşüncelerle birlikte, devletin hukuki himaye arzını çeşit ve kapsam yönünden, sözkonusu hukuki himaye talebinin "iktisadi veya sosyal ehemmiyetine" göre uyarlamak (10) gibi tekliflerde gündeme getirilmiştir. Böylelikle, hukukçuların geleneksel yetki sahalarından çıkılarak iktisadi, sosyal ve organizasyon bilimlerinin alanına giren meseleler ortaya atılmış olmaktadır.

IV. Iki Almanya'nın Birleşmesi Nedeniyle Tartışmanın Sistemi Adalet Konusunda Da Güncellik Kazanması:

80'li yılların sonlarında, iki Almanya arasındaki ilişkiler gelişme kaydetmiş ve nihayet iki ülkenin yeniden birleşmesi nedeniyle bir hukuk ve yargı birliğinin kurulması gerekmiştir. Bu vesile ile, mümkün olan her yerde yargıya tahsis edilmiş olan kaynaklardan tasarruf edilerek, bu kaynakları başka yerlerde kullanma ve giderek bugünkü yargı sistemimizi esaslı bir biçimde değiştirme, yani takyid ve rasyonalizasyon düşünceleri büyük bir ivme kazanmıştır. Hukuk ve yargı birliğinin kurulması, 1990 tarihli Birleşme Andlaşması gereğince, eski Demokratik Alman ve Federal Alman yargı sistemlerinin birleştirici bir asimilasyona tabi tutulmaları suretiyle değil, fakat Batı Alman yargı sisteminin bundan böyle beş yeni eyalette de tatbik edilmesi şeklinde gerçekleştirilecektir (11).

Bu konuda belirtmek gerekir ki, iki Alman devletinin savaş sonrası farklı gelişmeleri yargı konusunda da derin izler bırakmıştır. Her ne kadar

---

10-Bu konuda daha önce HENDEL, DRİZ 1989, 276 vd.; aynı yazar RuP 1977, 155 vd.; BENDER, Festschrift für Wassermann, 1983, s. 129 vd.; aynı yazar GILLES / SCHUSTER / STREMPEL tarafından yazılan eserde, Rechtsmittel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Berufung, 1985, s. 41 vd.; GRUNSKY, DRİZ 1983, 390 vd., aynı yazar Deutscher Richterbund yayınında, Grenzen der Rechtsgewährung, 1983, 121 vd.; WOLLSCHLAEGER, Zur Einführung eines vereinfachten Verfahrens am Amtsgericht, 1989.

11-Karş. Gesetz zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands- und der Vereinbarung vom 18. September 1990, BGBl. 1990, Teil II, s. 885 vd. ve eradaki özel Ek I, Kap. III, Geschaeftsbereich des Bundesministers der Justiz. Bu konuda şimdi VIEHMANN yayını, Einigungsvertrag, Justiz und Rechtspflege 1990.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ortak tarihsel kökler nedeniyle yargı, prosedür ve hukuk meslekleri açısından bazı müşterek noktalar son ana kadar korunmuş olsada, pekçok esaslı farklılıklar da ortaya çıkmıştır. Bu farklılıklar gerek yukarıda sayılan sektörlerdeki hukuk ve yasalar açısından, gerekse bu sektörlere ilişkin yargılama usulleri, hakimlik ve avukatlık uygulamaları ve genel olarak hukuk realitesi bakımından mevcuttur. Demokratik Alman Hukukunun son ana kadar Federal Alman hukuku ile benzerlik, hatta aynîyet arzettiği noktalarda dahi, öyle bazı realiteler açığa çıkmıştır ki, daha en başından bu realiteleri birleşmiş bir Almanya'da öyle kolayca iki taraflı anlaşmalar veya yasama faaliyetleri ile bugünden yarına değiştirmenin veya uyumlaştırmanın mümkün olmayacağı kesinleşmiştir. Bu nedenle de, Batı Alman tarafı, birleşmeden sonra hiç değilse bir geçiş süreci için, Doğu'nun yargı ve muhakeme usulü kanunlarının -elbette bazı uyumlaştırıcı düzenlemeler doğrultusunda-yürürlükte bırakılması projesinden çok çabuk vazgeçmiştir. Yürürlükte bırakılması düşünülen kanunlar Doğu Almanya'da meri olan 1974 tarihli "yeni" (bu kanun 1877 tarihli İmparatorluk Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanuna dayanmaktadır) Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun ve 209 maddeden oluşan 1975 tarihli Medeni Usul Kanunu idi (bu kanun da 1877 tarihli ve 1048 maddelik İmparatorluk Medeni Usul Kanunu'na dayanmaktadır) (12). Sonuçta mevcut koşulların baskısı ile politik tercih, Doğu Almanya'nın Batı Almanya'ya iltihakıyle birlikte yeni eyaletlerde de Batı Alman kanunlarının yürürlüğe girmesinden yana olmuştur. Böylece, özellikle Batı Alman Mahkemelerin Teşkilatı Hakkındaki Kanun ve Medeni Usul Kanunu yeni katılan eyaletlerde yürürlük kazanmıştır. Buna paralel olarak, mahkemeler teşkilatı, dereceler sistemi, yargılama prosedürü ve diğer bazı hususlardaki fiili farklılıkları gidermek amacı ile geçici maddeler de sevkedilmiştir.

Batı Almanyada'ki koşullarla karşılaştırıldığında, Doğu Alman yargı sistemi, gerek personel bakımından, gerekse teknik ve finansal açıdan adeta fakirane bir durumdadır. Yeni katılan beş eyalette vaziyet bugünde aynıdır. Bu nedenle de yeni katılan eyaletlerdeki yargı sistemini eski eyaletlerin düzeyine çıkarmak büyük çabalar gerektirmektedir. Doğu Almanya'da mevcut olan ve tam anlamı ile bir dava seline maruz kalmış olan yargı müesseselerinin yerine yada bunların yanında çok sayıda

12- Bu konuda KITTGE/KRINGE, NJW 1975, 150 vd.; BRUNNER, NJW 1977, 177 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

başka yargısal organizasyon birimine, binlerce hakime ve diğer adliye personeline ihtiyaç bulunduğu daha önce de ifade edilmiştir.

İşte bütün bu meseleler, daha birleşmeden önce başlatılmış olan reform hareketlerine fevkalade güncellik kazandırmıştır. Zira pek çok reformcuya ve Federal Alman kanun koyucusuna göre, iki Almanya arasındaki gelişmeler nedeniyle, Batı'da yargıya tahsis edilmiş olan kaynakları tasarruf etmenin tüm yollarını tüketerek, elde edilen kapasiteyi Doğu Alman yargı sisteminin ihtiyaçlarının karşılanmasında kullanmak her zamankinden acil ve kaçınılmaz bir gerekliliktir. Henüz tasarı halinde bulunan Eylül 1991 tarihli "Yargının İş Yükünün Hafifletilmesi Hakkında Kanun" (13) da, bu mesele aşağıdaki gibi ifade olunmaktadır:

"Federal Almanya'nın, beş yeni eyaletin katılması sonucu genişlemesi, Birleşmiş Almanya'da yargının yükünün ağırlaşmasına neden olmuştur. Yeni eyaletlerde başlatılmış olan, hukuk devletine uygun bir yargı sisteminin kuruluş çalışmaları ve birleşme prosedürü nedeniyle mahkemelerin genişleyen görev sahaları daha çok parasal kaynak ve personel gerektirmektedir. Adalet teşkilatı artık tahammül gücünün sonunda çalışmakta olduğu için, alışılmış yollardan olanak bulma imkanı artık kalmamıştır. Bu yüzden yargı prosedürünün birleştirilmesi ve kısaltılması için eldeki bütün imkanlar tükétilmelidir."

V. ANALİZLER VE REFORM TEKLİFLERİ

Daha önce belirtildiği üzere, Federal Almanya'da Büyük Yargı Reformu hakkındaki tartışmalar, ancak yeniden birleşme nedeniyle bir renessans yaşamış değildir. Esasen bu tartışmalar daha 70'li yılların sonları ve 80'li yılların başlarında yeniden gündeme getirilmiştir. Daha o tarihlerde gerek hükümet, gerekse eyalet düzeyinde yargıya ilişkin idari birimler ve çeşitli meslek teşekkülleri, yargı sisteminin, istatistiki verilerin ötesinde, geniş kapsamlı, hukuk devletinin amacına uygun, tümel, hukuk ilmi ve sosyal bilimlerin yöntemlerine uygun bir analizinin yapılmasını düşünmüşlerdir. Bu analiz yargıyı, bir taraftan bir bütün olarak kendi başına oluşturduğu sistem içersinde ele alacak, diğer taraftan da "şimdiye dek pek araştırılmamış" olduğu biçimde, toplumsal bir altsistem olarak hizmet ettiği amaçlar bakımından değerlendirecektir. Bu

13- Gesetzesentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege, 27.9.1991 tarihli (Bundestagsdrucksache 12/1217).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

düşünceye varılmasının nedeni, sağlam temellere dayalı bilimsel ve deneysel bilgiler olmaksızın, sadece mevcut istatistiki sayı malzemesi ile yargılama hukukuna ve adli personel ekonomisine ilişkin şimdiye dek bilinen tedbirler dışında başka tedbirlerin başarı ile uygulanmasının mümkün olamayacağı inancıdır. Hukuk politikası açısından bu düşünceler, geniş çaplı meclis araştırmaları ve özellikle de SPD fraksiyonunun 1984'de (14) adli yargıdaki iş yükü hakkındaki gensorusundan sonra ivme kazanmışlardır. Yargıya tahsis edilen kaynakların yeniden dağıtımının, mevcut istatistiki malzemenin verebileceğinden çok daha ayrıntılı analizler gerektirdiği, özellikle vurgulanmaktadır. Zira, yargıya tahsis edilen kaynakların yeniden dağıtımı, kapasitenin kantitatif artışını sağlamaktan öte amaçlar taşımalı ve yargının kalitesinin yükseltilmesine de hizmet etmelidir. 1984 tarihli meclis görüşmeleri esnasında, mahkemelerin artan iş yükü sorununa karşı eleman sayısının arttırılmasından başka, örn. rasyonalizasyon gibi diğer bazı tedbirler ile çözüm getirilebilip, getirilemeyeceği sorulmuştur. Federal Hükümet bu soruya "ancak iyi hazırlanmış, uzun süreli araştırmalar sonucunda" cevabını vermiştir. Bu bağlamda hükümet, "yargı sisteminin geniş kapsamlı bir strüktürel analizinin" gerekliliğini açıkça kabul etmiştir. Sözkonusu yapısal analizden elde edilecek veriler sayesinde, hukuk politikasına ilişkin karar organları "yargının çeşitli alt sistemlerinin kendi içlerinde ve birbirleri ile olan münasebetlerini" daha iyi tanıyabilecek ve tartışmalarında değerlendirebileceklerdir. Böylece, Adalet Bakanlığı'nın yönetimi altında yürütülecek olan büyük bir araştırma programı başlatılmıştır.

Bu araştırma, "yargının yapısal analizi" olarak belirlenmiş ve öncelikli konu başlıkları "Mahkeme içi ve mahkeme dışı uyuşmazlıklara ilişkin hükümlerin karşılıklı etkileşimi", "Mahkemelerin organizasyonu ve yargılama usullerinin cereyanı" ve "Yargının yeniden hukuki düzenle-

14- Grosse Anfrage der SPD-Bundestags-Frkaktion zur Geschaeftbelaastung der ordentlichen Gerichtsbarkeit vom 13.7.1984 (BTDrs. 10/1789) ve buna ilişkin Antwort der Bundesregierung auf die grosse Anfrage der SPD- Fraktion zur Geschaeftsbelastung der ordentlichen Gerichtsbarkeit vom 15.4.1986 (BTDrs. 10/5317). Burada bahsekonusu edilen "Yargıya tahsis olunan kaynakların yeni baştan paylaştırılması ve hukuki himaye sisteminin değiştirilmesi" suretiyle "yargının iş yükünün hafifletilmesi için", "mevcut kapasitenin etkinliğinin arttırılmasına yönelik tüm imkanların tüketilmesi gerekmektedir, zira kanun reformu gibi geniş kapsamlı kanuni tedbirler mümkün olduğunca ampirik verilere dayandırılmalıdır."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meye tabi tutulması" şeklinde seçilmiştir (15). Bu konular, Adalet Bakanlığı, eyalet düzeyindeki yargıya ilişkin idari birimler ve birçok ilgili kuruluşun ortak kararları sonucu seçilmiş olan konulardır. Daha sonra, 1988 ve 1989 yıllarında Adalet Bakanlığı tarafından bahsi geçen konulara ilişkin onbir özel araştırma projesinin hazırlanması emri verilmiştir. Bu projelerin bir kısmı tamamlanmış, bir kısmı da halen yürütülmektedir. Bu özel projelerle ele alınan konular şunlardır: "Hukuki meselelerin mahkeme içi ve mahkeme dışı çözümüne ilişkin hükümlerin daha iyi kombine edilmesini sağlayacak çıkış noktalarının geliştirilmesi (yani kesişme noktalarının araştırılması)" (16), "Hukuki himaye sigortalarının mahkemelerdeki iş yüküne etkileri" (17), "Nizasız kaza faaliyetleri dahil, sulh mahkemelerinin organizasyon yapıları" (18), "Vergi mahkemelerindeki organizasyon yapısı", "İdari mahkemelerdeki organizasyon yapısı" (19), "Hakim, savcı, avukat ve diğer hukukçuların işyerlerinde modern enformasyon tekniklerini kullanma imkanları" (20), "Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Court management" (21), "Tek hakimli hukuk mahkemeleri" (22), "Sulh mahkemelerinde basit muhakeme usulü", "Seri yargılama usulü" (23), "Medeni yargılamada kanunyolları problematiği" (24).

15- Yargının Yapısal Analizi (SAR) için bkz. özellikle STREMPEL/VEIS; JA 1989, 181 vd., STREMPEL, RuP, 1989, 97 vd., aynı yazar, KritV, 1986, 242 vd., aynı yazar Festschrift für Wassermann'da, 1985, 123 vd; STREMPEL/KOERTZ/GÖTZEL,DRİZ 1990, 121 vd.

16- BLANKENBURG/SİMSA/STOCK/WOLFF, Mögliche Entwicklungen im Zusammenspiel von ausser-und innergerichtlichen Konfliktregelungen, Bd. 1 ve Bd. 2, 1990

17- JAGODZİNSKİ/RAİSER/RİEHL/WAMSER, Bericht zum Forschungsvorhaben: Die Bedeutung der Rechtsschutzversicherung für die Inanspruchnahme der Rechtspflege, 1990.

18- KİENBAUM, Unternehmensberatung GmbH/KOETZ/ FRÜHAUF, Organisation der Amtsgerichte, 1992.

19- WİBERA Wirtschaftsberatung AG, Vergleichende Organisationsuntersuchung Verwaltungs-Finanzgerichte, 1991.

20- Hazırlayan: FİEDLER

21- Hazırlayan: RÖHL.

22- Hazırlayan: GOTTWALD ve ROTTLEUTHNER, ve bu konuda daha önce ROTTLEUTNER/OEHM/GASTERSTEDT/STELZİG, DRİZ 1989, 161 VD.

23- Bu konuda BLANKENBURG/LEİPOLD/WOLLSCLAEGER yayını. Neue Methoden im Zivilverfahren. 1991, bu arada KAOURU/MATSURA, TAKASHI KURITA ve MORIO TAKESHITA'nın da görüşleri bulunmaktadır.

24- GİLLES, Zivijustiz und Rechtsmittelproblematik, 1992

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yukarıda, sonuçları hakkında bilgi verilmeksizin, sadece başlık olarak verilmiş ve yakın bir tarihte tamamlanmış olan bu araştırmalar, acaba Büyük Yargı Reformu hakkındaki tartışmaları gerçekten etkileyebilecek midir? Yoksa, sadece bazı çekmecelerde kaybolup gidecek midir? Bunu elbet zaman gösterecektir.

Alman yargı sisteminde köklü bir reform yapılması hakkındaki tartışmalarda ortaya atılan teklifler, günümüz yargı sistemine yöneltilen eleştirilerle birlikte aşağıda kısaca tanıtılacaktır. Geçmiş yıllardan tanıdığımız problemleri ve yargıya karşı takınılan eleştirisel tavırları irdelediğimizde dikkatimizi çeken husus, daha o zamanlar tartışmanın odak noktasını oluşturan bir dizi esaslı problemin mevcut olduğudur. Bu sorunlar, örneğin mahkemelerin fazla iş yükü altında bulunmalarının yanısıra, Alman yargısının hukuki himaye imkanları konusunda lüks derecesindeki zenginliği ve teşkilatın büyüklüğünden dahi anlaşılabilen güç potansiyeli yada yargı sisteminin tüm birimlerindeki aşırı farklılaşma ve abartılı karmaşıklıktır. Ancak, mahkemelerin aşırı iş yükü altında bulunmaları sorunu ister hakikat, ister söylenti olarak nitelensin, zaman içinde giderek daha fazla ağırlık kazanmış ve tüm diğer eleştirileri münferit problematikler olarak geri plana itmiştir. Benzer bir gelişme, reform teklifleri için de sözkonusudur. Burada da, mahkemelerin iş yükünü hafifletmeye ilişkin reform teklifi, tüm diğer tekhfleri, ezcümle "indirgeme"-, "basitleştirme"-, "birleştirme" taleplerini bir kenara itmiş ve hatta tamamen tüketmiştir. Sendler ve Zeidler (25) tarafından ortaya atılan problemler hala tartışılmaktadır. Bu hukukçuların tartışmaya açtıkları problemler şunlardır: "Acaba Almanya'daki hukuki himaye sistemi günümüzdeki abartılı ve gayrı vazih niteliği ile hukuk devletinin gereklerini karşılayabilmekte midir?" Diğer bir problem: "Acaba bizim hukuki himaye sistemimiz, olanca karmaşıklığı ile ve çok dereceli kanun yollarına sahip olmakla hukukun icablarındanmıdır?" Bu hukukçulara göre "Uluslararası karşılaştırmada yargı yolları ve çok dereceli mahkemeler düzeni ile neredeyse aşırı lüks donanımlı olan yargı sistemimiz bir labirente benzemektedir" ve yine "çok dereceli kanun yollarının mevcudiyeti tipik Alman zihniyetini yansıtmaktadır". Bu nedenle bu hukukçular "Hukuk devletimizin urlarını yok edelim, çok dereceli mahkemeler düzenini kaldıralım, muhakemeyi kısaltalım ve usuli hakları kısıtlayalım ki, abartı

25- SENDLER, DVBl. 1982, 17 vd.; ZEIDLER, DRiZ 1983, 249 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lar içinde boğulmayalım" (26) şeklinde taleplerde bulunmuşlardır. Ne var ki günümüzde yargı sisteminin abartılı büyüklüğü, otoritesi, karmaşıklığı veya açık olmaması artık başlı başına bir sorun olarak değerlendirilmemektedir. Burada bizleri gerçekten ilgilendiren husus bu tebliğin başında belirtmiş olduğumuz gibi yargı gücünün toplum hayatında işgal ettiği "öncelik" veya "üstünlük", yada adli personel ve adli organizasyonun genişlemesine bağlı olarak ortaya çıkan yargı bürokrasisi, veyahut da kazai içtihatları bir hizmet endüstrisinin seri imalat ürünlerine dönüştüren kitlelere yönelik icraat değildir. Aynı şekilde yargı sistemimizin kanun yolları, yargılama usulleri, mahkemeler ve çeşitli görev ve yetki kaideleri nedeniyle arzettiği olanca karmaşıklık yüzünden uzmanların bile içinden çıkamadıkları bir labirente dönüşmüş olması da bizi ilgilendirmemektedir. Artık ilgilendiğimiz mesele mahkemelerin fazla iş yükü altında çalışmalarıdır. Bu sorunu çözmek için, devletin tanıdığı hukuki himaye imkanlarının, yargısal kurumların azaltılması yolu ile daraltılması veya tüm sistemin karmaşıklığını ortadan kaldırmak üzere, birleştirici ve basitleştirici tedbirler alınması düşünülmektedir. Bu nedenle de, günümüzde Alman sistemindeki hukuki himaye imkanlarının çokluğu ve farklılığı artık tek amaç olan mahkemelerin iş yükünün, yargılama prosedürleri konusundaki farklılığın ve karmaşanın radikal bir biçimde basitleştirilmesi, birleştirilmesi veya kolaylaştırılması yolları ile giderilmesine gerekçe teşkil etmektedir.

Mahkemelerdeki iş yükü fazlalığının teşkil ettiği ana sorun ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına ilişkin reform isteklerine gelince; bu konuda bazı yazarlar (27), yargı önüne getirilen hukuki himaye taleplerindeki mevcut ve beklenen artışın aslında devleti memnun etmesi gerektiğini, zira bu şekilde vatandaşların devletin kurumlarına olan güvenlerinin ifade edildiğini ve bu nedenle de yargısal hizmetlere olan "talep fazlasını" bu hizmetlerin lehine yorumlamak gerektiğini iddia etmektedirler. Yine bu yazarlara göre, "talep fazlası"ndan doğan çeşitli sıkıntıları, yargısal hizmetlerin arzını kısıtlamak veya talebi önlemek suretiyle değil de, aksine arzı, talebe göre ayarlamak suretiyle gidermek gerekir. Yapılacak iş, yargı mekanizmasını daha da büyütmek ve ayrıştırmak ol

26- SENDLER, DVBl 1982, 17 vd.; ZEIDLER, DRİZ 1983, 349 vd.; kısmen LEONHARDY Deutscher Richterbund yayını, Grenzen der Rechtsgewaehrung, 1983, 1 vd.; aynı yazar, DRİZ 1982, 121 vd.

27- GRUNSKY, Deutscher Richterbund yayını, Grenzen der Rechtsgewaehrung, 1983, s. 121 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mahdır. Bu görüş elbette reform çevrelerindeki çoğunluk görüşüne uymamaktadır. "Aşırı iş yükü" fenomeni hakkında özel kriterler önermemekle birlikte, çoğunluk, mahkemelerin boğuştuğu iş yükünün bireysel açıdan belki de zaman zaman faydalı olabilen, ancak bütünü itibariyle sosyal açıdan zararlı bir "musibet teşkil ettiği görüşündedir". Mahkemelerin aşırı iş yükü altında bulunmaları sorununa nasıl bir çözüm getirileceği konusunda ise fikirler ayrılmaktadır.

Yargının, özellikle de adli yargının, çok fazla iş yüküne maruz kalması sorununa çözüm getirebilmek için Almanya'da siyasi çevrelerden, bilim çevrelerinden ve tatbikattan getirilen öneriler, çok sayıda ve çok katmanlı münferit teklifler karmaşası oluşturmuştur ve bu karışıklığı bir düzene sokmak hiç de kolay olmamaktadır. Bu münferid önerileri hiç değilse temel problem olan iş yükü fazlalığına bağlamak mümkündür. Bununla beraber, bu stratejiler henüz sınırlandırılmış ve katileştirilmiş yada taslak şeklinde düzenlenmiş değildir (28).

Ortaya atılan görüşlerden biride, yargı sisteminin artan iş yüküne rağmen, aslında hiç bir şey değiştirmemek ve sadece beklemek gerektiği yönündedir. Hukuki himaye talebi ile hukuki himaye arzı ilişkisinde gerginleşen durumun piyasa kanunları gereğince kendiliğinden rahatlayacağı iddia edilmektedir. Bu "kendi kendini regule etme" stratejisini, bir strateji olarak tanımlamak aslında mümkün değildir, zira "strateji" kavramı eylemlerin, durumların ve süreçlerin planlı bir şekilde yürütülmesi anlamında kullanılmaktadır.

Buna karşılık, hukuki himayeyi "özelleştirme" yada "ikame" stratejisi, daha çok ciddiye alınabilir. Bu öneri, uyuşmazlıkların giderilmesi ve hukuki himaye taleplerini devlet mahkemelerinden uzaklaştırıp "devlet yargısı karşısındaki alternatiflere" yönlendirmek, devlet dışında veya mahkemeler dışındaki uyuşmazlık giderici müesseselere aktarmak şeklindedir. Bu tür müesseseler, Almanya'da çok sayıda mevcut olmakla birlikte, hemen hemen hiç bir önem taşımamaktadırlar ve bizzat bu önerinin sahibine göre de gelecekte de önem kazanamayacaklardır (29). Zira,

---

28- Bu sorulara ilişkin olarak GILLES, "Geschaeftsbelastung der staatlichen Gerichte und Strategien zu ihrer Entlastung am Beispiel der deutschen Zivilgerichtsbarkeit", Ağustos 1992'de Keio Üniversitesi (Tokyo)da sunulan tebliğ

29- Bu konuda ayrıntılı olarak GILLES, Internationales Symposium zum Generaltheme Zivijustiz im Zeitalter der Globalisierung. Deutscher Landesbericht: Streiterledigungssysteme und Rechtskultur-Konfliktbeilegung innerhalb der staatlichen Zivijustiz durch Zivilgerichtsverfahren und sog. Alternativen hierzu in der Bundesrepublik Deutschland", Tokyo 1992

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Japonya'da gerek kendiliğinden ortaya çıkmış olan, gerekse devlet tarafından ihdas ve kontrol edilmekte olan devlet veya mahkeme dışında uyuşmazlık çözen müesseseler ile sağlanan durumdan farklı olarak, bugünkü adıyla "ADR" (Alternatif Conflict Resolution) Adalet Bakanlıkları ve yargıya ilişkin idari mercilerin propaganda çalışmalarına rağmen vatandaşlar tarafından geniş bir kabul görmediği ve bu nedenle kayda değer bir etkinlik gösteremediği için başarılı olamamıştır. Yine burada savunulan görüşe göre, devletin yargı organlarının yükünü hafifletmesi umuduyla Almanya'da Chotei benzeri müesseseleri ihdas etmek de ütopik bir teşebbüs olarak görünmektedir (30).

Geriye kalan, yargıya olan talebin ve arzın yönlendirilmesi stratejileridir. Burada yargı arzının yönlendirilmesi stratejisinden maksat, hukuki himaye talebinde bulunmaya ve/veya hukuki himayeden uzak durmaya sebep olan ve asıl yargı sisteminin dışında kalan nedenlere tesir edilerek, hukuki himaye talebinin azaltılması ve mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesidir. Bu stratejinin de başarılı olması beklenemez. Çünkü, yargı mekanizmasının işletilmesi için mevcut taleplerin ortaya çıkmasından sorumlu olan ve çok çeşitli katmanlarda bulunan bu sebepler, şimdiye kadar bilimsel olarak o kadar az araştırılmışlardır ki, bu verilere dayanarak birtakım kanunlarla veya kanun değişiklikleri ile yada devletin alacağı başka türden tedbirlerle sonuç almak mümkün görülmemektedir. Belirtmek gerekir ki, yargı hizmetinden yararlanmakta olan bazı çevrelerce mahkemeye müracaat edilmesinin veya edilmemesinin sebepleri, hukuki ve yargısal alanda bulunabileceği gibi, sosyal veya ekonomik alanlardan da doğabilir. Yine bu sebepler, belirli uyuşmazlık sahalarından kaynaklanabileceği gibi, yargı hizmetlerinden istifade eden gruplardan, veya taraflar ve bunların profesyonel yardımcılarından, özellikle de avukatlardan kaynaklanabilir. Günümüzdeki dava selinin sorumlusu olarak, avukatlar ve hukuki himaye sigortaları gösterilmektedir. Bu iki grup kâr etmek amacı ile, uyuşmazlıkları önlemek şöyle dursun, bilakis bunları alevlendirerek mümkün olan her derece mahkemesinde kovalamak istemektedir.

30- Alman hukukçularının bakış açısından örn. STREMPEL, JZ 1981, 595 vd.; PRUTTING, JZ 1985, 261 vd.; aynı yazar: Recht in Ost und West, Festschrift zum 30 jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universitaet, Tokyo 1988, s.719 vd; V. HOFFMANN, Gilles yayını, Effektivitaet des Rechtsschutzes und verfassungsmaessige Ordnung, 1983, s. 217 vd; W. GOTTWALD, Gilles'in yayınında, Effizente Rechtsverfolgung, 1987, s.95 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yargı sisteminin arzının yönlendirilmesine ilişkin stratejiler, yani mahkemelerdeki aşırı iş yükünü, yargıya tahsis edilmiş olan kaynakların az yada çok masif bir biçimde değiştirilmesini hedefleyen stratejilerin gerçekleştirilebilme ihtimali daha yüksek görünmektedir. Bu stratejiler şöyle sıralanabilir: Yargıya tahsis edilen kaynakların artırılması (azami kaynak tahsisi) stratejisi (Ressourcenmaximierungsstrategie) yada tam tersine bu kaynakların azaltılması stratejisi (asgari kaynak tahsisi-Ressourcenminimierungsstrategie) veyahut mevcut kaynakları daha verimli ve etkin bir biçimde kullanma stratejisi (kaynakların optimal kullanımı-Ressourcenoptimierungsstrategie), "İndirgeme" ve "Rasyonalizasyon" sloganlarıyla ifade edilmektedirler. Bu konuda getirilen tüm reform tekliflerini ve eleştirileri çok kısa başlıklar halinde saymak bile, bu tebliğin çerçevesini aşacaktır. Bu yüzden de yazarın başkaca eserlerine atıf yapmakla yetiniyoruz.

İleri sürülen reform teklifleri, çok geniş bir yelpazeye dağılmaktadır. Nitekim, hakim sayısının arttırılmasından ve mahkemeler teşkilatının genişletilmesinden, mahkemelerin birleştirilmesi veya kaldırılmasına; çok hakimli mahkemelerdeki hakim sayısının azaltılmasından, bütün ilk derece mahkemelerinde yapılacak yargılamalarda tek hakimli mahkemelerin veya hiç değilse heyet halinde çalışan mahkemelerde de tek hakim yönteminin uygulanmasına; muhakemenin kısaltılması ve kanun yollarının azaltılmasından, yargıya müracaatın veya dava ikamesi ve davanın kabulü şartlarının ağırlaştırılmasına kadar varan teklifler bulunduğu gibi yine bu konuda mahkeme harç ve masraflarına ilişkin hükümlerin değiştirilmesinden, basit ve seri muhakeme usullerinin yaygın kullanımına; hakimlik görev yerlerinin rasyonalizasyonundan elektronik bilgi-işlem yönteminin uygulanmasına ve tüm çalışma usullerinin yeniden organize edilmesine değin çeşitli öneriler getirilmiştir.

VI- SONUÇ VE GELECEĞE BAKIŞ

Federal Alman yargı sisteminde ve özellikle de adli yargı alanında ne tür hareketlenmeler yaşandığı konusundaki açıklamalarımız, belki de aydınlatıcı olmaktan ziyade, kafalarınızı daha çok karıştırmış olabilir. Ancak bütün bu açıklamalardan çıkarılacak sonuç şu olmak gerekir: Alman yargı sisteminin bugünkü durumu yargı istatistiklerine şöyle bir bakıldığında sanılacağı kadar olumlu değildir. Bilindiği gibi, geçmişte

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bazı ülkeler Alman yargı sistemini kendilerine örnek almışlardır. Ne var ki, bizim sistemimiz de pek çok olumsuz yönler nedeniyle, artık diğer ülkelere ibret alınacak bir örnek oluşturmakta ve bu sistemden uzak durmalarına hizmet etmektedir. Ülkelerarası bir karşılaştırma yapıldığında yada farklı hukuk kültürleri mukayese edildiğinde, sistemin olumsuz yönleri ortaya çıkmaktadır. Böyle bir karşılaştırma yapıldığında çok belirgin ve belki de tipik Alman- abartmaların (örn.fazla imkân, fazla yetki, fazla farklılaşma, fazla iş yükü vs.) bulunduğu yerde, yada başka bir deyişle "orta yolun kaybedildiği yerde" sistem artık olumlu olmaktan çıkar.

Son olarak, bütün bu -kısmen çok geniş kapsamlı olan- reform tekliflerinin ne kadarının gerçekleşeceği sorusunu sorarsak, denilebilir ki, Federal Almanya'nın kuruluşundan bu yana Alman yargı tarihinden edindiğimiz tecrübelere bakılırsa statükonun radikal bir biçimde değiştirilmesine yada büyük bir yargı reformuna bu kez de ulaşılamayacaktır. Çünkü, benzer yönde ve daha geniş ölçekli reform istekleri daha önce de nüfuz sahibi sınıfsal organizasyonlar, avukatlar ve hakimler camiası tarafından engellenmiştir, zira sözkonusu çevreler herhangi bir değişiklik halinde kariyer ve kazanç şansalarının azalmasından endişe etmektedirler. Bu yüzden de, yargının iş yükünün hafifletilmesine ilişkin hazırlanan komisyon tasarısı dahi, reform politikası yönünden cesur olduğu kadar mütevazi bir nitelik taşıdığı halde, oldukça güçlü bir direnişle karşılaşmıştır. Sözkonusu yasa tasarısı, daha önce gerçekleştirilmek istenen reform çabalarına kıyasla daha az radikal niteliktedir. Tasarıda öngörülen değişiklikler ise adli yargı alanında kanun yollarına müracaat imkanlarının bir taraftan bu yolların kabule şayanlık şartlarının ağırlaştırılması, diğer taraftan temyiz sınırının yükseltilmesi suretiyle daraltılması ve tek hakimli mahkemelerin arttırılması, heyet halinde çalışan mahkemelerdeki hakim sayısının azaltılması ile sulh mahkemelerinin yetki sahalarının genişletilmesinden ibarettir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YENİ NÖŞATEL MEDENİ USUL KANUNU (*)

Dr. Alain BAUER (**)
Doç. Dr. Selçuk ÖZTEK (***)

1. GENEL OLARAK

1.1. Değişikliğin Tarihçesi ve Nedenleri

Nöşatel Kantonu Parlamentosu (Grand Conseil) tarafından 7 Nisan 1925 tarihinde kabul edilip 1 Temmuz 1925 tarihinde yürürlüğe giren (eski) Nöşatel Medeni Usul Kanunu, herhangi bir değişikliğe uğramadan 25 yılı aşkın bir süre uygulanmıştır. Kanun, daha sonra, bazıları detaya ilişkin, hatta sadece şekli, diğer bazıları ise ilkeler ve kurumlar düzeyinde daha önemli, dokuz kısmi değişikliğe uğramıştır. Ancak, hukuk davaları konusunda Kanunda benimsenmiş bulunan temel ilkeler bu değişikliklerden pek etkilenmemişlerdir. Çünkü Nöşatel Kantonunda hukuk davaları şimdiye kadar tatminkar bir şekilde cereyan etmiş ve halen dahi genelde tatminkar bir şekilde cereyan etmektedir. Şüphesiz, davalar nispeten uzun sürmekte ve şekilcilikten de tamamen yoksun bulunmamaktadır. Fakat, biliyoruz ki, ne basitlik ve ne de sürat adaletin kalitesini sağlamak ve güvence altına almak için yeterli değildir. Ve şekilciliğin keyfiliğe karşı etkili bir koruma teşkil ettiğini belirtmek de günümüzde artık olağan bir hal almıştır. Ancak, her şeye rağmen, sonunda, bazı reformların ve iyileştirmelerin gerekli olduğu müşahade edilmiştir.

Bu müşahade zaten yeni de değildi. M.Andre Sandoz, daha 20 Şubat 1962 tarihinde, Kanton Parlamentosu huzurunda, "medeni yargıla-

---

(*) Bu yazı, Dr.Alain Bauer tarafından 21 ve 22 Mayıs 1992 tarihlerinde İstanbul'da verilen konferansların Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil a l'appui d'un projet de code de procédure civile neuchatelois (CPC) (Du 11 mai 1988) ve Rapport de la commission législative au Grand Conseil a l'appui d'un projet de code de procédure civile neuchatelois (CPC) (Du 20 aout 1991)'den yararlanılarak Doç. Dr. Selçuk Öztek tarafından genişletilmesi suretiyle hazırlanmıştır.

(**) Avukat, Nöşatel Kantonu Adalet İşleri Dairesi Başkanı

(***) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ma sistemimizin organizasyonunda, nispeten kısa vadede, daha köklü değişiklikler yapma ihtiyacına ve bu konudaki mevzuat hükümlerinin, sistemin bir maddesine, bir kurumuna, sorunlarından herhangi birisinin çözüm tarzına dokunulmak istendiği zaman, buna bağlı olarak bir çoğunun da gözden geçirilmesini gerektirecek şekilde birbirinin içine girmiş olduğu hususunda bilinçlenme'ye (BGC, vol.127, p.870-871) işaret ediyordu. Bu şekilde başlayan tartışmalar üzerine, Medeni Usul Kanununun tadili için 13 Ekim 1963 tarihinde Kanton Adalet Bakanı tarafından bir Çalışma Komisyonu oluşturuldu ve bu Komisyon, gerçek bir tasarı hazırlamadan 2 Temmuz 1964 tarihinde sonuçlandırdığı etraflı raporunda, usulün basitleştirilmesini ve süratlendirilmesini sağlayacak bazı tedbirlerin alınması gerektiği sonucuna ulaştı. Bilahare, Nöşatel'de avukatlık yapan Fred Uhler, bir çalışma grubu kurarak Nöşatel Medeni Usul Kanununun tadiline ilişkin bir tasarı hazırladı; fakat, hastalığı nedeniyle, Av. Fred Uhler başladığı eseri maalesef bitiremedi. 21 Mart 1983 tarihinde, bu kere Kanton Mahkemesinin isteği üzerine, district mahkemesi başkanları Kanununun, kendi kanaatlerine göre, iyi işlemeyip değiştirilmesi gereken hükümleri konusunda görüş bildirerek tartışmalara yeni bir boyut kazandırdılar.

1.2. Çalışma Metodu

23 Mayıs 1985 tarihinde Kanton Bakanlar Kurulu (Conseil d'Etat) Dr. Alain Bauer'i Nöşatel Medeni Usul Kanununun tadiline ilişkin bir ön Tasarı hazırlamakla görevlendirdi. Bu Ön Tasarı, büyük ölçüde, evvelce Adalet Bakanı tarafından oluşturulmuş bulunan Çalışma Komisyonunun vardığı sonuçlardan esinlendi ve ayrıca Av.Fred Uhler tarafından meydana getirilmiş olan çalışma grubunun bazı tekliflerini benimsedi. Fakat Ön Tasarı, her şeyden önce, bir uygulamacının çalışması olmak özelliğine sahipti ve böylece, medeni usul hukuku alanında hakimlerin ve avukatların her gün karşılaştıkları sorunlara ilişkin bir cevap taslağı olarak belirmekteydi.

Ön Tasarı 18 Ağustos 1986 tarihinde Kanton Bakanlar Kuruluna tevdi edildi ve Kanton Mahkemesinin bir ön incelemesine konu olduktan sonra siyasi partiler, hakimler ve ilgili meslek kuruluşlarının görüşüne sunuldu. Yapılan istişareler neticesinde, Ön Tasarının hakimlerden, öğretim üyelerinden, avukatlardan, devlet memurlarından ve vatandaşlar-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dan meydana gelen bir çalışma grubunun daha incelemesine sunulması yönünde bazı görüşler belirdi. Fakat Bakanlar Kurulu bu tür çalışma gruplarının önceden faaliyet göstermiş bulunduğu, bunların çalışmalarının herkesin malumu olduğu, Kanton Parlamentosuna artık nihayet somut bir tasarı sunulması gerektiği, Kanton Parlamentosunun tasarının Adalet Komisyonuna veya bizzat kendisinin özel olarak kuracağı bir komisyona sevkedilmesini kararlaştırabileceği gerekçeleriyle bu görüşlere itibar etmedi.

28 Haziran 1988 tarihli toplantısında Kanton Parlamentosu tasarının Adalet Komisyonuna gönderilmesine karar verdi. Bu Komisyon tasarıyı tekrar inceledi ve değişiklik teklifleriyle toplantılar sırasında ileri sürülen diğer teklifleri gözönüne alarak, bazen detaya ilişkin, bazen de daha önemli bazı değişiklikler yaptı. 20 Ağustos 1991 tarihinde Komisyon, tekliflerini Parlamentoya sundu ve yeni Kanun 30 Eylül 1991 tarihinde oybirliğiyle kabul edildi; 1 Nisan 1992 tarihinde de yürürlüğe girdi.

1.3. Değişikliğe Hakim Düşünce ve Çizgiler

Ön Tasarının hazırlanması sırasında, mevcut düzenlemenin işlemeyen noktalarına ve boşluklarına çare olabilecek somut çözümlerin araştırılması amacı güdülmüş; fakat bu çözümlerin, yarım asırdan fazla Nöşatel medeni usulünü düzenleyen temel ilkeler çerçevesinde kalması istenmiştir. Bu bağlamda, insanların ve bölgelerin zihniyetine tekabül ettikleri için tesadüfen doğmadıklarına inanılan mevcut kurumlara bağlı kalınmıştır. Şüphesiz, getirilen değişiklikler hakimin rolünü bir ölçüde arttırmaktadır. Davanın hakimiyeti, onun konusunu serbestçe tayin edebilen taraflara ait ise de, bugün hakim, artık, karar anını beklerken, tamamen pasif bir durumda da kalamaz. Gerçi hakim tarafların talep sonuçları ile bağlıdır ve onlar tarafından ileri sürülmemiş vakıaları resen nazarı dikkate alamaz, bu vakıaları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. Fakat, buna mukabil, hakim, yargılamanın yolundan sapmamasını sağlayacak ve delillerin ibraz ve ikamesindeki faaliyeti ile medeni yargılamanın amacı olarak gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunacaktır. Ancak, yasa metinlerinin ötesinde, bu alanda zihniyetlerin de değiştirilmesi uygun olacaktır. Eski NMUK'nun 69. maddesinin 2. fıkrası hakime zaten gerekli gördüğü delillerin ibraz ve ikamesini resen emret-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

me yetkisini vermektedir. Maamafih, yargı kararları hakime bu yetkiyi çok ihtiyatla kullanmasını telkin ettiğinden, eski NMUK m.69, f.2 hükmünün uygulamada tamamen etkisiz kaldığına şaşmamak gerekir.

Kanton içindeki hukuk davalarının cereyanını iyileştirmeye yönelik olan kanun değişikliği, tahkikatın ve hükmün kalitesine halel getirmeden ve taraflara bahşedilmiş olan teminatlara zarar vermeden basitliği ve sürati sağlamak için tasarlanıp düşünülmüştür. Değişiklik, şeklen, bir kere, yeni bir sistematik ve konuların takdiminde genelden özele giden yeni bir sıra ile belirginleşmektedir. Öte yandan, örneğin görev ve yetki alanında yeni bazı hükümlere yer verilmiş; ayrıca davanın ertelenmesi, yargılamanın taliki, davayı takipsiz bırakma gibi yeni kavramlar kabul edilmiştir. Mevcut bazı kurumlar ıslah edilmiş veya daha iyi tanımlanmıştır. Bunlara örnek olarak taraf ehliyeti, davanın ihbarı, üçüncü şahsın müdahalesi, ihtiyati tedbirler, ıslah, yazılı delillerin ibraz ve ikamesi, cebri icra gösterilebilir. Sulh, gıyap ve evlilik birliğine ilişkin yargılama konusunda çeşitli mahkeme içtihatları ile getirilmiş olan çözümler Kanuna alınmıştır. Geçerliliği kalmamış veya uygulamada önemini tamamen yitirmiş kurallar ise kanundan çıkarılmıştır; bunlara örnek olarak sahtelik iddiası ve yemin delili gösterilebilir. Maddi planda, temel değişiklik ve yeniliklerin konusu: genel hükümler söz konusu olduğunda, müddetler ve gıyap; yazılı yargılama usulünde delillerin derhal bildirilmesi ve talep sonuçlarının değiştirilmesi; nihayet, yeni bir kavram olarak, şifahi hüküm kavramının kabul edilmesiyle bütün sözlü yargılama usulünün düzenlenmesi bakımındandır.

2. YENİ KANUNUN PLANI

Yeni Nöşatel Medeni Usul Kanunu şekil düzeyinde yeni bir sistematik ve konuların takdiminde genelden özele giden yeni bir sıra ile kendisini göstermektedir.

2.1. Kanunun Birinci Bab'ı Genel Hükümlere tahsis edilmiştir. Burada, sırasıyla, görev ve yetki, taraflar, hakim, usul işlemlerinin şekli, müddetler ve tatil, ihtiyati tedbirler, yargılama harç ve masrafları incelenmiştir. Böylece bu Bab'a, teminatı da içerecek şekilde, yargılama harç ve masraflarına ilişkin hükümler yerleştirilmiştir. Islaha, feragat ve kabule ilişkin fasıllar ise "dava"ya tahsis edilmiş yeni Bab'a nakledilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hakimin reddine ilişkin hususlar "Hakim"e tahsis edilmiş fasılda yer almıştır.

2.2. "Dava"ya ilişkin İkinci Bap yenidir. Davayı, onu başlatan işlemden sonuçlandıran işleme kadar, muhtemel bütün sonuçları ve sebep olabileceği "hadise"lerle birlikte, genel olarak gözönüne alıp buna ilişkin hükümleri biraraya getirmenin yerinde olacağı düşünülmüştür. Böylece bazı temel kavramları tanımlamak veya aydınlatmak, uygulama tarafından bilinen ve fakat Kanunda yer almayan bazı kurumları şekli bir düzenlemeye kavuşturmak ve nihayet mevcut olan ve fakat modası geçmiş bir düzenlemenin konusunu teşkil eden kurumları yeni çözümlere kavuşturmak imkan dahiline girmiştir. Genel nitelikte bazı hükümler dışında, bu Bap'ta iptidai itirazlar, davanın ertelenmesi, davanın sonuçlanması (feragat, kabul, sulh, davayı takipsiz bırakma, hüküm), ıslah, giyap ve hadiseye yer verilmiştir.

2.3. Ön tasarı konusunda görüş bildiren Baro, "ispat gibi, usul hukukunun ruhunu teşkil eden temel bir temanın genel baplara dahil edilmemiş olması"nı şaşırtıcı addetmiştir. Baronun bu ikazı yerinde görülmüş ve kural olarak bütün yargılama türlerinde uygulanan "ispat"a ilişkin hükümlere üçüncü Bap'ta yer verilmiştir. Bu bap genel bazı hükümler içermekte ve sonra da tarafların isticvabı ile tanıklık, yazılı delillerin ibrazı, bilirkişilik, keşif gibi çeşitli ispat vasıtalarına yer vermektedir. Bu çerçevede yemin delili ortadan kaldırılmıştır. Zaten Nöşatel medeni usul sistemine biraz yabancı olan bu ispat vasıtasının uygulamada hiç bir etkiye sahip olmadığını da bu meyanda belirtmek gerekir.

2.4. Kanunun Dördüncü Bab'ı, kural olarak Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesinin görevine giren uyuşmazlıklarla tahkiki ve hükme bağlanması district mahkemesine ait olan uyuşmazlıklarda uygulanan yazılı yargılama usulüne tahsis edilmiştir. Fakat yazılı yargılama usulü aynı zamanda bir referans (yollama) usulüdür; Nöşatel sistemi hukuk yargılaması alanında bir tek usule sahiptir, ancak bu usul, bazı dava ve uyuşmazlıklarda, bunların özelliklerine bağlı olarak, bir takım değişikliklere ve düzeltmelere tabi tutulmuştur.

2.5. Beşinci Bap'ta normal olarak district mahkemesi tarafından tahkik edilip hükme bağlanan davalarda uygulanan sözlü yargılama usulüne ve özel yargılama usullerine (evlilik birliğine ilişkin işlerde yargılama usulü, basit yargılama usulü, mahcuz mallara istihkak konusun-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

da yargılama usulü, bakım yükümü ve nafaka borcu konusunda yargılama usulü) yer verilmiştir.

Buna mukabil, prüdhom mahkemeleri ile tahkim ve adli müzaheret konularında uygulanacak usul hükümlerini Kanuna dahil etmekten kaçınılmıştır. Nitekim bu konular özel kanunlarla düzenlenmiştir ve her biri bir bütün teşkil eden bu kanunlar, usul hükümleri yanında, organizasyon ve görev hükümleri de ihtiva etmektedir. Özel kanunlarla düzenlenmiş bulunan bu konuların kanuna dahil edilmesi kaçınılmaz olmadığı gibi uygun da değildir. Bunun dışında, Borçlar Kanununun adi kira ve hasılat kirasına ilişkin 15 Aralık 1989 tarihli yeni hükümlerinin 1 Temmuz 1990'dan itibaren yürürlüğe girmesi, Kanton Bakanlar Kurulu Kararnamesi şeklinde geçici bir uygulama düzenlemesini gerekli kılmıştır; nihai düzenleme muhtemelen özel bir kanunun konusunu teşkil edecek ve Medeni Usul Kanununun içinde yer almayacaktır.

2.6. Altıncı Bap, Hükümlere Karşı Müracaat Yollarına ilişkindir ve yapı itibariyle 1925 Kanunundan değişik değildir. Bu Bap'ta istinaf, temyiz, yargılamanın iadesi, tavzih konusundaki hükümlere yer verilmiştir.

2.7. Çekişmesiz Yargı Usulü başlığını taşıyan Yedinci Bap, mahkeme kararlarının cebri icrasını, temhir ve tahriri, taksim ve izalei şuyuu, müzayede ile satışı, imza ve belge tasdikini, tevdi mahalli tayinini düzenlemektedir. Tabiatıyla, temhir ve tahrire, müzayede ile satışa, imza ve belge tasdikine ilişkin hükümlerin bir medeni usul kanunun içinde yer almasının gerekliliği ve yerindeliği tartışılabilir. Fakat bu hükümler eski Kanunda da mevcuttu ve Medeni Usul Kanununu madde sayısını azaltarak basitleştirme gerekçesi, eski sistemi tamamen terketmek için her zaman yeterli bir gerekçe olarak telakki edilmemiştir.

2.8. Son Hükümler (önceki hukukun tadili ve ilgası, geçici hükümler, ilan ve yürürlüğe girme) Sekizinci Bap'ın konusunu teşkil etmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3. DETAYLI İNCELEME

3.1. Genel Hükümler

3.1.1. Görev ve Yetki

3.1.1.1. Görev

Kaleme alınış tarzı dışında yeni metin, eski metne oranla önemli değişiklikler ihtiva etmemektedir. Sadece, müddeabihin değerinin takdirinde semere, faiz, masraf ve diğer fer'ilerin hesaba katılmayacağı kuralı getirilmiştir (m.2, f.2). Bu kural, fer'ilerin aslın mukadderatına tabi olmaları ilkesinin bir sonucudur. Öte yandan, periyodik edimler (m.3, f.2) ve rehin (m.3, f.3) söz konusu olduğunda müddeabihin değerinin nasıl hesaplanacağını açıkça belirtmekte ve keza müddeabihin birden fazla olması halinde hesaplamanın nasıl yapılacağını açıklamakta (m.4) yarar mülahaza edilmiştir. Ayrıca, karşılık davanın değerinin asıl davanın açıldığı mahkemenin görev sınırını aşması (m.6, f.2) veya bir davanın açıldığı mahkemenin dava esnasında talep sonucunun artması nedeniyle görevsiz hale gelmesi (m.7, f.3) durumunda görevli mahkeme önünde yeni bir davanın açılması gerekli kılınmıştır.

Bu çerçevede dosyanın görevli mahkemeye intikal ettirilmesi mümkün görülememiştir; çünkü Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesi district mahkemesi önünde önceden sözlü yargılama usulüne göre açılıp yürütülmüş olan bir davaya doğrudan doğruya el koyamaz. Tabiatıyla, district mahkemesinin görev sınırı arttırıldığı ve ona böylece gelen yeni davaların yazılı yargılama usulüne göre incelenip hükme bağlanması gerektiği takdirde durum daha değişik olacaktır.

8. maddeye göre, aynı yargı yoluna dahil başka bir mahkemenin veya idare mahkemesinin görev alanına giren bir davanın açıldığı mahkeme, bu durumu resen nazarı itibara almak zorundadır ve taraflar da mahkemenin görevsiz olduğunu davanın sonuna kadar ileri sürebilirler. Kural yeni değildir. Maamafih, Adalet Komisyonu, mahkemenin görevsizlik kararı verirken, kararında, görevli mahkeme veya yargı yolunu belirtmesini zorunlu kılmıştır (m.8, f.3). Komisyon, sorunun, özellikle uyuşmazlığın hakem yargılamasına tabi olması veya idare mahkemesinde görülmesinin gerekmesi hallerinde hassasiyet arz edebileceğini kabul etmekle beraber, hakimlerden istenen bu basit araştırmanın, yargı yerini

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tayinde yanılan hak sahibine uyuşmazlığı fiilen çözmek için görevli mahkeme veya mercii öğrenmek imkanını vereceğinden, gerekli olduğu sonucuna varmıştır.

3.1.1.2. Yetki

Esas itibarıyla, eski düzenleme muhafaza edilmiştir. Maamafih, müessesenin (etablissement) bulunduğu yer mahkemesinin (m.11) veya şirket işleri konusunda, ticaret şirketlerinin ortakları arasında açılan davalarda, merkezin bulunduğu yer (m.15) mahkemesinin yetkili kılınmasında olduğu gibi, bazı özel yetki kuralları getirilmiş; aynı şekilde, davalının İsviçre'deki meskeni (m.17) veya haksız fiilen işlendiği yer (m.18, b.b) mahkemesi de bazı hallerde yetkili kılınmıştır. Miras hukuku alanında, yeni düzenleme, miras ile ilgili davalarda mirasın açıldığı yer mahkemesini yetkili kılmaktadır; oysa, eski düzenleme bunu sadece "terekeye karşı açılan davalar" bakımından kabul etmekte idi (m.9). Bazıları yeni terminolojinin hatalı olduğu görüşünü savunmuş ise de, uzun tartışmalardan sonra bu terminolojinin daha yerinde olduğu sonucuna varılmıştır. Tereke davada taraf olma ehliyetine sahip bir hukuk süjesi değildir; murisin borçlarından mirasçılar sorumludurlar; böyle olunca, "terekeye karşı açılan dava" kavramı iki ayrı şeyi ifade edebilir: mirasçıların ve musalehin açtıkları ve mirasla ilgili olan davalar, murisin alacaklılarının mirasçılara karşı açtıkları ve mirasla ilgili olmadıkları için kural olarak bunların ikametgahında açılan davalar. Davalının ikametgahı mahkemesinin yetkili olmasına ilişkin anayasal teminatın dışında sadece ölüme bağlı tasarrufların tenkisi ve iptali davaları, mirasın taksimi davası, miras sebebiyle istihkak davası, taksimin butlanı ve feshi davası gibi tam anlamıyla mirasla ilgili davalar, yani hukuki temelini miras hukukunda bulan ya da diğer bir deyişle sadece mirasçı sıfatıyla açılan davalar kalır. Mantıken sadece bu davalar mirasın açıldığı yer mahkemesinin önüne götürülecektir.

Yetki sözleşmeleri konusunda Tasarı, sarih veya zımni olarak yetkili kılınan mahkemenin, şayet dava ile bu mahkemenin yargı çevresi arasında hiç bir ilgi kurulamıyorsa davaya bakmaktan kaçınabileceğini öngörmekteydi. Bu hüküm, Adalet Komisyonunca, Devletler Hususi Hukukuna İlişkin Federal Kanunun gereklerine aykırı mütalaa edildi ve münhasıran İsviçre'yi ilgilendiren uyuşmazlıkların milletlerarası uyuş-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mazlıklara oranla daha elverişsiz bir işleme tabi tutulmaları arzu edilmeyerek Tasarıdan çıkarıldı.

Nihayet, belirtmek gerekir ki, mahkeme içtihatlarına uygun olarak (RJN 1985, p.68), Nöşatel Hukukunda, yetki sözleşmesi yapmak suretiyle kanunen yetkili olan genel ve özel mahkemelerin yetkisini kaldırmak mümkün değildir.

3.1.2. Taraflar

3.1.2.1. Tarafların Ehliyeti

Yeni Kanun, kanuni temsilci kavramının yanında, özellikle tüzel kişilerin temsili bakımından önem arz eden temsil organı kavramına da yer vermiştir. Öte yandan yeni Kanun, taraflarda, vefat (m.24), sağlar arası işlem (m.25) veya resen (m.26) vuku bulan değişiklik durumlarını da gözönüne almaktadır. Buna ilişkin eski düzenleme çok eksikti. Gerçi bu eksiklik bir ölçüde mahkeme içtihatları ile giderilmişti, fakat her şeye rağmen konunun yeniden düzenlenmesi gerekiyordu.

3.1.2.2. Üçüncü Şahsın Davaya Müdahalesi

Bu alandaki eski düzenleme yetersizdi. Özellikle, davaya müdahale eden ve 51. madde uyarınca "iltihak ettiği tarafla birlikte hareket eden", fakat kararda zikredilmeyen üçüncü kişinin karma durumu hiç de tatminkar değildi. Bu nedenle, önerilen değişiklik durumun aydınlığa kavuşturulması ve usulün basitleştirilmesi amacını güttü. Değişiklik iki müdahale türü öngörmektedir: İltihak olunan tarafa destek vermeye yönelik müdahale (m.34); iltihak olunan tarafla birlikte, davacı ya da davalı mevkiinde dava arkadaşı, yani davada taraf olmak üzere vuku bulan müdahale (m.35).

Müdahale usulüne gelince, müdahale talebinin gerekçeli bir layiha ile yapılması öngörülmüştür (m.33).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.1.2.3. Davanın İhbarı

Davaya müdahale konusunda yapılan değişiklikler nedeniyle, dava kendisine ihbar olunan üçüncü kişinin, davayı ihbar edenin yanında davaya müdahalesinin, ancak, destek vermeye yönelik müdahale şeklinde gerçekleşebileceğinin tasrih edilmesi gerekmiştir (m.41). Bunun dışında, kurum aynen muhafaza edilmiştir ve yeni metin sadece ihbar usulu yönünden detaya ilişkin bazı açıklamalar getirmektedir.

3.1.2.4. Taraf Vekilleri

Eski NMUK'nun 59. maddesi "vekil, temsil yetkisini yazılı olarak tevsik etmek zorundadır" hükmünü amir idi. Çok mutlak olan bu kural uygulamada tatbik edilemedi. Bu nedenle, yeni Kanunda, vekilin vekaletnamesini ibraz etmesinin, taraflardan birinin talebi üzerine veya hakim tarafından resen istenebileceğini öngörmek ve vekaletname ibraz edilmediği takdirde bunun sonuçlarını düzenlemek cihetine gidilmiştir (m.46).

1962 tadilatı sırasında kanun koyucu hak sahiplerinin, miktar veya değeri 600 Frankı aşmayan işlerde vekillerini baro dışından seçmeleri imkanını muhafaza etmişti. Bu çözüm tarzı yeni Kanunda da benimsendi, ama kurala belli bir uygulama alanı kazandırmak için bu meblağ 2.000 -Franka yükseltildi (m.47).

Eski Kanunun 63. maddesinin "vekil tarafından müvekkili huzurunda yapılan beyanlar, müvekkil bunları derhal tekzip etmezse müvekkilden sadır olmuş addolunur" şeklindeki kuralı ise ilga edilmiştir. Vekaleti düzenleyen hükümlere yapılan yollama (m.45) ve Nöşatel usul hukukunun vekilin yetkilerinin kapsamına ilişkin özel düzenlemesi (m.48-50) bu açıdan yeterli sayılmıştır.

3.1.3. Hakim

3.1.3.1. Hakimin Hakları ve Görevleri

Eski NMUK tespit davası kavramına yer vermemişti. Maamafih, mahkeme içtihatları, bu davayı, davacının derhal böyle bir tespitte hukuki yararının bulunması halinde kabul etmişlerdi (RJN 7.I.237, 4.I.26,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2.1.232; RJN 1983, p.80). Yeni NMUK bu ilkeyi benimsemektedir. Gerçi, Federal Mahkemenin halihazır içtihadına göre, menfi tespit davası bundan böyle federal hukuk tarafından düzenlenmiştir. Fakat, en azından, medeni usulün kural olarak kantonların sahasına girdiğini hatırlatmak için, konuya ilişkin kantonal bir hükmü muhafaza etmek zorunludur. Yeni Kanun ayrıca hakimin hukuku resen tatbik edeceğini hatırlatmakta ve yabancı hukuk söz konusu olduğunda, Devletler Hususi Hukukuna İlişkin Federal Kanunun gereklerini gözönüne almaktadır; yabancı bir hukuku tatbik etmek gerektiğinde, hakim onu resen tatbik edecek, fakat tarafların yardımını da isteyebilecek ve mamelek hukuku alanında, taraflardan, ileri sürdükleri kuralların mevcudiyetini ispat etmelerini isteyebilecektir.

3.1.3.2. Hakimin Reddi

Esasa ilişkin önemli bir değişiklik getirmemekle beraber, yeni Kanun bazı özellikler içermektedir. Bu çerçevede, memnuniyet sebepleri ve bunların sonuçları ile red sebepleri birbirinden ayırt edilmiş ve hakimin çekinmesi (istinkafı) usulü ile hakimin reddi usulü daha sarih bir şekilde düzenlenmiştir. Memnuniyet sebepleri bakımından yeni Kanun, hakimin dava ile doğrudan doğruya alakadar olduğu, taraflardan biri ile kan veya sıhriyet yönünden akraba olduğu ya da bir başka sıfatla aynı davada önceden hareket etmiş olduğu halleri kaale almıştır (m.67). Red bakımından ise, eski NMUK m.19'un, zaten tadadi sayımının gerekli olmadığı sonucuna varılmış ve hakimin taraflardan biri ile yakın dostluk veya şahsi düşmanlık ya da bağımlılık ilişkisi içinde bulunması hallerinden başka, genel bir şekilde, hakimin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren önemli sebeplerin mevcut olduğu bütün hallerde red yoluna gidilebileceğini öngörmek yeterli addedilmiştir (m.70). Kanton Mahkemesinin veya bu Mahkemenin Hukuk Dairesinin bütün red taleplerine bakmasına gerek görülmemiştir. Böylece, kendi üyeleri için Kanton Mahkemesi daireleri, diğer hallerde de Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesi görevli kılınmıştır (m.73). Usule ilişkin hükümler bakımından özel bir açıklamada bulunmak gerekmemektedir; ancak, masrafların, istinkaf etmek zorunda olduğu halde bunu yapmamış olan hakime yükletilmesi mümkündür (m.79).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.1.4. İşlemlerin Şekli

3.1.4.1. Usul İşlemleri ve Bunların Tebliği

Yeni Kanun Fransızcayı açık bir şekilde mahkemelerde kullanılacak dil olarak kabul etmekte (m.81); bundan sonra da, hakimin duruşma yapmadan verebileceği kararlara (m.82; RJN 7.I.264, 5.I.161), tebligatlara ve taraf işlemlerine (m.84 ila m.86) değinmektedir; şekli bir kavram olan davetiye kavramı ortadan kaldırılmıştır.

88. madde tebligat konusunda önemli bir yenilik getirmektedir: bundan böyle tebligatı kabulden imtina halinde tebligat yapılmış sayılacak ve muhatap tebligatı postaneden almaktan imtina ederse, tebligat postanedeki muhafaza süresinin son günü yapılmış addedilecektir. Aslında bu, özellikle idari yargılama usulünde benimsenmiş olan (RJN 1985, sh. 265) bir ilkedir ve bu ilkenin medeni yargılama usulünde de kabul edilmesiyle eski NMUK m.115'in Kalem personeli vasıtasıyla tebligat usulünü terketmek imkan dahiline girmektedir (ATF 109 Iab 18. 100 III 5; Jeanpretre, L'expédition et la reception des actes de procédure et des actes juridiques, SJZ 69 [1973], sh.349-350). Her türlü lüzumsuz şekilciliğe engel olmak için yeni Kanun Kanton içindeki tebligatların posta ile kural olarak iadeli taahhütlü mektupla veya duruma göre, hakim izin verdiği ölçüde, adi taahhütlü mektupla ya da sadece mektupla yapılmasını öngörmüştür (m.87). Bu durumda tebligatın şeklini uygulanan yargılama usulü değil, işlemin niteliği belirleyecektir. Tebligatın yapılacağı şahsa gelince; yeni Kanunda, kendisini vekil ile temsil ettiren bir tarafa yöneldiği takdirde tebligatın vekile yapılması gerektiği, Adalet Komisyonunun ifadesiyle bu çözüm tarzı "mahkemeler için daha basit ve daha emin olduğundan", açık bir şekilde belirtilmiştir (m.89, f.3).

3.1.4.2. Celseler, Zabıtlar, Dosyalar

Kaleme alınış tarzı dışında, yeni Kanun bu alanda önemli değişiklikler getirmemektedir. Maamafih, duruşmaların aleniliğini, sadece genel ahlakın gerekli kıldığı hallerde değil, davanın kişilerin özel hayatını ilgilendirmesi, özellikle evlilik birliğini veya nesep ilişkisini konu alması durumunda da sınırlamak uygun mütalaa edilmiştir (m.96) ve duruşmada zabıt katibinin hazır bulunması kuralı açıkça ifade edilmiştir (m.97).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.1.5. Müddetler ve Tatiller

3.1.5.1. Müddetler

Tecrübeler, davaların, müddetlerin tarafların anlaşmasıyla uzatılması imkanının çok sık ve hatta suistimal derecesinde kullanılması nedeniyle önemli ölçüde uzadığını göstermektedir. Şüphesiz, usuli müddetleri sadece kendi iradeleriyle uzatmak hususu taraflara ait bir yetki değildir. Fakat, istisnai haller dışında, hakimin kendisine intikal eden uzatma isteklerini onayladığı da bir vakıadır. Bu sakıncayı gidermek için yeni Kanun, usul işlemlerinin yerine getirilmesi için verilen müddetlerin tarafların hakimin onayına tabi anlaşmasıyla veya talep üzerine inceleme yapan hakimin kararıyla sadece iki defa uzatılabilmesini öngörmüştür; istisnaen, şartlar gerektirdiği takdirde, taraflardan birinin veya her ikisinin talebiyle hakim bir üçüncü uzatmaya karar verebilecektir (m.111). Bu hükümle, taraflara bahşedilmiş teminatlara halel getirmeden ve avukatların işini de çok zorlaştırmadan, yargılamanın süratlendirilmesini ve disiplin altına alınmasını kolaylaştırmak amacı güdülmüştür.

Diğer bakımlardan, yeni Kanuna, eski Kanundaki kavramları açıklığa kavuşturma endişesi hakimdir. Nitekim, bu endişe ile yeni Kanun, kanuni müddetleri (m.105) hakimin tayin ettiği müddetlerden (m.106) ayırmış ve bu sonuçları yaknasak bir hale getirmek için bazı ilkeler kabul etmiş, bilahare de müddetlerin hesaplanması konusunu düzenlemiştir (m.107-110).

3.1.5.2. Eski Hale Getirme (Hali Sabıka İrca)

Eski NMUK'nun 139 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan eski hale iade kurumu, şekilci ve lüzumsuz şekilde çetrefil olduğu için baştan aşağı değiştirilmiştir. Taraflardan birinin kanunun veya hakimin tayin ettiği bir müddeti kaçırması nedeniyle eski hale getirme isteyebilmesi için gerekli şartların ve takip olunacak usulün tanımlanması bu açıdan yeterli addedilmiştir. Eski hale getirme talebi, ancak, taraf veya vekili, irade dışında bir nedenle müddeti geçirdiğini ispat ettiği takdirde ve o da, süresinde yapılamayan işlem davanın akıbetine etki edecek nitelikte

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ise kabul edilebilecektir (m.114). Eski hale getirme talebi gerekçeli olmalı ve mahkemeye, delillerle birlikte, engelin ortadan kalkmasından itibaren 10 gün içinde sunulmalı; ayrıca, kaçırılan işlem de aynı süre içinde yapılmalıdır (m.115). Bu sonuncu mecburiyet bazı açılardan ilgili taraf için ağır gibi görünmekte ise de, yargılamanın çabukluğunu ve disiplinini sağlamak için zorunlu bir tedbirdir. Eski hale getirme talebi, yapılamayan işlemin yönelik olduğu mahkemeye sunulacaktır (m.116). Öte yandan, aranılan şartlar gözönüne alınarak, eski hale getirme yoluna başvurma imkanını, eskiden olduğu gibi, bir sayı ile sınırlamanın gerekli olmadığı kabul edilmiştir.

3.1.5.3. Adli Tatiller

Okul tatillerine bağlı olarak, mevcut ihtiyaçlara cevap vermek için, yeni Kanun yaz adli tatilini 10 Temmuzdan 20 Ağustos'a kadar tespit etmekte ve 20 Aralık'tan 2 Ocak'a kadar da yıl sonu adli tatilini ihdas etmektedir (m.118). Adli tatilin sonuçları bakımından, sadece, ivedi haller, uzlaşmalar, evlilik birliğini koruyucu tedbirler, ihtiyati tedbirler ve Federal Borç İçin Takip ve İflasa İlişkin Kanunun basit yargılama usulüne tabi kıldığı uyuşmazlıklar dışında (m.119), duruşma yapılmayacağı ve kanun ya da hakim tarafından tayin olunan müddetlerin işlemeyeceği (m.120) öngörülmüştür. Kanun yollarına müracaat ve eski hale getirme süreleri bakımından eski Kanunda mevcut olan istisna da, adli tatil kurumuna varoluş nedeninin büyük bir kısmını kaybettirmemek için yürürlükten kaldırılmıştır.

3.1.6. İhtiyati Tedbirler

Kendisinden az bahsedilmesine rağmen bu fasıl ilgi çekicilikten ve fiili önemden yoksun değildir. Neşatel Kantonu hukukçuları, eski NMUK'nun 94 vd maddeleri ile getirilen sistemin yetersiz olduğu hususunda hemfikir olduklarından, düzenlemenin tamamı yeniden ele alınmıştır. Tartışmalara yol açacak ve özellikle eksik olacak şekilde, hakimin emredebileceği ihtiyati tedbirleri saymakla başlamak (eski NMUK m.94) ve sonra da hakimin, duruma göre, tehirde tehlike varsa yahut tedbirin tamiri zor, mühim bir zararı önlemek için gerekli olduğu anlaşılırsa başka tedbirlerin icrasına dahi karar verebileceğini (eski NMUK

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

m.95) öngörmektense, önce hakimi ihtiyati tedbir kararı vermeye sevkedecek çerçeveyi tespit etmek, sonra da karar verilebilecek tedbirlerin başlıcalarını örnek kabilinden belirtmek sistematik yönünden daha tercihe şayan görülmüştür (m.121). Böylece hakim, bir yandan federal Hukuk tarafından öngörülen hallerde; diğer yandan, acele hallerde, mevcut fiili durumu muhafaza etmek için, verilecek olan hükmün icrasını sağlamak için, tamir edilmesi güç, mühim bir zararı önlemek için ihtiyati tedbir kararı verebilecektir. Bu alandaki değişikliğin ilk konusu budur (m.122).

Davanın açılmasından önce ittihaz olunabilecek ihtiyati tedbirler bundan böyle en az masrafla ve en çabuk işlem yapılabilecek (eski NMUK m.97, b.a) district mahkemesinin başkanı tarafından değil, genel veya özel yetkili district mahkemesinin veya eşyanın bulunduğu yer district mahkemesinin başkanı tarafından emredilebilecektir (yeni NMUK m.124, b.a). Prosedürün kendisi önemli bir değişikliğe tabi tutulmamıştır. Maamafih, belirsiz bir durumun gereksiz yere uzamasına engel olmak amacıyla, yeni Kanun tebligat yapılmadan veya karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı itirazda bulunmak için 10 günlük bir süre getirmiştir. Öte yandan, davanın açılmasından önce verilmiş ihtiyati tedbir kararlarında eski NMUK'nun 102. maddesi tarafından öngörülmüş bulunan 10 günlük dava açma süresi fazla katı telakki edilmiş ve, aynı amacı sağlamak için, hakime, uygun bir süre tayin etme yetkisini vermek daha yerinde addedilmiştir (m.131). Cebri icra konusunda Adalet Komisyonu, ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemenin, mümkün olduğu ölçüde, hükümlerin icrası için öngörülmüş bulunan düzenleme ile uyum içinde olması gereğine haklı olarak işaret etmiştir. Hiç şüphesiz, ihtiyati tedbir kararları, bazı kararlarda olduğu gibi önceden bir cebri icra kararı almaya gerek olmadan, derhal infaz edilebilirler. Getirilen sistem ihtiyati tedbirlerin onları kararlaştırmış olan hakimin nezareti altında infaz edileceğini, önceden bir tebliğe gerek olmadan, kararın aslının ibrazı suretiyle infazın yerine getirileceğini, geri kalan hususlarda mahkeme kararlarının cebri icrasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını öngörmektedir (m.127). Eski NMUK'nun 103 maddesine göre, ihtiyati tedbir talep eden taraf bundan doğabilecek zarar nedeniyle kural olarak teminat vermek zorundadır. Yeni Kanunda bu hüküm, kefalet kurumunu çağrıştıran "caution" terimi yerine 'sureté' terimi kullanılarak muhafaza edilmiş (m.132); hükmün eksikliklerinin ise tamamlanması cihetine gidilmiştir. Eski düzenlemede, verilen teminatın akıbe-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tinin ne olduğu her zaman iyi bilinememekteydi. Bu nedenle, yeni Kanunda, ihtiyati tedbir kararı elde eden tarafın, bu kararın dayandığı iddia mesnetsiz ise, bundan doğan zararı tazmin etmek zorunda olduğu ve teminat verilmişse bunun, ancak, zarar-ziyan davası açılmayacağı kesinlik kazanmışsa serbest bırakılabileceği açıklığa kavuşturulmuştur; belirsizlik halinde hakim, ilgili tarafa, dava açmak için bir süre verecektir (m.136).

3.1.7. Yargılama Harç ve Masrafları

3.1.7.1 Yargılama Harçları

Yeni düzenleme, Nöşatel Hukukunda harç ve usul işlemlerine ilişkin masraf avanslarından oluşan yargılama harçlarını tanımlamak; celse harcı, kalem harcı gibi eskimiş kavramlara yollamaları ortadan kaldırarak yargılama harçlarını hangi tarafın avans olarak yatıracağını belirlemek (m.139 ve 140) ve harç yatırılmadığı takdirde yargılamanın akıbetinin ne olacağını (m.141 ve 142) açıkça belirtmekle yetinmektedir.

3.1.7.2 Yargılama Masrafları

Nöşatel Hukukunda yargılama masrafları vekalet ücretine iştirak (eski NMUK m.370, b.6; RJN 1984, sh.51) olarak anlaşılmakta; istiovap edildikleri takdirde tarafların seyahat ve barınma masrafları da buna eklenmektedir (eski NMUK m.370, b.5). Yeni Kanun bu masraflara, tarafların şahsen katıldıkları usul işlemlerine ilişkin masrafları da dahil etmekte ve vekilin davadan önceki faaliyeti nedeniyle ek bir tazminata hak kazanması ilkesini, eski Kanun zamanındaki mahkeme içtihatlarına uygun olarak, yazılı hale getirmektedir. Yeni Kanun hazırlanırken, davayı kazanmış olan taraf lehine hükmolunacak yargılama masraflarının vekile ödenecek olan vekalet ücretinin tamamını kapsaması gerektiği ileri sürülmüş; fakat davayı kaybeden tarafın adli yardımdan yararlanması halinde sorun çıkartacağı; ayrıca, davayı kaybettiği takdirde çok yüksek vekalet ücreti ödemek zorunda kalacağı endişesiyle bazı şahısları dava açmaktan caydıracağı; öte yandan, mahkemeleri sonuçta vekalet ücretlerini belirlemeye mecbur edeceği için bu yönde bir hüküm getirmenin doğru olmayacağı sonucuna varılmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Eski Kanun zamanında olduğu gibi, hakim, hiç bir hakkı olmadığı halde dava ikame eden davacıyı ya da kötü niyet sahibi olan davalıyı, adi yargılama masrafları yerine (oysa eski Kanun "adi yargılama masraflarına ilave olarak" demekte idi), karşı taraf vekilinin vekalet ücretinin tamamını ödemeye mahkum edebilecektir (m.144); vekalet ücretinin miktarı konusunda ihtilaf çıktığı takdirde bu ihtilafı hüküm mahkemesi halletmeyecek, Avukatlık Kanunun öngördüğü usul uygulanacaktır. Bu çözüm tarzı, davayı ve dolayısıyla sarfedilen emeği iyi bilen hakimin vekalet ücreti hususunda karar vermesine engel olduğu için eleştirilebilirse de; çözümün vekalet ücretlerinin tespitine ilişkin hükümlerin yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve çelişkili uygulamaların meydana gelmesine mani olmak avantajını içerdiği de bir gerçektir.

3.1.7.3. Teminat

Teminata ilişkin hükümler yargılama harç ve masraflarına ait fasıla dahil edilmiş; fakat içerik yönünden önemli bir tadilata uğramamıştır. Mamafih, takip olunacak usul daha açık bir şekilde belirtilmiş (m.146) ve teminatın kural olarak nakit tevdi edilmek suretiyle gösterilebileceği kabul edilmekle beraber, hakimin başka bir teminat çeşidini de geçerli addedebileceği hususunun sarahaten belirtilmesinde fayda mülahaza edilmiştir (m.148). Teminat, hakimin verdiği süre içinde gösterilmezse, verilecek yeni sürenin de geçmesinden sonra davanın, masraf avansının yatırılmamasında olduğu gibi, açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

3.2. Dava

3.2.1. Genel Hükümler

Burada söz konusu olan, özellikle, davanın açılmasını ve sonuçlanmasını belirlemek ve derdestliğin başlıca sonuçlarını aydınlığa kavuşturmaktır. Yegane yenilik, kanun tarafından öngörüldüğü hallerde uzlaşma davetine, dava ikame edici bir işlem niteliğini tanımaktan ibarettir (m.158). Bu yenilik sadece evlilik birliğine ilişkin prosedürler bakımından geçerlidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.2.2. İptidai İtirazlar

Bu alanda yeni Kanun eski Kanunu önemli ölçüde değiştirmektedir. Yeni Kanun asıl (teknik anlamda) iptidai itirazları teşkil eden ve davanın başında, esasa girmeden önce dermeyan edilmeleri gereken, aksi takdirde bir daha ileri sürülemeyen usule ilişkin iptidai itirazları (m.161), esasa ilişkin olup iptidai itirazlara benzeyen ve dolayısıyla, bir mecburiyet söz konusu olmamakla beraber, aynı biçimde dermeyen edilebilen bazı itirazlardan (m.162) ayırmaktadır. Hakimin resen nazarı itibara alması gereken hususlar saklı kalmak kaydıyla, davanın açıldığı mahkemenin yetkisine, uzlaşma davetine, usul işlemlerinin butlanına, talep sonuçlarının kabul edilebilirliğine veyahut yargı muafiyetine ilişkin uyuşmazlıkların ilk önce incelenip çözümlenmesi gerekmektedir. Böylece davalı, davanın başında dermeyen etmediği takdirde bu itirazları ileri sürme hakkını kaybeder. Buna mukabil, kesin hüküm, derdestlik, sıfat, hukuki yararın varlığı veya dava açma süresine riayet, yani artık usul hukukuna değil maddi hukuka ait olan hususlarda aynı çözümü kabul etmek mümkün değildir. Halbuki bu itirazlar da, davaya, esasa girmeye gerek kalmadan, daha başlangıçta son verecek niteliktedirler. Bu nedenle, usul ekonomisi yönünden, tarafların bunları davanın başında ileri sürmeleri tavsiye edilebilir. Fakat suistimaller de mümkündür ve kurumun bazen sırf davayı uzatmak için kullanılmasından endişe edilebilir. Bu itibarla, yeni Kanunda, usul ekonomisi mülahazasıyla, hakimin, ileri sürülen itiraz sebebini öncelikle incelemekten imtina edebilmesi ve esasa cevabın tevdi edilmesini emredebilmesi öngörülmüştür.

İptidai itirazlar hadiseler hakkındaki usule göre incelenip karara bağlanırlar (m.163) ve görevli ve yetkili mahkeme kural olarak esasa bakan mahkemedir (m.164). Fakat bu kurala, Nöşatel Adli Organizasyon Kanununun 10. maddesinin ikinci fıkrası tadil edilerek bir istisna getirilmiştir: evlilik birliği konusunda, tıpkı kabulde veya gıyapta olduğu gibi, mahkeme başkanı tek başına karar verir. İptidai itirazlar esasa ilişkin sorun çıkarmazlar; o itibarla kararın vesayet dairesi üyelerinin iştirakiyle verilmesi gerekli değildir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.2.3. Yargılamanın Taliki

Sık sık kullanıldığı ve dolayısıyla vazgeçilemez bir pratik yarar arz ettiği halde, bu kurum eski Kanunda düzenlenmemişti; eski Kanun, sadece, yargılamanın talikine sebebiyet verebilecek çeşitli halleri zikretmekle yetiniyordu. Kanun koyucu bu eksikliğin giderilmesi gerektiğini düşünerek yeni kanunda, talik hallerini saymış ve bu halleri, yargılamanın taliki sonucunu bir karara gerek kalmaksızın kendiliğinden doğuran haller (m.167) ve yargılamanın taliki sonucunu hakimin kararı ile doğurabilen haller (m.168) olarak ikiye ayırdıktan sonra, bunlara bir üçüncü talik hali olarak tarafların anlaşmasını (m.170) eklemiştir. Bu son hale ilişkin olarak yeni Kanun, böyle bir anlaşmanın hakimin onayından geçmesini ve anlaşmada öngörülen talik süresi geçtikten sonra tarafların, hakimin davetine rağmen, hareketsiz kalmaları halinde davanın terkedilmiş sayılarak işlemden kaldırılmasını amirdir.

3.2.4. Davanın Sonuçlanması

3.2.4.1. Feragat ve Kabul

Feragat ve kabul konusunda, eski düzenleme muhafaza edilmiştir. Yalnız, feragat veya kabul eden tarafın, mahkum olmuş gibi yargılama masraflarını tediyeye mecbur olduğuna ilişkin hükme (eski NMUK m.88, f.1), "kural olarak" ibaresi eklenmiştir (m.175, f.1). Çünkü kamu düzenini ilgilendiren davalarda, özellikle boşanma davalarında, kabul, davayı kaybeden taraftan sadır olmayabilir; ayrıca, suf izrar kastıyla açılmış davalarda, feragat veya kabul yargılama masraflarına mahkum olmayı haklı kılmaz. Yeni Kanun, feragat veya kabulün, sadece tarafların iradesine tabi davalarda kesin hükmün bütün neticelerini hasıl edeceğini de belirtmiş bulunmaktadır (m.176). Nihayet, yeni Kanun, eski Kanun zamanında mahkeme içtihatları (CCC VI, sh. 72; RJN 6 I 566, 5 I 163) yolu ile kabul edilmiş olan "davanın ertelenmesi" kavramına bir madde (m.177) tahsis ederek, bunun kesin hükmün neticelerini hasıl etmeyeceğini belirtmektedir. Buna göre "bir ilk itirazın kabulüne engel olmak için veya davalı tarafından neticei talebin (alacağın) müteccel olduğu, talep edilemeyeceği ya da şarta bağlı olduğu ileri sürülecekse, davacı, koşullar elverdiği zaman yeniden dava açabilmek kaydıyla, davadan feragat edebilir".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.2.4.2 Sulh

Eski Kanun sulhü hakimin davayı sonuçlandırmak için haiz olduğu bir imkan olarak zikretmiş (eski NMUK m.187, f.2) ve fakat şeklini düzenlememiştir. Gerçi mahkemeler bu kavramı tanımlamışlardır (CCC VI, sh.227; RJN 5 I 26-27, 1 I 286); buna rağmen, sulh kavramını tanımlayıp konusunu ve sonuçlarını belirlemenin yerinde olacağı düşünülmüş ve Kanuna bu yönde hükümler konulmuştur. Bu çerçevede, yeni Kanunun 181. maddesi sulhün konusunun, davaya yabancı olmakla beraber tarafllar veya taraflardan birisi ile bir üçüncü şahıs arasında çekişmeli olan hususlara taalluk edebileceğini belirtmiştir. Bu son imkan danışma prosedürü esnasında bazı tereddütlere neden olmuştur. O nedenle kapsamının açıklanmasında yarar bulunmaktadır: üçüncü şahıslar, tabiatıyla, sadece, örneğin hazırlanmasına katılmak suretiyle, benimseyip kabul ettikleri takdirde ve ölçüde, tarafı olmadıkları bir davada vuku bulan bir sulh ile bağlı tutulabilirler. Burada, aslında, bir uyuşmazlığı, ilgililerin hepsinin yargılamada taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın, toptan ve global olarak çözümleme yolu açılmak istenmiştir.

3.2.4.3. Davayı Takipsiz Bırakma

Davayı takipsiz bırakma kavramı da uygulamada iyi bilinen (RJN 7 I 197, 5 I 163, 4 I 142; RJN 1964, sh.86), fakat yasal düzenlemeden yoksun olan bir kavramdır. Yeni Kanun, tarafların anlaşarak (m.183) veya davaya ilgisiz kalarak ya da davanın konusuz kalmasına sebebiyet vererek (m.184), davayı takipsiz bırakabilmelerini öngörmüş ve bu gibi durumlarda hakimin dosyanın işlemden kaldırılmasına karar vermesini istemiş (m.185); ayrıca bu kararın kesin hükmün neticelerini hasıl etmeyeceğini de tasrih etmiştir (m.186).

3.2.4.4. Hüküm (Nihai Karar)

Bu kısım, hangi yargı yoluna mensup olursa olsun ve hangi usulü uygularsa uygulasın, bütün mahkemeler tarafından verilen nihai kararları kapsamaktadır. Getirilen hükümler, özellikle nihai kararların şekli, içermesi gereken hususlar, tevdii ve tebliği yönünden bir yenilik arz etmemektedir. Ancak, nihai kararların sonuçlarını belirtmekte fayda mü-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lahaza edilmiştir ki, bu sonuçlar da, yeni kanunda, hakimin işten el çekmesi (m. 192, f.1), infaz kabiliyeti (m.192, f.2) ve (maddi anlamda) kesin hüküm etkisi (m.193) olarak sayılmıştır. Ayrıca, Yeni Kanun, kanun yollarına müracaat süresinin, tarafların hepsinin kararı tebellüğ ettiği günden itibaren işlemeye başlaması hükmünü getirmiştir.

Nihai kararın, bu karara karşı müracaat edilebilecek kanun yollarını da belirtmesi yönündeki bir teklif, bazı özel yargılama usulleri bu mecburiyeti zaten öngördüğü, diğer hallerde ise böyle bir mecburiyetin İsviçre kanun yolları sisteminde mevcut çeşitli imkanlar nedeniyle bir takım sorunlar çıkartabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

3.2.5. Islah

Eski Kanunun 77 ila 84. maddeleri tarafından düzenlenmiş olan şekliyle ıslah, hukuk davasının cereyanını geciktiren ve çetrefilleştiren, ağır ve masraflı bir kurum teşkil ediyordu. Fakat ıslah kurumu, tarafların talep sonuçlarını değiştirmeleri ve yeni vakıalar ileri sürmeleri yasağının zorunlu bir dengelenmesini meydana getirmekteydi. Şu halde, ıslah sorunu ve talep sonuçları ile iddia ve savunmaların değiştirilmesi sorunu bir bütün teşkil etmekteydi. Bu hususlar gözönüne alınarak yeni Kanunda şöyle bir sistem benimsendi.

Layihalar teatisi esnasında ve tahkikat celsesine kadar, taraflar, yeni talep sonuçları ile başlangıçtaki talep sonuçları arasında bir bağlantı bulunması kaydıyla, talep sonuçlarını değiştirebilir, özellikle arttırabilirler ve yeni talep sonuçlarının gerektirdiği ölçüde vakıa durumunu tamamlayabilir ve yeni ispat vasıtaları ibraz edebilirler (m.313); taraflar, ayrıca, sözlü yargılamanın bitimine kadar, dava esnasında vuku bulmuş vakıalara dayanan yeni vasıtaları ileri sürebilirler (m.314). Tahkikat celsesinden sonra, davasını düzeltmek veya tamamlamak isteyen tarafın elinde sadece ıslah yolu kalmaktadır. Ön Tasarı, ıslahın, bu yola başvuran tarafın takdirine bağlı bir hak teşkil etmediği, hakimin iznine bağlı olduğu ve bu iznin sadece talep sahibi yeterli menfaate sahipse verileceğini öngörmekte idi. Bu teklif danışma aşamasında eleştirildi ve neticede yeni Kanuna dahil edilmesinden vazgeçildi. Gerçekten de, ıslah, taraflara tanınması gereken bir hata yapma hakkı olarak tezahür etmektedir; o itibarla, hatayı yapanın takdirine bağlı olması esastır, fakat, eskiden olduğu gibi, dava esnasında sadece bir defa kullanılabilir (m.201). Islahın

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kapsamına gelince, yeni Kanun eski Kanunun 81. maddesinde zikredilmiş olan ilkeleri benimsemekte (m.196); fakat, ıslah halinde geçerliliklerini muhafaza eden işlemler çevresini, özellikle sulhleri, iptidai itirazlara ilişkin kararları, ihtiyati tedbir kararlarını da buna dahil ederek, genişletmektedir. Yeni Kanun ıslah halinde karşı tarafın haklarını da tasrih etmektedir (m.199). Yargılama harç ve masrafları bakımından eski Kanunun 80. maddesinde benimsenmiş olan çözüm çok katı bir çözüm olarak tezahür etmektedir. Nitekim, ıslahın her zaman bir hatanın ya da bir unutkanlığın sonucu olmayıp yeni bir vakıanın meydana gelmesinden veya bir ispat vasıtasının ancak sonradan bulunmasından kaynaklanabileceği de bilmezlikten gelinemez. Yeni Kanun yargılama harç ve masraflarının takribi miktarının ıslah yoluna başvuran tarafça depo edilmesi gerektiği ilkesini muhafaza etmekte (m.197), fakat bunların akıbetinin, kesin olarak, esasa ilişkin kararda belirleneceğini öngörmektedir (m.198). Bu demektir ki, yargılamaya başka türlü ithal edemeyeceği bir unsuru dahil etmek için ıslah yoluna başvuran taraf esas yönünden davayı kazandığı takdirde, kural olarak ıslah masraf ve harçlarına katlanmak zorunda kalmayacaktır.

3.2.6. Gıyap

Eski Kanunun konuya ilişkin 343 ila 357. maddeleri çok çetrefil olup, uygulamada bu maddelerin, bir avukat tarafından yardım edilmeyen hak sahipleri tarafından anlaşılabilmesi gayet güçtür. Bu ise, özellikle sözlü yargılama bakımından kabul edilemez. Dolayısıyla, sadece belli bir rasyonalizasyon endişesiyle değil, aynı zamanda ve özellikle adaletin daha iyi temin edilmesi için bazı basitleştirmeler yapılması gerekli addedilmiştir.

Ön Tasarı ve sonra da Medeni Usul Kanunu Değişiklik Tasarısı, mevcut sistemi tamamen değiştirmeden basitlik ve açıklık yönünde tercihte bulunmuş; ancak, sonuç olarak, ortalama bir çözüm tarzı benimsenmişti. Adalet komisyonu, Profesör Schuphach'ın haklı önerisine uygun olarak, daha ileriye gitmeye karar verdi ve aşağıdaki özelliklere sahip bulunup mümkün olduğu kadar basit olan yeni bir sistem tasarlanıp şekillendirildi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kural olarak, gıyabın, yargılamanın hazır olmayan tarafın yokluğunda cereyan etmesinden başka bir sonucu olmayacaktır (m.203, f.1). Hazır olmayan tarafa celse zabtının ve yargılamanın daha sonraki işlemlerinin bir sureti gönderilecektir (m.203, f.2). Yargılama yokluğunda cereyan eden taraf yargılamaya her zaman, hangi aşamada ise o aşamadan itibaren katılabilecek ve yokluğunda yapılmış olan işlemlere itiraz edemeyecektir (m.203, f.3). Davacı tahkikat celsesine gelmediği takdirde yargılama ertelenecek ve hakim davacıya, davaya devamı talep etmesi için 10 günlük bir süre verecek, bunu yaparken de onu, bu süre içinde harekete geçmediği ve işlemlere kaldıkları yerden başlanmak üzere tayin olunan yeni celseye gelmediği takdirde, davanın açılmamış sayılacağına karar verileceği hususunda ikaz edecektir (m.204). Eğer davalı, tahkikat celsesine, dava konusu vakıalar hakkında önceden açıklamada bulunmadan gelmezse, o, bunları kabul etmiş sayılacaktır (m.205, f.1); bu durumda karar davalının gıyabında verilecek ve karar davalıya tebliğ edilirken hakim ona bunun sonuçlarından kurtulmak için 10 günlük bir süre vererek bu süre içinde harekete geçmediği ve sonra da işlemlere kaldıkları yerden devam etmek için tayin olunan celseye gelmediği takdirde, kararın infaz edilebilir hale geleceği hususunda onu ikaz edecektir (m.206). Şunu da belirtmek gerekir ki, tahkikat celsesine gelmeyen davalı dava konusu vakıaları kabul etmiş sayılacaksa da, hakim, bu vakıaların doğruluğu konusunda şüpheleri varsa, delil ibrazını emredebilecektir (m.205, f.2).

Nihayet, gıyap nedeniyle ortaya çıkan masraf ve harçlar, gelmeyen tarafa yükletilecek ve onun, bunları, yargılamaya kaldığı yerden devam etmeye yetkili kılınmadan önce ödemesi gerekecektir.

3.2.6.2. Olağanüstü Gıyap

Getirilen düzenleme yeni olup, olağanüstü gıyap kavramını, kanunun öngördüğü hallerde hakimin veya kanunun zorunlu kıldığı işlemlerin yapılmaması olarak tanımlamaktadır (m.208).

3.2.7. Hadise

Yeni Kanun, hadiselere ilişkin eski düzenlemeyi hemen hemen aynen muhafaza etmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.3. İspat

3.3.1. Genel Hükümler

Bu fasıl, ispat vasıtalarının çeşitlerine (m.218) ve bunların ikamesine (m.219 ila m.222) ilişkindir. Sonradan yeni delil gösterilmesine istisnaen cevaz verilmiştir (m.223). Delillerin hakim tarafından serbestçe takdir edilmesi ilkesi muhafaza edilmektedir (m.224).

3.3.2. Tarafların İsticvabı

İsticvap usulü bakımından eski düzenlemede bir değişiklik yapılmamıştır. Maamafih, yeni Kanun tüzel kişilerin ve kanuni temsilci ile temsil edilenlerin isticvabı konusunda bazı ilave açıklamalar getirmiş bulunmaktadır (m.227). Öte yandan, yeni Kanun isticvabın, isticvap olunan tarafı ikrarda bulunmaya sevketmeye yönelik olduğunu (m.226) ve bunun sonucu olarak da tarafların bizzat kendilerinin isticvabına karar verilmesini talep edemeyeceklerini belirtmektedir. Mahkeme içi ve mahkeme dışı ikrara da bu fasılda yer verilmiştir.

3.3.3. Tanıklık

Tanık delilinin gösterilmesi bakımından yeni Kanun özde bir değişiklik getirmemektedir. Maamafih, konuya ilişkin düzenlemeye daha mantıki bir sıra verilmiştir: tanıklık yapabilme ehliyeti (m.234); tanıklık etmek mecburiyeti ve istisnaları (m.235 ve 236); tanıkların dinlenmesi şekli (m.237 ila 240); tanık olarak dinlenmek üzere mahkemeye gelmek zorunluğu ve yaptırımları (m.241 ila 243); tanığın mahkemede dinlenmesi usulü (m.251); cevaptan imtina eden tanığa uygulanacak hükümler (m.251); tanığın inanılırlığından şüphe duyulması (m.252); tanığın yalan tanıklıkta bulunduğuna ilişkin belirtiler (m.253). Eski Kanunun tanığa yemin ettirilmesine ilişkin hükümleri (m.234 ila 236) medası geçmiş addedilmiş ve gerçeğin ortaya çıkmasına etkili bir şekilde katkıda bulundukları da çok şüpheli olduğundan yürürlükten kaldırılmışlardır.

Tanıklık yapabilme ehliyeti bakımından yeni Kanun, eski Kanunun muğlak "demence" (akıl zayıflığı) kavramı yerine, temyiz kudreti kavramını ikame etmiş ve tanıklık yapabilme yaşını 12'den 16'ya çıkar-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mıştır. Şu halde 16 yaşından küçükler sadece istisnai durumlarda mahkemelerde dinlenebileceklerdir.

Şayet 16 yaşından küçük birisinin veya temyiz kudretinden yoksun bir şahsın tanıklığı gerçeğin ortaya çıkması için zaruri ise, hakim, bunların konuya ilişkin beyanlarının bir uzman vasıtasıyla elde edilmesi cihetine gidebilecektir.

Yeni Kanun, daha sonra, tanıklık etme mecburiyeti ilkesini teyit etmekte ve bu kuralın istisnaları yönünden eski düzenlemeyi aynen tekrarlamaktadır. Maamafih tanıklıktan çekinebilme imkanı neseben veya sebeben ikinci dereceye kadar civar hısımları bakımından da kabul edilmiştir. Meslek sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinebilme imkanı Tasarı'da, sadece İsviçre Ceza Kanunu m.321, b.1'de sayılanları kapsayacak şekilde oldukça dar tutulmuş iken; Adalet Komisyonu bu imkanı genişletmiş ve "meslekleri itibariyle kendilerine tevdi edilen şeyler dolayısıyla başkalarının sırrını elinde bulunduran" herkese teşmil etmiştir. Adalet Komisyonu, imkanın bu şekilde genişletilmesinin bazen delillerin gösterilmesini biraz güçleştirebileceğini kabul etmekle beraber, bu imkanın tanınmasının, örneğin bir evlilik danışmanına evlilikleri hakkında bilgi verenlere, danışmanın sonradan muhtemel bir boşanma davasında tanıklık yapmak mecburiyetinde kalmayacağı garantisini sağlamak için zorunlu olduğu sonucuna varmıştır.

Adalet Komisyonu ayrıca doktorların, hastalarının muvafakatı halinde dahi, meslek sırrı kapsamına giren hususlarda tanıklıktan çekinebilmelerine imkan veren hükmü kaldırmıştır. Komisyon, burada tanıklıktan çekinebilme imkanının doktorun değil, tarafların menfaatlerinin korunması için getirildiğini; dolayısıyla, hastaları muvafakat ettiği takdirde doktorların da tanıklık etmek mecburiyetinde olduklarını kabul etmiştir. Yeni Kanun, tanıklıktan çekinme hakkını kullanmak isteyen kimseyi mahkemeye gelmekten muaf kılmamıştır (m.241, f.3). Nitekim, akrabalık halleri dışında, tanıklıktan çekinme sebebinin varit olup olmadığı hakim tarafından duruşmada sorulacak sorularla belli olacaktır. Mahkemeye gelmeyen veya gelip de cevap vermeyen tanığa uygulanacak para cezası 20 Franktan 300 Frank'a çıkarılmıştır. Ayrıca, yalan tanıklıkta bulunduklarından veya yalan tanıklığa teşvik ettiklerinden şüphelenilenlerin hakim tarafından geçici olarak tutuklanabilecekleri de tasrih edilmiştir; bu gibi durumlarda duruşmadan hemen sonra savcılığa suç duyurusunda bulunulmalıdır (m.253, f.2).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.3.4. Belgelerin İbrazı

Yeni Kanun gerek şekil ve gerekse esas yönünden eski Kanundaki düzenlemeyi değiştirmiştir. Senet kavramı ortadan kaldırılmış, daha genel bir kavram olarak, "yargılamada ibraz edilebilecek belge" kavramına yer verilmiştir. 254. madde bu kavramı tanımlamaktadır. Tasarıya göre "yazı, resim, plan, fotoğraf, film, hukuki yönden önemi haiz olan bir vakıayı ispat etmeye özgü veya buna yönelik olan bilgi kaynakları ve diğer nesne ve belgeler" söz konusu iken, Adalet Komisyonu resim ve ses kayıtlarını da bu çerçevede mütalaa etmiştir. Ayrıca, sahtelik iddiasına ilişkin hükümler, ağır işledikleri ve mahkemeler tarafından hiç tatbik edilmedikleri için yürürlükten kaldırılmıştır; ibraz olunan bir belgenin sahte olduğundan şüphelenilirse hakim gereken araştırmaları yapacak ve cezai takibat cihetine gidilmişse, hukuk davasını, ceza davasından bir sonuç alınana kadar erteleyebilecektir (m.258).

Delillerin gösterilmesinin önemli unsurlarından birisini teşkil eden belge ibrazı konusunda, yeni Kanun eski Kanunun 263. maddesinin çetrefil düzenlemesini terkederek yargılamanın ihtiyaçlarına daha iyi cevap veren basit bir ilke getirmiştir: Taraflar (m.259) ve üçüncü şahıslar (m.263), ellerinde bulunan ve dava için önem taşıyan belgeleri ibraza mecbur edilebilirler. Maamafih, üçüncü şahıslar, tanıklık yapmaktan çekinebilecekleri vakıalara ilişkin belgeleri ibraz etmeye mecbur tutulamazlar (m.263, f.2). Belgenin mahkemeye ibrazı mecburiyetine uyulmamasının sonuçları, bu mecburiyete uymayanın davanın taraflarından olup olmamasına göre değişmektedir. Şayet belgeyi ibraz etmeyen kimse davada taraf ise, hakim buna bağlanacak sonuçları serbestçe takdir edecektir (m.262); bunun anlamı, delilleri serbestçe takdir edebilme yetkisine istinaden hakimin, imtina keyfiyetini, belgeyi ibrazdan imtina eden taraf aleyhine yorumlayabilmesidir. Şayet, geçerli bir neden olmadığı halde, elinde bulundurduğu belgeyi ibrazdan imtina eden kimse üçüncü kişi ise, bu kişi tanıklar hakkındaki yaptırımlara maruz kalır (m.265).

3.3.5. Bilirkişi

Yeni Kanun özellikle bilirkişilerin sayısı (m.269) ve bilirkişilerin reddi (m.271) bakımından sarahat getirmekte; ayrıca, hakimin, bilirkişi incelemesinin yapılacağı çerçeveyi genel olarak çizip bilirkişilere tevcih edilecek soruları belirlemesini öngörmektedir (m.273).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Taraflar bilirkişi incelemesi esnasında hazır bulunabilme hakkına sahiptirler. Bu kuralın istisnası, bilirkişinin yaptığı araştırmaların niteliğinin bu araştırmaların yapıldığı şahıs dışındakilerin hazır bulunmasına engel teşkil etmesi halidir (m.274, f.2; RJN 4 I 31). Öte yandan, eski Kanunun bilirkişi incelemesine (kan alınmasına, vücudunun muayene edilmesine tahammül etmek gibi) katkıda bulunma mecburiyetine ilişkin 251 bis maddesindeki "tanık" terimi, daha geniş olan "üçüncü kişi" terimi ile değiştirilmiştir. Diğer taraftan, bilirkişi incelemesine katlanmak mecburiyetinde olan üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme sebeplerini ileri sürerek bilirkişi incelemesinden kurtulabilmesinin mümkün olmadığı da belirtilmiştir (m.275, f.3). Bu ilke eski Kanun zamanında mahkemeler tarafından ihdas edilmişti (RJN 4 I 114); ilkenin gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamada önemli olduğu kuşkusuzdur. Usul bakımından Adalet Komisyonu, hakimin, bir kimsenin bilirkişi incelemesine katkıda bulunmasına karar verirken, kararında itiraz süresini belirtmesini de şart kılmıştır; böylece, itiraz imkanının fiilen kullanılabilmesine imkan verilmek istenmiştir.

Ek bilirkişi incelemesi yönünden, tarafların, raporun tebliğinden itibaren 20 gün içinde yeni sorular tevcih edebilmeleri öngörülmüştür (m.277, f.2); oysa eski Kanuna göre taraflar raporun tebliğinden itibaren 10 gün içinde mahkemeye başvurarak yeni sorular tevcih edebilmek için hakimden süre istemek zorundaydılar (m.254, f.2). Yeni Kanun bilirkişi ücretini hakimin takdir edeceği ilkesini muhafaza etmekle beraber, hakimin, bilirkişileri, masraflarının ve danışma ücretlerinin ne olabileceğini belirtmeye davet etmesine de imkan tanımıştır. Yeni Kanunda bilirkişilik yapmayı reddetmeye veya görevi ihmal etmeye bağlanacak sonuçlar da düzenlenmiştir (m.280).

3.3.6. Keşif

Eski düzenlemeyi değiştirmeyen tamamen usuli nitelikteki hükümlerin (m.284 ila 286) yanında, keşif kurumunun amacını tanımlamak (m.282), sonra da tarafların ve üçüncü kişilerin keşfin icrasına katlanmaları mecburiyetini açıkça belirtmek (m.283) gerekli görülmüştür.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.3.7. Delil Tespiti

Eski düzenleme aynen muhafaza edilmiştir. Yeni Kanun, sadece, delil tespiti talebinin hadiseler hakkındaki usule göre incelenip karara bağlanacağını tasrih etmiş (m.290) ve hakimin, talebin ivediliğine binaen tebligat yapmadan karar vermesi halinde, bu karara karşı, tıpkı ihtiyati tedbirlerde olduğu gibi, itiraz edilebileceğini belirtmiştir (m.291). Yeni Kanun ayrıca delil tespiti masraflarının talepte bulunan tarafından verileceğini ve dava halinde bu masrafların esasa ilişkin davanın akıbetini takip edeceğini teyit etmiştir (m.294).

3.4. Yazılı Yargılama Usulü

3.4.1. Genel Hükümler

Bu fasıl, her şeyden önce, Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıklarında uygulanan yazılı yargılama usulünün tatbik sahasını konu edinmektedir. Yazılı yargılama usulü ayrıca Nüşatel Adli Organizasyon Kanununun 10. maddesinde öngörülen ve evlilik birliğine ilişkin olan davaların tahkikatında ve hükme bağlanmasında da uygulanır. Yazılı yargılama usulünün uygulanma alanı, gerekirse, district mahkemelerinin görevleri önemli ölçüde arttırıldığı takdirde, müddeabihin değeri gözönüne alınarak bu mahkemelerin görev alanına giren diğer davalara da teşmil edilebilir.

3.4.2. Layihalar Teatisi

Eski Kanunun 191. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülmüş olan şekliyle ispat ameliyesinin terkedilmesi ve ispat vasıtalarının dava dilekçesi ile cevap layihasında etraflı olarak belirtilerek dayanılan belgelerin derhal ibrazının istenmesi, hiç şüphesiz Yeni Kanunun ihtiva ettiği yeniliklerin en önemlilerini teşkil etmektedir. Uygulandığı yerlerde -özellikle Bern, Fribourg, Vaud ve Jura'da ve federal düzeyde- bu yöntem biçimi takdir edilmiştir. Tahkim sahasında bizzat avukatların sık sık bu yöntemi benimsemeleri de manidardır. Yöntemin, konuya eğilmiş olan çeşitli çalışma grupları tarafından yapılan teklifler arasında yer aldığını belirtmek de yararlı olacaktır. İspat vasıtalarının dava dilekçesi ve cevap layi-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hasında belirtilmesi ve dayanılan belgelerin derhal ibrazı, bize göre, hayati iki avantaj sunmaktadır. Bir kere, taraflar, böylece, davayı açmadan önce, ispat sorununu çok ciddi biçimde incelemeye mecbur kalmakta, sonra, bu zorunluluk hakimin uyuşmazlık hakkında çok çabuk fikir edinmesini imkan dahiline sokmaktadır. Layihalar teatisini takip eden tahkikat celsesi de bu sayede gerçek değerine kavuşmaktadır. Nitekim hakim bu celsede, tarafların sulh olmalarını sağlamak ya da delillerin ibraz ve ikamesini yönlendirmek ve bu işlemi sadece gerçeğin ortaya çıkmasına yarayacak olan delillerle sınırlamak için bilinçli bir şekilde müdahalede bulunabilir. Gerçi ispata ilişkin bazı tekliflerin, bunların ilişkin oldukları vakıanın çekişmesiz olması nedeniyle konusuz kalmaları mümkündür. Fakat bu sakınca önemsiz addedilmiş taktik mülahazalara ilişkin itirazlara fazla değer atfedilmemiştir. Tarafların ve özellikle avukatların davaya daha eksiksiz bir şekilde hakim olmayı arzu etmeleri ve böylece, duruma ve özellikle hasmın benimsediği davranış tarzına göre, hangi belgenin ibraz edilmesi veya ibraz edilmemesi ve bunun hangi anda yapılmasının uygun olacağına karar verme yetkisini muhafaza etmeyi istemeleri anlayışla karşılanabilir. Fakat, hukuk davası, oyuncuların hareket planının mutlaka gizli kalması gereken bir satranç oyunu değildir; şeffaflık, uyuşmazlığın gerek hukuken ve gerekse vakıalar düzeyinde doğru çözümüne imkan vermeye yöneldiği zaman, hukuk davasının kalitesini temin eden bir faktör olarak ortaya çıkar.

3.4.2.1. Dava dilekçesi bakımından yeni hükümler (m.296), ispat vasıtalarının belirtilmesine ve dayanılan belgelerin ibrazına (m.297) ilişkin kayıt dışında (bent b), eski hükümlerin tekrarından ibarettir. İspat vasıtaları bütün davayı kapsayacak şekilde değil, ilişkin oldukları her vakıadan sonra ve etraflı bir şekilde belirtilecektir.

3.4.2.2. Cevap süresi 20 güne çıkarılmıştır (m.299). İlk itirazların akıbetini belirleyecek olan karar, gerekirse, davalının cevap süresini de tayin edecektir. Bu yetkinin tahkikat hakiminden alınmasıyla, zamandan tasarruf etmek ve lüzumsuz bir usul işlemini ortadan kaldırmak amacı güdülmüştür. Cevap layihasının yapısına gelince; cevap layihası kural olarak davalının dava dilekçesindeki vakıalar hakkındaki beyanlarını ve vakıalara ve hukuki sebebe ilişkin açıklamalarını içerecek; ayrıca, ispat vasıtalarını ve neticei talebi de kapsayacaktır (m.301). Davalı, dava dilekçesindeki vakıalar hakkında açıklamada bulunmak ve neticei talebini belirtmekle de yetinebilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.4.2.3. Karşılık dava bakımından da eski düzenleme aynen muhafaza edilmiştir. Yegane farklılık, takas defi dışında, karşılık davanın, asıl davadan feragat halinde dahi mevcudiyetini muhafaza etmeye devam edeceğinin açıkça belirtilmesinden ileri gelmektedir ki, bu kuralı mahkemeler eski düzenleme zamanında da kabul etmişlerdi (RJN 7 I 69).

3.4.2.4. Uygulamada replik ve düplik layihalarının çok az kullanıldığı gözleminden hareket eden Tasarı, bu layihaların ancak hakimin izni ile ve faydalı oldukları ispat edildikleri takdirde verilebilecekleri hükmünü getirmiş iken, özellikle danışma prosedürü sırasında vuku bulan itirazlar gözönüne alınarak bu hüküm Tasarıdan çıkarılmıştır. Gerçekten de, özellikle replik layihasının davacıya vakıaları tamamlama ve davalının bazı defi ve itirazlarına cevap verme imkanını sağlamak bakımından bazen çok yararlı ve zorunlu olduğu bir gerçektir. O itibarla eski düzenleme muhafaza edilmiş; fakat davacının ancak "şartlar yeni vakıaların ileri sürülmesini gerekli kıldığı" takdirde replik layihası verebileceği hükmü bir yenilik olarak yeni Kanuna alınmıştır. Tabiatıyla, hukuk alanından ziyade temenniler alanına ilişkin olan bu hükmün fiilen ne ölçüde uygulanabileceği hususunda ciddi tereddütler duyulabilir.

3.4.2.5. Neticei talebin değiştirilmesine ve yeni vakıalar ileri sürülmesine ilişkin hükümler, ispat vasıtalarının davanın başında bildirilmesine ilişkin hüküm ile birlikte, yazılı yargılama usulüne getirilen ve bu usulün katı niteliğini biraz yumuşatabilecek olan en önemli yeniliği teşkil etmektedir. Bu yeniliğin hareket noktası; özellikle bir zararın tazmini söz konusu olduğunda, tarafların, daha davanın başında, uyuşmazlığının kesin konusunu bilmelerinin her zaman mümkün olmadığı ve bu nedenle yargılamanın, hiç olmazsa başlangıç safhasında, belli bir esnekliğe sahip olmasının uygun olacağı düşüncesidir. Benimsenen sistem bu şekildedir: Taraflar, layihalar teatisi safhasında ve tahkikat celsesine kadar, yeni neticei talepleri ile başlangıçtaki neticei talepleri arasında bir bağlantı bulunması şartıyla, neticei taleplerini değiştirebilecek, özellikle arttırabilecekler ve yeni neticei taleplerinin gerekli kıldığı ölçüde vakıaları tamamlayabilecek, yeni ispat vasıtaları ileri sürebileceklerdir (m.313); taraflar, ayrıca, sözlü yargılama safhası bitinceye kadar, dava esnasında meydana gelen vakıalara dayanan yeni iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebileceklerdir (m.314). Bu çerçevede, yeni neticei talepler ile başlangıçtaki neticei talepler arasında gerçekten bir bağlantı bulunması ha-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

linde, tahkikat celsesine kadar vuku bulabilecek bir değişikliğin derdest yargılamayı olumsuz yönde etkilemeyeceğini düşünmek mümkündür. Dava esnasında vuku bulan vakıalara dayanan yeni vasıtaların ileri sürülebilmesini ise mahkemeler zaten, zamanaşımı yönünden eski Kanun zamanında da ilke olarak kabul etmişlerdir (RJN 3 I 26). Her halükarda, bir savunma veya iddia vasıtası, daha doğmadan, ihtimale binaen, ileri sürülemeyeceği gibi; tarafları, davanın açılmasından sonra doğan vasıtalardan yoksun kılmanın da mantıki bir gerekçesi yoktur. Fakat, suistimallere engel olmak için, yeni Kanun, bu vasıtaların, onlara dayanak teşkil eden vakıaların öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde dermeyan edilmeleri mecburiyetini getirmiştir (m.315).

3.4.3. Tahkikat

Burada da yeni Kanunun düzenlemesi eski düzenlemeden fazla farklı değildir. Ancak, eski Kanun zamanında pek bir önemi bulunmayan ve zaten çok kere de yapılmayan tahkikat celsesi yargılamanın esaslı bir unsuru haline getirilmiştir. Tarafların dayandıkları belgelere ittila kesbettiği için hakim, durum hakkında yeterli ölçüde fikir sahibidir ve dolayısıyla, gerek uyuşmazlığın sulhen çözümlenmesini teşvik etmek ve gerekse delillerin gösterilmesini yönlendirerek bunu sadece gerçeğin ortaya çıkmasına yarayacak olanlarla sınırlamak hakımından bilinçli bir şekilde müdahalede bulunabilecektir. Bu bağlamda, yeni Kanun sadece çekişmeli olup uyuşmazlığın çözümüne etki edebilecek olan vakıalar hakkında delil gösterilebileceğini de açıkça ifade etmiştir (m.219).

Fazla şekilci olmamak için, hakimin, layihalar teatisinden sonra davanın, dava dilekçesi ve cevap layihası ile birlikte sunulan delillerden başka delile ihtiyaç göstermediği ve hukuki sorunlar da çıkarmadığı kanaatine vararak hüküm verilebilecek derecede aydınlanmış olduğunu müşahade etmesi halinde, tahkikat celsesini yapmaktan imtina edebileceği hükmü getirilmiştir (m.319, f.2). Bu hal dışında hakim, tahkikat celsesi sırasında ve hatta tahkikat celsesinden önce, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli addettiği bütün delillerin ibrazını emredebilecektir (m.319, f.3).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.4.4. Tahkikatın Tamamlanması, Sözlü Yargılama ve Hüküm

Getirilen yegane yenilik, gıyap veya kabul halinde ya da tarafların açıkça muvafakat etmeleri durumunda mahkemenin, sözlü yargılama veya aleni müzakere yapmadan, dosyanın elden ele dolaşması suretiyle karar verebileceği noktasındadır (m.334). Bu gibi durumlarda, tamamen şekilden ibaret kalan bir formalitenin terkedilmesi amacı güdülmüştür; tarafların hakları buna rağmen tehlikeye maruz kalmamakta ve ihlal edilmemektedir.

3.4.5. Seri (Süratlendirilmiş) Yazılı Yargılama Usulü

Bu fasıldaki hükümlerin amacı; yazılı yargılama usulünün Borç İçin Takip ve İflas Hakkındaki Federal Kanunun gereklerine adapte edilmesinden ibarettir. Esas itibariyle eski Kanunun 450 ila 456. maddeleri muhafaza edilmiş; fakat karar verme süresinin, dosyanın, tahkikatın kapanmasından sonra ve sözlü yargılamadan önce, mahkeme heyeti üyeleri nezdinde dolaşımının başlamasından itibaren 30 gün olduğu tasrih edilmiştir (m.340; RJN 6 I 210).

3.5. Sözlü Yargılama Usulü ve Özel Yargılama Usulleri

3.5.1. Sözlü Yargılama Usulü

3.5.1.1. Sözlü yargılama usulü district mahkemelerinde uygulanan adi usuldür. Dolayısıyla, bu usul fazla önemli olmayan uyuşmazlıklarda uygulanır ve basit ve süratli olması istendiğinden kural olarak herkese açık olması gerekir. Sözlü yargılama usulünün uygulama alanına gelince; yeni Kanun, eski Kanunun, zaten tahdidi olmayan ve başka bir kanuna yollamada bulunmak gibi bir sakınca içeren 415. maddesinin yerine, daha genel bir kural ikame etmiştir: Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, sözlü yargılama usulü district mahkemesinin görev alanına giren bütün uyuşmazlıklarda uygulanır (m.341) ve her türlü tereddütü bertaraf etmek için Adalet Komisyonu, "kanunun hızlandırılmış yargılama usulünü öngördüğü haller de dahil olmak üzere" ibaresinin de maddeye konulmasını istemiştir. Ayrıca, tali olmak ve basit ve süratli bir yargıla-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

manın gerekleri ile bağdaşmak kaydıyla, yazılı yargılama usulüne ilişkin kuralların kıyasen sözlü yargılama usulünde de uygulanabilmesi öngörülmüştür (m.342). Bu da, Nişatel medeni usulünün üniter karakterini teyit etmektedir.

3.5.1.2. Sözlü yargılama usulünde dava, mahkemeye hitaben yazılmış olan gerekçeli bir dilekçeyle açılacak ve bu dilekçeyle birlikte, dayanılan belgeler de mahkemeye sunulacaktır (m.343); Adalet Komisyonu gerekçeli dilekçeyi davanın açılmış sayılması için yeterli addetmiştir. Fazla şekilci olmayan bir karaktere sahip bulunan dava dilekçesi, hakimi ve hasmı uyuşmazlığın kapsamı ve niteliği hakkında derhal bilgilendirme kolaylığını sağlamaktadır. Kural olarak dava dilekçesi herkes tarafından kaleme alınabilir; özel bilgi gerektirmez ve basit bir gerekçelendirme şartı da aşılamayacak bir engel teşkil etmez. Önemli olan, mahkemelerin bu konuda fazla sert davranmamaları ve dilekçeden davacının ne istediğinin ve talebini hangi vakıalara dayandırdığının anlaşılmasını yeterli addetmeleridir. Danışma prosedürü esnasında Baro, yazılı yargılama usulünde kabul edildiği şekliyle, ispat vasıtalarının derhal belirtilmesi ilkesinin sözlü yargılamada da benimsenmemesini yadırgamıştır. Ancak, böylece işaret edilen tezat, gerçek olmaktan fazla görünüştedir. Yazılı yargılama usulünde olduğu gibi, davacı, talebini dayandırdığı belgeleri derhal ibraz edecektir. Bunun dışında, sözlü yargılama usulünün herkesin anlayabileceği bir usul olarak kalması gerekmektedir ve dolayısıyla şekli nitelikteki engelleri çoğaltmamak daha uygundur. Bu nedenledir ki, yeni Kanun sözlü yargılama usulünde bütün ispat vasıtalarının derhal belirtilmesini aramamış; fakat, hakime, gerçeğin ortaya çıkması için zorunlu olan delilleri tahkikat celsesinde taraflarla birlikte belirlemek yetkisini bırakarak, bu imkanı tamamen bertaraf da etmemiştir.

3.5.1.3. Tahkikata gelince; önerilen ve sonuçta kabul edilen sistem şu şekilde özetlenebilir: Duruşmada taraflar, sözlü olarak, uyuşmazlık hakkında açıklamalarda bulunurlar (m.346, f.1) ve hakim onları sulhe teşvik eder (m.347, f.1); hakim bunda başarılı olamadığı takdirde, tarafların talep sonuçlarını zabta geçirir ve sonra da çekişmeli vakıaları aydınlatmaya çalışır (m.347, f.2 ve 3); hakim, delil ibraz ve ikamesinin gerekli olduğu sonucuna varırsa, tarafların ileri sürdükleri ispat vasıtalarını ve bunların ibraz suretini onlarla birlikte inceler (m.349, f.1); ondan sonra da deliller konusunda bir karar verir (m.349, f.2). Kanton Parlamentosundaki müzakereler esnasında, hakimin, delil ibrazının gerekli olduğu sonucuna vardığı hallerde taraflara, delillerini belirtmeleri için

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir süre vermesi teklif edilmiş; fakat bu teklif sonradan geri alınmıştır. Eski Kanunun delil sistemi ile bağlantı kurmaya yönelik olan bu teklif önerilen sistemin ruhuna açıkça aykırı düşüyordu ve yargılamayı yavaşlatmaktan başka bir etkisi de olamazdı.

3.5.1.4. Delillerin ibraz ve ikamesi konusunda, eski Kanunun 435. maddesi, hakim başka şekilde karar vermedikçe, tarafların isticvabı, tanıkların ifadeleri, bilirkişi beyanları, keşifler ve başvurulan diğer işlemlerin tutanağa geçirilmemesini öngörüyordu. Baronun teklifi üzerine bu hüküm, 17 Aralık 1984 tarihinde, sözlü yargılamada tek hakim olarak faaliyet gösteren district mahkemesi başkanının görev alanı 8.000.- Franka çıkarıldığı zaman, değiştirildi ve yargılamanın yeterli teminatı sağlaması için, taraflara, işlemlerin tutanağa geçirilmesini isteme hakkı tanındı. Bu teminat şüphesiz muhafaza edilmeye değerdi, fakat sözlü yargılamayı, ona özgü basitlik ve çabukluk niteliklerini yok ederek bozmaması gerekiyordu. Bu nedenle Tasarı, tarafların işlemlerin veya bunlardan bazılarının tutanağa geçirilmesini isteme hakkını muhafaza ediyor ve fakat bunu, fiilen belli bir önem arz eden, yani müddeabihin değerinin 4.000.-Franka ulaştığı davalarla sınırlıyordu. Konu Adalet Komisyonunda geniş şekilde tartışıldı. Önerilen hükmü muhafaza mı etmeliydi, yoksa, bu yargılama usulünün esas itibarıyla sözlü olan karakterini devam ettirmek için iptal mi etmeliydi? Aksine, tutanağa geçirilme imkanını müddeabihin değerine bakmaksızın kabul mü etmeliydi? Neticede Adalet Komisyonu bir karara varamadı ve Kanton Parlamentosuna iki değişik metin sundu. Böylece Tasarının metni kabul edildi (m.350). Şu halde, yeni düzenlemeye göre, işlemlerin tutanağa geçirilmesi ancak müddeabihin değeri 4.000.-Franka ulaştığı takdirde mümkün olacaktır.

3.5.1.5. Sözlü yargılama usulünde, tahkikatın bitiminde tarafların kural olarak layiha vermeleri mümkün değildir. Bu kurala sadece şartlar gerektirdiği -burada davanın niteliği ve güçlüğü akla gelmektedir- ve o da her iki taraf da bir avukat tarafından temsil edildiği takdirde istisna getirilebilir (m.352). Bu da, silah eşitliği ilkesinin mümkün olduğu kadar korunması düşüncesinden ileri gelmektedir.

Hükmü gelince; yeni Kanun bu alanda önemli ölçüde yenilik yapmaktadır: yeni Kanun, kanun yollarına müracaat hali dışında, sonradan yazılı gerekçelendirme yapılmadan, duruşmada sözlü olarak tefhim edilen hüküm kavramını getirmektedir. Fikir yeni değildir, fakat bir kenara

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bırakılmıştı. Nöşatel medeni usul sisteminde, geleneksel olarak, hüküm, çok önemli sebepler dışında, çeşitli unsurlarını birbirinden ayırmak mümkün olmayan bir bütün olarak düşünülmüş ve, mantık icabı, hakimin önce bir karar alıp, sonra onu doğrulayacak fiili ve hukuki mülahazalarla meşgul olması bu hukuk çevresinde bir türlü kabul edilememiştir. Bu çerçevede, hakim bakımından, dava incelenip iddia ve savunmalar elde edildikten sonra, hükme götüren sürecin, vakıaları tespit etmek ve onlardan hareketle gerekli hukuki sonuçlara varmaktan ibaret olduğu ve hüküm fıkrasının dayanağını teşkil eden bu sürecin yazılı olarak ifade edilmesinin hakimin muaf tutulabileceği yararsız bir görev teşkil etmediği ısrarla belirtilmiştir. Fakat sorun, üç Kanton Mahkemesi hakimi, iki district mahkemesi hakimi ve bir tahkikat hakiminden meydana gelen bir çalışma grubunun müdahalesi neticesinde Parlamentodaki görüşmeler esnasında tekrar gündeme gelmiştir. Sonuçta Adalet komisyonu bazı kararların sözlü olarak gerekçelendirilebilmesi fikrini kabul etmiş ve yeni Kanunun bu konudaki ilkeleri Komisyonla birlikte oluşturulmuştur. Sözlü yargılama usulünde ve evlilik birliğine ilişkin bazı davalar ile prudhom mahkemeleri önündeki yargılamada hüküm, kural olarak aynı celsede, gerekirse müteakip celsede, sözlü olarak tefhim edilecektir (m.354). Celse zabtına kaydedildikten sonra hüküm fıkrası derhal taraflara tebliğ edilecek ve taraflar kanun yollarına başvurma beyanında bulunmak için 10 günlük bir süreye sahip olacaklardır. Şayet, bu süre içinde kanun yollarına müracaat beyanı vuku bulmamışsa sözlü hüküm kesinleşecek; bu durumda artık yazılı gerekçelendirme yapılmayacak ve sadece hüküm fıkrası olduğu gibi kalacaktır. Kanun yollarına müracaat beyanı halinde, hakim, kararı otuz gün içinde kaleme alır ve bir suretini taraflara tebliğ eder (m.355). Bu takdirde müracaat sahibi müracaatını gerekçelendirmek için 20 güne sahiptir; bu süre içinde müracaatını gerekçelendirmezse kanun yollarına başvurma hakkını kaybedecektir. Bu sistem tartışılamayacak kalitelere sahiptir. District mahkemeleri başkanlarının iş yükünü hissedilecek derecede hafifletmekte ve hakimi, ceza usulünde olduğu gibi, müzakerelerin hemen sonunda karar vermeye mecbur kıldığı ölçüde yargılamanın hissedilir şekilde süratlenmesine neden olması gerekmektedir. Ancak, hakimler bu usulü çok ciddi bir şekilde uygulamalıdırlar; burada söz konusu olan onların inanılırlığıdır. Sistem anayasal düzene de ters düşmemektedir. Cenevre Kanton Anayasasının 61. maddesi bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını emirdir; fakat gerekçenin yazılı olmasını şart kılmamaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.5.2. Evlilik Birliğine İlişkin İşlerde Yargılama Usulü

3.5.2.1. Evlilik birliğine ilişkin davaların tahkikat ve hüküm safhasında da kural olarak yazılı yargılama usulü hükümleri uygulanır (m.235, f.1). Ancak, bu alan kendisine özgü gerekleri olan ve federal hukukun bazı zorlamalarına maruz kalan bir alandır. O itibarla, bu alana ilişkin en önemli unsurları biraraya getirmekte fayda mülahaza edilmiştir. Bu arada şunu da belirtmek gerekir ki, yeni Kanun district mahkemesi başkanının tek başına karar verdiği hallerde sözlü hüküm kavramını Nouveau code de procédure civile hukukuna dahil etmiştir (m.363). Bu haller; kabul, giyapta verilen kararlar ve ilk itirazlara ilişkin kararlardan ibarettir. Bu durumda yargılama aynen sözlü yargılamada olduğu gibi cereyan edecektir: Hüküm duruşmada sözlü olarak bildirilecek ve taraflara sadece hüküm fıkrası tebliğ edilecektir; gerekçeli karar istinaf yoluna gidildiği takdirde kaleme alınacaktır. Buna mukabil olay hakkında karar vermek evlilik mahkemesinin görevine giriyorsa, hüküm duruşmada sözlü olarak bildirilecek, bilahare başkan tarafından kaleme alınarak taraflara tebliğ edilecektir (m.362).

Boşanma veya ayrılık işlerinde sulh teşebbüsü muhafaza edilmiştir. Eşler arasında anlaşmazlık gibi çok önemli bir konuda eşleri son defa düşünmeye sevkettiği ölçüde bu kurumun, açılacak davanın vazgeçilmez bir ön şartını teşkil etmesi yadırganmamalıdır. Gerçi danışma prosedürü esnasında bunun aksine görüşler ileri sürülmüş ve sulh teşebbüsünün, özellikle davacı eşin hakimin önüne çok kere tek başına gelmesi nedeniyle, gayet ender olarak başarıya ulaştığı gerçeğine işaret edilmiştir. Fakat asıl anormal olan bu durumdur. Sulh teşebbüsü sırf bu gerekçeyle yürürlükten kaldırılmamalı, aksine kuruma işlerlik kazandırılmalıdır. Şekilcilikten uzak niteliği nedeniyle taraflar uzlaşma celsesinde serbestçe beyanda bulunabilirler ve hakim, gerekli zamanı tahsis ettiği takdirde, taraflar arasındaki anlaşmazlığın kapsamına ve cinsine ilişkin ilginç bilgiler elde edebilir. Dolayısıyla avukatların taraflara sulh teşebbüsü celsesine birlikte gitmelerini önermeleri yerinde ve arzu edilir bir davranış olacaktır.

Usul bakımından, uzlaşma davetinin dava ikame edici bir işlem olarak telakki edilmesi gerekli görülmüştür. Böylece davet edilen eşin bir başka mahkemeye müracaatla önceden teşebbüste bulunan eşe karşılık derdestlik itirazında bulunmasının önüne geçilmiş olunmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kaldı ki, hakim dava dilekçesinin tevdiini beklemeden ihtiyati tedbire karar verebilir. Davacı eş uzlaşma celsesine gelmediği takdirde sulhe davet hükümden düşer ve dava açılmamış sayılır (m.368). Aynı sonuç davacı eşin sulh teşebbüsünü takip eden üç ay içinde dava dilekçesini tevdi etmemesi halinde de geçerlidir (m.370). Sulh teşebbüsünden muafiyet hallerinin (m.365) kapsamına diğer eşin fizik veya akli durumunun onun mahkemeye gelmesine veya bu teşebbüsün anlam ve sonuçlarını değerlendirmesine engel olması hali de dahil edilmiştir. Sulh teşebbüsünde bulunmaktan muafiyet hallerinde dahi dereceliğin söz konusu olacağı açıkça belirtilmiştir (m.365, f.2).

3.5.2.3. Evlilik birliğini koruyucu tedbirlere gelince; buna ilişkin usul eski Kanunda, bu tedbirlerin, eşler mahkemeye çağırıldıktan sonra, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme başkanı tarafından alınacağını öngören bir tek madde ile düzenlenmişti (m.449). Bu hükmün yetersizliğini gözönüne alan mahkemeler boşlukların (eski) Medeni Usul Kanununun diğer hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla doldurulacağını kabul etmişlerdi (RJN 7 I 179; RJN 1984, sh.89). Yeni Kanunun konuya ilişkin hükümleri eski Kanun zamanında müşahade edilen aksaklıkları doğrudan doğruya gidermeye yöneliktir.

3.5.3. Basit Yargılama Usulü

Kaleme alınış tarzı dışında, yeni düzenleme eski düzenlemenin aynısıdır. Mamafih, hükmün 30 gün içinde verilmesinin zorunlu olduğunu belirtmekte fayda mülahaza edilmiştir (m.382).

3.5.4. Mahcuz Mallara İstihkak Usulü

Burada da esas itibariyle eski düzenleme muhafaza edilmiştir. Ancak, yeni düzenleme davanın tahkikinin seri usulü muhakemeye göre cereyan etmesini, federal hukuk böyle bir zorunluluk aramadığı için, artık öngörmemektedir. Dolayısıyla, uygulanacak hükümler kural olarak adi yargılama usulüne ilişkin hükümlerdir. Sulh teşebbüsüne davet ile bu davet üzerine tarafların hakim önüne çıkmaları arasındaki sürenin özel olarak belirlenmesi zorunlu sayılmamıştır. Eski Kanunun uzlaşma halinde yargılama masraflarına hükmedilmeyeceğini âmir 468. maddesi yeni Kanunda da muhafaza edilmiştir (m.387, f.2).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.5.5. Bakım Yükümü ve Nafaka Borcu Alanındaki Yargılama Usulü

Yeni Kanun esas yönünden eski düzenlemeyi değiştirmemiş; fakat konuyu daha mantıki bir sıra dahilinde ve daha değişik bir tarzda ele almıştır.

Yeni Kanuna göre, davacı uzlaşma celsesine gelmediği takdirde dava açılmamış sayılır (m.91, f.3). Öte yandan, konusu 2.000.-Frankı aşmayan davaları vesayet dairesi başkanının tek başına çözümleyip karara bağlayabilmesi kabul edilmiştir.

3.6. Hükümlere Karşı Müracaat Yolları

3.6.1. İstinaf

Yeni Kanun eski düzenlemeyi önemli ölçüde değiştirmektedir.

İstinaf yolu evlilik birliğine ilişkin olup Neşatel Adli Organizasyon Kanununun 10. maddesinde öngörülen davalara da (boşanma ve ayrılık davaları) teşmil edilmiştir (m.398). Ayrıca, nihai karara yöneltilen istinaf talebinin dava şartlarının ve dava engellerinin reddine ilişkin olup nihai karardan önce vuku bulan ara kararlarını ve diğer ara kararlarını da kapsaması öngörülmüştür (m.399). Mahkeme içtihatlarına göre (RJN 1985, sh. 81), nihai karar kavramı sadece esasa ilişkin nihai kararları (hükümleri) değil, dava şartlarına ve dava engellerine ilişkin olup hakimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran nihai kararları da içerir. Buna mukabil, yargılamayı sona erdirmeyen, örneğin bir dava şartının mevcut olmadığı yolundaki muhalefeti reddeden kararlar nihai karar değildir ve dolayısıyla bu kararlara karşı müstakilen istinaf yoluna gidilemez. Bu durumun her zaman tatminkar olmadığına işaret edilerek dava şartına veya dava engeline ilişkin kararlara karşı sadece bu kararlar yargılamayı sona erdirdikleri takdirde değil, yargılamayı sona erdirecek nitelikte oldukları takdirde dahi doğrudan doğruya istinaf yoluna gidilebilmesi mümkün kılınmıştır. (m.399, f.2).

Neticei talebin istinaf başvurusunda basit bir şekilde gerekçelendirilebileceğini kabul eden eski Kanunun (m.376, f.2) aksine, yeni Kanun neticei talebi destekleyen gerekçelerin belirtilmesini şart kılmaktadır

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(m.400, f.2, b.e, 401, f.3). Gerçekten de, istinaf talebinin gerekçelendirilmesi kanunun tam olarak belirlenebilmesi ve hakim ile karşı tarafın yeterli şekilde bilgi sahibi kılınabilmesi için zaruridir. İstinaf süresi 10 günden 20 güne çıkartıldığı (m.400, f.1) için, bu zorunluluğun yerine getirilmesi güç bir zorunluluk olduğu da ileri sürülemez. Öte yandan, aleyhine istinaf yoluna başvurulan tarafın, istinaf talebinin kendisine tebliğinden itibaren 20 gün içinde yazılı olarak cevap verebilmesi de kabul edilmiştir (m.403) ki, bu imkan eski düzenlemede mevcut değildi.

Yeni Kanunun 407. maddesinin 2. fıkrası, kamu düzenini ilgilendiren bir husus söz konusu olmadığı sürece İstinaf Mahkemesinin istinaf talebindeki neticei taleplerle bağlı olduğuna işaret etmektedir ki, eski düzenleme zamanında aynı sonuca mahkeme içtihatları yolu ile varılmıştı (RJN 4 I 112, 1 I 239). İstinaf talebinin kabule şayan olmadığı veya aşikar bir şekilde haksız olduğu hallerde İstinaf Mahkemesi, sözlü yargılama ve aleni müzakere yapmadan, dosya üzerinde karar verebilecektir (m.410). Nihayet yeni Kanun, eski Kanun zamanında mahkeme içtihatları ile kabul edilmiş olan bir ilkeyi benimsemekte ve İstinaf Mahkemesinin, istisnaen, tarafların haklarını korumak için elzem ise, olayı çözümlemekten imtina ederek davayı hüküm mahkemesine geri gönderebileceğini öngörmektedir (m.412, f.2). Evlilik birliğine ilişkin davalarda verilecek kararlar konusundaki yeni hükümler, istinafın şeklini düzenleyen hükümlerin bu davalar bakımından değiştirilmesine yol açmıştır. Karar evlilik birliğine ilişkin işlere bakan mahkeme tarafından verildiği takdirde istinaf başvurusu, hükmün tebliğini takip eden 20 gün içinde hüküm mahkemesi kalemine tevdi edilmesi gereken bir layiha ile yapılacaktır. bu gibi durumlarda istinaf layihasının özellikle neticei talepleri ve bunların dayanağını teşkil eden gerekçeleri ihtiva etmesi lazımdır (m.400). Karar tek başına mahkeme başkanı tarafından verilmişse, istinaf başvurusunun hüküm fıkrasının tebliğinden itibaren 10 gün içinde hüküm mahkemesi kalemine bildirilmesi gereken bir beyanla yapılması lazımdır; bu beyan sadece neticei talepleri içerecek, istinaf talebinin daha sonra, yazılı kararın tebliğinden itibaren 20 gün içinde gerekçelendirilmesi gerekecektir (m.401).

3.6.2. Temyiz Kanun Yolu

Temyiz kanun yolunun konusu bakımından yeni Kanunun 414.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maddesi, eski Kanundaki durumu, Temyiz mahkemesinin son içtihatlarına (RJN 1980-81, p.93-94) daha uygun düşecek bir şekilde muhafaza etmektedir; temyiz kanun yolu genel olarak district mahkemeleri ve bunların başkanları tarafından verilen hüküm ve kararlara karşı açıktır (f.1); istisnalar tahdidi bir şekilde sayılmıştır (f.2). Ve temyiz kanun yoluna müracaatın federal kanun yollarına müracaata oranla taliliği ilkesinden vazgeçilmiştir. Temyiz sebeplerine gelince (m.415), yeni Kanun, neticede, danışma prosedürü esnasında Baro tarafından önerilen üçlü klasik ayırıma bağlı kalarak, üç temyiz sebebi öngörmektedir: maddi hukukun yanlış tatbiki (b.a), vakıaların tespitinde keyfilik veya takdir hakkının suistimal edilmesi (b.b), muhakeme usulünün esaslı kurallarının ihlal edilmesi (b.c).

Sözlü hüküm kavramının sisteme ithal edilmesi tabiatıyla temyiz kanun yoluna müracaat şeklinde bazı değişiklikler yapılmasını gerektirmiş ve sonuçta benimsenen düzenleme, istinaf bakımından kabul edilen düzenlemeye çok yaklaşmıştır. Bizatihi bu durum başlı başına bir ilerlemedir. Genelde, yani yazılı olarak tebliğ edilen hüküm veya karar halinde, temyize müracaat, aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulacak hükmün tebliğini takip eden 20 gün içinde karar mahkemesinin kalemine tevdi edilecek gerekçeli bir layiha ile yapılacaktır (m.416). Demek ki, müracaat şekli aynen muhafaza edilmiş, fakat müracaatın muhatabı değişmiştir; gerekçeli temyiz layihası bundan böyle doğrudan doğruya Temyiz Mahkemesine değil, kararı vermiş olan mahkemeye tevdi edilecektir. Sözlü yargılama halinde kaçamağa imkan vermeyen bu yenilik ayrıca birleştirici olma özelliğine de sahiptir. İstinaf ve ceza alanında temyiz kanun yolu için öngörülen sistem de hukuk davalarında temyiz kanun yoluna başvurmak için kabul edilen sistem olacaktır. Hüküm sözlü olarak verildiği takdirde, temyiz kanun yoluna müracaat, hüküm fıkrasının tebliğini takip eden 10 gün içinde hükmü vermiş olan mahkemenin kalemine yapılacak bir beyanla olur; bu beyan sonradan, yazılı hükmün tebliğini takip eden 20 gün içinde gerekçelendirilecek, aksi takdirde temyiz kanun yoluna müracaat hakkı kaybedilecektir (m.417). Yasal şekiller ve süreler dahilinde vuku bulmayan temyiz beyanlarını kabule şayan addetmeme yetkisi kararı vermiş olan hakime aittir. Tabiatıyla onun bu konudaki kararı temyiz edilebilecektir.

Katılma yolu ile temyiz kurumunun kabul edilmesi (m.423) temyiz kanun yoluna müracaat alanında başka bir önemli yeniliği teşkil etmek-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tedir. Taraflardan birinin, kendisine kısmen hak veren bir kararla yetinmesi, diğer tarafın da yetinmesi şartıyla söz konusu olabilir. Katılma yolu ile temyiz kurumu bu davranış tarzına tercüman olmakta ve onu gerçekleştirmektedir. Katılma yolu ile temyiz kurumu, Temyiz Mahkemesine, davayı, sadece temyiz kanun yoluna başvuran tarafın seçtiği açıdan değil, bütünüyle gözden geçirmeye imkan vermektedir ki, bu da ona -hiç de önemsiz olmayan- belli bir caydırıcı etki bahşetmektedir. Bu kurumun ihdası, hiç şüphesiz, Nöşatel Hukukunda medeni yargılamanın iyileştirilmesi yönünde olumlu bir adımdır.

Temyiz kanun yoluna müracaat usulüne gelince; müracaat yapılır yapılmaz veya sözlü hüküm halinde yazılı gerekçelerin tevdi edilmesinden sonra, kararı vermiş olan mahkeme kalemi talebi hemen dava dosyası ve kararın bir sureti ile birlikte Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesine intikal ettirir (m.418). Kararı vermiş olan hakim buna kendi müşahadelerini ekleyebilir. Şayet talep, ilk bakışta, kabul edilemez veya aşikar şekilde mesnetsiz görünüyorsa, Temyiz Mahkemesi onu esasa girmeden ve önceden bir tebligat yapmadan reddedebilir (m.420). Bunun dışında, temyiz talebi karşı tarafa tebliğ olunur (m.421) ve karşı taraf yazılı olarak cevap vermek (m.422) ve gerekirse katılma yolu ile temyiz kurumuna başvurabilmek (m.423) için 10 günlük bir süreye sahip olur. Temyiz mahkemesi, ihtiyaç duyduğu takdirde, eski Kanunda olduğu gibi, ilave tahkikat emredebilir (m.425). Temyiz Mahkemesi ayrıca davayı aynı hakimin veya bir başka hakimin önüne gönderebilir veyahut da resen ya da talep üzerine bizzat kendisi esas hakkında bir karar verebilir (m.426). Nihayet, Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesi Başkanı başka türlü karar vermedikçe, temyiz kanun yoluna müracaat hükmün infazını ve yargılamanın seyrini durdurmaz (m.419).

3.6.3. Yargılamanın İadesi

Yargılamanın iadesi sebepleri eski Kanunun 403. maddesinde tahdidi olarak sayılmış iken, mahkemeler bu sebepler dışındaki sebeplerden dolayı da yargılamanın iadesi yoluna gidilebileceğini kabul etmişlerdi (RJN I 162, 6 nolu gerekçe).

Maddi hukukun gerçekleşmesine engel olabilecek her türlü şekilcilikten kaçınmak için, yeni Kanunda, genel bir şekilde, iki kategori sebebin yargılamanın iadesi talebinde bulunmaya imkan verebileceği kabul

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

edilmiştir: hükmün verilmesinden sonra taraflardan birinin önemli yeni vakıalara ittila kesbetmesi veya yargılama sırasında ileri süremediği inandırıcı deliller elde etmesi (m.427, b.a); hükmün hileli davranışlarla elde edilmiş olması, özellikle cezalandırılabilir nitelikte bir işlemin etkisiyle verilmiş bulunması (m.427, b.b). Bu son halin kapsamına ilk planda yalan tanıklık veya sahte senet girmektedir. Öte yandan, yargılamanın iadesinin sadece hükümlere ilişkin olmadığı; bu imkanı, sulh, kabul ve feragat halinde de, yargılamaya son veren işlem medeni hukuk açısından geçersiz olduğu takdirde kabul etmenin uygun olacağı düşünülmüştür (m.428). Burada irade fesadı halleri söz konusudur. Yargılamanın yenilenmesi usulüne gelince (m.431); yeni Kanun artık talebin district girip girmemesine göre ayırım yapmamaktadır. Öte yandan, kabule şayan olmayan veya aşikar bir şekilde haksız olan taleplerin, diğer tarafa tebligat yapmaya ve aleni müzakereye gerek kalmadan, esasa girilmeksizin reddedileceği öngörülmüştür (m.41, f.3). Yeni Kanunun 435. maddesi, yargılamanın iadesi talebi üzerine verilen kararlara karşı, diğer nihai kararlarda söz konusu olan kanun yollarına başvurulabileceğini tasrih etmektedir.

Mahkeme yargılamanın iadesi talebini kabul ederse, aleyhine yargılamanın iadesi yoluna başvurulmuş olan hükmü tamamen ya da kısmen iptal eder ve işin niteliğine göre aynı kararla veya ayrı bir kararla uyuşmazlığın esasını çözümler (m.433, f.1). Maamafih, yargılamanın iadesi talebini kabul eden karar ikinci derece mahkemesi tarafından verilmişse, dava, esas hakkında karar verilmek üzere, birinci derece mahkemesine de geri gönderilebilir (m.433, f.2). Bu hüküm, iki dereceli yargı ilkesini ihlal etmemek için getirilmiştir. Nihayet, yeni Kanun, bazı kararların yargılamanın iadesine konu teşkil edememeleri kuralını (eski Kanun m.412) terkederek, kanunun aradığı şartlar gerçekleştiği takdirde, verilen kararın niteliği ne olursa olsun yargılamanın iadesi yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir.

3.6.4. Hükümlerin Tavzihi

Eski düzenleme muhafaza edilmekle beraber, tavzihe gerek olduğu sonucuna varan mahkemenin tavzih talebini kabul ederek hükmün ihtiva ettiği belirsizliği, muğlaklığı veya çelişkiyi, hükmün esasını hiç değiştirmeden ortadan kaldıracağı açıkça ifade edilmiştir (m.441; RJN 2 I

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

109). Ayrıca, tavzih kararları aleyhine, tavzih edilen hükümle aynı kanun yollarına başvurulabileceği de belirtilmiştir (m.443; RJN 6 I 585, 3 I 74).

3.7 Hükümlerin İnfazı

Yeni hükümler eski düzenlemeyi gerek şekil ve gerekse esas yönünden önemli ölçüde değiştirmektedir. Nitekim, sistematik yönünden, önce hüküm çeşitlerini, konularına, niteliklerine veya menşelerine göre, bütün özellikleri ve bunların cebri icraya olan etkileri ile birlikte gözönüne almak; ondan sonra da cebri icra takibini ve cebri icra vasıtalarını incelemek daha yerindedir.

Konusu para veya teminat olan hükümlerin cebren icrası Borç İçin Takip ve İflas Hakkındaki Federal Kanuna göre cereyan edecek (m.444); diğer hükümlerin cebren icrası ise hükmü vermiş olan mahkemenin başkanı tarafından düzenlenen bir belgeye (ordonans) istinaden vuku bulacaktır (m.446). Fakat, resmi sicile kayıt yapılmasını veya bir kaydın tadilini ya da terkinini amir hükümler mahkeme kalemi tarafından resen yetkili makama bildirilecek ve bu makam da hükmün içeriğini yerine getirecektir (m.445). Öte yandan, icrası bir şarta veya bir karşı edimin ifasına bağlanmış olan hükümler, ancak bu şart yerine geldiği veya karşı edim ifa edildiği ya da usulüne uygun olarak teklif edildiği anda icra edilebileceklerdir (m.447).

Kantonlar arası anlaşmalardaki kayıtlar mahfuz kalmak şartıyla, başka kantonlarda verilmiş olan hükümler Nöşatel Kantonunda ancak hükmün verildiği Kanton'un yetkili makamından sadır olup hükmün kabili infaz olduğunu belirten bir ilamın ibrazı üzerine cebri icraya konu teşkil edebileceklerdir; fakat, aleyhine cebri icra yoluna başvurulan taraf hükmü vermiş olan mahkemenin görevsiz olduğunu, yargılamada usulüne uygun olarak davet veya temsil edilmediğini, hükmün verilmesinden sonra vuku bulup cebri icrayı tamamen veya kısmen ortadan kaldıran ya da erteleyen bir halin söz konusu olduğunu ileri sürebilecektir. Yabancı ülkelerde elde edilmiş hükümlerin tanıma ve tenfizi ise Devletler Özel Hukukuna İlişkin Federal Kanun hükümlerine göre cereyan edecektir (m.450).

Cebri icra usulü bakımından yeni Kanun basit yargılama usulü

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nün uygulanmasını öngörmekte ve hakimin tarafların neticei talepleri ile bağlı olmaksızın serbestçe karar vermesini âmir bulunmaktadır (m.451, f.3). Ayrıca yeni Kanun hükümlerin icrasının kural olarak mahkeme kalemi tarafından yapılacağını; fakat hakimin, duruma göre, başka cebri icra vasıtaları öngörebileceğini belirtmektedir. Eski düzenlemenin kiracıların tahliyesine ilişkin kararların icra daireleri tarafından yerine getirileceğine ilişkin hükmü, kira hukukunun 15 Aralık 1989 tarihli tadili sırasında Borç İçin Takip ve İflasa İlişkin Federal Kanun hükümlerine istinaden tahliye imkanı ortadan kaldırıldığından, yeni Kanuna alınmamıştır. Zabıtanın müdahalesine ilişkin hükümler Adalet Komisyonunda, son senelerde kamu oyunu uzun uzadıya meşgul etmiş bazı cebri icra vak'aları nedeniyle, şiddetli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Sonunda kanton polisinin müdahalesini talep etmek yetkisinin cebri icraya konu olan kararın infazını emreden belgeyi (ordonansı) düzenleyen hakime ait olduğu ve bu hakimin de, hükmün icrası ile görevlendirilen mahkeme kaleminin talebi üzerine harekete geçeceği kabul edilmiştir. Hakim bu talebi yerinde görürse, durumdan Kanton Bakanlar Kurulunu (Conseil d'Etat) haberdar eder ve sonra da kanton polisi komutanı (müdürü) nezdinde, cebri icraya konu teşkil edecek kararın niteliği, aleyhine cebri icrada bulunulacak şahsın kimliği ve cebri icranın vuku bulacağı yer ile zabıtanın müdahalesini gerektiren şartları belirten yazılı bir talepte bulunur. Burada hakim bakımından söz konusu olan, kararını kanton polisi komutanı nezdinde doğrulamak ya da onun kontroluna tabi kılmak değil; kanton polisi komutanına, yararlı bir şekilde müdahale etmesini sağlayacak bilgileri daha başlangıçta temin etmektir. Cebri icranın özel şartları, hakimin denetimi altında ve kanton polisi mensupları - gerekirse, ayrıca, ilgili kanton hizmet birimleri ve yetkili komünal makam- ile koordineli olarak, cebri icra ile görevlendirilen mahkeme kalemi tarafından kararlaştırılacaktır (m.454).

4. SONUÇ

Medeni yargılama, hiç şüphesiz, övgüye değer bir konstrüksiyondur, fakat tek başına bir gaye değildir. Medeni yargılama hukuku maddi hukukun lüzumlu bir tamamlayıcısıdır ve onun uygulanmasını sadece sağlamak değil, aynı zamanda teşvik etmek ve kolaylaştırmak zorundadır. Medeni yargılama hukuku, hakime, elverişli şartlar altında davayı

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

incelemek ve kararını vermek imkanını fiilen sunduğu takdirde amacına intibak etmiş olacaktır. Medeni yargılama hukuku belli bir şekilcilik ile donatılmışsa da, bu şekilciliğin, haklılığını, tarafların meşru menfaatlerinin korunmasından ve esasa ilişkin hukukun harekete geçirilmesine lüzumsuz bir engel teşkil etmemesinden alması gerekir. İşte Nöşatel medeni yargılama hukukunda yapılan değişikliği yönlendiren temel ilkeler bunlardır. Kabul edilen çözümler arasında bazıları tartışılabilir ve hiç şüphesiz başka bir çok çözüm daha mevcuttur. Fakat, her şeye rağmen, Nöşatel Kantonunda uzun zamandan beri yürürlükte olan yargılama usulünün temel ilkelerini hukuk davalarının tahkiki ve karara bağlanması alanında gerçekleştirilmiş olan ilerlemelere uyarlama iddiasını taşıyan yeni Nöşatel Medeni Yargılama Usulü Kanunu, adaletin işleyişini iyileştirmek ve mahkemeler önünde gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamak amacını güden ciddi ve samimi bir gayretin ürünü olarak belirmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883
MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÇEVRE HUKUKU VE ÇEVRE KORUMASI

Prof. Dr. Klaus SOJKA,

Tercüme: Ar.gör Ayla Saruhan*

I. İnsanlık ve Gezegeni

Dünyanın bir ateş topundan donmasına dek olan zaman dilimi bizim için hayal bile edilemiyecek kadar uzundur. Bizler, ancak tüm olaya oranla bir saniye sayılabilecek olan, uzun bir mesafenin kısa bir bölümünü kavrayabilmekteyiz. Bu zaman, yer kabuğunun soğumasıyla, yaşamın oluşması ve gelişmesi için gerekli olan şartların varlığıyla başlar, fakat aynı anda bu başlangıç çürümenin de tohumunu taşır. Bu, bizim anlayışımıza göre, tekil canlılar, bireyler ve yaşam toplulukları için her zaman olan ve süren bir birlik sayılır.

Yaşamın görünüş şekli, tarihsel bir sıraya göre kendisini devamlı ve komplike olarak geliştirmiştir. Bunun son halkasını, "yaşam kavgasını" doğal içgüdüleriyle değil, aklını kullanarak kazanmak isteyen insan oluşturmaktadır. Onun için hayal kovukları yoktur. İnsanoğlu nasıl ki, öğrenemediği şeyleri hayali resimlerle doldurıyorsa, yetişkinlerde de bilginin idrake dayanmadığı alanlarda hayal gücü işlemeye başlar. Tüm kültürlerden kendi bilincine erişmiş insanlar, evrenin, dünyanın ve yaşamın oluşum tarihini, yaratılış tasvirlerinde görsel olarak izah etmişlerdir. Gerçi rasyonel bilgilerin artmasıyla hayali açıklamaların alanı birçok yerde daralmıştır. Bilgisizliğe oranla, yüksek teknoloji çağının ilmi oldukça azdır. İnsan ruhunun arayış ve çabalarına fazla önem vermemek gerekir, bilakis onu tamamen kullanılmaz bir içgüdü yedeği olarak tesbit etmek ve bu arayışları büyük bir ihtiyatla gerçekleştirmek gerekir.

Bu kendini suçlama ve alçakgönüllülükte her ahlaki fikrin ve ekolojik alışverişin kaynağı yatar. Bununla, diğer canlıların insan merkezli kullanımı veya istismarı hatta var olma ön koşulu imkansızdır. Böylece insan her şeye rağmen kendisine güvenir. Çünkü insanlık kendisini doğa

* M.Ü. İletişim Fakültesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kanunlarından uzaklaştırmıştır ve bu sayede hükmedici güçlü bir pozisyon zaptetmiştir; bu özellikle endüstri devletleri ve gelişmiş ülkeler için geçerlidir. Tüm görüntüyü partilerin yararına -sözde veya gerçek- başarı anları için ihmal ettiklerinden, yarar ile birlikte aynı oranda zarara da sebebiyet verilmiştir. Geriye, söküp alınan bir delik, hatta kötü bir yara kalmıştır.

Bugünün nesli olarak bu ikilemin önünde duruyoruz, geleceğin problemlerini halletmek ve bizden sonra gelecek olanlara yaşanabilir bir ortam sağlamak için, insanın şimdiye dek zorlanmadığı kadar güç bir durum ile karşı karşıyayız.

1. Nüfus artışı ve etkileri

Tıbbi ve diğer bazı sosyal imkanlarla insanoğlunun var olma savaşı değiştirilebilmiştir; çevresindeki doğal düşmanlar -küçük canlılar şeklinde olanlar da- püskürtülmüş veya yok edilmiştir, sağlık ve yaşamı tehdid eden saldırılar durdurulmuş ve giderek yüksek bir yaşa ulaşılabilmesi sağlanmıştır. Bu nedenle 1950'den 1990'a kadar olan dönemde insan nüfusu yaklaşık olarak iki kat artmıştır; nüfus önümüzdeki 28 yıl içerisinde %52 oranında artarak, 8.2 milyara ulaşacaktır (1). "Nüfus patlayışı" yaşam şartlarının çok düşük olduğu bölgelerde en kuvvetlidir. Bunun tersine dünya nüfusunun oldukça küçük bir kesmi, besin araçlarından, enerji ve yeraltı zenginliklerinden istifade etmektedir. Bu taşkın harcamalar yalnızca reklamla değil, adeta tüm sosyal yaşamda elde etmeye değer, ekonominin ve yaratılışın hedefi olarak gösterilmekte ve fakirler, açlık çekenler ve ihmal edilmişler tarafından da bu şekilde algılanmaktadır. Böylece yaşam kavgası, hedefe ne pahasına olursa olsun saldırılan maddeci bir yaşam zevki haline getirilmektedir. Zengin ülkelerin lüksleriden, harcamalarından ve bolluklarından yoksullara bir şeyler akıtmaları söz konusu olamaz. Çünkü zenginlerin refahı ancak devamlı olarak arttırılırsa, ekonomik ve sosyal "gelişme" sürdürülürse, varlığını devam ettirebilir. Böylece "gelişmekte olan ülkeler" ve üçüncü dünya ile inanılmaz derecede büyük uçurumlar oluşmaktadır. Sessiz olanlar, zenginler tarafından her zaman için zorlanmaktadır. Fakat çevre dediğimiz kuşağın azaltılması, harcanması durdurulamamaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bunun geçen kırk yılda olduğu gibi devam edemiyeceği genelde anlaşılmıştır. Çünkü atmosfere, dünyaya, suya ve havaya verilen zarar, insan ve birlikte yaşadığı diğer canlılar için yaşamı tehlikeye sokacak bir boyuta ulaşmıştır. Yaşam koşullarının sürdürülmesi ve yeniden üretilmesi için sosyal meydan okumanın yanısıra, gittikçe artan insan kitlelerine, mevcut olan ve kısmen yenilenemeyen hammaddeleri ve diğer maddeleri mümkün oldukça iyi ve titiz bir biçimde tedarik etmek, global bir çevre hukukunun yaratılması ve yürürlüğe sokulması günümüzün en önemli ödevlerinden birisi haline gelmiştir.

2. 1992 Rio Çevre Zirvesi

Haziran 1992'de 106 Devlet ve Hükümet başkanı Rio de Janeiro'da, dünyanın ve üzerinde yaşayanların kaderinin, derhal sıkı bir işbirliği ile tüm halklar için, bir yaşam problemi olarak tanınması ve ele alınması gerektiği görüşü altında bir araya gelmişlerdir. Çevre ve gelişme için yapılan 12 günlük UNO Konferansı'nın (UNCED) sonunda 178 devlet tarafından dünyanın korunması amacıyla üç belge kabul edilmiştir. Bu tüm zamanların en büyük konferansıydı; insanlık tarihi ve çevre anlayışı için bu önemli bir işaret taşıdır.

Merkezi hareket programı "Agenda 21"de toplanmıştır. Çevre felaketlerinden dünyanın kurtarılması, ormanların, iklimin ve cins çeşitliliğinin korunmasına yönelik talimatlar, ayrıca fakir ve zengin ülkeler arasında adil bir denge kurmayı amaçlayan Rio Deklerasyonu, çevre zirvesinin sonuçlarındandır.

Dünya konferansında ortaya konulan beklentilere yaklaşılarak bunlar hiçbir şekilde gerçekleştirilmemiş olabilir. Ne de olsa bu olay, şimdiye dek olan insanlık tarihinde tektir. Bu, çevre düşüncesinin ve ekoloji anlayışının sınırlar ötesi, dünya çapında ele alınabileceğini kanıtlamıştır.

Bundan sonra, anlaşmanın (2) ayrıntıları politika, toplum ve ekonomik yaşamda gözönünde bulundurulacaktır. Buradan, tamamen veya kısmen gecikilmiş olsa dahi olaylara el atmayı ve değiştirmeyi mecburi kılan, gelecek için güçlü bir çevre korumacılığı yetişecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. Güncel Çevre Problemleri

1. Dünya Atmosferine Verilen Zarar

Bir AT komisyonunun raporuna göre, gazların meydana getirdiği sera etkisi, dünya atmosferinin ısısının 2100 yılına kadar 1,5 ile 4,5 derece arasında artmasına neden olacaktır. Burada karbondioksidin katkısı yarı yarıyadır. Bu maddeler yağ, kömür ve gazın yanması, yağmur ormanlarının yakılması sonucu ve yaklaşık olarak %22'si de spreylerde, soğutma ve çözme araçlarında, ayrıca sert ve yumuşak köpüklerde bulunan FCKW bileşimlerinden oluşmaktadır. FCKW: Flurokloro karbon hidrojen. %13'ü Metan gazları tarafından ortaya çıkarılmaktadır. Sulu pirinç ekiminde, kitle halindeki hayvan beslenmesinde ve biyolojik maddelerin yakılmasıyla, çöp depolarının neden olduğu % 13 oranında Metan bileşimleri ortaya çıkar. Bizi koruyan ve yaşamımızı sürdürmemizi sağlayan, eşsiz koruyucu tabakanın tahribatından, %7 oranında Ozon, endüstri ve otomobil gazlarıyla, %5 oranında azotoksit bileşimleri ve son olarak da %3 oranında su buharı sorumludur (3). NASA bilim adamları, BM ve EASOE (Avrupalı Ozon Araştırma Kampanyası) ve diğer ilgili güçler bu nedenle alarm işareti vermişlerdir (4).

2. Atom ve Işınım Durumu

Koruyucu Ozon kemerinin zedelenmesi ve bu sayede meydana gelen yoğun ışıma, şimdiye dek bereketli olan güneş ışığını yaşamı tehdid edici bir güç haline dönüştürmüştür. Şimdiye dek atmosfer, ultraviyole ve röntgen ışınlarını büyük ölçüde filtre etmekteydi ve arta kalan sıcaklık ve gelen ışık Fauna ve Flora'nın yaşam ön koşuluydu.

Filtre edilmemiş, normalden çok fazla miktardaki güneş etkisi, ilk önce tahrib eder ve nihayet de karşılaştığı organizmayı öldürür.

Bu intiharın başka bir şeklidir. Fakat hala zararlı maddelerin yasaklanması uzatılmakta veya ancak birkaç devlet ile sınırlandırılmaktadır. Diğerleri ilk önce refah düzeylerinin eşit seviyeye ulaşmasını istemektedirler- ki bu o zaman hiçbir şekilde mümkün olamıyacaktır.

Başta atom santralleri olmak üzere, ışın durumları, Çernobil faciasıyla dünyanın bu konuda kafa yormasını sağlamıştır. 1992 yazında meydana gelen büyük orman yangınları sonucunda, zararlı maddeler in-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sanların yaşam alanlarına kadar taşınmışlardır.

Atom artıkları gelecekteki nesilleri de sonsuz bir şekilde tehdid etmektedirler. Deniz diplerine bırakılmış atıklar -savaş araçları dahil- insanların hatalı davranışlarının uğursuz bir kanıtı olarak ve politik dar görüşlüğün bir göstergesi olarak sonsuza dek tehlike oluşturacaklardır.

3.

Toprak, iç sular, denizler ve hava halen ve büyük bir geri kafalılıkla, özellikle de, endüstri, tarım, yakıtmotorları ve diğer "artıklar" tarafından dehdid edilmektedir. Havaya bırakılan maddeler "asit yağmuru" olarak toprağa ve sulara geri dönmektedir. Asit yağmuru bitkilerin solmasına, ormanların ölmesine neden olmaktadır; ve kimi cansız göller, havadan veya muhtelif atık sulardan meydana gelen zehirlenmenin sessiz birer şahididirler.

Bazı hallerde çevre, gürültüyle de dayanılmaz bir şekilde rahatsız edilmekte ve zarara uğratılmaktadır. Uçuş bölgelerinde veya alçaktan uçanların deneme alanlarında veya hatta çok kullanılan yolların yakınlarında oturan insanlar hastalanabilirler ve sağlıklarını, yani yaşamaya değer varlıklarını sürdürmenin ön koşulunu kaybedebilmektedirler.

4. Gen-Teknolojisi

İnsanın Flora ve Fauna alanlarındaki yaşam dostlarından yararlanmaya başlamasından beri, çabası, uygun yaratıkları kendi isteğine göre şekillendirmek olmuştur. Yetiştirme, bilhassa melezleştirme ve mutasyonların istismar edilmesiyle, ayrıca besin seçimi ve doğrudan doğruya müdahalelerle, bitkiler ve hayvanlar en iyi biçimde kullanılabilecekleri hale sokulmuştur.

Geçmişteki ve günümüzdeki yetiştirme yöntemleri öyle boyutlara varmıştır ki, yüksek performansa manipule edilmiş canlılar, kısmen olarak çoğalmalarını sürdüremez ve insan yardımı olmaksızın varlıklarını sürdüremez hale gelmişlerdir.

Gen teknolojisi sayesinde çok kısa bir zamandan beri, yalnızca bitkilerin irsi özelliklerini değil, hayvanların da, kısaca bir canlının tüm ir-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kının değiştirilebilmesi başarılmıştır. 20.06.1990 tarihli Alman Gen Tekniği Kanunu'yla, canlıların bu korkunç, hatta devrimsel gelişmeleri belli bir düzene konulmaya çalışılmıştır. Kanun koyucunun fevkalade mesuliyetini gerektiren bu görevinde, bir yandan insan, hayvan, bitki ve diğer çevrenin sağlığını ve ayrıca malların genteknolojik yaratıklar ve bu tür tehlikelere karşı önlem almak, diğer yandan gen teknolojisinin bilimsel ve teknik imkanlarının araştırılması, geliştirilmesi için oldukça geniş bir çalışma alanı açmak yatmaktadır.

Kanunun bu amaç belirtmesi, ışın teknolojisi gibi başka yeni davalar için de tipiktir. İki katmanlık, koruma ve güveni sağlamalıdır, fakat aynı zamanda artan ve gittikçe daha zor beğenen dünya nüfusuna gereken, mümkün olan daha iyi yaşam şartlarının da kapısını açmalıdır. Alman Gen Teknolojisi Kanunu, bu iddiaları tanzim eden, günümüzdeki en detaylı ve en iyi standart eserini temsil edebilir. Hayvanların ırsi yeteneklerini yok eden müdahale ve tedavilerle, ağrı, acı veya zarar içindeki ırsi yetenekleri değiştirilmiş hayvanlar veya onların taşıyıcı hayvanlarıyla bağlantılı olduğu zamanlarda duruma el koyarak, hayvanları koruma kanununu da genişletmiştir. Genetik kanunu, üreme veya genteknolojik materyal aktarabilme yetengeine sahip olan her biyolojik birliği kapsar, yani yalnızca hayvanlarla sınırlı kalmaz.

5. Kaynaklar

Yerine yenileri konulamayan hammaddelerin bazen haydutça olan harcanması, artık genelde sorumsuzca bir davranış olarak kabul edilmiştir, fakat hiçbir şekilde yeterli halde durdurulamamıştır. Gelecek nesilleri etkileyecek olan sonuçları düşünmeden, hala madenfilizleri, fosil yakıt araçları, deniz ürünleri gibi yeraltı zenginlikleri ve nihayet su rezervleri çok fazla harcanmaktadır.

Burada da politik, ekonomik ve toplumsal anlık kârlar tercih edilmekte ve sanayi, ya sınırsız olan genel bir stok varmış ya da gezegenin sonu zaten durdurulamazmış gibi davranmaktadır.

Su kıtlığı, petrol çıkarma işleminin durması gibi arasıra meydana gelen "şoklar", şimdiye dek hep kısa dönemli iyi niyet gösterilerine ve bununla bağlantılı olan değişiklikler getirmiştir. Darboğazlar aşıldığı zaman, eskiden olduğu gibi yine düşüncesizce harcamaya geçilmekte, sözde

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

teminatlar verilmeye devam edilmektedir.

Herkes, kendisi için bir istisnai düzenleme talep etmekte ve dikkat ile ileri görüşlülüğü diğerlerine bırakmaktadır. Bu metod ile ne halklarla devletlerin birlikte yaşamı, ne de şahısların etkili çevre ve yaşam güvenliği sağlanabilmektedir.

6. Atıklar ve bunların yok edilmesi

Dünyanın mallarının cömertçe kullanılması yalnızca harcamaya yöneltmekte, kullanılan her çeşit yaşam ve ihtiyaç maddesinin değerli parça ve maddelerinden, kötü bir vazgeçmeyi de beraberinde getirmektedir. Henüz birkaç yıl önce mümkün oldukça az şeyi atmak ve işe yaramayan şeyleri değerlendirmek erdemli bir davranış sayılırken, bugünün "yeni zenginleri" ve onlara özenenler çok alıp, bundan az yararlanmayı ve kullanılmayanı kolayca çöp olarak bir kenara atmayı bir statü sembolü olarak görmektedirler.

Reklam ve üretim de kendisini buna göre ayarlamıştır ve hatta bu düşkünlüğü desteklemektedir. Hep daha fazla ve daha hacimli paketlemeler önerilmekte, moda devamlı olarak değişmekte ve yeni tadlar telkin edilmeye çalışılmaktadır. Kitle turizmi ve kitle gösterileri mantıklı açıklamaları olmayan psikozlara, hareketli birer isteriye dönüşmektedirler.

Zengin devletlerin vatandaşlarının bu yaşam tarzı tüm bir doğal alanın ve onun özelliklerinin, hayvanlarının, bitkilerinin ve diğer belirgin birtakım özelliklerinin yok edilmesine neden olmaktadır. "Kullan-at Toplumu" öyle büyük miktarda çöp üretmektedir ki, bunun ortadan kaldırılması da gittikçe çözülemez problemler haline gelmektedir. Bu, özellikle kimyasal, radyoaktif ve insanlığın diğer tehlikeli artıkları için geçerlidir. Bu depolama ve doldurma şimdiden denizleri, nehirleri, yeraltı sularını, toprak katmanlarını ve havayı zehirlemiştir ve bu hiçbir koşul altında engellenmeden sürdürülememelidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

III. Çevre Hukukunun Araçları

Çevre koruması, ancak gezegenimizin tüm halkları ve insanları tarafından en üst emir olarak kabul edilip ve tüm ilişkiler buna göre ayarlandığı takdirde etkili olabilir. Fakat bu, hepimizin her gün öğrendiği gibi, söz konusu olmadığından hukuksal imkanlar sınırlı kalmıştır. Gerçi devletler kendi içlerinde kanunlar, emirler ve yasaklamalar koyabilmekte ve bunların yerine getirilmesini gözetebilmektedirler, devlet birliklerinde ise bu oldukça zorlaşmaktadır. Birlik normlarının ihlali, uluslararası mahkemeler tarafından cezalandırılmaktadır. Bunların manevi etkilerini küçük görmemek gerekir; ekonomik, kültürel veya politik boykot tedbirleri veya diğer yaptırımlar da kısmen etkili olabilmektedir. Fakat belirlenmiş savunma imkanları yoktur. Birlikten uzaklaştırma da yeterli bir cezalandırma olmamaktadır. Söz konusu olan birlik üyesi, birlikten çıkarak yaptırımdan kaçınabilmektedir.

Daha zor olanı ise herhangi bir topluluktan veya bir anlaşmadan uzak kalmış olan devletleri ve onların halklarını etkileyebilmektir. Bu yönde geriye yalnızca belirtilmiş olan boykot tedbirleri, aleni olarak kanun dışı kılma ve diğer ilgili yaptırımlar kalmaktadır. Bir "dünya polisi" mevcut değildir. Askeri müdahaleler de birçok insan tarafından şiddet hareketleri oldukları gerekçesiyle red edilmektedir. Bu durumun gelecekte de bu şekilde kalıp kalmayacağını kimse cevaplandıramaz. Çünkü yakın zamanda pekçok insanın veya tüm insanların varlığını sürdürmesi tehlikeye düştüğü zaman, acil durumlar için acil savunmalar düşünülebilir. "Nüfus patlaması" doğum kontrolü ve çocuk sınırlandırılması ile belli sınırlar içerisinde bırakılmak istenmiş ve bu birkaç devlette uygulanmış ve denenmiştir. Bu, ahlaki ve diğer bazı dini tereddütlerle karşılanmıştır, bu şekilde oluşmuş olan görüş ayrılıkları en ufak çevrelerde bile bölünmelere neden olmuştur. Gittikçe artan yaşam kalitesiyle, insanların içinde bulundukları refah, her şeyde olduğu gibi, gelecek nesillere yönelik bencilce bir davranışı da beraberinde getirmekte ve çocukların sayısını da azaltmaktadır. Hukuksal tedbirler, sosyal bakımdan uygun veya ihtimamlı idare faaliyetlerinde, özellikle resmi ve karitative danışma çerçevesinde ortaya çıkar. Henüz doğmamış canlının kürtajı problemi, belirli bir ölçüde beyinlerin ısısını arttırmış ve farklı normlara ve adli sonuçlara yol açmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Rio'daki çevre zirvesi bu gelişmeyle de ilgilenmiştir; tesbitlerinin ve tavsiyelerinin etkisi halen beklenmektedir.

Dünya atmosferinin tahribatı Rio'daki bir diğer konuyu oluşturmaktaydı. Avrupa Topluluğu'nun da bu konuda aldığı kararlar vardır, özellikle üretimde FCKW kullanılması yasaklanmış veya sınırlandırılmıştır. Birçok devlet -Avusturya gibi- ozon kanunları veya hava kirliliği kararnameleri çıkartmış veya başka türlü düzenlemeler yürürlüğe koymuştur.

Almanya'da Atom ve Diğer Işınlardan Korunma Kanunu, Atom Kanunu Ve Işın Korunma Tedbirleri Kanunu ile düzenlenmiştir; tamamlayıcı yasa düzenlemeleriyle bilimsel ve ekonomik kullanım bir yanda, güvenlik konusu da diğer yandan dengelenmeye çalışılmıştır. Işın korunma kararnamesi, güvenlik tedbirleri kararnamesi, atom hukuksal düzenleme kararnamesi, atom hukuksal harcama kararnamesi ve Röntgen kararnamesini bunların arasında özellikle sayabiliriz. Atom enerjisinin kullanımı ve tehlikelerden korunmayı veya zararlarını konu edinen uluslararası birkaç anlaşma ve sözleşme mevcuttur. Özellikle EURATOM-Anlaşması, Hoftungs Sözleşmesi, ek anlaşmalarla "Paris Sözleşmesi", "Brüksel Ek Mutabakatı", AT kurulunun kararları ve birkaç teknik düzenleme eseri bu maddeye yönelik uluslararası bilinci göstermektedir.

İnsanları, hayvanları, bitkileri veya diğer şeyleri, hava kirliliği, gürültü sarsıntılar, ışık, ısı, ışınlar vs. gibi şeylerle etkili olan bileşimleri, Alman yasa koyucusu Federal İmmission Koruma Kanunu ve bununla bağlantılı olan Arıza Kararnamesi, Büyük Ateşleme Tesisleri Kararnamesi gibi düzenlemelerle halletmeye çalışmıştır. Bu çerçeveye ayrıca Benzin Kurşun Kanunu, Uçuş Gürültüsü Kanunu ve diğer etkili yaptırımlar dahildir. Bunlar devletler üstü bir zemine oturtulmalıdır.

Bu düzenlenmiş olan gen teknolojisi ve onun etkileri alanı için de geçerlidir. Burada, özellikle acilen uluslararası, global bir görüş birliği ve etkili düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bunun için Alman Gen Teknolojisi Yasası asgari talepler için bir taslak oluşturabilir.

Uluslararası anlaşmalarla, özellikle deniz ve kıtaların kaynakları sonsuz ve taşkın talandan kurtarılabilir. Bu şekilde kutup bölgelerinin ve canlılarının, özellikle zengin hammadde depolarıyla Antarktis'in korunması için anlaşmalar yapılmıştır. Bu anlaşmalara, imzalayanlar ve diğer devletler riayet etmektedirler ancak en kısa zamanda eklemeler ve

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yeni notalara ihtiyaç duyulmaktadır.

Tek tek ülkelerdeki yenilenemeyen rezerviler de yasal düzenlemelere tabiidirler. Standard verilmesi, tarife düzenlemesi ve geliştirme tedbirleriyle, hammaddelerin kullanımı, atık ve yan atıkların yeniden değerlendirilmesine (Recycling) etkin bir şekilde tesir edebilir. Çevreye zararsız olan enerji kaynaklarının gelişimi, devamı oluşabilen hammaddeler, sıcaklık kazandırıcı veya izole edici teknikler ve diğer imkanlar, yerine konulamayan maddelerin harcanmasını sınırlandırır, hatta onları gereksiz bile kılar. Bu yönde de devletler üstü anlaşmalar, ikili sistemler için tavsiyeler, çöplerden kaçınmak ve ikincil hammaddelerin kazanılması vazgeçilemezdir.

Atık durumu şimdiden uluslararası düzenlemelere tabiidir. Maddelerin dünya denizlerine akıtılması -örneğin yağların- birçok devletin dikkatine ve tepkilerine neden olmaktadır. Bu özellikle zehirli atıklar ve ağır veya hiçbir şekilde çözümlenemeyen maddeler için geçerlidir. Bunlar, doğrudan doğruya bitki dünyasını ve hayvan neslinin devamlılığını rahatsız ederek, açık göllerin uzak yerlerini ve sahil sularını zarara uğratırlar. Birçok devletten geçen akarsular, yeterli derecede arıtılmış su taşımadıkları takdirde, zararlara neden olurlar. Burada genel uluslararası kararların yanısıra, sık sık iki veya çok yönlü anlaşmalar da yapılabilmektedir. Fakat bunlar ülkelerde ciddi rahatsızlıklara neden olmadıkça, hiçbir şekilde zorla yaptırılamazlar.

Devlet içindeki kanun koyucu ve devlet yönetimi atık problemini geniş ölçüde çözebilirler. Çöplerin, özellikle tehlikeli veya zor parçalanabilen atıkların naklinin belli kararlara bağlanmasıyla, çevre tahribatı ve tehdidi sınırlandırılabilir. Üreticileri kullanılmış olan malzemeleri (cam şişeler, lastik tekerlekler, araba hurdaları vs) geriye almaya zorunlu kılmak ve çok amaçlı kullanımı veya yeniden hazırlanışın teşvik edilmesi, özellikle ev çöpünün cinsine göre ayrılması (biyolojik çöp, eski kağıt, eski metal, cam, plastik maddeler ve "artık çöpler) ortaya çıkan çöp miktarını sınırlandıracaktır.

Zehirli ve içme suyunu tehdid eden diğer atık ürünlerin depolonması, uluslararası alanda da sıkı devlet kontrolünü gerektirir. Son dönemlerde etrafa yayılan kitle hayvancılığında gübre dağları ve gübre şerbetinin artmasına neden olmuştur ve buna ait olan toprak da bunları içine alamaz ve işleyemez hale gelmiştir. Irmakların, toprağın ve hava kat-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

manlarının kirlenmesi kaçınılmazdır.

Çöplerin yeraltına gömülmesi veya başka ülkelere gönderilmesinin uzun vadede bir çözüm olmadığı, buna bağlantılı olan ipoteğin çocuklarımızın ve onların çocuklarının üzerine yuvarlanacağı görüşü yaygınlaşmaktadır.

Çevrenin, geniş anlamda temiz tutulması sorunu dünyamızın üzerindeki yüksek katmanları da kapsamaktadır. Fakat bu katmanların altında meydana gelen ve daha da çok yaygınlaşan "sera etkisi", atık durumunun hukuksal yönden görülebilir ve değerlendirilebilir. Dökülen karbondioksitten çıkanlar, dünya atmosferinin ısınmasındaki ana nedeni olarak, görülmektedir; diğer zarar nedenleri olarak kimyasal ürünler, tropik ormanların yok edilmesi -tahminen %15'i- ve tarım sayılabilir.

IV- Doğa ve Canlıları

1. Doğa koruması, Doğayı koruma kanunu

Çevrenin ve tüm canlıların varlığını sürdürmesinin temeli, kendine has özelliklere sahip olan doğadır. Yaşayanlarının yuvası ve varlık temelidir. Kara, su ve havayı yaşam alanı olarak kapsar. Onun bütünlüğü ve kalitesi hayatı ve hayatta kalmayı, rahatlığı ve güvenliği sağlar.

Bu nedenle doğanın ve doğal çevrenin korunması devlet ve halk birliklerinin en önemli hedeflerinden birisini oluşturmaktadır.

Global çevre korumacılığının göstergesi, dünyanın bütünlüğünü sağlayan fonksiyonların ve nimetlerinin korunmasıdır; bu çerçevede çevre korumacılığının görevleri, bir birlik olarak yaşam topluluğunun sürdürülmesi ve genişletilmesi, ayrıca varlık temellerinin güvenliğinin yeniden yapılanmasını ve garantisidir. Çevre korumacılığı, rahatsız edilmekten, zorla girmekten, keşifler yapmaktan ve yerleşmekten vazgeçildiğinde yaratılacaktır. Devlet ve devletler üstü doğa koruma kanunu, kanuni emir ve yasaklamalarla, deneyim, enformasyon ve diğer açıklamalardan etkilenir.

Devletlerin mevcut doğa koruma kanunları, içerikleri, temel ve hedefleriyle birbirlerine benzerler. Proje, program ve planlarının tarifi ve

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ayrıca koruma, sürdürme ve devam ettirme tedbirleri birbirlerine çok yakındır. Korunacak şeyler olarak -hukuksal karşılaştırmada- doğa koruma alanları, ulusal parklar, doğa parkları, doğal anıtlar ve doğanın diğer varlıkları/kısımları tarif edilmiştir. Yararlanma, giriş ve dinlenme olanaklarının düzenlenmesi birbirlerine benzerdir. Yabani bitkilerin ve yabani hayvanların korunması ve bakımı ufak farklılıklarla birbirinden ayrılır.

Yabani bitkilerin ve yabani hayvanların çoğu, genel koruma altındadırlar. Varlıkları tehlike içerisinde ve hatta nesillerinin tamamiyle ortadan kalkması söz konusu olduğundan, bu canlılara özel bir koruma getirilmiştir.

Yabani olarak yaşayan bitki ve hayvanların tüm cinsleri kesin yok olmayla karşı karşıya kaldıklarında, devreye genel veya özel bir cins korumacılığı girer. Burada cinslerin korunmasını içeren kaidelerle, bireysel hayvan korumacılığı, bitki ve orman korumacılığı ve balıkçılıkla avcılık normları çakışır.

2. Uluslararası Koruma Normları ve Anlaşmalar

Washington Cinsleri Koruma Anlaşması (WA, CITES: Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora) serbest yaşayan hayvan ve bitkilerin -canlı veya ölü örneklerinin- tehdit altındaki cinslerinin ve bunların parçalarının veya ürünlerinin uluslararası ticaretini sınırlandırmakta, zorlaştırmakta ve engellemektedir. Anlaşmaya katılmamış olan parti ve devletlerle olan trafikte, bunları pazarlamaları sıkı bir kontrol altına alınmalıdır ki, tehlike içerisinde bulunan veya nesli tükenmekte olan hayvanların takibi ve yabani bitkilerden yararlanılması cazibesini kaybetsin. Her ne kadar birtakım açık noktaları olsa ve yasadışı hileleri dışlayamasa dahi, tamamlayıcı sözleşmelerle, bu anlaşma olayları gayet etkili bir biçimde el atabilmektedir.

Berlin Sözleşmesi, özellikle göç eden yabani hayvan cinslerinin korunmasını hedefler; bu anlaşma devletlerarası bir doğa koruma hukuku meydana getirmekte ve anlaşmayı imzalayan partiler, yabani olarak yaşayan hayvanların birçok bakımdan gittikçe daha da değerlendikleri, dünyanın doğal sisteminin yerine konulamaz birer parçasını oluşturdukları ve insanlığın yararına korunmaları gerektiği görüşünü dile getir-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mektedirler. Göç eden hayvanlar yalnızca sıcak kanlı memeliler ve kuşlar değildir, sürüngenler balıklar ve böcekler de bu gruba dahildirler.

Bern Sözleşmesi'nin hedefi, avrupalı yabani bitki ve hayvanlarının ve doğal yaşam ortamlarının korunmasıdır.

Bu saydığımız sözleşmeler, normlarını sıralayan metinler dışında, söz konusu olan bitki ve hayvanların listesini veren ve onları özellikle nesilleri tükenmekte olan ve tehlike içerisindeki cinsler diye sınıflandıran ekleri de kapsamaktadırlar; bu listelere eklemeler yapılabilir. Bern Sözleşmesi eklerinde sıkı koruma altındaki bitki ve hayvan cinslerinin listesinin yanısıra, genel olarak korunan hayvan cinsleriyle, yabani hayvanların takibinde kullanılan metod ve araçları da içermektedir (ağlar, yem olarak sakatlanmış hayvanlar, ökse çubukları, kancalar, elektrikli aletler ve yapay ışık kaynakları, göz alıcı düzenlemeler ve belirlenmiş hedef düzenlemeleri, ayrıca patlayıcılar, tuzaklar, zehir, belirli otomatik silahlar ve av sırasında uçakların veya hareketli vasıtaların kullanılması).

Uluslararası anlamda, özellikle su ve bataklık kuşları için bir yaşam alanı olarak, nemli bölgelerin, bataklıkların korunması veya yeniden düzenlenmesine Ramsar Sözleşmesi hizmet etmektedir. İnsanlığın ve çevresinin değişimci bağımsızlığını hatırlatan bu bölgeler, su kullanımı için bir düzenleyici vazifesini görürler. Farklı bir bitki ve hayvan dünyasının, özellikle de su ve bataklık kuşlarının yaşam alanı olan bu bölgelerin ekolojik anlamı gittikçe belirginleşmektedir. Doğal yaşamın tamamlayıcı unsuru olarak nemli bölgeler ekonomi, kültür bilim ve dinlenme için büyük anlam taşırlar; kayıpları halinde tekrar geriye getirilemezler. Bu bölgelerin giderek artan talanı ve kaybına şimdi ve gelecekte "dur" denilmelidir. Su ve bataklık kuşları, göçleri sırasında birçok ülkeyi aşmaktadırlar ve bu nedenle de uluslararası bir anlam taşırlar. Bitki ve hayvan dünyalarıyla birlikte nemli bölgelerin korunması, tek tek devletlerin geleceğe yönelik önlemleri ve birbirlerine yönelik uluslararası çabalar, 1975'den beri devletlerarası hukuk alanında yürürlükte olan anlaşma ile teminat altına alınmıştır.

Bu arada doğayı korumaya yönelik hukuksal ve özellikle de cinsleri korumaya yönelik hukuksal içerikler taşıyan bir dizi AT (EWG) Normu kabul edilmiştir. Burada birçoğunun arasında AT Kuşları Koruma Talimatnamesini (79/409/EWG) sayabiliriz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bunların yanısıra, uluslararası düzeyde de bir dizi anlaşma, örneğin balinaların ve diğer deniz sakinlerinin korumasını (7) içeren anlaşmalar da mevcuttur. Giderek artan bir şekilde BM (UNO) da hayvanların ve cinslerin korunmasıyla ilgilenmektedir. Bu şekilde BM 1991'in sonlarına doğru gerçekleştirdiği bir toplantıda, bir yıl sonrasından geçerli olmak üzere, dünya çapında balıkların deniz tabanının kazınması ile avlanmasını yasaklamıştır. Dünya Beslenme Organizasyonu'nun tahminlerine göre bir yıl içerisinde 300.000 ile 1 milyon arasında yunus, bu çeşit avlanma ölmektedir; bir çalışmanın sonuçlarına göre Haziran-Aralık 89 döneminde 59.000 ton balığı, 58.000 mavi köpekbalığı, 9000'in üzerinde deniz kuşu ve pekçok başka hayvan bu ağlara takılarak ölmüştür. Ancak BM kararlarını savunmak için hiçbir imkana sahip değildir (8).

Avrupa Kurulu, uluslararası hayvan ve cinslerin korunması için devreye girmiştir. Pekçok şeyin yanısıra küçük fokların kitlesel katliamlarına karşı da yönelmiştir.

Uluslararası nakliyat sırasında hayvanların korunması, hayvancılık alanındaki hayvanların korunması, kasaplık hayvanların korunması, deneyler ve diğer bilimsel amaçlar sırasında kullanılan kobayların korunması ve nihayet ev hayvanlarının korunmasını kapsayan avrupalı anlaşmalar da belirtilmeye değerdir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKÇA

1) UNFPA (Bevölkerungsfonds der Vereinten Nationen) in Hamburger Abendblatt v. 30.40.92

2) Agenda 21 der UN-Konferenz in Rio 1992

3) İmu: IW, EG-Enquete-Kommission, 1992

4) UNEP (Umweltprogramm der Vereinten Nationen), Genf, Mai 1992

5) Bundesministerium (Österreich) für Umwelt, Jugend und Familie:
Umweltferien-Kalender mit Ozon-Information, Wien 1992

6) Index-Funk, 27.3.92

7) Naturopa-Nachrichten (Europarat) Nr. 91-11

8) Vollversammlung der Vereinten Nationen, New York, Dezember 1991 und Studie der USA, Kanadas und Japans, vgl. Hamburger Abendblatt vom 23.12.92

Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

Agenda 21 der UN-Konferenz in Rio 1992

Bundesregierung (Deutschland): Umwelt und Entwicklung,
Juni / Juli 1992, Bonn

Club of Rome, The: Die Grenzen des Wachstums, Rom 1972

Global 2000 (The Global 2000 Report to the US-President),

Herausgeber: Council on Environmental Quality und US-Außenministerium u.a., Washington 1980

Hoppe / Beckmann: Umweltrecht, München 1989

Intergovernmental Nagotiating Committee for a Framework Convention on Climate Change: Report, New York 1992

Kloepfer / Messerschmidt: Umweltrecht, München 1989

Lorz: Naturschutzrecht, München 1985

Lorz: Pflanzenschutzrecht, München 1989

Lorz: Bundesjagdgesetz, München 1991

Lorz: Tierschutzgesetz, München 1992

Nöthlichs-Weber: Gentechnik Gesetz, Berlin-Bielefeld-München 1991

Sojka: Öko-Ethik, Göttingen 1987

Sojka-Schulz-Kuhnel: Das neue Tierschutzbuch, Stuttgart 1991

United Nations Conference on Environment and Development

Konferenz Berichte 1992

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

ISBN : 975-400-099-9

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
TEKNİK EĞİTİM FAKÜLTESİ
DÖNER SERMAYE İŞLETMESİ
MATBAA BİRİMİNDE BASILMIŞTIR.